

Decomisar sin castigar

Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias

Carlos Castellví Monserrat

Universitat de Barcelona

Abstract *

El decomiso ampliado y el decomiso sin condena permiten decomisar ganancias delictivas en situaciones en las que no sería legítimo imponer una pena. El objetivo de este trabajo es determinar si el decomiso de ganancias en dichas situaciones es útil y legítimo. En primer lugar, la utilidad del decomiso de ganancias para combatir la criminalidad que opera con fines de lucro se pone de manifiesto a través de su comparación con otros institutos jurídicos que también pueden incidir sobre los beneficios delictivos. Así, se concluye que esta clase de decomiso evita el provecho económico del delito en mejores condiciones que la responsabilidad civil ex delicto, la multa, el delito fiscal, el blanqueo de capitales o un eventual delito de enriquecimiento ilícito. A continuación, se aborda la cuestión de su legitimidad, que ha sido puesta en duda por las mismas razones que fundamentan la utilidad del decomiso de ganancias. En este sentido, se ha esgrimido recurrentemente que su regulación no respeta las garantías que deberían rodear el ejercicio del ius puniendi, presuponiendo que dicha institución tiene naturaleza sancionadora. En este trabajo se defenderá, tras delimitar el concepto de sanción, que el decomiso no constituye una manifestación del ius puniendi. Su contenido no supone la imposición de un mal y su fin no es aflictivo. Por ello, se estima legítimo decomisar ganancias delictivas en situaciones en las que no cabría castigar por los delitos que las han originado.

Der erweiterte Verfall und der Verfall ohne Verurteilung erlauben, Vermögensvorteile aus strafbaren Handlungen in Fällen einzuziehen, in denen die Auferlegung einer Strafe nicht legitim wäre. Das Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, zu bestimmen, ob jener Verfall von Vermögensvorteilen nützlich und legitim ist. Zunächst wird durch einen Vergleich mit anderen Rechtsinstituten, die ebenfalls die Vorteile aus strafbaren Handlungen betreffen können, die Nützlichkeit des Verfalls von Vermögensvorteilen bei der Bekämpfung der Kriminalität mit Bereicherungsabsicht gezeigt. Daraus wird geschlossen, dass dieser Typ des Verfalls die Erlangung eines ökonomischen Vorteils aus einer Straftat besser als die zivilrechtliche Haftung ex delicto, die Geldstrafe, die Steuerhinterziehung, die Geldwäsche oder eine eventuelle unrechtmässige Bereicherung verhindert. Anschließend wird die Frage der Rechtmässigkeit erörtert, die aus denselben Gründen, welche die Nützlichkeit des Verfalls von Vermögensvorteilen begründen, in Frage gestellt worden ist. In diesem Sinne ist wiederholt angeführt worden, dass die Regelung des Verfalls die Garantien des ius puniendi nicht gewährleistet – vorausgesetzt, dass der Verfall sanktionierende Natur hat. In der hiesigen Arbeit wird, der Begriff von Sanktion bestimmt, um dann zu begründen, dass der Verfall kein Ausdruck des ius puniendis darstellt. Denn sein Inhalt ist nicht die Auferlegung eines Übels und sein Ziel nicht bestraffend ist. Deshalb wird die Legitimität des Verfalls von deliktischen Vermögensvorteilen auch in den Fällen, in denen es nicht möglich wäre, eine Strafe wegen der Straftaten aufzuerlegen, aus denen der Vermögensvorteil erlangt worden sind.

Expanded confiscation and non-conviction confiscation allow the confiscation of criminal profits in situations in which it would not be legitimate to impose a punishment. The purpose of this paper is to determine whether the confiscation of profits in such situations is useful and legitimate. First of all, the utility of confiscation of earnings in order to fight profit-seeking crime is shown through its comparison with other legal institutes that may also have an impact on criminal benefits. Thus, it is concluded that this type of confiscation avoids the economic benefit of crime in better conditions than other figures such as civil liability,

* Esta contribución ha sido desarrollada en el marco del Proyecto I+D+i “Personas jurídicas y responsabilidad criminal: imputación (atribución, limitación, exclusión) y coautoría con personas físicas” [DER2014-58217-R], dirigido por el Dr. Joan J. Queralt Jiménez.

finés, tax crime, money laundering or an eventual unjust enrichment crime. Then the question of its legitimacy is addressed, which arises for the same reasons that support the utility of profit confiscation. In this sense, it has been recurrently argued that its regulation does not respect the guarantees that should surround the exercise of ius puniendi, presupposing that the above-mentioned institution has a sanctioning nature. Once defined the concept of sanction, it will be argued that confiscation does not constitute a manifestation of ius puniendi. Its content does not imply the imposition of harm and its purpose is not afflictive. For this reason, it is considered legitimate to confiscate criminal gains in situations in which it would not be possible to punish for those crimes that originated them.

Title: Verfall ohne Verurteilung: Nützlichkeit und Legitimität des Vorfalls von Vermögensvorteilen.

Titel: Confiscation without punishment: Utility and legitimacy of profit confiscation.

Palabras clave: decomiso de ganancias, decomiso ampliado, decomiso sin condena, decomiso de instrumentos, decomiso substitutorio, utilidad, legitimidad, responsabilidad civil, pena de multa, delito fiscal, blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito, garantías, naturaleza jurídica, concepto de sanción, ius puniendi, presunción de inocencia, hat trick.

Stichworte: Verfall von Vermögensvorteilen, erweiterter Verfall, Verfall ohne Verurteilung, Beschlagnahme von Tatmitteln, Nützlichkeit, Legitimität, Zivilrechtliche Haftung, Geldstrafe, Steuerhinterziehung, Geldwäsche, Ungerechtfertigte Bereicherung, Garantien, Rechtsnatur, Begriffs der Sanktion, Ius puniendi, Unschuldsvermutung, Hatrick.

Keywords: profit confiscation, extended powers of confiscation, non-conviction based confiscation, confiscation of instruments, substitutive confiscation, utility, legitimacy, civil liability, fine, tax crime, money laundering, illicit enrichment, guarantees, legal nature, concept of punishment, Ius puniendi, presumption of innocence, hat trick.

Sumario

1. Introducción

2. La utilidad político-criminal del decomiso de ganancias

2.1. La utilidad del decomiso de ganancias respecto de otros instrumentos

- a) Responsabilidad civil
- b) Pena de multa
- c) Delito fiscal
- d) Blanqueo de capitales
- e) ¿Delito de enriquecimiento ilícito?

2.2. ¿Es el decomiso de ganancias un instrumento útil?

3. La legitimidad del decomiso de ganancias

3.1. Las garantías del *ius puniendi* y el decomiso de ganancias

3.2. La naturaleza jurídica del decomiso de ganancias: consideraciones preliminares

3.3. El concepto de sanción

- a) El contenido de las sanciones
- b) El fin de las sanciones

3.4. ¿Decomiso o decomisos?

3.5. La naturaleza jurídica del decomiso de ganancias

- a) El contenido del decomiso de ganancias
- b) El fin del decomiso de ganancias

3.6. ¿Decomisos sancionatorios?

3.7. ¿Es el decomiso de ganancias legítimo?

3.8. Algunos problemas específicos de legitimidad

a) ¿Inversión de la carga de la prueba en el decomiso ampliado?

b) Decomiso ampliado por reiteración delictiva o hat trick

c) ¿Decomiso ampliado y blanqueo?

d) ¿Ganancias brutas o netas?

4. Conclusiones

5. Tabla de jurisprudencia

6. Bibliografía

1. Introducción

La reforma operada por la LO 1/2015 llevó a cabo, en palabras de su propio preámbulo, una ambiciosa revisión de la regulación del decomiso². Las principales novedades de dicha reforma en este ámbito se han plasmado en el *decomiso ampliado* y el *decomiso sin condena*. A pesar de que ambas modalidades de decomiso se encontraban previstas con anterioridad en nuestro texto punitivo³, su actual regulación ha ampliado notablemente sus posibilidades de aplicación y les ha otorgado un potencial político-criminal sin precedentes.

El decomiso ampliado y el decomiso sin condena tienen un importante punto en común: permiten decomisar *ganancias delictivas* sin que se haya impuesto una *pena* por el delito que las ha originado. Esto es, permiten *decomisar sin castigar*. En situaciones en las que no es posible castigar a un sujeto por la comisión de un determinado delito⁴, el decomiso ampliado y el decomiso sin condena posibilitan la privación de las ganancias derivadas del mismo⁵.

A la luz del abanico de posibilidades que abre la nueva regulación de estas modalidades, en este trabajo se pretende dar respuesta a dos preguntas acerca del decomiso de ganancias: ¿es el decomiso de ganancias una herramienta político-criminal *útil*? y ¿es un instrumento *legítimo*?

2. La utilidad político-criminal del decomiso de ganancias

Son muchas las voces que durante los últimos años han puesto de relieve las potencialidades del decomiso de ganancias como herramienta eficaz para hacer frente a la criminalidad económica, la

² La mentada LO 1/2015 ha tratado de consolidar el término decomiso para referirse al instituto objeto del presente trabajo. Antes de la reforma de 2015 el texto del Código penal utilizaba de forma indistinta “comiso” y “decomiso”. En la actualidad la palabra “comiso” ha quedado desterrada de nuestro texto punitivo. Véase el apartado 260 del artículo único de la LO 1/2015: “Sustitución de términos en el Código Penal. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término comiso se sustituyen por el término decomiso”.

³ El decomiso ampliado fue introducido expresamente en el Código penal mediante la LO 5/2010 para los delitos de organización criminal y terrorismo. No obstante, la jurisprudencia ya venía aplicando esta modalidad de decomiso al delito de tráfico de drogas desde el acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998. Véase, por ejemplo, la STS 495/1999, de 5 de abril. En cambio, el decomiso sin condena se encuentra previsto en el Código penal desde la reforma operada por la LO 15/2003.

⁴ En el caso del decomiso sin condena, las situaciones que pueden impedir dicho castigo son: 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, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido (art. 127 ter CP). En cambio, en el decomiso ampliado la circunstancia que impide el castigo del delito que ha originado las ganancias ilícitas es la imposibilidad de acreditar debidamente –de acuerdo a los estándares probatorios penales– su comisión.

⁵ No se abordará en el presente trabajo el decomiso de terceros. Aunque esta modalidad de decomiso también permite decomisar sin castigar, su imposición recae sobre personas distintas a las que deberían ser castigadas por el delito que ha originado las ganancias. La aplicación del decomiso de terceros no depende de la imposibilidad de castigar la infracción que ha generado el lucro. Las razones que fundamentan su utilidad y cuestionan su legitimidad son distintas a las propias del decomiso ampliado y sin condena, lo cual justifica su exclusión en este artículo.

corrupción y el crimen organizado⁶. El razonamiento es simple: para combatir estos fenómenos debe perseguirse el principal incentivo de sus autores, esto es, el lucro⁷. El propósito del decomiso de ganancias es, precisamente, garantizar que el delito no resulte provechoso (*crim does not pay* o *Unrecht Gut gedeiht nicht*). En ello radica su particular utilidad político-criminal frente a delitos cuyo principal aliciente es el beneficio económico que generan. Privar a quienes cometen esta clase de delitos de sus ilícitas ganancias parece imprescindible para frenar adecuadamente estas formas de criminalidad.

Sin embargo, aunque está claro que debe perseguirse el dinero para luchar contra la criminalidad organizada o la corrupción, no es tan evidente por qué el decomiso es el instrumento más idóneo para ello. ¿Acaso nuestro ordenamiento jurídico no ofrece otras alternativas igualmente eficaces para atacar el bolsillo de los delincuentes? ¿Por qué un instituto como el decomiso, que hasta hace muy poco se aplicaba casi exclusivamente en el ámbito del tráfico de drogas y del contrabando, puede resultar ahora una herramienta político-criminal de primer orden para combatir la delincuencia que opera con fines de lucro?

Para poner de manifiesto la utilidad político-criminal del decomiso de ganancias resulta necesario comparar sus potencialidades con las propias de otros institutos que también pueden afectar a los beneficios derivados del delito.

2.1. La utilidad del decomiso de ganancias respecto de otros instrumentos

a) Responsabilidad civil

La responsabilidad civil *ex delicto* es un instrumento político-criminal, propio del Derecho penal español⁸, que *puede* anular el enriquecimiento que el delito proporciona a su autor. En efecto, en muchos casos, el daño⁹ que sufre el perjudicado por el delito se corresponde con el enriquecimiento que experimenta su autor. Así, en un delito de hurto, el perjuicio del sujeto pasivo y el beneficio del sujeto activo tenderán a ser idénticos: el valor de la cosa sustraída. Lo mismo suele ocurrir, por ejemplo, en los delitos de estafa, administración desleal o malversación: el perjuicio típico

⁶ BLANCO CORDERO, «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos», *Estudios penales y criminológicos*, (27), 2007, p. 41; ROIG TORRES, «La regulación del comiso: El modelo alemán y la reciente reforma española», *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 201; AGUADO CORREA, «Decomiso: denominador común de la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea», en VARGAS/VARGAS LOZANO (coords.), *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, 2017, p. 125; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso», *RP*, (40), 2017, p. 31.

⁷ Véase al respecto GORJÓN BARRANCO, «El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal», *RP*, (38), 2016, p. 128; GÓMEZ RIVERO, «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito?», *CPC*, (121), 2017, p. 36.

⁸ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 48.

⁹ En este texto se utilizarán los términos “daño” y “perjuicio” como sinónimos. En este mismo sentido, ROIG TORRES, *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, 2010, p. 110. Véase al respecto la STS de 31 de enero de 1989 que califica la doble expresión de “daños y perjuicios” como un pleonasma “ya que ambos (daños y perjuicios) son términos en derecho equivalentes, dado que el contenido del resarcimiento es idéntico, cual es, el neutralizar el detrimento sufrido”. No obstante, adviértase que algunos autores distinguen entre el contenido de los daños y el de los perjuicios. Así, MACÍA GÓMEZ, *Delitos y faltas relacionadas con la circulación de vehículos a motor en el Código Penal de 1995*, 1996, p. 65; MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena*, 1998, p. 112; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 661.

acostumbrará a coincidir con las ganancias que obtiene el autor. En todos estos casos, la efectiva realización de la responsabilidad civil supondrá que el delincuente se vea privado de los beneficios económicos derivados del delito. De este modo, mediante el instituto de la responsabilidad civil *ex delicto* podrá alcanzarse el mismo objetivo que persigue el decomiso de ganancias: impedir que el delito resulte provechoso.

No obstante, que en ocasiones la ganancia ilícita y el perjuicio patrimonial puedan coincidir, no significa que ambos conceptos tengan el mismo contenido. La comisión de un delito puede generar ganancias sin provocar perjuicios, y viceversa¹⁰. Así, en un delito de cohecho impropio (art. 422 CP) el funcionario sobornado obtiene beneficios económicos sin que de ello se derive un daño indemnizable para la contraparte. Lo mismo ocurre en el tráfico de drogas: el beneficio económico que obtiene quien vende la droga no trae causa de un perjuicio de quien la compra¹¹. Además, incluso en los casos en que existe tanto perjuicio como ganancia, la cuantía de ambos conceptos puede no corresponderse.

En definitiva, el objeto del decomiso de ganancias es distinto al de la responsabilidad civil *ex delicto*¹². El decomiso se ocupa de las *ganancias* provenientes del delito y la responsabilidad civil del *daño* derivado del mismo. Aunque la responsabilidad civil *ex delicto* puede llegar a anular el enriquecimiento que trae causa de un delito, ni sirve solo para eso, ni lo consigue en todos los casos. En los supuestos en que la ganancia sea superior al perjuicio, la responsabilidad civil *ex delicto* no podrá garantizar, por sí misma, que el delito no resulte económicamente provechoso.

El decomiso, en cambio, no necesita el correlato de un menoscabo o empobrecimiento patrimonial de otra persona para privar al autor de sus ganancias de origen delictivo¹³. Su extensión se determina por lo que el autor ha ganado y no por lo que el perjudicado ha perdido. Por ello, el decomiso de ganancias ofrece una respuesta mucho más eficaz que la responsabilidad civil *ex delicto* para asegurar que nadie pueda disfrutar del lucro económico derivado de un delito¹⁴.

b) Pena de multa

En muchos delitos relacionados con la corrupción y la criminalidad organizada se prevé la imposición de penas pecuniarias. Si el objetivo es desincentivar económicamente estos delitos ¿por qué no apostar por la pena de multa? Es cierto que en la práctica el sistema de días-multa resulta inoperativo¹⁵. No obstante, las multas proporcionales podrían suplir fácilmente dicha inoperancia

¹⁰ Por ejemplo, los delitos de lesiones suelen conllevar un perjuicio económicamente valorable para la víctima sin que exista ganancia ilícita alguna.

¹¹ La STS 936/2006, de 10 de octubre, señala expresamente que “los delitos formales o de peligro, no son susceptibles de generar responsabilidad civil”.

¹² Lo cual no resulta en absoluto incompatible con que lo decomisado pueda ser destinado al pago de la responsabilidad civil (art. 127 octies.3 CP).

¹³ VIZUETA FERNÁNDEZ, «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas», *RP*, (19), 2007, p. 169.

¹⁴ Obviamente, la responsabilidad civil *ex delicto* y el decomiso de ganancias podrán concurrir conjuntamente. En estos casos, el decomiso de ganancias solo deberá extenderse sobre la diferencia –si la hay– entre el beneficio obtenido y los daños que deben ser indemnizados.

¹⁵ En el sistema de días-multa el importe de las cuotas debe fijarse atendiendo exclusivamente a la situación económica del reo (art. 50.5 CP). En la práctica, nuestros Tribunales se encuentran con numerosas dificultades a la hora de indagar la capacidad económica del penado. Dichas dificultades han comportado una tendencia a imponer

y privar a las personas condenadas por estos delitos de sus beneficios ilícitos y, además, de buena parte de sus bienes de origen legal. En este sentido, el potencial aflictivo de la pena de multa es muy superior al del decomiso. El decomiso se limita a la privación de los beneficios derivados del delito. En cambio, la pena de multa puede ir —legítimamente— mucho más allá. Un ejemplo: la multa prevista en el tráfico de influencias es del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Mientras que el decomiso solo puede extenderse a las ganancias efectivamente conseguidas mediante la influencia ilegítima, la multa puede llegar al doble de las que se obtuvieron o, incluso, de las que se perseguían obtener.

Si el papel del decomiso consistiera únicamente en privar a las personas *condenadas* por un delito de los beneficios económicos derivados de su comisión, su utilidad político-criminal podría ser seriamente cuestionada. En todo caso, la pena de multa (proporcional) aparecería como una alternativa mucho más atractiva para desincentivar económicamente la delincuencia con finalidades lucrativas.

Sin embargo, las potencialidades del decomiso respecto a la pena de multa no vienen dadas por su extensión —las ganancias derivadas del delito— sino por las condiciones que permiten su imposición. Para sancionar a un sujeto con una pena de multa —al igual que con cualquier otra pena— es imprescindible que exista una sentencia penal condenatoria. En cambio, nuestro Código penal permite decomisar ganancias provenientes de delitos en los que no existe una condena penal. Precisamente, el decomiso ampliado y el decomiso sin condena cumplen ese cometido. Aquí radica la gran utilidad político-criminal del decomiso respecto a la multa. La multa puede ir más allá de los beneficios del delito que motiva la condena, pero el decomiso puede prescindir de dicha condena para su imposición. En ámbitos delictivos con una gran cifra negra de criminalidad esta ventaja no es baladí. Allá donde no es posible imponer una pena de multa —por no poder acreditar los hechos delictivos en un proceso sancionador con todas las garantías— el decomiso (ampliado y sin condena) puede actuar con eficacia. Veámoslo.

El denominado *decomiso sin condena* (art. 127 ter CP) permite detraer las ganancias ilícitas derivadas de un delito cuyo enjuiciamiento a través del proceso penal no ha sido posible por determinadas circunstancias. Los supuestos que habilitan esta modalidad de decomiso son la muerte del investigado, su fuga, el padecimiento de una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento, y la exención o extinción de su responsabilidad penal. A título de ejemplo: *una persona investigada por un delito relacionado con la corrupción muere antes de que el proceso penal termine con una sentencia condenatoria firme*. En un supuesto como este —que recuerda a algunos casos recientes especialmente mediáticos— no sería posible la imposición de una pena de multa (ni de cualquier otra pena). No obstante, mediante el decomiso sin condena podría llegarse a privar a sus herederos de las ganancias derivadas del delito que no pudo ser objeto de una sentencia penal condenatoria.

Por otro lado, el *decomiso ampliado* (art. 127 bis CP) también permite la privación de ganancias ilícitas provenientes de actividades delictivas que no han sido objeto de una condena penal. Sin

automáticamente cuantías cercanas al límite mínimo establecido por el art. 50.4 CP. Véase al respecto MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, 2005, p. 56; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 202; CARDENAL MONTRAVETA, «Artículo 50», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *CP*, 2015, p. 239; GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2016, p. 191.

embargo, su presupuesto habilitante es diferente. Tal y como se ha señalado, el decomiso sin condena se condiciona a que un proceso penal ya iniciado no pueda culminarse con éxito por determinadas razones (muerte, enfermedad, fuga, y exención o extinción de la responsabilidad). Ello habilita el decomiso de las ganancias procedentes del delito *cuya investigación ya estaba en curso*. En cambio, el decomiso ampliado requiere la existencia de una condena penal. Obtenida dicha condena, el decomiso ampliado permite la privación de bienes provenientes de *otras actividades delictivas* que no han sido objeto de esa condena y/o cuya concreta procedencia delictiva no ha sido probada plenamente¹⁶. Un ejemplo: *durante la investigación judicial que culmina con una condena a un funcionario por aceptar un soborno de 50.000€ se pone de manifiesto que dicho funcionario ha recibido cantidades similares en su cuenta corriente que no es capaz de justificar*. En el caso propuesto existen sospechas fundadas de que los ingresos no justificados por cuantías similares al cohecho efectivamente acreditado provienen de otros sobornos¹⁷. No obstante, dichas sospechas no son suficientes para fundamentar una *condena penal* por otros delitos de cohecho, dado que, por ejemplo, no se ha logrado localizar la concreta procedencia de los ingresos. Pues bien, en este caso, el decomiso ampliado permitiría detraer dichos ingresos aunque el delito del que traen causa no haya sido debidamente acreditado con los estándares probatorios del proceso penal. Una vez más, el decomiso llega donde la multa no puede, esto es, más allá de la condena penal.

Si la utilidad del decomiso frente a la responsabilidad civil *ex delicto* venía dada por su *extensión* — las ganancias en vez del perjuicio derivado del delito — su potencialidad respecto a la pena de multa viene determinada por las *condiciones que permiten su aplicación*. El decomiso de ganancias puede ser una medida tremendamente eficaz para combatir la delincuencia que opera con fines de lucro porque puede aplicarse (mediante las modalidades del decomiso ampliado y sin condena) en circunstancias en las que no podría imponerse una pena de multa y, por ello, no sería posible anular el enriquecimiento ilícito por esta última vía.

c) Delito fiscal

Para suplir las enormes dificultades probatorias que existen para obtener una condena por

¹⁶ El propio preámbulo de la LO 1/2015 señala que el decomiso ampliado “no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el decomiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen”. No obstante, tal y como indica muy atinadamente DE JORGE MESAS, «El decomiso ampliado en la reforma del Código Penal de 2015: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *RAD*, (7), 2016, p. 41, la forma de entender el decomiso ampliado que tiene el preámbulo de la LO 1/2015, aunque no es esencialmente errónea, sí resulta inexacta. La auténtica esencia del concepto del decomiso ampliado no radica en que los bienes provengan de una actividad delictiva distinta a la recogida en los hechos de la sentencia condenatoria, sino que consiste en la extensión del decomiso más allá de aquellos bienes que puedan considerarse como probadamente procedentes del delito que ha motivado la condena penal; o lo que es lo mismo, más allá de los bienes cuyo nexos causal con el delito que motiva la condena está probado. Esto significa que mediante el decomiso ampliado no solo pueden decomisarse ganancias procedentes de otras actividades delictivas distintas a la que ha sido objeto de condena, sino que también es posible decomisar ganancias que deriven del concreto delito por el que el sujeto ha sido condenado, pero cuya conexión con el mismo no ha sido debidamente acreditada.

¹⁷ Supuesto inspirado en el conocido caso Carlos Fabra, sobre el que luego se volverá. No obstante, en ese caso no se logró acreditar ninguno de los delitos de cohecho investigados y, finalmente, solo fue condenado por delito fiscal.

determinadas modalidades delictivas¹⁸ –condena sin la cual no es posible anular el enriquecimiento ilícito mediante la pena de multa– se han desarrollado distintas estrategias que pretenden *criminalizar los beneficios delictivos*. De esta manera, poniendo el punto de mira en las ganancias, y no tanto en el delito del que proceden, es posible sortear dichas dificultades probatorias y perseguir penalmente el lucro que generan estas infracciones. Entre las estrategias indicadas destaca la denominada, de forma muy gráfica, *estrategia Al Capone*¹⁹: considerar el enriquecimiento delictivo desde la perspectiva de su posible infracción de las normas tributarias y del delito fiscal²⁰. Así, ante la imposibilidad de probar un determinado delito relacionado con la corrupción o la criminalidad organizada, al menos podrá castigarse el enriquecimiento que ha experimentado su autor –si no ha tributado por el mismo– por la vía del delito fiscal (art. 305 CP)²¹.

Someter a tributación los beneficios delictivos²² posibilita la obtención de una condena penal en supuestos en los que no es posible probar el delito que los ha originado. No obstante, la condena por delito fiscal no se fundamentará en la procedencia delictiva de dichos ingresos –cuestión que muchas veces no podrá ser acreditada– sino en su opacidad fiscal. En este sentido, la estrategia Al Capone descansa sobre una determinada premisa: por razones obvias, *las ganancias delictivas no suelen ser declaradas al fisco*. Si dichas ganancias fueran convenientemente declaradas ante la Hacienda Pública, por muy delictivas que fueran, no podrían fundamentar una condena por delito fiscal²³.

En el ejemplo antes propuesto del funcionario que es incapaz de justificar diversos ingresos de

¹⁸ Véase, por ejemplo, BLANCO CORDERO, «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *RECPC*, (19), 2017, p. 3, en relación a los delitos de corrupción.

¹⁹ BLANCO CORDERO, «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea», *REAI DP*, (1), 2013, p. 18, nos recuerda que el famoso gánster americano Al Capone no pudo ser enjuiciado por sus presuntos delitos de contrabando de licor u otros cometidos en el contexto de una organización criminal, pero sí por no haber declarado ni pagado impuestos por sus beneficios presuntamente ilegales.

²⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *RP*, (40) 2017, p. 31.

²¹ Como indica BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19) 2017, p. 28, esta es hoy día la vía que se utiliza en España para combatir algunos de los casos más sonados de presunta corrupción, en los que, a falta de pruebas de la comisión de delitos contra la Administración Pública, queda claramente probado que un empleado público ha incrementado su patrimonio y, adicionalmente, que no lo ha declarado al fisco. En este sentido resulta paradigmática la SAP Castellón 354/2013, de 25 de noviembre (caso Fabra). Tal y como señala DEL CARPIO DELGADO, «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», *RGDP*, (23), 2015, p. 58, en dicha sentencia quedó probado que entre los años 1999 y 2004 el ex presidente de la Diputación de Castellón y su esposa realizaron un elevado número de operaciones bancarias en las cuentas de las que eran titulares, que no se correspondían ni con el patrimonio ni con la renta por ellos declarada. La Audiencia Provincial de Castellón manifestó expresamente sus sospechas acerca de la procedencia delictiva de dichos ingresos, pero admitió que no eran suficientes para dar por acreditados los delitos de corrupción de los que podrían derivar: “ciertamente, los hechos objeto de la acusación, tal y como han quedado finalmente concretados en las cantidades percibidas a través de Carmacas SL, cuyo origen, sin embargo, no está suficientemente acreditado, hacen sospechosa la conducta del acusado de cohecho, siquiera por tratarse de una elevada cuantía para ser considerados por la defensa como simples honorarios profesionales, pero esa sospecha no alcanza la certeza que requiere el pronunciamiento penal condenatorio para declarar probado que se pagó y se recibió dinero en los términos previstos en los arts. 419 y 423.1 CP”. Sin embargo, en tanto que no había tributado por esos ingresos, condenó al Sr. Fabra por diversos delitos fiscales.

²² BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19) 2017, p. 27, indica que la normativa tributaria permite esta posibilidad a través del concepto de “ganancia patrimonial no justificada”, categoría creada como cierre del impuesto sobre la renta de las personas físicas con la finalidad de que no se quede sin tributar ningún tipo de renta.

²³ QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª ed., 2015, p. 851, afirma que en estos casos podría concurrir un delito de blanqueo de capitales.

50.000€ –cuya concreta procedencia delictiva se sospecha pero no puede acreditarse– la persecución por delito fiscal parece una alternativa eficaz²⁴. Una vez probado el enriquecimiento patrimonial (no declarado) y el resto de requisitos típicos del delito fiscal, podrá obtenerse fácilmente una condena penal sin necesidad de acreditar la procedencia delictiva de los ingresos.

Utilizar de este modo el delito fiscal –o las infracciones tributarias previstas en la legislación extrapenal– puede ser una estrategia útil para perseguir las ganancias delictivas. No obstante, este planteamiento tiene sus limitaciones. En primer lugar, no garantiza que el delito (del que proviene el enriquecimiento ilícito) no resulte provechoso. En efecto, las consecuencias jurídicas que derivan de una condena por delito fiscal no aseguran, por sí mismas, que el enriquecimiento ilícito quede anulado²⁵. La responsabilidad civil que dimana de un delito fiscal comprende únicamente el importe de la deuda tributaria no liquidada. Es decir, no abarca la totalidad de los ingresos de origen delictivo, sino únicamente la cuota que se debería haber tributado por los mismos. De igual modo, la pena de multa proporcional prevista en este delito se calcula a partir de esa misma cuota defraudada. Así pues, la combinación entre responsabilidad civil *ex delicto* y multa proporcional no garantiza que, en todo caso, el autor se vea privado de las ganancias ilícitas cuya falta de tributación fundamenta la condena por delito fiscal. En segundo lugar, esta estrategia fracasa si las ganancias delictivas son convenientemente declaradas al fisco, pues entonces no existirá ni cuota defraudada ni delito fiscal. Además, si en la declaración de dichas ganancias no se especifica (como es lógico) el concreto delito del que provienen, y la constatación de dicho enriquecimiento no es suficiente para descubrir y probar el delito que lo ha originado, no podrá obtenerse condena alguna ni anularse el beneficio delictivo. Por último, en los supuestos en que no pueda celebrarse el juicio oral por delito fiscal –por fuga, muerte o enfermedad del acusado– la imposibilidad de culminar

²⁴ Sin embargo, en mi opinión, el castigo por delito fiscal no debería ser incompatible con la existencia de una efectiva condena por los delitos que han generado las rentas sin declarar. La estrategia Al capone no debería ser una alternativa subsidiaria a la efectiva persecución de los delitos que producen beneficios ilícitos. Si estos logran probarse –y las ganancias que derivan de los mismos no han sido declaradas– deberían castigarse conjuntamente con el delito fiscal. Recordemos que en el ejemplo anterior uno de los sobornos sí que había sido probado. Pues bien, la cuantía de dicho soborno –siempre que no se haya tributado por el mismo– también debería tenerse en cuenta para determinar la cuota defraudada. Lo contrario –entender que las rentas delictivas no deben tributar– podría llevar a la paradoja de que ante una eventual condena por delito fiscal (que comporta una pena de 1 a 5 años de prisión) un funcionario pudiera librarse de ella alegando que las rentas no declaradas proceden de un delito de cohecho impropio (que se castiga con una pena de 6 meses a 1 año de prisión) y que, por tanto, no tenía obligación de tributar por ellas. En contra de someter a tributación los beneficios delictivos véase BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, 2002. También en contra, con algún matiz, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª ed., 2015, p. 851. No obstante, la jurisprudencia parece aceptar que las ganancias delictivas deben tributar, en base a la infracción del principio de igualdad que supondría otorgar un tratamiento fiscal más favorable a quien viola el derecho que a quien lo respeta (véase la SAN de 27 de septiembre de 1994 sobre el famoso caso Nécora). De este modo “la procedencia ilícita de los ingresos no excluye por sí misma la obligación de declarar fiscalmente los incrementos patrimoniales de ellos derivados” (STS 20/2001, de 28 de marzo). Otra cuestión diferente es la relación concursal entre el delito fiscal y la infracción penal que ha generado las ganancias. Tras algunas vacilaciones (véase la STS 1493/1999, de 21 de diciembre, sobre el conocido caso Roldán) el Tribunal Supremo ha establecido la existencia de un concurso de normas entre el delito de previo y el delito fiscal siempre que concurren tres requisitos: “1º) Que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior; 2º) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena; 3º) Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil” (STS 769/2008, de 30 de octubre). Adviértase que esta doctrina no pone en cuestión la obligación de declarar los ingresos de origen delictivo, aunque ciertamente limita sus efectos.

²⁵ Además, si los beneficios delictivos no son lo suficientemente elevados como para generar una cuota defraudada superior a los 120.000€, el delito fiscal no podrá entrar en juego.

el proceso penal impedirá la privación efectiva de (parte de) las ganancias delictivas.

El decomiso, en cambio, no está sujeto a las limitaciones señaladas. El objeto del decomiso son las ganancias delictivas – y no la cuota que debería tributarse por las mismas – lo cual garantiza que el delito, en todo caso, no resulte provechoso. Por otro lado, el decomiso no queda inhabilitado por la eventual tributación de las ganancias de origen delictivo. Los beneficios delictivos declarados también son decomisables²⁶. Finalmente, el decomiso sin condena posibilita la privación de ganancias ilícitas en circunstancias que impiden el enjuiciamiento del acusado.

La estrategia *Al Capone* y el decomiso tienen un importante punto de contacto: permiten la privación de ganancias delictivas sin necesidad de obtener una condena por el delito que las ha generado²⁷. No obstante, debe destacarse que el delito fiscal y el decomiso tienen un objeto distinto: el primero se encarga del *dinero opaco* y el segundo del *dinero sucio*. Al contrario de lo que ocurre con el decomiso, el delito fiscal no resulta aplicable a todos los casos en que se generan ganancias delictivas – pues no todo el dinero sucio es dinero opaco – ni sirve solo para eso – dado que no todo el dinero opaco es dinero sucio –.

d) Blanqueo de capitales

Dentro de las estrategias que pretenden *criminalizar los beneficios delictivos* destaca la tipificación del blanqueo de capitales (art. 301 CP). En concreto, este tipo delictivo trata de impedir que los bienes procedentes del delito se integren en el sistema económico y financiero a través de la ocultación de su origen²⁸. Para ello se castigan una retahíla de conductas que inciden, precisamente, sobre el dinero sucio.

Resulta especialmente interesante comparar la configuración del delito de blanqueo de capitales con la regulación del *decomiso ampliado*, pues la existencia de este delito puede poner en duda la *utilidad* de dicha clase de decomiso. En efecto, ambas instituciones tienen numerosas características en común: inciden sobre el dinero sucio, no requieren una condena por el delito que ha generado las ganancias ilícitas, y su apreciación comporta la anulación del enriquecimiento de origen delictivo. Veámoslo.

Tanto el delito de blanqueo de capitales como el decomiso ampliado actúan sobre bienes de origen delictivo. El objeto de ambos institutos es el mismo. Además, ni uno ni otro requieren para su aplicación la existencia de una condena penal por el delito del que proceden los bienes²⁹. Es más,

²⁶ Otra cosa es que la tributación realizada se descuente de la cuantía a decomisar si se opta por restringir el decomiso a las ganancias netas. Véase al respecto el apartado 3.8.d).

²⁷ No obstante, la estrategia *Al Capone* va más allá que el decomiso ampliado, pues este último siempre requiere acreditar el origen delictivo de los bienes que se decomisan (aunque no sea posible obtener una condena por ese concreto delito). El delito fiscal, como es obvio, no requiere nada parecido.

²⁸ DEL CARPIO DELGADO, «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret*, (4), 2016, p. 29; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 1999, p. 101.

²⁹ Recordemos que, aunque el decomiso ampliado requiere la existencia de una condena por alguno de los delitos del 127 bis.1 CP, no exige una condena por la concreta actividad delictiva de la que provienen los bienes a decomisar. Del mismo modo, la jurisprudencia considera que en el delito de blanqueo de capitales no es necesaria la condena previa por la actividad delictiva de la que provienen los bienes que se blanquean. Así, la STS 1704/2001, de 29 de septiembre, afirma que “ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan. La

no necesitan ni siquiera probar de forma plena dicho delito. Indicios insuficientes para probar un delito –por ejemplo de tráfico de drogas– pueden servir para acreditar que una determinada cantidad de dinero tiene un origen delictivo a efectos de aplicar el decomiso ampliado o el delito de blanqueo. El preámbulo de la LO 1/2015 lo deja especialmente claro respecto al decomiso ampliado, cuando afirma que esta modalidad de decomiso “no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido una u otras actividades delictivas (...) de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el decomiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen”. Es decir, la prueba necesaria para afirmar que un bien tiene procedencia delictiva (a efectos del decomiso ampliado) es menor que la requerida para poder castigar el delito del que procede. Precisamente, esa menor exigencia probatoria también ha sido reconocida por la jurisprudencia respecto al origen delictivo de los bienes objeto del delito de blanqueo de capitales: “la determinación de la procedencia criminal de los bienes que son objeto de los actos típicos de blanqueo, no requerirá otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva grave de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes, ni de los concretos partícipes en el mismo”³⁰. El elemento objetivo “actividad delictiva antecedente”³¹ del delito de blanqueo de capitales no exige, por tanto, el mismo nivel de prueba que requeriría una condena por la actividad delictiva en sí misma³². Al igual que ocurre con el decomiso ampliado, la procedencia delictiva de un bien puede darse por acreditada a partir de indicios que excluyan

ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado”. GARCÍA SAN MARTÍN, “La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales”, *Diario La Ley*, (8587), 2015, en un sentido similar, indica que la jurisprudencia admite que la existencia del delito previo constituye un elemento objetivo (normativo) del tipo, pero en ningún caso requiere que hubiera procedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico, y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente, por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo.

³⁰ SAN 2/2005, de 8 de febrero. Véase al respecto BLANCO CORDERO, «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», *RECPC*, (13), 2011, p. 32.

³¹ GARCÍA SAN MARTÍN, *Diario La Ley*, (8587), 2015, señala que la unánime consideración doctrinal y jurisprudencial reconoce la actividad delictiva antecedente y fuente originaria de los bienes como un elemento objetivo del delito de blanqueo de capitales.

³² Respecto al nivel de concreción de la actividad delictiva antecedente, GÓMEZ BENÍTEZ, «El delito previo al delito de blanqueo de capitales y a vueltas con el delito fiscal», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, 2014, indica que coexisten dos líneas jurisprudenciales, que se van decantando poco a poco a favor de la segunda. La primera línea –extensiva– no exige que en las sentencias condenatorias quede constancia como hecho probado de la actividad delictiva de la que proceden los bienes –tráfico de estupefacientes, corrupción, delitos patrimoniales, etcétera–, sino tan solo una mínima identificación de la existencia de una actividad delictiva. La segunda línea jurisprudencial –restrictiva– exige que en la sentencia se concrete, al menos, la naturaleza de los delitos previos de los que proceden los bienes objeto de blanqueo: “Será preciso identificar en los hechos probados, aunque sea de forma mínima, el delito origen de los bienes y luego valorar la prueba sobre su existencia. Esta identificación y prueba son elementos imprescindibles para afirmar luego que el autor conocía el origen delictivo de los bienes” (STS 189/2010, de 9 de marzo). En el mismo sentido, admitiendo que en los últimos años parece imponerse la tendencia restrictiva, véase DEL CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, p. 11.

razonablemente otros posibles orígenes del mismo.

Resulta significativa la coincidencia entre el catálogo de indicios que sugiere el Código penal para acreditar la procedencia delictiva en el decomiso ampliado y la sistematización de los indicios más habituales que ha desarrollado la jurisprudencia en el blanqueo de capitales para probar ese mismo origen delictivo. Así, el art. 127 bis.2 CP indica que en el decomiso ampliado deberán valorarse, entre otros, especialmente los siguientes indicios: “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”. Adviértase las similitudes que guarda este catálogo con, en palabras de la propia jurisprudencia, los indicios más habituales para acreditar el origen delictivo de los bienes objeto de blanqueo: “a) La importancia de la cantidad de dinero blanqueado; b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; g) La existencia de sociedades «pantalla» o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas”³³. La (casi) total correspondencia entre unos y otros³⁴ pone de manifiesto que el objeto de la prueba en el decomiso ampliado y en el blanqueo de capitales es el mismo en lo que se refiere a la procedencia delictiva de los bienes. Aunque dichos indicios no permitan probar el delito antecedente, sí que posibilitan dar por acreditado que determinados bienes tienen su origen en una actividad delictiva. La idea que subyace a este planteamiento es

³³ STS 738/2006, de 4 de julio.

³⁴ Podría parecer que el catálogo de elementos a valorar es más extenso en el delito de blanqueo. Concretamente, entre los indicios que cita la jurisprudencia en el blanqueo podemos encontrar dos que no aparecen en el decomiso ampliado: la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones, y la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas. No obstante, estos indicios también se valoran en el decomiso ampliado. En efecto, el art. 127 bis.1 CP requiere para el decomiso ampliado que se resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito. Es decir, lo que en el blanqueo es un indicio de la procedencia delictiva de los bienes, en el decomiso ampliado es un requisito (cumulativo a la acreditación del origen delictivo) sin el cual no puede imponerse. Por otro lado, “la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas” se exige con más rigor en el decomiso ampliado que en el blanqueo, pues el art. 127 bis CP requiere la efectiva condena de la persona sobre quien recae el decomiso por alguno de los delitos que recoge expresamente en su catálogo. Es decir, una persona sin antecedentes penales (aunque pesen sobre ella sospechas de dedicarse a actividades delictivas) no podría ser privada de los bienes de origen delictivo que posee, pero sí podría ser castigada por blanqueo en caso de realizar alguna de las conductas típicas del art. 301 CP sobre dichos bienes. Además, aunque no se prevea expresamente, la jurisprudencia también tiene en cuenta como indicio “la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas” a efectos del decomiso ampliado (recuérdese que el catálogo de indicios del art. 127 bis.1 CP es un *numerus apertus*): “prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que en fin 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” (STS 1061/2002, de 6 de junio).

clara³⁵: no es lo mismo probar que se ha llevado a cabo un hecho delictivo y que del mismo se han derivado determinados bienes, que acreditar que determinados bienes proceden de un hecho delictivo³⁶.

La total coincidencia entre el presupuesto aplicativo de estos dos institutos –en lo que a la procedencia delictiva de los bienes se refiere– solo se rompe por una limitación que establece el Código penal para el decomiso ampliado y que, curiosamente, no resulta extensible al delito de blanqueo. Así, el art. 127 bis.5 CP impide la aplicación del decomiso ampliado cuando “las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”. Es decir, los bienes que procedan de actividades delictivas prescritas o sobre las que haya recaído una sentencia absolutoria firme no podrán ser objeto del decomiso ampliado. Pues bien, con vacilaciones, la jurisprudencia ha admitido que en esas mismas circunstancias sí que es posible obtener una condena por blanqueo de capitales³⁷.

³⁵ Lo cual no significa que dicha idea no resulte cuestionable, sobre todo si este razonamiento se aplica en el ámbito sancionatorio.

³⁶ La jurisprudencia ha bendecido esta práctica amparándose en la especial idoneidad de la prueba de indicios para acreditar la actividad delictiva precedente (véase la STS 738/2006, de 4 de julio). No obstante, admitir la idoneidad de la prueba de indicios (lo cual nadie pone en duda) nada nos dice acerca de qué es aquello que debe ser probado mediante los indicios. Es decir, qué significa probar que un bien tiene procedencia delictiva. En este sentido, tiene razón GARCÍA SAN MARTÍN, *Diario La Ley*, (8587), 2015, cuando afirma que la jurisprudencia “viene confundiendo dos realidades en ningún caso identificables: el tipo de prueba (prueba directa, indirecta o indiciaria, preconstituida, etc.) con el objeto de la prueba (realidad a acreditar)”. Sin embargo, en mi opinión, este autor va demasiado lejos cuando afirma que esta confusión “conduce inevitablemente a trasladar tal confusión a los resultados exigibles y los alcanzados, sustituyendo, así, erróneamente la prueba indiciaria sobre la actividad delictiva antecedente, por la prueba indiciaria sobre indicios de actividad delictiva antecedente”. El objeto de la prueba de indicios que lleva a cabo la jurisprudencia no son “indicios” de una actividad delictiva. No son indicios de indicios. El objeto de la prueba es la “procedencia delictiva de un bien”. Lo que ocurre es que probar que un bien tiene procedencia delictiva, no es lo mismo que probar un delito del que ha derivado un bien. Teóricamente sería posible probar – más allá de toda duda razonable – que un bien tiene procedencia delictiva, sin que se pudiera acreditar cuál es el concreto delito del que procede. Ante la certeza de que un maletín lleno de dinero tiene procedencia delictiva – por estar los billetes marcados – podría llegar a darse la situación de que fuera imposible determinar si el concreto delito que ha cometido su poseedor es de tráfico de drogas o de robo con violencia, por haberse producido una entrega vigilada y un posterior asalto a los traficantes por parte de otra organización delictiva que solo logra apoderarse de uno de los maletines que contiene dinero marcado. En una situación similar a la descrita no podría condenarse al sujeto por tráfico de drogas o robo por la imposibilidad de determinar si ha cometido uno u otro delito, pero se tendría la total seguridad de que el maletín que posee tiene procedencia delictiva. Ahora bien, admitido este matiz, debe reconocerse que los indicios que utiliza la jurisprudencia suelen ser insuficientes para acreditar la “procedencia delictiva de un bien” en los términos que exigiría la presunción de inocencia. Lo que en mi opinión hace aquí la jurisprudencia es relajar el estándar probatorio para dar por acreditado este elemento. Los indicios que utiliza la jurisprudencia apuntan efectivamente al origen delictivo del bien – y no, como indica GARCÍA SAN MARTÍN, a otros indicios de dicho origen – pero acostumbran a ser insuficientes para acreditarlo más allá de toda duda razonable. Esta forma de operar resulta, en mi opinión, inadmisibles en el blanqueo de capitales (pues su apreciación comporta la imposición de una pena). En cambio, creo que sí resulta legítima en el decomiso ampliado. En efecto, la naturaleza no sancionadora del decomiso de ganancias autoriza a operar con un estándar probatorio menos exigente (propio del ámbito civil) al que impone la presunción de inocencia a la hora de dar por acreditada la procedencia delictiva de un bien.

³⁷ Véase cómo la STS 198/2003, de 10 de febrero, parece admitir que la prescripción del delito origen de los bienes no afecta al delito de blanqueo. En el mismo sentido se pronuncia el auto de la Audiencia Nacional 105/2011, de 6 mayo: “la investigación discurre ahora en orden al descubrimiento de un presunto de blanqueo de capitales, figura esta no necesariamente afectada por la prescripción del delito antecedente”. Incluso, la STS 961/2010, de 11 de noviembre, admite la condena por blanqueo de dinero procedente de un delito de tráfico de drogas sobre el que recayó sentencia absolutoria por una nulidad probatoria. No obstante, esto último no es lo habitual. Así, la STS 986/2006, de 19 de junio, declara que el sobreseimiento provisional respecto de las actividades ilícitas que fueron

Sorprendentemente, la consecuencia más gravosa –la pena por el delito de blanqueo– puede imponerse en condiciones que no permitirían aplicar la menos grave –el decomiso de ganancias–
38.

Las similitudes señaladas en la forma de determinar el origen delictivo de los bienes podrían hacer que la existencia del delito de blanqueo de capitales pusiera en cuestión la utilidad del decomiso ampliado. Sobre todo teniendo en cuenta que la pena del blanqueo implica, por sí misma, la anulación del enriquecimiento ilícito provocado por la actividad delictiva antecedente. En efecto, la pena de multa prevista para este delito (de forma cumulativa con una pena de prisión) es del tanto al triplo del valor de los bienes procedentes del delito. Esto supone que, en todo caso, la condena por blanqueo impide que el delito previo pueda resultar provechoso. La pena de multa mínima –el tanto del valor de los bienes– tiene la misma extensión que el decomiso ampliado – las ganancias ilícitas– y la máxima puede ser incluso mucho más aflictiva económicamente. De esta manera, la combinación entre blanqueo y multa proporcional puede parecer una alternativa político-criminal más eficiente que el decomiso ampliado para perseguir los beneficios del delito.

No obstante, la confirmación de este diagnóstico depende de la amplitud con la que se interprete la *conducta típica* del delito de blanqueo de capitales. En efecto, que el *objeto material* del blanqueo y el decomiso ampliado coincida (beneficios de origen delictivo) no significa que ambos institutos compartan el mismo ámbito de aplicación. El decomiso ampliado únicamente requiere para su imposición la obtención de ganancias de procedencia delictiva³⁹. En cambio, el delito de blanqueo *castiga* la realización de ciertas conductas sobre esos mismos beneficios. Así, la simple obtención de ganancias delictivas, sin que se lleve a cabo sobre ellas ninguna de las conductas típicas del blanqueo, posibilita la aplicación del decomiso ampliado pero no el castigo por el art. 301 CP. Este debería ser el ámbito aplicativo exclusivo del decomiso ampliado que justificara su utilidad político-criminal. Si la finalidad del delito de blanqueo es evitar que los bienes de origen delictivo se integren en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita⁴⁰, tiene sentido que únicamente se castiguen determinadas conductas que traten de ocultar la procedencia delictiva de los bienes sobre los que inciden. El simple enriquecimiento que produce la comisión de un delito, sin una posterior actividad tendente a la ocultación de su origen, no parece justificar teleológicamente la aplicación del delito de blanqueo. Sin embargo, la redacción de las conductas típicas del art. 301 CP parece apuntar en sentido contrario. La amplitud de las mismas parece abarcar cualquier situación derivada de un enriquecimiento delictivo. Desde la introducción en 2010 del autoblanqueo por posesión o utilización de bienes, el ámbito del enriquecimiento de procedencia delictiva que no constituye blanqueo tiende a cero. Si poseer o utilizar las ganancias derivadas del delito resulta ser un delito de blanqueo ¿en qué casos la obtención de una ganancia

atribuidas a uno de los acusados como origen ilegal de los bienes con los que después fueron realizadas las operaciones de blanqueo implicaría el desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución. En el mismo sentido, la SAP Toledo 12/2016, de 29 de marzo, señala que “cuando respecto del delito o actividad delictiva origen de los bienes exista un previo pronunciamiento de absolución o sobreseimiento firme no puede sostenerse que el delito grave antecedente exista y consiguientemente tampoco el de blanqueo de capitales”.

³⁸ Adviértase que, además, el decomiso de ganancias requiere una condena por otro delito y, en cambio, el delito de blanqueo no.

³⁹ Además de una condena por determinados delitos (art. 127 bis.1 CP).

⁴⁰ DEL CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, p. 29.

delictiva no lo será? ¿Qué queda entonces para el decomiso ampliado? Una interpretación literal del art. 301 CP que entienda típica la simple utilización o posesión de los bienes procedentes del delito que uno mismo ha cometido comportaría que la utilidad político-criminal del decomiso ampliado fuera prácticamente nula.

Sin embargo, la desmedida extensión de las conductas de blanqueo no ha pasado desapercibida para la doctrina y la jurisprudencia, que han reaccionado con diversas propuestas de interpretación teleológica para reducir su ámbito típico⁴¹. La interpretación restrictiva que parece imponerse considera que las conductas de utilizar o poseer (al igual que el resto de comportamientos previstos en el art. 301 CP) solo serán típicas en tanto que el autor actúe para ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes. De este modo, tal y como indica la STS 331/2017, de 10 de mayo, “la finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 CP. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido”. Así, no resultará típica la conducta de adquirir los bienes como consecuencia necesaria e inmediata de la realización de un delito⁴². Con esta interpretación se aporta cierta racionalidad teleológica al tipo de blanqueo y, en lo que aquí interesa, se delimita un ámbito de aplicación exclusivo del decomiso ampliado: *el enriquecimiento de procedencia delictiva que no va acompañado de acciones tendentes a ocultar o encubrir su origen*.

Por todo ello, a pesar de la actual configuración del delito de blanqueo, el decomiso ampliado resulta un instrumento útil para asegurar que el delito no resulte provechoso, pues garantiza en todo caso —y no solo cuando concurren conductas de ocultación o encubrimiento— la anulación del enriquecimiento derivado de actividades delictivas. Aunque el blanqueo y el decomiso ampliado compartan su objeto material, su ámbito de aplicación —y su función⁴³— no coincide.

Además, conviene señalar que el delito de blanqueo no cuestiona de ninguna manera la utilidad político-criminal del *decomiso sin condena*. La pena del blanqueo —al igual que cualquier otra pena— no puede ser impuesta en circunstancias en que no resulta posible celebrar el juicio oral. La muerte, enfermedad crónica o fuga del acusado impide que el enriquecimiento ilícito pueda ser anulado mediante la multa proporcional que prevé el art. 301 CP. El decomiso de ganancias —mediante la modalidad del decomiso sin condena— no está sujeto a dichas limitaciones, lo cual evidencia, por sí mismo, su utilidad político-criminal.

e) ¿Delito de enriquecimiento ilícito?

En los últimos años se ha debatido intensamente en nuestro país la posibilidad de introducir en el

⁴¹ Véase al respecto BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2015, pp. 314 y ss.; CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, pp. 10 y ss.

⁴² GALLEGO SOLER, «Artículo 301 CP», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *CP*, 2015, p. 1062.

⁴³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Si todo es blanqueo, nada es blanqueo», *Legaltoday*, 2010, señala el grave error que supone asignar al delito de blanqueo la finalidad de evitar que el delincuente se beneficie del botín, pues ello supone una “crasa confusión” entre las funciones político-criminales de la figura del blanqueo y la del comiso de ganancias, cuya significación y mecánica son radicalmente distintas.

Código penal un delito de enriquecimiento ilícito⁴⁴. Diversos instrumentos internacionales han instado al legislador a considerar la posibilidad de incorporar a nuestro arsenal punitivo un delito de estas características⁴⁵. Además, varios partidos políticos han presentado propuestas en este sentido, en especial, para combatir el fenómeno de la corrupción de los funcionarios públicos⁴⁶.

Dentro de las diferentes estrategias que pretenden criminalizar los beneficios delictivos, la tipificación de un delito de enriquecimiento ilícito representa, sin duda, la más ambiciosa de todas ellas. La cuestión que aquí interesa, y que evidentemente solo puede plantearse en términos hipotéticos, es si un delito de esta naturaleza privaría al decomiso de ganancias de su utilidad político-criminal.

La conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito consiste, simplemente, en experimentar un incremento patrimonial que no puede ser convenientemente justificado. Así pues, este delito se basa en la presunción de que el enriquecimiento que no puede justificarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe proceder de una actividad delictiva⁴⁷. Dicho de otro modo, la falta de acreditación del origen lícito del enriquecimiento experimentado presume su procedencia delictiva y, por tanto, permite la aplicación de este delito.

Pues bien, la tipificación de una conducta de estas características indudablemente pondría en cuestión la utilidad del decomiso ampliado. Lo que en el decomiso ampliado y en el blanqueo representa un simple indicio de la procedencia delictiva de ciertos bienes —la existencia de un incremento patrimonial carente de justificación— en el delito de enriquecimiento ilícito supone una conducta típica en sí misma. Por tanto, el alcance de este delito sería más amplio que el propio del decomiso ampliado (o del blanqueo). Incrementos patrimoniales injustificados que no fueran acompañados de otros indicios que pusieran de manifiesto su procedencia delictiva no permitirían la aplicación del decomiso ampliado y, en cambio, sí que habilitarían el castigo por delito de enriquecimiento ilícito.

Además, en la mayoría de propuestas legislativas la pena del delito de enriquecimiento ilícito incluye una multa proporcional al incremento patrimonial experimentado⁴⁸. Esto supone que el

⁴⁴ Véase al respecto BLANCO CORDERO, *REAI DP*, (1), 2013, pp. 16 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, *RGDP*, (23), 2015, pp. 58 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito», en DEMETRIO CRESPO/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dirs.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, 2015, pp. 431 y ss.; BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19), 2017, pp. 11 y ss.

⁴⁵ En especial, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida), cuyo artículo 20 dispone que “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”. Para un análisis detallado de los textos internacionales referidos a esta cuestión véase DEL CARPIO DELGADO, *RGDP*, (23), 2015, pp. 6 y ss.

⁴⁶ Para una exposición pormenorizada de las diferentes propuestas legislativas que últimamente han formulado los principales partidos políticos de nuestro país véase BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19), 2017, p. 11.

⁴⁷ BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19), 2017, p. 18.

⁴⁸ A título de ejemplo, véase la propuesta de redacción para este delito del Grupo Parlamentario Catalán: “La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o de su patrimonio durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad y no pudiese acreditar su procedencia, incurrirá en la pena de prisión de cuatro a seis años, multa del tanto al triple del valor de dicho incremento e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años” (Enmienda nº 501, BOCG,

delito de enriquecimiento ilícito garantizaría, por sí mismo y en mejores condiciones que el decomiso ampliado, que la delincuencia con fines de lucro no resulte provechosa.

La única razón por la que el decomiso ampliado podría seguir siendo útil es que la mayoría de propuestas de redacción del delito de enriquecimiento ilícito lo configuran como un *delito especial* de exclusiva aplicación a funcionarios públicos. Esta limitación supondría que el decomiso ampliado seguiría resultando una herramienta útil, aunque únicamente para perseguir los beneficios delictivos de los “no funcionarios”.

Por otro lado, un eventual delito de enriquecimiento ilícito estaría sujeto a las mismas limitaciones procesales que cualquier otro delito: la muerte, enfermedad crónica o fuga del acusado impediría el castigo por este delito, así como la anulación del enriquecimiento injustificado mediante la multa proporcional. Por ello, al contrario de lo que ocurriría con el decomiso ampliado, la introducción de este delito en nuestro ordenamiento jurídico no haría perder un ápice de utilidad al decomiso sin condena.

Por último, resulta interesante destacar cuál es la principal razón por la que en nuestro país (y en nuestro entorno más inmediato) no se ha introducido el delito de enriquecimiento ilícito: la vulneración que supone de la *presunción de inocencia*. En efecto, la configuración de este delito implica que, una vez acreditado el incremento patrimonial, surge la sospecha de comisión de delitos previos y se obliga al sospechoso a demostrar su inocencia⁴⁹. Esto supone una inadmisibles inversión de la carga de la prueba, dado que fuerza al sujeto activo a acreditar que no se ha enriquecido mediante la comisión de un delito para evitar su condena.

Pues bien, la misma razón por la que se rechaza el delito de enriquecimiento ilícito – la vulneración de la presunción de inocencia – se esgrime recurrentemente para negar la legitimidad del decomiso ampliado y sin condena. A continuación, se tratará de argumentar lo contrario. Esto es, que el decomiso ampliado y el decomiso sin condena no infringen la presunción de inocencia porque este principio no les resulta de aplicación. No obstante, antes de proceder al análisis de la legitimidad de estas modalidades de decomiso, conviene aclarar un equívoco: la presunción ínsita en el delito de enriquecimiento ilícito no se da en el decomiso ampliado. En el delito de enriquecimiento ilícito se presume que el enriquecimiento no justificable tiene procedencia delictiva (lo cual, precisamente, justifica su punición). En cambio, en el decomiso ampliado el

X legislatura, proyectos de ley, 10 de diciembre de 2014, núm. 66-2, p. 316); del Grupo Parlamentario Socialista: “La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad y no pueda acreditar su procedencia, será castigado con la pena de prisión uno a tres años, multa del tanto al triplo del valor dicho incremento e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años” (Enmienda nº 757, BOCG, X legislatura, proyectos de ley, 10 de diciembre de 2014, núm. 66-2, p. 490); o del Grupo Parlamentario de Ciudadanos: “La autoridad o funcionario público que, durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio, cuya procedencia no pueda ser acreditada en relación con sus ingresos legítimos, será castigado con pena de prisión de uno a tres años, multa del tanto al triplo del valor de dicho incremento y, en todo caso, con inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cinco años” (Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciados, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 33-1, 23 de septiembre de 2016, pp. 1 y ss.).

⁴⁹ BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19), 2017, p. 21.

enriquecimiento no justificable es un simple indicio que, junto con muchos otros, puede acreditar (o no) su procedencia delictiva⁵⁰. En este sentido, el delito de enriquecimiento ilícito y el decomiso ampliado no son equivalentes. Más bien, la equiparación debería realizarse entre el decomiso ampliado y el blanqueo de capitales. Si se considera que el decomiso ampliado vulnera la presunción de inocencia —porque no exige probar el delito origen en los mismos términos que lo requeriría una condena por el mismo— dicha vulneración debería apreciarse necesariamente también en el blanqueo de capitales. Pero, en todo caso, admitir que el delito de enriquecimiento ilícito vulnera la presunción de inocencia no prejuzga dicha vulneración por parte del decomiso ampliado⁵¹.

2.2. ¿Es el decomiso de ganancias un instrumento útil?

Tras la comparación efectuada, puede afirmarse que el decomiso de ganancias es, efectivamente, un instrumento útil para combatir la criminalidad que opera con fines de lucro. Su *extensión* —los beneficios de origen delictivo— sitúa al decomiso de ganancias en mejores condiciones para asegurar que el delito no resulte provechoso que otras instituciones como la responsabilidad civil —que únicamente abarca el daño derivado del delito— o el delito fiscal —cuyo objeto es el dinero opaco—. Además, las *condiciones que permiten su imposición* posibilitan una persecución más eficaz del lucro delictivo que la pena de multa —que requiere en todo caso una condena penal— el blanqueo de capitales —que exige la realización de acciones de ocultación o encubrimiento— o un hipotético delito de enriquecimiento ilícito —cuyo alcance queda normalmente limitado a los funcionarios públicos—.

3. La legitimidad del decomiso de ganancias

3.1. Las garantías del *ius puniendi* y el decomiso de ganancias

En gran parte, la utilidad del decomiso de ganancias deriva de las *condiciones que permiten su imposición*. En efecto, mediante el decomiso ampliado y sin condena es posible anular el enriquecimiento ilícito sin que el delito que lo ha originado haya sido objeto de una condena penal. Así, el *decomiso sin condena* permite la privación de ganancias delictivas en supuestos en que el sujeto no ha actuado de forma personalmente imputable (sin culpabilidad)⁵², en casos en los que

⁵⁰ Al igual que ocurre con el delito de blanqueo de capitales. Por ello, no podemos estar completamente de acuerdo con GÓMEZ RIVERO, *CPC*, (121), 2017, p. 46, cuando afirma que “la posesión de bienes no justificada, o más exactamente, la tenencia de bienes cuyo poseedor no pueda desvirtuar los indicios sobre los que descansa la convicción del Tribunal acerca de su procedencia delictiva, fundamenta la comisión de un delito, el de blanqueo, al modo en que lo haría el del enriquecimiento injustificado”. En el delito de blanqueo —al igual que en el decomiso ampliado— la tenencia de bienes sin justificar es un indicio de su procedencia ilícita. En cambio, en el delito de enriquecimiento ilícito dicha tenencia es una conducta típica en sí misma. Con independencia de la ligereza con que la jurisprudencia entiende acreditada la procedencia delictiva de ciertos bienes en el delito de blanqueo de capitales, no puede equipararse una cosa con la otra. No es lo mismo castigar el enriquecimiento sin justificar que utilizarlo como indicio para acreditar su origen delictivo.

⁵¹ Sobre este punto volveremos más adelante. Véase infra el apartado 3.8.a).

⁵² Desde la reforma operada por la LO 15/2003 es posible acordar el decomiso respecto a personas que no han sido condenadas a una pena, por estar exentas de responsabilidad criminal, o por haberse ésta extinguido (art. 127 ter.1 c). Esta posibilidad ha obligado a la doctrina a negar que el decomiso sea una consecuencia accesoria a la pena, y ha supuesto que se conciba como una consecuencia accesoria al hecho antijurídico. Véase GARCÍA ARÁN, «De las

su responsabilidad penal está prescrita, en situaciones en las que no es posible llevar a cabo un enjuiciamiento con todas las garantías por estar el acusado fugado o gravemente enfermo e, incluso, cuando este haya fallecido. Del mismo modo, el *decomiso ampliado* anula los beneficios ilícitos derivados de unos hechos delictivos cuya existencia no ha podido ser acreditada en los términos que requeriría una condena penal. En definitiva, el decomiso de ganancias es útil porque puede aplicarse en condiciones en las que no cabría imponer una pena. Esto es, *porque se puede decomisar en circunstancias en las que no cabría castigar*.

No obstante, las mismas razones que justifican la *utilidad* del decomiso de ganancias pueden poner en duda su *legitimidad*. En efecto, salta a la vista que el decomiso sin condena no respeta el principio de culpabilidad⁵³, la prohibición de juicios penales in absentia⁵⁴, y el principio de personalidad⁵⁵. Por otro lado, el decomiso ampliado genera muchas dudas respecto a su adecuación al principio de presunción de inocencia. Así, parece evidente que el decomiso de ganancias es útil, precisamente, porque no respeta las garantías que deben rodear el ejercicio del *ius puniendi*.

Visto lo anterior, cabe preguntarse ¿se han vulnerado una vez más las garantías que deben rodear el ejercicio del *ius puniendi* en favor de la eficacia? ¿Se están solucionando problemas probatorios a costa de la presunción de inocencia? ¿Son el decomiso ampliado y el decomiso sin condena instituciones *ilegítimas*?

Para responder a estas preguntas, previamente se debe determinar cuál es la *naturaleza jurídica* del decomiso de ganancias, pues las *garantías* que en apariencia se vulneran únicamente serán de aplicación si esta institución tiene *naturaleza sancionatoria*. En efecto, el principio de culpabilidad, el de personalidad de las sanciones, la prohibición de juicios in absentia, o la presunción de inocencia, son garantías exclusivas de las sanciones⁵⁶. La legitimidad o ilegitimidad del decomiso de ganancias pende, por tanto, de la determinación de su naturaleza jurídica⁵⁷. El decomiso de

consecuencias accesorias», en CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *CP*, 2011, p. 950; GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2016, p. 236.

⁵³ Porque puede imponerse a personas exentas de responsabilidad criminal (art. 127 ter.1 c).

⁵⁴ Por su posible imposición cuando el acusado está fugado o con una enfermedad que le impide acudir al juicio oral (art. 127 ter.1 b).

⁵⁵ Porque puede imponerse aunque el infractor haya fallecido (art. 127 ter.1 a).

⁵⁶ Tal y como indica la STC 239/1988, de 14 de diciembre, “las garantías recogidas en el art. 25 CE únicamente resultan aplicables a medidas que respondan verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o tienen un verdadero sentido sancionador”. En concreto, la STC 42/1989, de 16 de febrero, afirma que “las garantías del artículo 24 CE (...) no pueden trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, salvo que estas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones propiamente penales”. Abundando en este extremo, la STC 331/2006, de 20 de noviembre, señala que “en distintas ocasiones hemos advertido sobre la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción, con la finalidad de obtener la aplicación a las garantías constitucionales propias de este campo, en la medida que no responden verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* (...) los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica”. Véase al respecto PARADA VÁZQUEZ, «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», *RAP*, (67), 1972, pp. 46 y ss.; CANO CAMPOS, «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *RAP*, (184), 2011, p. 102.

⁵⁷ Antes de que el legislador potenciara la utilidad del decomiso mediante la incorporación a su regulación del decomiso ampliado y sin condena, la discusión sobre su naturaleza jurídica era mucho menos relevante. En este sentido escribía HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 355, que “la naturaleza que tenga el decomiso tiene menos importancia que en el caso de otras medidas, como las medidas de restauración de la legalidad urbanística, porque, a diferencia de estas, el comiso se aplica solo como consecuencia accesoria y, por lo tanto, aunque no se reconozca su carácter sancionador, se van a respetar las garantías del derecho sancionador en la

ganancias será ilegítimo –por vulnerar las garantías propias de la potestad sancionatoria del Estado– si su imposición se considera un *castigo*. En definitiva, no será posible decomisar sin castigar, si decomisar significa castigar⁵⁸.

3.2. La naturaleza jurídica del decomiso de ganancias: consideraciones preliminares

De forma algo insólita, el propio preámbulo de la LO 1/2015 se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del decomiso ampliado y sin condena, señalando que estas modalidades de decomiso no tienen naturaleza penal, por no tener como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho⁵⁹. Según el preámbulo, su naturaleza sería eminentemente civil, ya que se limitarían, al modo de las figuras del enriquecimiento sin causa, a evitar la consolidación de una situación patrimonial injusta⁶⁰.

Sin embargo, dejando de lado que el contenido del preámbulo no vincula al intérprete, las instituciones tienen la naturaleza que tienen, y no la naturaleza que dicen que tienen⁶¹. Del mismo modo que la denominación de “consecuencia accesoria”, que corresponde al título que contiene su

imposición de la sanción”. Desde el momento en que el legislador permite decomisar sin castigar, la determinación de la naturaleza jurídica del decomiso pasa a ser una cuestión de máxima relevancia en este ámbito.

⁵⁸ Consideran que el decomiso es una sanción, entre otros, AGUADO CORREA, *El comiso*, 2000; GASCÓN INCHAUSTI, «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», en ROBLES GARZÓN/ORTELLS RAMOS (coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, 2006, pp. 587 ss.; CORTÉS BECHIARELLI, «Valoración crítica de la reforma del comiso: LO 15/2003, de 25 de noviembre», *RGDP*, (8), 2007; GARCÍA ARÁN, en CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *CP*, 2011; HAVA GARCÍA, «La nueva regulación del comiso», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 213 ss.; NIEVA FENOLL, «El procedimiento de decomiso autónomo: en especial, sus problemas probatorios», *Diario La Ley*, (8601), 2015; PÉREZ CEBADERA, «Decomiso ampliado: a vueltas con la prueba del origen del patrimonio», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, 2015, pp. 403 ss.; DÍAZ CABIALE, «El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *RECPC*, (18), 2016; GISBERT POMATA, «El decomiso ampliado», *La ley penal*, (124), 2017; RODRÍGUEZ GARCÍA, *El decomiso de activos ilícitos*, 2017; CARRILLO DEL TESO, *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, 2018.

⁵⁹ ROIG TORRES, *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 229, advierte en el preámbulo la influencia de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional alemán en el Auto de 14 de enero de 2004, donde declaró que el decomiso no infringe el principio de culpabilidad, puesto que no es una pena ni una sanción asimilada a ella, ni persigue reprochar al implicado el hecho delictivo, sino que constituye una medida dirigida a la estabilización de la norma y la ordenación del patrimonio. Además, el propio preámbulo alude a la doctrina del TEDH, que apunta en una dirección similar. Véase al respecto BLANCO CORDERO, «Comiso ampliado y presunción de inocencia», en PUENTE ABA/ZAPICO BARBEITO/RODRÍGUEZ MORO (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, 2008, pp. 80 y ss.

⁶⁰ Al introducir la nueva regulación del decomiso sin condena, el preámbulo de la LO 1/2015 señala que “no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción”. Posteriormente, respecto del decomiso ampliado, el mismo preámbulo afirma que “no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto”. Adviértase que los razonamientos que efectúa el preámbulo parecen referirse, más que al decomiso ampliado o sin condena, al decomiso de ganancias. En efecto, las similitudes a las que alude respecto a la figura civil del enriquecimiento injusto se predicen del decomiso de ganancias. El decomiso ampliado y sin condena únicamente concretan las condiciones de aplicación que permiten imponer el decomiso. Más adelante se hará referencia expresa a esta cuestión.

⁶¹ Véase al respecto HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 192; REBOLLO PUIG, *Derecho administrativo sancionador*, 2010, p. 59; CARPIO BRIZ, «Europeización y reconstrucción del non bis in ídem», *RGDP*, (14), 2010, p. 7; CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, p. 103.

regulación, no determina la naturaleza jurídica del decomiso, tampoco lo hace la etiqueta que le atribuya el preámbulo. Tal y como indica la STC 276/2000, de 16 de noviembre “ni el nomen iuris empleado por la administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los artículos 24.2 y 25.1 CE resultan aplicables”. Únicamente a partir del análisis de la regulación del decomiso, podremos determinar, de *lege lata*, cuál es la naturaleza de este instituto.

Avanzo mi tesis: *el decomiso de ganancias no tiene naturaleza sancionatoria porque se limita a detraer los beneficios ilegítimos que derivan del delito*. En tanto que su extensión queda restringida a las ganancias delictivas —al contrario de lo que ocurre con la multa, que puede ir mucho más allá— el decomiso carece del *contenido aflictivo* característico de toda sanción. Ello justifica que sea legítima su aplicación en supuestos en que la imposición de una pena no lo sería. De este modo, suscribo la apuesta del legislador de extender el decomiso a ganancias procedentes de delitos que no han sido objeto de una condena penal. Dicha regulación no vulnera las garantías que deben rodear el ejercicio del *ius puniendi* porque el decomiso *no es una manifestación del ius puniendi*.

La naturaleza no sancionatoria del decomiso de ganancias puede percibirse intuitivamente. Recuperemos el ejemplo inicial con el que hemos ilustrado el decomiso sin condena: una persona investigada por un delito de cohecho muere antes de que el proceso penal termine con una sentencia condenatoria firme. En este caso, aun sería *posible* la imposición de una pena de multa a detraer de su caudal hereditario (la pena privativa de libertad obviamente ya no sería posible aplicarla). No obstante, dicha imposición sería advertida a todas luces como *ilegítima*. El principio de personalidad de las penas ofrece un buen argumento en su contra. Precisamente por eso la responsabilidad penal se extingue con la muerte (art. 130.1.1ª CP). ¿Qué sentido tendría *castigar* a los herederos? Un sentir elemental de justicia aboga en contra de que la pena se imponga a un sujeto que no ha delinquido.

No obstante, la percepción cambia rápidamente cuando de lo que se trata es de decomisar las ganancias derivadas del delito. Por ejemplo, aunque el receptor del soborno haya muerto, tendemos a pensar que decomisar el contenido del mismo resulta razonable. El incremento patrimonial derivado de un cohecho trae causa de un acto ilegítimo y, por tanto, anular dichos beneficios parece una medida necesaria con independencia de quién vaya a disfrutarlos. ¿Acaso deberíamos permitir que los herederos se lucren de unos beneficios de origen delictivo? Si el causante no tenía derecho a dichos beneficios, sus causahabientes tampoco deberían tenerlo. En este sentido, el decomiso se parece más a la responsabilidad civil *ex delicto* que a la pena de multa. Al igual que ocurre con la acción civil que deriva del daño causado por un delito, la muerte no parece un obstáculo que deba impedir decomisar las ganancias delictivas. La razón por la que en ambos casos tenderíamos a admitir —aunque sea intuitivamente— que los herederos asumieran las cargas derivadas de la responsabilidad civil o del decomiso es, precisamente, que *su imposición tiene un sentido ajeno a lo sancionatorio*.

Abandonemos ahora el terreno de las intuiciones. Nuestro texto punitivo nos brinda diversos argumentos *materiales* y *formales* en favor de la naturaleza no sancionatoria del decomiso de ganancias. Un primer argumento *material* —que esgrime el preámbulo de la LO 1/2015— es que el

decomiso de ganancias no se basa en la gravedad del hecho ni en la culpabilidad del autor (que son los criterios rectores de la imposición de las penas). Esto es, la cuantía a decomisar no depende de la mayor o menor gravedad del delito – como correspondería en el ámbito sancionatorio – sino de los beneficios efectivamente obtenidos. Un delito menos grave puede conllevar un decomiso de ganancias mayor al que corresponde a un delito grave. Por ejemplo, el decomiso a imponer en un delito de cohecho propio –delito grave– puede ser de menor cuantía que el aplicable a un cohecho impropio –delito menos grave– si el importe del soborno era mayor en este último caso⁶². Además, el decomiso puede imponerse *sin culpabilidad*. Un delito de tráfico de influencias realizado en estado de necesidad exculpante no permite la imposición de una pena, pero sí habilita el decomiso de las ganancias obtenidas.

Los argumentos *materiales* en favor de la naturaleza no sancionatoria del decomiso de ganancias no se agotan aquí. Así, también podría traerse a colación que el decomiso de ganancias no respeta la presunción de inocencia – garantía básica de todo proceso sancionatorio –, puede imponerse a pesar de que la responsabilidad penal del infractor se haya extinguido y, además, no queda limitado por el principio de proporcionalidad⁶³.

Por otro lado, el Código penal también ofrece varios argumentos *formales* que abogan a favor de considerar que el decomiso de ganancias no es una sanción. Así, el decomiso no está previsto en el catálogo de penas del art. 33 CP, y su regulación tiene carácter de ley ordinaria⁶⁴.

No obstante, ninguno de los argumentos mencionados es determinante de la naturaleza no sancionatoria del decomiso de ganancias. En efecto, que una consecuencia jurídica asociada a la comisión de un delito no guarde relación con la gravedad del mismo –esto es, que no sea proporcional– no determina automáticamente que no sea una sanción. Podría tratarse, simplemente, de una *sanción ilegítima*. Ante la previsión de una “consecuencia jurídica” de 30 años de prisión por la comisión de un hurto –consecuencia completamente desproporcionada– a nadie se le ocurriría afirmar que dicha previsión no tiene naturaleza sancionatoria por no ajustarse a la gravedad del hecho. Simplemente, se pondría en duda su constitucionalidad –por ser contraria al principio de proporcionalidad– y se tacharía de ilegítima. Lo mismo ocurriría con una

⁶² Es cierto que esta clase de desajustes también pueden producirse con la pena de multa, sin que ello cuestione su naturaleza sancionadora. En efecto, la posibilidad de establecer multas proporcionales al beneficio obtenido (art. 52.1 CP) permite que delitos menos graves comporten penas de multa más elevadas que delitos graves en los que se han obtenido menos beneficios. No obstante, al contrario de lo que ocurre en el decomiso de ganancias, la concreción de la cuantía a pagar en las multas proporcionales sí que depende de la gravedad del delito (aunque no “principalmente”: art. 52.2 CP). Además, adviértase que en la mayoría de supuestos (en todos aquellos en que se prevé como pena cumulativa), la multa proporcional será únicamente una parte de la pena, cuya gravedad global se determina en combinación con la pena privativa de libertad o de derechos que la acompañe. Dicha gravedad global de la pena sí que se corresponderá con la gravedad del delito.

⁶³ Al contrario de lo que ocurre con el decomiso de instrumentos, la limitación del artículo 128 CP derivada del principio de proporcionalidad no resulta aplicable, según el propio legislador, al decomiso de ganancias. Más adelante se tratarán de explicar las razones de esta exclusión. Véase al respecto el apartado 3.6.

⁶⁴ AGUADO CORREA, *El comiso*, 2000, p. 79, antes de la reforma de 2015 esgrimía este argumento en sentido contrario, es decir, para defender la naturaleza sancionadora del decomiso. Así, esta autora afirmaba que “la Disposición Final sexta del Código Penal no otorga carácter de ley ordinaria a las normas que regulan el decomiso de ganancias, como correspondería si este instituto tuviera naturaleza civil”. No obstante, esta clase de razonamiento parece volverse ahora en contra de su argumento, dado que la Disposición Final séptima de la LO 1/2015 sí atribuye carácter de ley ordinaria a los apartados que modifican la regulación del decomiso.

previsión similar que no respetara el principio de culpabilidad o la presunción de inocencia. La necesaria proporcionalidad con la gravedad del hecho, el principio de culpabilidad y el de presunción de inocencia, la exigencia de ley orgánica, etc., son requisitos (constitucionales) que el legislador debe respetar cuando regula el ejercicio del *ius puniendi*. Sin embargo, no determinan el contenido de la facultad sancionadora del Estado. Que no se apliquen las limitaciones derivadas de las garantías propias del *ius puniendi* es la consecuencia de que una institución no tenga naturaleza sancionatoria, y no la razón por la cual no tiene esa naturaleza. No debe confundirse el contenido del *ius puniendi* con las condiciones de su ejercicio en un Estado Social y Democrático de Derecho. Que en la regulación del decomiso de ganancias el legislador no haya respetado los principios que deben limitar el ejercicio del *ius puniendi* no es un argumento para negar la naturaleza sancionatoria de este instituto. En todo caso, se suscribirá o se impugnará la legitimidad de dicha regulación en función de si existen (o no) razones para fundamentar su naturaleza no sancionatoria.

Lo mismo ocurre en sentido inverso: que el legislador haya respetado ciertas garantías del *ius puniendi* al regular el decomiso de ganancias no prejuzga cuál es su naturaleza. Una medida no sancionatoria puede respetar dichas garantías sin que por ello se convierta en una sanción⁶⁵. Por esta razón, no son determinantes los argumentos que tratan de demostrar que el decomiso es una sanción penal porque lo impone un órgano de la jurisdicción penal, su aplicación se prevé en una ley penal, y deriva de una infracción penal⁶⁶. De nuevo —aunque ahora al revés— la exigencia de que el enjuiciamiento sea realizado por un órgano de la jurisdicción penal, en base a una infracción prevista en una ley penal, podría ser una consecuencia de considerar que aquello que se impone es una sanción penal, pero nunca una razón para abogar por dicha naturaleza. Además, esta clase de argumentos se enfrentan a otro problema más elemental. Tomados en serio obligarían a considerar

⁶⁵ Por ello, no puedo compartir la postura de DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 26. DÍAZ CABIALE afirma que en la modalidad básica o tradicional de decomiso se exige prueba plena de la comisión de un delito y del vínculo de los bienes decomisados con el mismo, de lo cual este autor deriva su naturaleza penal, al no existir rebaja alguna de las garantías que rodean el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el proceso penal. Pues bien, en mi opinión, esta forma de razonar no puede ser suscrita. Que se respeten las garantías del *ius puniendi* en la aplicación de una medida nada nos dice acerca de la naturaleza de la misma. Una medida no sancionatoria puede respetar dichas garantías sin que ello la convierta en una sanción. Del mismo modo, una medida sancionadora puede no respetar dichas garantías, sin que de ello se deduzca que ha dejado de ser una sanción (simplemente se trataría de una sanción ilegítima).

⁶⁶ Por ejemplo, AGUADO CORREA, *El comiso*, 2000, p. 36; PLANCHADELL GARGALLO/VIDALES RODRÍGUEZ, «Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios penales y criminológicos*, (38), 2018, p. 48. Otro argumento que suele esgrimirse para defender la naturaleza sancionatoria del decomiso de ganancias es el hecho de que el beneficiario de los bienes decomisados sea, en última instancia, el Estado. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la acción de enriquecimiento ilícito del Derecho civil —que comporta que las ganancias ilícitas se entreguen al sujeto pasivo de la intromisión— el destinatario de las ganancias decomisadas es el Estado. Así, AGUADO CORREA, *El comiso*, 2000, p. 79 considera que “solamente a través del Derecho Penal se puede articular la restitución de ganancia como factor de prevención y punitivo teniendo como destinatario el Estado. Únicamente reputando el comiso de ganancias como una sanción penal se puede articular la restitución de la misma como factor de prevención y punición de determinadas conductas sin tener que otorgársela al sujeto pasivo de la intromisión”. En el mismo sentido parece pronunciarse DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 43. Sin embargo, tal y como indica VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 170, que el destinatario de lo decomisado sea el Estado no conlleva necesariamente que la naturaleza del decomiso de ganancias sea penal. Que repercutan en las arcas del Estado los beneficios ilícitos decomisados es un argumento para considerar que el decomiso de ganancias tiene carácter público, pero no permite concluir que es una sanción. La finalidad aflictiva que caracteriza las sanciones no puede inferirse de que el destinatario de las ganancias sea el Estado. En el mismo sentido se posiciona GÓMEZ TOMILLO, «Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo», *RGDA*, (31), 2012, p. 9, al afirmar que la naturaleza del decomiso de ganancias no debe variar en función de si el destinatario es el Estado o un particular.

que la responsabilidad civil derivada del delito también es una sanción penal⁶⁷. En efecto, la responsabilidad civil *ex delicto* se genera a partir de una infracción penal⁶⁸, tiene una regulación específica en el Código penal y puede ser impuesta por un juez penal⁶⁹.

La naturaleza del decomiso de ganancias no puede ser determinada a partir de las *condiciones que permiten su imposición*. Más bien al contrario, la naturaleza del decomiso de ganancias determinará las condiciones en que este puede aplicarse legítimamente⁷⁰. Si de lo que se trata es de cuestionar la legitimidad de dichas condiciones, no podemos acudir a ellas para averiguar cuál es su naturaleza, bajo riesgo de caer en una argumentación tautológica.

Como a continuación se intentará poner de manifiesto, la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias viene determinada por su *contenido* –privación de las ganancias derivadas del delito– y su *finalidad*. En mi opinión, el preámbulo de la LO 1/2015 yerra al tratar de establecer la naturaleza jurídica del decomiso ampliado y sin condena, como si de una institución autónoma se tratara. El decomiso ampliado y el decomiso sin condena no tienen una naturaleza jurídica específica porque únicamente concretan las *condiciones de aplicación* que permiten imponer el

⁶⁷ Lo cual evidentemente no se compadece con la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*. Tal y como indica RUIZ ROBLEDÓ, «El ámbito del derecho punitivo: El concepto constitucional de sanción», *RFDUG*, (2), 1999, p. 120, el hecho que los preceptos que la regulan la responsabilidad civil *ex delicto* se encuentren en el Código penal y de que sea exigible conjuntamente con la responsabilidad penal y en la misma vía jurisdiccional es debido a evidentes razones de carácter práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre la sanción penal y la responsabilidad que puede surgir a consecuencia de un delito, cuando éste, como es habitual, provoca un daño a la víctima que debe ser reparado. Véase también EL MISMO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 2004, p. 321.

⁶⁸ En concreto, se genera a partir del daño derivado de una infracción penal. DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 45, insiste en este dato para deshacer las similitudes entre responsabilidad civil *ex delicto* y decomiso, y sostener que este último sí tiene naturaleza sancionadora. Así, este autor sostiene que el origen de la responsabilidad civil *ex delicto* no es el delito en sí mismo, sino el daño que deriva de él. En cambio, según este autor, el decomiso sí que tendría su origen en la comisión de un delito (esta sería su “causa eficiente”). Pues bien, lo primero es correcto, pero lo segundo no puede compartirse. En efecto, resulta obvio que el presupuesto aplicativo de la responsabilidad civil *ex delicto* no es la comisión de un delito, sino la causación de un daño mediante el mismo. La realización de delitos que no causan daño no genera responsabilidad civil *ex delicto* (lo cual ocurre frecuentemente en delitos de tráfico de drogas o contra la seguridad del tráfico). Sin daño no hay responsabilidad civil *ex delicto*. No obstante, el presupuesto aplicativo del decomiso de ganancias tampoco es la comisión de un delito, sino la obtención de ganancias a partir del mismo. La realización de delitos que no producen enriquecimiento alguno no habilita la imposición del decomiso de ganancias (lo cual ocurre frecuentemente en delitos contra la vida, integridad física, libertad, etc.). Sin ganancias no hay decomiso de ganancias. Lo mismo podría decirse del decomiso de efectos e instrumentos: la privación de estos bienes no trae causa de la comisión de un delito –como ocurriría con la pena de multa– sino de su peligrosidad de cara a favorecer nuevas infracciones. Sin peligrosidad no hay decomiso de efectos e instrumentos (véase el apartado 3.6). En definitiva, es cierto que la responsabilidad civil *ex delicto* es una manifestación de la responsabilidad civil extracontractual que surge del daño irrogado, pero también lo es que el decomiso de ganancias es una manifestación del principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento ilícito y surge, precisamente, del enriquecimiento sin justa causa. Ambas instituciones tienen un importante punto en común que justifica su comparación: su presupuesto aplicativo (el daño o el enriquecimiento sin causa) se plasma en un delito. Por eso, el razonamiento expuesto en el texto (si el decomiso de ganancias es una sanción por generarse a partir de una infracción penal también debería serlo la responsabilidad civil *ex delicto*) sigue siendo válido aunque ni el presupuesto aplicativo de la responsabilidad civil *ex delicto*, ni el del decomiso de ganancias, sea la simple comisión de un delito.

⁶⁹ En sentido similar GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 546.

⁷⁰ CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, p. 108, expresa esta idea en otros términos, pero con el mismo sentido. Así este autor señala que existen un conjunto de elementos que generalmente se predicán de las sanciones como, por ejemplo, su previsión en una ley, su taxatividad o determinación, su proporcionalidad, la necesidad de imponerlas siguiendo un procedimiento en el que se han de respetar unos derechos, etc., pero tales elementos no son consustanciales al concepto de sanción, sino requisitos de validez de las sanciones. Si se impone un castigo sin cumplir tales requisitos estaremos en presencia de un acto punitivo, de una sanción, pero será una sanción ilegal.

decomiso de ganancias⁷¹. Los elementos a partir de los cuales puede determinarse la naturaleza jurídica de una institución –contenido y finalidad– se predicán del decomiso de ganancias. Por tanto, para averiguar si las condiciones de aplicación que permiten el decomiso ampliado y sin condena vulneran o no las garantías del *ius puniendi*, deberá resolverse previamente cuál es la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias.

3.3. El concepto de sanción

Para determinar si el decomiso de ganancias tiene naturaleza sancionatoria previamente debe aclararse qué es una sanción. Pues bien, una sanción es un *mal impuesto por el Estado*⁷² con un fin *aflictivo*⁷³. Esto es, un mal que se inflige forzosamente como castigo⁷⁴. Así, el núcleo esencial del concepto de sanción se configura a partir de dos elementos: su *contenido* –un mal– y su *fin* –afligir o castigar–⁷⁵. Solamente las medidas que reúnan estos dos requisitos serán consideradas como una manifestación del *ius puniendi* estatal⁷⁶ cuya aplicación deberá regirse por las garantías

⁷¹ Sobre la posible aplicación del decomiso ampliado y sin condena a otras modalidades de decomiso (de instrumentos o efectos) véase más adelante la nota 160.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 113, refiriéndose a las penas. También RUIZ ROBLEDO, *RFDUG*, (2), 1999, p. 122 indica que el ámbito de lo sancionatorio se circunscribe a las intervenciones de los poderes públicos. En consecuencia, descarta que medidas impuestas por particulares puedan ser consideradas sanciones. Por ejemplo, los despidos, por muy disciplinarios que sean, no pueden incluirse dentro del Derecho punitivo porque no son los poderes públicos los que intervienen *prima facie* reprimiendo, sino que es un particular (el empresario) quien impone la medida. Otra cosa es que los Tribunales del orden laboral apliquen por analogía algunas reglas de Derecho punitivo en despidos disciplinarios y figuras similares (véase por ejemplo cómo la jurisprudencia laboral traslada los efectos de la doctrina del delito provocado al despido disciplinario: STSJ Sevilla 2266/2016, de 14 de septiembre; CASTELLVÍ MONSERRAT, *El delito provocado*, 2017, p. 21) pero eso no significa que la potestad disciplinaria del empresario se integre dentro del ordenamiento punitivo del Estado.

⁷³ Así, por ejemplo, para GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ª ed., 1993, p. 163, una sanción consiste en causar un mal, con un fin aflictivo, a un ciudadano como consecuencia de su conducta ilegal, mal que consiste en la privación de un bien o de un derecho. En sentido similar, SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, 1989, p. 55, afirma que las sanciones (refiriéndose a las administrativas) son cualquier mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora. Por otro lado, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 102, define la pena como un mal que se impone como tal mal en respuesta a la comisión de un delito. También refiriéndose a las penas, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 113, las define como la inflicción por el Estado de un mal simbólico-comunicativo al agente responsable de un delito, a quien este se le reprocha jurídicamente.

⁷⁴ CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, p. 103. Del mismo modo, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2003, p. 49, señala que conceptualmente la pena es un castigo.

⁷⁵ Parte de la doctrina introduce como elemento del concepto de sanción que su imposición traiga causa de una infracción. Véase por ejemplo CORDERO QUINZACARA, «Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilenas», *RDUCN*, (1), 2013, p. 84; BERMÚDEZ SOTO, «Elementos para definir las sanciones administrativas», *RCD*, 1998, p. 326. Es decir, que una sanción, para ser sanción, debe ser consecuencia de la comisión de una conducta ilícita. No obstante, como indica HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 235 este criterio no parece enteramente relevante en la delimitación de las sanciones. En todo caso, sí que parece una exigencia del principio de Estado de Derecho y del principio de legalidad la certidumbre en cuanto al contenido de las infracciones y las sanciones y, por tanto su tipificación expresa. Es decir, este elemento no es una característica del concepto de sanción, sino una garantía que debe respetar su imposición. De lo contrario, podrían burlarse fácilmente las garantías propias de las sanciones vinculándolas a resultados que no pudieran ser considerados una infracción. En efecto, las sanciones que no se vinculan a una infracción siguen siendo sanciones, aunque sean ilegítimas.

⁷⁶ Que incluye tanto penas como sanciones administrativas, tal y como señaló desde muy temprano el Tribunal Constitucional en la STC 18/1981, de 8 de junio.

propias de este ámbito⁷⁷.

a) El contenido de las sanciones

El primer elemento definitorio del concepto de sanción es su *contenido*: una sanción debe consistir en la imposición de un determinado *mal*. Esto es, debe tener un contenido aflictivo. El sujeto a quien se impone la sanción tiene que sufrir necesariamente un *perjuicio* en su esfera jurídica para poder hablar de sanción⁷⁸. Obviamente, qué es un mal (o un perjuicio) no lo decide el destinatario del mismo. El concepto de mal no puede ser entendido en términos psicológico-sociales. El pago de una deuda civil impuesto judicialmente no debe ser considerado un mal, aunque su imposición tienda a ser vista como tal por parte del obligado⁷⁹. Desde hace años, nuestra doctrina y jurisprudencia han entendido este requisito en términos de *restricción de derechos*⁸⁰. No será sanción la negación de un derecho que no se tenía ni la imposición de un deber que ya existía⁸¹. En palabras del Tribunal Constitucional: “el carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente”⁸². En consecuencia, la privación de aquello a lo que no se tenía derecho no podrá constituir el contenido de una sanción⁸³.

Precisamente por ello, las medidas de restablecimiento de la legalidad –calificadas a veces

⁷⁷ Tal y como indica REBOLLO PUIG, «El contenido de las sanciones», *JA*, (1), 2001, p. 153, lo que interesa en nuestro ámbito es el concepto de sanción en sentido estricto que delimita el Derecho sancionador y no el genérico utilizado en la teoría general del derecho para referir prácticamente todas las formas con que el ordenamiento jurídico reacciona ante cualquier vulneración. Este concepto amplio de sanción, como el que sostienen KELSEN o BOBBIO, parte del binomio violación de las normas/consecuencia desfavorable y considera por ello sanción a cualquier consecuencia del incumplimiento del deber ser. Véase CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, p. 101. Como señala HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 220, este concepto incluye, junto a las penas y las sanciones administrativas, la nulidad y la anulabilidad de los actos y negocios jurídicos, la responsabilidad civil, la ejecución forzosa, etc. Por ello, este concepto amplio aquí no interesa, pues no nos permite delimitar el ámbito en el que deben aplicarse las garantías del *ius puniendi*.

⁷⁸ CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, p. 104.

⁷⁹ Lo mismo ocurre en sentido inverso: aunque un determinado sujeto pueda considerar que una pena privativa de libertad mejora sus condiciones de vida (dadas sus circunstancias) ello no impide estimar dicha privación de libertad como un mal. Así, SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo», en KINDHÄUSER/MANALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XVI, afirma que “la pena sigue siendo un castigo aunque el sujeto concreto no sufra como consecuencia de su imposición (por ejemplo, porque, en sus circunstancias, incluso le mejore las condiciones de vida). Se trata de una objetiva inflicción de daño o, en otros términos, de una restricción de derechos pretendida como tal”.

⁸⁰ Tal y como indica, PEMÁN GAVÍN, «Dificultades para una delimitación sustantiva del concepto de sanción: pautas para un replanteamiento de la cuestión», *RAAP*, (14), 1999, p. 137, el concepto de mal ha ido evolucionando. El genérico concepto de mal de los filósofos de la ilustración hoy día se concreta en una privación o restricción de bienes jurídicos. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 114, se refiere a dicha privación o restricción de derechos como el mal “accidental” de la pena, para diferenciarlo del mal puramente comunicativo que deriva de su propia imposición como tal.

⁸¹ REBOLLO PUIG, *JA*, (1), 2001, p. 162.

⁸² STC 48/2003, de 12 de marzo.

⁸³ En este sentido, se dice que las sanciones tienen carácter constitutivo y no meramente declarativo. Esto es, deben imponer al particular una consecuencia jurídica nueva, que no se reduce a hacer cumplir la legalidad vigente. Véase al respecto CASINO RUBIO, «La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (comentario a la STS de 2 de febrero de 1998)», *REALA*, (283), 2000, p. 571.

genéricamente como “medidas de policía”⁸⁴— no tienen carácter sancionador⁸⁵. Decretar el cierre de un establecimiento que no tenía licencia no restringe derechos porque el titular nunca tuvo derecho a su apertura. Lo mismo ocurre cuando se acuerda la demolición de una construcción no autorizable: en tanto que el propietario no tenía derecho a llevar a cabo la construcción, su demolición no le priva de ningún derecho legítimo⁸⁶. En ambos casos no estamos ante sanciones porque no se restringen derechos previos que tuvieran los destinatarios de las diferentes medidas⁸⁷. No se impone ningún *plus obligacional* o, en palabras del Tribunal Supremo, *plus restrictivo de derechos* a sus destinatarios⁸⁸. El contenido de estas medidas no puede ser calificado como un mal y, por tanto, no son sanciones. En consecuencia, las garantías propias del *ius puniendi* no resultan aplicables a estos supuestos.

Ahora bien, resulta interesante poner de manifiesto que el contenido de las medidas descritas — clausura de un establecimiento o demolición de una construcción— podría ser perfectamente sancionatorio en un supuesto en que su titular tuviera un derecho previo a las mismas. Si el establecimiento o la construcción tuvieran autorización, y su cierre o demolición derivara de una infracción posterior de su titular (por ejemplo, llevar a cabo en su interior actividades ilícitas) dichas medidas tendrían indudablemente un carácter sancionador. En este caso, la clausura o la demolición restringirían efectivamente derechos previos de sus destinatarios⁸⁹.

⁸⁴ HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 249.

⁸⁵ PEMÁN GAVÍN, RAAP, (14), 1999, p. 177, señala que el carácter no sancionador de las medidas de reposición o restitución de la realidad física o jurídica vulnerada — como pueden ser los cierres de actividad, la demolición o reconstrucción de lo indebidamente realizado— resulta una cuestión pacífica tanto en el orden jurisprudencial como doctrinal. Cabe destacar que, desde el punto de vista teórico, los argumentos para justificar la exclusión de las medidas de restablecimiento de la legalidad del ámbito sancionador han seguido distintos derroteros: el Tribunal Constitucional ha puesto el acento en la ausencia de un derecho subjetivo en las situaciones de falta de título, y la doctrina se ha centrado especialmente en la ausencia de la finalidad aflictiva propia de las sanciones.

⁸⁶ REBOLLO PUIG, *Derecho administrativo sancionador*, 2010, p. 92, indica que en ocasiones también se ha utilizado este argumento para negar el carácter sancionador de la expulsión de extranjeros por encontrarse en situación irregular (vía art. 57.1 de la LOEx). En este sentido se pronuncia la STS de 20 de diciembre de 2002. No obstante, la STC 116/1993, de 29 de marzo, se posiciona en sentido contrario, concluyendo que la expulsión administrativa de extranjeros sí es una sanción. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 353 critica dicha sentencia, señalando que se compadece mal con la jurisprudencia que descarta enérgicamente que puedan considerarse sanciones las medidas de restablecimiento de la legalidad, puesto que la expulsión de quien no cumple las condiciones legales de residencia y por lo tanto no tiene derecho a permanecer en el territorio nacional no se diferencia en nada, desde un punto de vista dogmático o institucional, del cierre de una emisora ilegal.

⁸⁷ RUIZ ROBLEDO, *RFDUG*, (2), 1999, p. 129, ofrece en este punto una explicación muy convincente: “si la denegación de una petición no es una actividad sancionadora de la administración, tampoco lo es, lógicamente, la medida administrativa encaminada a impedir que se siga realizando una actividad para la que es necesario una licencia o autorización, como puede ser la clausura de una emisora de radio que emite sin haber obtenido —ni solicitado— ninguna concesión”. En el mismo sentido, la STC 119/1991, de 3 de junio, afirma que: “no puede ser calificada de sancionadora la medida que se adopta para restablecer la legalidad conculcada frente a aquel que, por no haber cumplido los requisitos establecidos para el desarrollo de una determinada actividad, no ha adquirido el derecho a llevarla a cabo, y no obstante, la emprende”.

⁸⁸ En efecto, la STS de 28 de febrero de 1995 se refiere al “plus restrictivo de derechos que caracteriza normalmente a la sanción, frente a la simple medida dirigida a hacer desaparecer pura y simplemente una situación presumida ilegal”. Como señala HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 353, una característica habitual de las sanciones, que las diferencia de las medidas de restauración de la legalidad, es que el mal impuesto al particular va más allá de la mera remoción de los efectos negativos de la infracción.

⁸⁹ Especialmente problemáticos resultan los supuestos de revocación de autorizaciones que se habían concedido válidamente. RUIZ ROBLEDO, *RFDUG*, (2), 1999, p. 138, diferencia entre dos tipos de revocación fijándose en la naturaleza de la autorización: si esta es incondicionada, su revocación será una sanción; mientras que si se trata de una autorización o licencia sub condicione no tendrá naturaleza sancionadora, porque el particular tiene una

b) El fin de las sanciones

No obstante, las sanciones no se definen únicamente por su contenido. De lo contrario, sería forzoso admitir que medidas cautelares como la prisión preventiva son sanciones, pues nadie puede negar la evidente privación de derechos que supone su imposición. Por ello, para delimitar correctamente el concepto de sanción es necesario acudir al segundo elemento que lo define, esto es, el *fin* que persigue⁹⁰. Las sanciones tienen como objetivo *afligir* o *castigar*. Mediante las sanciones se busca directa, precisa y deliberadamente el mal en que consisten⁹¹. El perjuicio en que consiste la sanción está previsto e impuesto como tal, como un mal⁹². La restricción de derechos que implica la sanción tiene como fin, precisamente, castigar. Por ello, aunque la prisión preventiva tenga un contenido aflictivo, no es una sanción porque carece de finalidad aflictiva. No se impone para perjudicar — aunque perjudique — sino para conseguir determinadas finalidades procesales (principalmente asegurar el éxito del proceso penal).

Afirmar que las sanciones tienen un *fin aflictivo* no significa que supongan un castigo ciego sin ningún sentido ni que se justifiquen sin más como la respuesta justa a la infracción⁹³. En otras palabras, admitir que la sanción es un mal que se impone como castigo no implica, como consecuencia inevitable, que su función sea la retribución⁹⁴. Es cierto que en la noción de castigo se encuentra implícita la idea de *reproche* o retribución⁹⁵, pero admitir esto no significa ni mucho menos aceptar las llamadas “teorías absolutas” de la pena⁹⁶. El concepto de sanción no prejuzga cuál es su *función* (prevención general negativa, positiva, prevención especial, o simple retribución). En efecto, este concepto ha quedado muchas veces oscurecido porque se ha identificado o mezclado con los problemas sobre su función⁹⁷. El concepto de la sanción da respuesta a lo que es una sanción, mientras que la función de la sanción expresa para qué sirve la sanción⁹⁸. Con independencia de la función o justificación que se le otorga a las sanciones, su fin inmediato no es otro que el de *castigar*.

Dicho esto, no puede negarse que mayoritariamente se otorga a las sanciones una función preventiva, lo cual aquí se suscribe completamente. El que las sanciones sean un mal buscado como tal, no supone que no tengan una clara función preventiva o disuasoria de las acciones que reprimen o reprochan⁹⁹. Tal y como indica REBOLLO PUIG “hay que distinguir entre el fin del castigo y el fin del mal en que consiste. Que el concreto mal que se elija como contenido de la sanción no

expectativa — muy firme ciertamente — pero no un derecho consolidado.

⁹⁰ En este sentido, MAÑALICH, «Retribucionismo expresivo», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 32, refiriéndose a las penas, señala lo “poco inteligible que resulta la pregunta acerca de qué cuenta como pena si no se presupone una respuesta previa a la pregunta de por qué se imponen las penas ¿Cómo diferenciar el cobro de un impuesto de la imposición de una pena de multa si no es atendiendo al propósito punitivo de ésta que no se da en aquel?”.

⁹¹ REBOLLO PUIG, *JA*, (1), 2001, p. 155.

⁹² REBOLLO PUIG, *JA*, (1), 2001, p. 155; CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, p. 103.

⁹³ REBOLLO PUIG, *JA*, (1), 2001, p. 156.

⁹⁴ Refiriéndose a las penas, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2003, p. 77.

⁹⁵ ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 89.

⁹⁶ REBOLLO PUIG, *JA*, (1), 2001, p. 154.

⁹⁷ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2003, p. 79; REBOLLO PUIG, *JA*, (1), 2001, p. 154.

⁹⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2003, p. 79, de nuevo, refiriéndose a las penas.

⁹⁹ CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, p. 105.

tenga más finalidad que castigar y no realice directamente los intereses públicos no quiere decir que el castigo mismo no sirva para nada. Claro que castigar sí tiene una finalidad. Las sanciones tienen una finalidad, como la tienen las penas (...) sirven para prevenir infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración. Y en esa prevención, como en Derecho Penal, puede verse en mayor o menor medida, según los casos, la vertiente individual o especial, tratando que no vuelva a cometer infracciones el sancionado (mediante la intimidación individual, la corrección o la inocuización), y la vertiente de la prevención general, respecto a toda la colectividad (prevención intimidatoria –amenaza o coacción psicológica– y prevención integradora que crea una actitud de respeto al Derecho”¹⁰⁰. Así pues, como indica con especial claridad CANO CAMPOS “lo característico de las sanciones no es, por eso, su finalidad preventiva, pues hay muchas medidas administrativas no sancionadoras que también cumplen esa finalidad (por ejemplo, los recargos tributarios que constituyen una forma de disuadir a los contribuyentes de que presenten las declaraciones fuera de plazo, o la tasa láctea en el mercado comunitario que busca desincentivar la producción), sino que lo peculiar de las sanciones es la forma en que dicha finalidad preventiva o disuasoria se persigue: castigando. Puede concluirse, por tanto, que la finalidad preventiva se alcanza con el castigo que se impone, pero el mal que se impone como contenido de una determinada sanción lo que pretende es sólo castigar. Se inflige un mal o se priva de un bien para castigar, y se castiga para prevenir”¹⁰¹. En otras palabras, aunque las sanciones tengan como función prevenir, su fin inmediato consiste en castigar. Este matiz es importante porque permite delimitar con mayor claridad el concepto de sanción, y discriminar con más precisión las sanciones y las medidas no sancionadoras. Lo característico y diferenciador de las sanciones no es su función preventiva –que aparece frecuentemente en otro tipo de medidas– sino la forma en que esta se persigue: mediante el castigo¹⁰².

Para que estemos en presencia de una verdadera sanción, el carácter aflictivo de la medida debe configurarse como un castigo. Ello significa que el concreto mal que se impone al sujeto no trata de realizar de forma directa e inmediata el interés público presente en la acción que la ley prevé como supuesto de hecho de la infracción, sino que su fin es reprobar, reprochar o retribuir la realización de esa acción¹⁰³. En este sentido, el mal que se causa es inútil para los intereses generales, en el sentido de que no los satisface, no los realiza¹⁰⁴. En mi opinión, este es un punto esencial para delimitar correctamente el ámbito de lo sancionatorio. En una sanción, lo que sirve para tutelar los intereses públicos es *la amenaza* de imponerla en caso de que se cometa la conducta ilegal, no el contenido mismo de la sanción¹⁰⁵. Como indica muy atinadamente NIETO “el objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto. Como dice el refrán popular, el miedo guarda la viña”¹⁰⁶. La imposición de una sanción no realiza, por sí misma, ningún interés social. Los intereses públicos tutelados se protegen mediante su amenaza. El castigo no tiene más sentido que el de confirmar la

¹⁰⁰ REBOLLO PUIG, JA, (1), 2001, p. 156.

¹⁰¹ CANO CAMPOS, RAP, (184), 2011, p. 106.

¹⁰² REBOLLO PUIG, JA, (1), 2001, p. 157.

¹⁰³ CANO CAMPOS, RAP, (184), 2011, p. 105.

¹⁰⁴ REBOLLO PUIG, JA, (1), 2001, p. 156.

¹⁰⁵ HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 229.

¹⁰⁶ NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., 2005, p. 34.

seriedad de dicha amenaza¹⁰⁷. Esta es una característica genuina de las sanciones: *la disociación entre el fin inmediato que se persigue con su imposición – afligir o castigar – y la función cuya consecución justifica su existencia – la protección de intereses públicos mediante la disuasión de comportamientos que atenten contra ellos –*¹⁰⁸. Esta disociación no se da en las medidas no sancionadoras. Las medidas limitativas de derechos que no tienen naturaleza sancionadora *cumplen su función imponiéndose* (y no mediante la amenaza de su imposición). El fin inmediato de su aplicación coincide con su función. Las medidas no sancionadoras realizan, mediante su propia imposición, los intereses públicos que las justifican.

De este modo, pueden distinguirse con mayor claridad las sanciones de otras medidas no sancionadoras que producen evidentes efectos preventivos (incluso de aquellas que implican restricciones de derechos). En efecto, a pesar de que la función de las medidas sancionatorias es prevenir, no todas las medidas que puedan resultar preventivas son sancionatorias¹⁰⁹. El derecho sancionador no tiene el monopolio de la prevención. Así, por ejemplo, nadie puede negar la eficacia disuasoria del derecho civil de daños o de la (mal) denominada expropiación-sanción¹¹⁰ por incumplimiento de la función social de la propiedad. Efectivamente, la obligación de reparar los daños causados a terceros tiende a disuadir acciones que puedan provocarlos. Incluso se ha afirmado que en los delitos poco graves la responsabilidad civil *ex delicto* puede tener mayor eficacia intimidatoria que la pena¹¹¹. Del mismo modo, la posibilidad de ser objeto de un procedimiento expropiatorio es un fuerte aliciente para no infrutilizar determinadas clases de propiedad¹¹². Sin embargo, a diferencia de las sanciones, estas instituciones no se justifican por sus eventuales efectos preventivos¹¹³. Su imposición se justifica por sí misma: porque mediante ella se realiza la función que las legitima. Así, el derecho civil de daños cumple su función restitutoria imponiendo la reparación en aquellos supuestos en que se han provocado daños. Igualmente, la concreta expropiación de la propiedad infrutilizada realiza la función de lograr una gestión más

¹⁰⁷ Al menos desde perspectivas que priman la prevención general negativa. Véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 89.

¹⁰⁸ Obviamente, esta disociación no se produciría desde perspectivas que otorgan a las sanciones una función meramente retributiva.

¹⁰⁹ SALVADOR CODERCH, *Prevenir y castigar*, 1997, p. 9, indica que castigar siempre significa prevenir, pero prevenir no solo es castigar. En este mismo sentido, la STC 164/1995, de 13 de noviembre, afirma que “una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción”.

¹¹⁰ Mal llamada “expropiación-sanción” porque a pesar de su denominación no se considera una verdadera sanción. Véase RUIZ ROBLEDO, *RFDUG*, (2), 1999, p. 132.

¹¹¹ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 48.

¹¹² Lo mismo ocurre con las denominadas medidas de policía. Cerrar un establecimiento que opera sin ninguna clase de licencia, demoler un edificio que ha sido construido sin autorización alguna, o forzar una actuación mediante multas coercitivas, son medidas cuya finalidad es el restablecimiento de la legalidad. No obstante, es difícil negar que la ejecución de estas medidas comporta también efectos preventivo-generales. La clausura de un establecimiento en caso de inexistencia de previo título, o la demolición de una obra en caso de actuación contraria al ordenamiento, pueden conllevar perfectamente un efecto represor o intimidador de futuras actuaciones de la población. Del mismo modo, aunque la finalidad de las multas coercitivas sea la cesación de la actividad prohibida o la remoción de los efectos de una infracción, también podría advertirse en ellas un intento de prevenir eventuales incumplimientos futuros.

¹¹³ Como indica MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 127, si el Derecho penal de un Estado social se legitima solo en cuanto protege a la Sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. En cambio, las medidas no sancionadoras mencionadas no perderían un ápice de legitimidad si se demostrase que carecen de efectos preventivos, pues su justificación no se encuentra en ellos.

diligente de la propiedad¹¹⁴. Estas medidas no se imponen con el fin de afligir – aunque puedan resultar aflictivas – sino con el fin de reparar o de lograr un mejor uso de la propiedad. Al contrario de lo que ocurre con las sanciones, aquí el mal que se causa no es inútil, en sí mismo, para los intereses generales: el mal que impone el derecho de daños sirve para reparar al perjudicado, y el mal de la expropiación logra realizar la función social de la propiedad.

Lo mismo ocurre con las medidas de seguridad. La función preventivo-especial que justifica las medidas de seguridad se cumple mediante su concreta imposición. Por ello, no son sanciones. Aunque su contenido pueda ser considerado un mal¹¹⁵, no persiguen un fin aflictivo¹¹⁶. Mediante su imposición se trata de neutralizar la peligrosidad de un sujeto. Este es su fin inmediato. El mal que se inflige es útil, en sí mismo, para los intereses generales, pues sirve para proteger a la sociedad. La disociación característica de las sanciones entre fin inmediato y función no se da en las medidas de seguridad: tanto su fin inmediato como su función consisten en neutralizar la peligrosidad de sujetos peligrosos. En consecuencia, si no existe peligrosidad no podrá imponerse medida de seguridad alguna. Esta limitación no existe en las sanciones, precisamente, porque su fin es aflictivo. Así, un delincuente no peligroso puede ser legítimamente sancionado. En cambio, no puede ser objeto de una medida de seguridad. En este sentido, aunque *algunas* sanciones –las penas privativas de libertad– puedan comportar efectos preventivo-especiales similares a los propios de las medidas de seguridad, dichos efectos no constituyen su fin inmediato. De lo contrario, la ausencia de peligrosidad del delincuente debería comportar – en todo caso – que no le fuera impuesta la sanción correspondiente.

Para terminar, en íntima conexión con lo expuesto, puede extraerse una última característica de las sanciones que se deduce de su fin aflictivo: *su relación con la infracción es puramente arbitraria* y no tiene otro fundamento que la norma que anuda la sanción de que se trate a esa concreta infracción¹¹⁷. Esto significa que el concreto mal previsto como castigo podría ser perfectamente otro distinto sin que ello desvirtuara su carácter sancionador¹¹⁸. En este sentido, su presupuesto aplicativo –la infracción correspondiente– no predetermina el contenido de la sanción. Esto no ocurre en el resto de medidas no sancionadoras. En estas existe un ligamen jurídico entre su supuesto de hecho y el contenido de la medida. Esto es, su presupuesto determina su contenido.

¹¹⁴ En tanto que el beneficiario de la expropiación tiene la carga de cumplir la función desatendida, causa de la expropiación. Véase RUIZ ROBLEDO, *RFDUG*, (2), 1999, p. 135.

¹¹⁵ Tal como afirma MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 47, “si bien la medida de seguridad no se impone como mal buscado, lo cierto es que de hecho supone a menudo privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor que la pena”. También, SILVA SÁNCHEZ, en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XV, señala que la inflicción de daño es un elemento común a las penas y a las medidas de seguridad.

¹¹⁶ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XVI, afirma que “en las medidas de seguridad, la inflicción de daño no es esencial sino accesoria: es el efecto secundario de determinadas intervenciones cuya finalidad es terapéutica o asegurativa. En ese sentido, la relación entre inflicción de daño (por ejemplo, privación de libertad) y medida de seguridad es análoga a la que existe entre el dolor del pinchazo (al ponerse una inyección) y el tratamiento médico de un resfriado”. En cambio, según este mismo autor: “en la pena, la inflicción de daño es esencial, pues se trata de un castigo”.

¹¹⁷ HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 230. Obviamente para que una sanción sea legítima su gravedad debe corresponderse con la gravedad de la infracción a la que se vincula. No obstante, el concepto de sanción no prejuzga su legitimidad. Además, incluso en las sanciones legítimas, la correspondencia entre la gravedad de la infracción y la sanción deja un margen muy amplio para determinar su contenido.

¹¹⁸ CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, p. 105.

En el derecho civil de daños la cantidad de dinero que se impone pagar al perjudicado viene determinada por el daño causado. El contenido de la medida que ordena el reintegro de una subvención por el incumplimiento de su finalidad se establece, precisamente, a partir de la cuantía otorgada como subvención. En las medidas cautelares, el riesgo existente para el proceso (por ejemplo, de fuga del investigado) determina el contenido de la medida (por ejemplo, la privación de libertad). El cierre de un establecimiento que opera sin licencia deriva lógicamente de la falta de licencia para su apertura. El contenido de todas estas medidas no podría ser otro distinto del que es porque eso significaría modificar su finalidad. En cambio, entre el hecho de conducir a una velocidad superior a la permitida y la sanción de abonar una cantidad de dinero no existe ningún otro ligamen jurídico¹¹⁹. Del mismo modo, no hay nada en la configuración del delito de hurto que obligue a concluir que la pena que debería llevar aparejada sea la que le asigna el Código penal. El mal previsto para estas infracciones podría ser otro distinto, sin que esa modificación afectara a su finalidad aflictiva (y por tanto a su carácter sancionador). Otra cosa distinta es que con ese mal no se logre la función preventiva que justifica esa sanción. La insuficiencia o exceso del mal respecto de la infracción pueden cuestionar la legitimidad de la sanción, pero no su carácter sancionador. Una pena de 1€ por cometer un asesinato no sería útil para disuadir a nadie, pero continuaría siendo una sanción. Del mismo modo, una pena de 30 años de prisión por no respetar un “ceda al paso” sería a todas luces ilegítima, pero ello no le privaría de su carácter sancionador¹²⁰. En definitiva, la finalidad de afligir puede conseguirse con cualquier mal. Por ello, al contrario de lo que ocurre con las medidas no sancionadoras, el contenido de las sanciones – más allá de ser un mal – no se deriva necesariamente de su presupuesto aplicativo y su finalidad.

3.4. ¿Decomiso o decomisos?

Una vez delimitado el concepto de sanción, ya es posible responder a la cuestión de si el decomiso de ganancias tiene naturaleza sancionadora. Bastará con comprobar si el contenido de esta clase de decomiso puede ser considerado un mal, y si el fin que persigue su imposición es afligir. No obstante, antes de dar respuesta a esta cuestión conviene solventar un equívoco. La institución que aquí interesa determinar si tiene o no naturaleza sancionadora es la misma cuya utilidad se ha puesto de manifiesto anteriormente: *el decomiso de ganancias*. Por tanto, no pretendo llegar a conclusiones generales acerca de la naturaleza jurídica del “decomiso” (en cualquiera de sus modalidades). La razón es sencilla: en mi opinión, tratar de atribuir a todas las clases de decomiso una única naturaleza es una tarea abocada al fracaso. Del mismo modo que no es posible encontrar una naturaleza común a todas las medidas catalogadas como *consecuencias accesorias* en el Código penal¹²¹, tampoco creo que todos los tipos de decomiso, por mucho que todos ellas consistan en privar definitivamente de un bien a una persona, persigan la misma finalidad ni deban tener la misma naturaleza¹²².

¹¹⁹ HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 230.

¹²⁰ En sentido similar, REBOLLO PUIG, *JA*, (1), 2001, p. 155.

¹²¹ En el mismo sentido CORTÉS BECHIARELLI, *RGDP*, (8), 2007, p. 5; FERNÁNDEZ PANTOJA, «Las consecuencias accesorias», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, p. 273. Además, la introducción en el art. 129 bis de una nueva medida consistente en tomar muestras biológicas para las bases de datos policiales dificulta aún más la tarea de encontrar una naturaleza común a todas las consecuencias accesorias.

¹²² También apuntan en esta dirección HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 356; FERNÁNDEZ PANTOJA, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, p. 273.

Tal y como se ha indicado anteriormente, las etiquetas no determinan la naturaleza jurídica de las instituciones. Que el decomiso esté clasificado en el Código penal como una consecuencia accesoria, y el decomiso de ganancias sea una clase de decomiso, no significa que todas las modalidades de decomiso o todas las consecuencias accesorias tengan la misma naturaleza jurídica. La naturaleza jurídica se determina a partir del *contenido* y la *finalidad* de una institución.

Pues bien, el *contenido* del decomiso consiste siempre en la privación definitiva de determinados bienes. Dichos bienes pueden ser *instrumentos* con los que se haya preparado o ejecutado una infracción penal, *efectos* que provienen del delito, o *ganancias* derivadas del mismo. En apariencia, la clase de objeto sobre la que puede recaer el decomiso no marca, por sí misma, ninguna diferencia relevante entre estas tres modalidades¹²³. Cualquier bien puede ser, según las circunstancias, instrumento, efecto o ganancia. Así, un maletín lleno de dinero puede ser el instrumento con el que se pretende ejecutar un delito de cohecho activo (desde la perspectiva del sujeto que soborna) o constituir las ganancias derivadas de un cohecho pasivo (desde la perspectiva del sujeto que recibe el soborno). Del mismo modo, un documento falsificado podría ser el efecto proveniente de un delito de falsedad documental, o el instrumento con el que se ha llevado a cabo una estafa. Incluso, una pistola podría ser el instrumento de un homicidio, el efecto de un delito de fabricación de armas o la ganancia derivada de un delito de tráfico de armas.

No obstante, resulta evidente que la *finalidad* que persiguen estas tres clases de decomiso (de instrumentos, efectos y ganancias) no es la misma. En mi opinión, bajo la denominación de decomiso conviven dos figuras distintas que persiguen finalidades diferentes: el decomiso de instrumentos y efectos del delito, de origen decimonónico, y el decomiso de ganancias¹²⁴. El primer tipo de decomiso tiene una clara finalidad preventivo-especial, al modo de lo que en derecho comparado se conoce como “decomiso de seguridad”, consistente en neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos para favorecer nuevos delitos¹²⁵. Así, el arma utilizada en un homicidio se decomisa para evitar que con ella se puedan cometer otros delitos similares. Del mismo modo, privando al autor del documento que ha falsificado se imposibilita que el mismo pueda (volver a) afectar al tráfico jurídico. En cambio, el decomiso de ganancias tiene como finalidad evitar el enriquecimiento ilícito que pueda conllevar la comisión de un delito. De esta manera, al decomisar el contenido de un soborno se impide que el funcionario que lo ha recibido pueda lucrarse a través de la realización de un delito.

Cualquier intento de reconducir las tres clases de decomiso a una única finalidad comporta inevitablemente graves disfunciones. Veamos qué ocurre si asignamos a todas las modalidades de

¹²³ Además, tal y como indica VERVAELE, «Las sanciones de confiscación», *RP*, (2), 1998, p. 68, las fronteras entre estas tres modalidades no están siempre claras.

¹²⁴ Esta misma diferenciación la llevaba a cabo de forma expresa el ordenamiento alemán. Véase en ROIG TORRES, *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 215, la distinción que hacía el StGB entre el comiso (Verfall) de las ganancias patrimoniales y la confiscación (Einziehung) de los objetos empleados en su preparación o ejecución. No obstante, con posterioridad al artículo de ROIG TORRES, se ha modificado el StGB y ha desaparecido la denominación de “Verfall”.

¹²⁵ MAPELLI CAFFARENA, «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *RP*, (1), 1998, p. 51, afirma que nos encontramos “ante una reformulación actualizada de la inocuidad, ante el desarrollo de las teorías preventivistas de orientación situacional, las cuales proponen como estrategia de lucha contra el delito la evitación de las situaciones de riesgo que ofrecen un mayor atractivo al autor, a través de técnicas tales como el control de facilitadores u objetos que decisivamente se utilizan en la comisión de un delito”.

decomiso una finalidad de prevención especial, análoga a la propia de las medidas de seguridad¹²⁶, sobre bienes que puedan resultar objetivamente peligrosos de cara a facilitar la comisión de otros delitos¹²⁷. Pues bien, de ser así, no estaría justificado decomisar el soborno que ha recibido esporádicamente un funcionario que no tenga ninguna intención de invertirlo en la realización de nuevos delitos, pues en este caso no habría ya fin que cumplir¹²⁸. Lo mismo ocurriría en multitud de delitos relacionados con la corrupción que generan beneficios económicos. Dichos beneficios no son objetivamente peligrosos de cara a facilitar nuevos delitos y, por tanto, su decomiso no puede cumplir una finalidad preventivo-especial. Es cierto que, en el caso de organizaciones criminales o terroristas, el decomiso de ganancias puede cumplir funciones preventivo-especiales, al impedir que los beneficios económicos obtenidos por la comisión de delitos sirvan para fortalecer a la organización y facilitar la realización de nuevas infracciones. A pesar de ello, en la mayoría de supuestos en que resulta aplicable el decomiso de ganancias, ni el delito está vinculado a organizaciones criminales, ni el enriquecimiento que se produce es objetivamente peligroso¹²⁹. No decomisar las ganancias delictivas en estos supuestos resulta tan absurdo que descarta, por sí mismo, que la finalidad de todas las clases de decomiso pueda ser neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos.

En cambio, si atribuyéramos a todas las modalidades de decomiso la finalidad de impedir el enriquecimiento ilícito derivado de la comisión de un delito, no podría decomisarse ningún instrumento. En efecto, es una tarea abocada al fracaso tratar de encontrar algún tipo de enriquecimiento, que se pretenda neutralizar, cuando se decomisa un instrumento utilizado en la preparación o ejecución de un delito. Al decomisar una palanqueta que se ha utilizado como instrumento de diversos robos con fuerza no se neutraliza enriquecimiento ilícito alguno. En estos supuestos, el instrumento puede pertenecer legítimamente al que lo trataba de utilizar para delinquir y, por tanto, no debería decomisarse en tanto que con ello no se evita ningún tipo de enriquecimiento. Esta conclusión resulta tan inasumible como la anterior.

¹²⁶ Dado que tanto las medidas de seguridad como el decomiso de seguridad tratan de neutralizar un determinado pronóstico de peligrosidad. No obstante, en las medidas de seguridad dicho pronóstico va referido a un sujeto. En cambio, la peligrosidad que trata de desactivar el decomiso de seguridad se predica de un objeto (ya sea en abstracto o en relación al concreto sujeto que lo posee).

¹²⁷ Esta es la posición que defiende GARCÍA ARÁN, en CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *CP*, 2011, p. 952, que utiliza la peligrosidad objetiva de los bienes como criterio interpretativo limitador del decomiso. Para esta autora, el decomiso de efectos e instrumentos conjura el riesgo de que dichos bienes puedan volver a ser utilizados para delinquir, y el decomiso de ganancias evita el peligro de que los beneficios obtenidos mediante un delito puedan financiar la comisión de nuevas infracciones. FERNÁNDEZ PANTOJA, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, p. 277, afirma que los intentos de fundamentar el decomiso en el único fin de la prevención basado en la peligrosidad objetiva no son aceptables para el legislador de 2015, y son insuficientes para justificar la nueva regulación del decomiso.

¹²⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 167.

¹²⁹ GARCÍA ARÁN, en CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *CP*, 2011, p. 956, en coherencia con la finalidad preventivo-especial que otorga al decomiso, afirma que únicamente se deberían decomisar las ganancias que alimenten una actividad delictiva continuada o una organización criminal. Se debe destacar que hasta la reforma de 2015 el decomiso ampliado únicamente resultaba aplicable a delitos cometidos en el marco de una organización criminal o terrorista. La coincidencia entre los supuestos que habilitaban el decomiso ampliado, y los que según esta autora permiten el decomiso de ganancias –por suponer un enriquecimiento objetivamente peligroso– podía hacer pensar que el fundamento de todas las modalidades de decomiso era el mismo. Sin embargo, tras la incorporación por parte de la LO 1/2015 de un amplio catálogo de infracciones en las que resulta aplicable el decomiso ampliado, esta coincidencia se rompe. Lo cual ofrece un argumento adicional para defender que no todas las modalidades de decomiso persiguen las mismas finalidades.

En consecuencia, debe admitirse que el decomiso de instrumentos y efectos no persigue la misma finalidad que el decomiso de ganancias. Esto implica que, a la hora de determinar si estamos o no ante una sanción, el análisis de estas modalidades de decomiso deba realizarse por separado. En efecto, como se ha señalado, la finalidad de una institución determina su naturaleza jurídica. Si diferentes clases de decomiso tienen finalidades distintas, también pueden tener naturalezas jurídicas diferentes. Si se aceptan estas premisas, no tiene sentido preguntarse si el decomiso tiene naturaleza sancionatoria. En todo caso, esa pregunta debe referirse al decomiso de efectos e instrumentos o al decomiso de ganancias.

3.5. La naturaleza jurídica del decomiso de ganancias

Para averiguar si el decomiso de ganancias tiene naturaleza sancionatoria deberá comprobarse si su contenido puede ser considerado un mal, y si el fin que persigue su imposición es afligir. Adelanto mi conclusión: en mi opinión, *el decomiso de ganancias no es una sanción porque su contenido no consiste en la imposición de un mal y, además, no tiene finalidad aflictiva.*

a) El contenido del decomiso de ganancias

En primer lugar, el contenido del decomiso de ganancias no puede ser considerado un mal. El decomiso de ganancias consiste en la privación definitiva de las ganancias derivadas de un delito. Obviamente, dicha privación tenderá a ser percibida por su destinatario como un perjuicio, dado que le impedirá consolidar los benéficos económicos obtenidos mediante la infracción penal¹³⁰. No obstante, como ya se ha señalado, qué es un mal (o un perjuicio) no lo decide la persona sobre quien recae. A estos efectos, un mal consiste en una determinada restricción de derechos legítimos. El decomiso de ganancias –al igual que ocurría con la clausura o demolición de un local sin autorización– no restringe derechos legítimos¹³¹. La persona que se ha enriquecido mediante la comisión de un delito, no tiene derecho a las ganancias que se derivan de su realización. Se trata de un enriquecimiento injusto, pues carece de una causa legítima que lo justifique. El derecho de propiedad sólo puede tener reconocimiento jurídico cuando se haya adquirido de manera lícita. Esto no ocurre con la propiedad que recae sobre bienes que han sido adquiridos de manera delictiva. Así, el receptor de un soborno no tiene derecho al contenido del mismo. Mediante el decomiso del soborno no se priva al destinatario de ningún derecho previo (como ocurre con la multa o con los ejemplos antes propuestos de la clausura o demolición de un local *con* autorización). Privar a alguien de aquello a lo que no tenía derecho –las ganancias delictivas– no puede constituir el contenido de una sanción.

Estas consideraciones no quedan desvirtuadas por el hecho de que, si los concretos bienes en que se plasman las ganancias delictivas no logran ser localizados, el contenido del decomiso de

¹³⁰ Tal y como indica la STC 48/2003, de 12 de marzo “El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente”. A estos efectos, el “perjuicio” de no poderse beneficiar de algo a lo que no se tiene derecho no puede ser considerado un mal.

¹³¹ En el mismo sentido, CORTÉS BECHIARELLI, *RGDP*, (8), 2007, p. 14; GÓMEZ TOMILLO, *RGDA*, (31), 2012, p. 14.

ganancias consista en la privación de otros bienes de valor equivalente. En efecto, el decomiso por valor equivalente (arts. 127.3 y 127 septies CP) permite decomisar bienes *de origen lícito* que se correspondan con el valor económico de las ganancias delictivas, en caso de que estas últimas (por cualquier circunstancia) no puedan ser decomisadas. Podría parecer que, en estos casos, sí que se impone un mal, pues se afecta a derechos legítimos. El coche deportivo decomisado en sustitución al maletín lleno de dinero recibido como soborno – cuyo importe se corresponde con el del vehículo – puede haber sido adquirido con ingresos legítimos. Parecería que al decomisar dicho bien se está privando a su propietario de un derecho de propiedad lícito, y por tanto se está infligiendo un mal¹³². No obstante, este tipo de argumentos no son determinantes. A lo que no tiene derecho quien comete un delito es al *enriquecimiento* que le ha comportado su realización. Los concretos bienes en los que se plasme dicho enriquecimiento son irrelevantes a estos efectos. Adviértase que en muchas ocasiones la ganancia derivada de un delito no se materializa en ningún bien que pueda ser decomisado¹³³. El disfrute de un viaje, o la condonación de una deuda, implican un enriquecimiento del funcionario que los acepta como soborno, pero no pueden ser objeto de decomiso directo. En estos casos, el decomiso sustitutorio de bienes que tengan el mismo valor que el viaje, o la deuda, resulta equiparable al decomiso de otros bienes que pudieran ser entregados como dádiva en un delito de cohecho, pues en ambos casos se anula el enriquecimiento ilícito experimentado. En el decomiso de ganancias lo relevante no es la privación del bien concreto en que se manifiesta la ganancia – al contrario de lo que ocurre con el decomiso de instrumentos o efectos – sino la supresión del enriquecimiento económico que supone ese bien. La anulación de ese incremento patrimonial – con independencia de los concretos bienes en que se plasme – no puede ser considerada un mal, porque la persona que lo ha experimentado no tenía derecho al mismo¹³⁴. El patrimonio del sujeto que sufre el decomiso de ganancias sustitutorio no resulta globalmente perjudicado, dado que el valor de los bienes decomisados equivale al enriquecimiento que ha experimentado ilegítimamente. En última instancia, todos los derechos patrimoniales pueden ser reducidos a sumas de dinero, y los bienes que se decomisan sustitutoriamente equivalen a una suma de dinero a la que no se tiene derecho. En consecuencia, el decomiso de ganancias sustitutorio no tiene ninguna “incidencia negativa”¹³⁵ sobre el patrimonio lícito del sujeto a quien se le impone, ni supone un “plus obligacional”¹³⁶ del cual pueda deducirse el contenido aflictivo propio de las sanciones.

Por las razones expuestas, el contenido del decomiso de ganancias no debería ser entendido como un mal. En consecuencia, el primer elemento definitorio de las sanciones no concurre en esta institución.

¹³² Así, CORTÉS BECHIARELLI, *RGDP*, (8), 2007, p. 14.

¹³³ En este mismo sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 173.

¹³⁴ No resultaría congruente que la privación de una determinada cantidad de dinero a la que no se tiene derecho fuera considerada un mal o no dependiendo de si se plasma sobre los concretos billetes que se recibieron de forma ilegítima. Así, la medida consistente en privar de las cuotas de la seguridad social recibidas ilegítimamente – por existir relaciones laborales no declaradas – no es un mal o no en función de si el dinero que se devuelve es el mismo que se entregó. Tampoco devendría un mal si, en caso de impago, su satisfacción requiriese la ejecución de bienes adquiridos de forma lícita. Véase sobre la naturaleza no sancionadora de esta medida la STC 34/2003, de 25 de febrero y REBOLLO PUIG, *Derecho administrativo sancionador*, 2010, p. 75.

¹³⁵ REBOLLO PUIG, *JA*, (1), 2001, p. 155.

¹³⁶ PEMÁN GAVÍN, *RAAP*, (14), 1999, p. 198.

b) El fin del decomiso de ganancias

El decomiso de ganancias tampoco persigue la finalidad aflictiva propia de las sanciones. En efecto, el decomiso de ganancias no se impone para afligir, sino para *corregir una situación patrimonial que el ordenamiento estima ilícita*¹³⁷.

La discusión acerca de la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias ha podido quedar oscurecida por la confusión existente entre el concepto de sanción y la función de las sanciones. En concreto, entre el fin inmediato que caracteriza las sanciones – afligir – y la función que las justifica – prevenir –. Así, en muchas ocasiones se ha presupuesto su naturaleza sancionadora por el hecho de que el decomiso de ganancias produzca evidentes efectos preventivos. En mi opinión, dichos efectos no se pueden negar. Efectivamente, el decomiso de ganancias tiene efectos preventivo-generales, dado que reduce el incentivo para la comisión de delitos que supone la obtención de ganancias de los mismos¹³⁸. La idea de que el delito no debe resultar beneficioso¹³⁹ (*crim does not pay*) puede interpretarse fácilmente como un mensaje de contenido preventivo-general¹⁴⁰, que complementaría la función de la pena, cuya eficacia resultaría cuestionada si las ganancias del hecho se mantuvieran en manos del delincuente¹⁴¹. Se trataría, por tanto, de que la pena privativa de libertad impuesta en cada caso no sea un precio que se está dispuesto a pagar porque el enriquecimiento ilícito lo merezca¹⁴².

Ahora bien, reconocer que el decomiso de ganancias produce efectos preventivo-generales (e incluso, en algunos supuestos, preventivo-especiales¹⁴³) no supone ni mucho menos admitir que

¹³⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 170, afirma que el decomiso de ganancias es una manifestación positiva de un principio general del Derecho – común a todo el ordenamiento jurídico – que prohíbe el enriquecimiento injusto. En efecto, tal y como indica JORGE, «El decomiso del producto del delito», en JORGE (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, 2008, p. 67, la noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas. El decomiso de ganancias no es más que una concreción de tal principio recogida por el Código penal para hacer frente a una modalidad específica de enriquecimiento sin causa: el enriquecimiento que proviene de una infracción penal. Resulta muy interesante advertir que, tal como señala VIZUETA FERNÁNDEZ, el requisito tradicional de la acción civil de enriquecimiento sin causa de que el incremento patrimonial comporte un correlativo empobrecimiento de otra persona, está siendo cuestionado por las aportaciones doctrinales más modernas, lo cual aproxima todavía más esta figura al decomiso de ganancias, que no exige que se produzca empobrecimiento alguno.

¹³⁸ BLANCO CORDERO, «Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)», en FABIÁN CAPARRÓS/ONTIVEROS ALONSO/RODRÍGUEZ GARCÍA (coords.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*, 2012, p. 342.

¹³⁹ OCAÑA RODRÍGUEZ, «Una propuesta de regulación del comiso», *Revista de derecho y proceso penal*, (14), 2005, expresa esta idea con especial claridad: “ningún consuelo debe quedar a quien sufra la pena de prisión en orden a poder disfrutar de lo ilícitamente adquirido”. Véase también BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2015, p. 218.

¹⁴⁰ Obviamente los efectos preventivos que cumple el decomiso de ganancias son insuficientes por sí mismos, y deben ser complementados por la pena. La eficacia preventivo-general de esta medida por sí sola sería mínima, dado que el único riesgo que correría el autor de un delito sería perder los beneficios que ha obtenido con él. En este sentido BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2015, p. 220, señala que, si el decomiso de ganancias no viene acompañado de sanciones jurídicas negativas, cometer un delito se transforma en una “atractiva lotería”, ya que, en el peor de los casos, los delincuentes se quedan con lo mismo que tenían antes de intentarlo.

¹⁴¹ BLANCO CORDERO, en FABIÁN CAPARRÓS/ONTIVEROS ALONSO/RODRÍGUEZ GARCÍA (coords.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*, 2012, p. 341.

¹⁴² CORTÉS BECHIARELLI, *RGDP*, (8), 2007, p. 13.

¹⁴³ En los supuestos en que se decomisan ganancias de organizaciones criminales o terroristas. Pues de este modo se impide que los beneficios económicos obtenidos por la comisión de delitos sirvan para fortalecer a la

tiene naturaleza sancionadora. El derecho civil de daños, la expropiación, o las medidas de restablecimiento de la legalidad también comportan unos evidentes efectos disuasorios sin ser sanciones. Como ya se ha señalado, el derecho sancionador no tiene el monopolio de la prevención. Lo característico y diferenciador de las sanciones no es que sirvan para prevenir, sino la forma en que previenen: mediante males que se imponen como tales.

El decomiso de ganancias no tiene finalidad aflictiva. Ello podría deducirse, directamente, del hecho de que su contenido no pueda ser considerado un mal. Una medida que no tiene un contenido aflictivo no puede perseguir un fin aflictivo. Algo que no es un mal no puede imponerse como mal.

Además, el decomiso de ganancias no reúne las características propias de las medidas que persiguen un fin aflictivo. Tres argumentos íntimamente relacionados podrían servir para sustentar esta afirmación: a) su contenido no es inútil para los intereses generales, b) su imposición se justifica por sí misma, c) no guarda una relación arbitraria con su presupuesto aplicativo.

a) Una consecuencia de que las sanciones tengan un fin aflictivo es que su concreta imposición no trata de realizar directamente el interés público que la justifica. Su contenido es, en sí mismo, inútil para los intereses generales. Pues bien, esto no ocurre con el decomiso de ganancias. El contenido del decomiso de ganancias no es, en sí mismo, inútil para los intereses que justifican su existencia. Al decomisar las ganancias delictivas se está impidiendo que se consolide una situación patrimonial que el ordenamiento estima ilegítima¹⁴⁴. Se está evitando que alguien se lucre sin justa causa. Al igual que ocurría con las medidas de policía –aunque aquí de forma un poco menos obvia– mediante la aplicación del decomiso de ganancias se corrige una situación ilegal, devolviéndola a la legalidad. Si la demolición de una construcción no autorizada restituye el terreno sobre el que se ha edificado a la legalidad –que exige la ausencia de construcciones en el mismo– o el cierre de un local sin licencia hace lo propio –impedir que se abra un local donde no puede abrirse– el decomiso de ganancias devuelve una determinada situación patrimonial a la legalidad –que reclama que nadie pueda enriquecerse sin causa legítima–. Las sanciones, en cambio, no restauran la legalidad vulnerada. La pena de inhabilitación que se prevé en el delito de prevaricación no corrige el acto ilegal que la ha motivado. La pena de prisión de la malversación no restituye los caudales públicos al destino legal al que estaban asignados. Por ello se dice que su contenido es, en sí mismo, inútil para los intereses que tutela y, en consecuencia, su finalidad es puramente aflictiva. En tanto que el contenido del decomiso de ganancias impide la consolidación de un enriquecimiento ilícito, devolviendo de este modo su situación patrimonial a la legalidad, queda claro que esta institución no tiene finalidad aflictiva.

organización y facilitar la realización de nuevas infracciones. Véase al respecto BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2015, p. 221.

¹⁴⁴ La esencia de este argumento puede encontrarse plasmada en el auto del Bundesverfassungsgericht de 14-01-2004, al afirmar que el fin del decomiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento de patrimonio como consecuencia de la comisión de delitos, impidiendo que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado. Véase al respecto BLANCO CORDERO, «La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», en GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN/TAPIA BALLESTEROS (coords.), *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, 2012, p. 165.

b) Otra manifestación de la finalidad aflictiva de las sanciones, que enlaza directamente con la anterior, es que su imposición no se justifica por sí misma. En efecto, en tanto que el contenido de las sanciones es inútil para tutelar los intereses públicos, su concreta ejecución no se justifica por sí misma. La justificación de las sanciones proviene de los efectos preventivos que provoca su amenaza. En cambio, las medidas no sancionadoras realizan, mediante su propia imposición, los intereses públicos que las justifican. Esto significa que, en caso de que produzcan efectos preventivos, dichos efectos no justifican la existencia de estas medidas. Al contrario que las sanciones, el derecho civil de daños seguiría siendo legítimo aunque se demostrara que no produce ninguna clase de efecto preventivo (esto es, que nadie deja de dañar por la eventual imposición de la obligación de reparar). La función restitutoria que legitima el derecho civil de daños se cumple mediante su imposición (obligando a reparar a quien ha dañado). Pues bien, esto mismo ocurre con el decomiso de ganancias. La función que legitima el decomiso de ganancias –evitar el enriquecimiento sin causa– se realiza mediante su aplicación. Mediante la privación del dinero recibido como soborno se logra efectivamente impedir el enriquecimiento ilegítimo. Obviamente, si la amenaza del decomiso de ganancias disuade al funcionario de aceptar el soborno, esa misma función –evitar el enriquecimiento ilícito– también se habrá realizado. No obstante, la legitimidad del decomiso de ganancias no depende de estos (cuestionables) efectos preventivos¹⁴⁵, precisamente, porque *su imposición ya cumple por sí misma la función que lo legitima*. En tanto que su ejecución se justifica por sí misma, el decomiso de ganancias no tiene finalidad aflictiva. La disociación característica de las sanciones entre fin inmediato y función no se da en el decomiso de ganancias: tanto su fin inmediato como su función consisten en evitar el enriquecimiento ilícito.

c) Por último, el contenido del decomiso de ganancias no guarda una relación arbitraria con su presupuesto aplicativo, lo cual pone de manifiesto que no tiene finalidad aflictiva. En efecto, una manifestación de la finalidad aflictiva de sanciones es que el concreto mal previsto como castigo podría ser perfectamente otro distinto. En este sentido, el presupuesto aplicativo –la infracción correspondiente– no predetermina el contenido de la sanción –que puede consistir en cualquier mal–. En cambio, en las medidas no sancionadoras existe un ligamen jurídico evidente entre su supuesto de hecho y el contenido de la medida. Así, el presupuesto de la responsabilidad civil –el daño– determina su contenido –la reparación de dicho daño–. La causación de un daño valorado en 1000€ determina la obligación de entregar 1000€ al perjudicado. La correlación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica evidencia que el fin de la responsabilidad civil no es aflictivo, sino restitutorio. Pues bien, ocurre exactamente lo mismo con el decomiso de ganancias. El *presupuesto* del decomiso de ganancias –obtener beneficios de origen delictivo– determina su *contenido* –la privación de dichos beneficios–. De este modo, ganancias de 5000€ determinan un decomiso de 5000€. De nuevo, la correlación entre presupuesto aplicativo y contenido pone de manifiesto que el decomiso de ganancias no tiene finalidad aflictiva. Su fin es evitar enriquecimientos sin causa, precisamente, porque su contenido no es otro que la privación de los

¹⁴⁵ En el mismo sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 167, afirma que estos efectos no deben incluirse dentro de los fines perseguidos por el decomiso de ganancias. Con la eliminación del enriquecimiento patrimonial ilícito producido por la conducta antijurídica puede evitarse sin duda que la ganancia sea utilizada en el futuro para cometer otros delitos, y hasta puede transmitirse la idea a potenciales delincuentes de que el delito no es económicamente rentable, pero son meros efectos secundarios o acompañantes, que de darse en el caso concreto son bien recibidos, pero que si no se dan, o mejor, la imposibilidad de alcanzarlos no cierra el paso –como sería obligado si se les reconoce el carácter de fines– a la aplicación del comiso de ganancias.

beneficios obtenidos ilícitamente.

En conclusión: *el decomiso de ganancias no es una sanción porque su contenido no puede ser considerado un mal – se priva de algo a lo que no se tiene derecho – y su fin no es aflictivo – persigue corregir una situación patrimonial ilegítima –*.

3.6. ¿Decomisos sancionatorios?

Aunque no es el objeto central de este trabajo, la resolución de algunos problemas que serán expuestos más adelante¹⁴⁶ requiere tomar posición respecto de la naturaleza jurídica del decomiso de instrumentos y efectos. Recordemos que el contenido de estas modalidades de decomiso consistía en la privación de instrumentos o efectos del delito, y su finalidad era neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos para favorecer nuevos delitos.

¿Constituye un mal la privación de instrumentos o efectos del delito? Pues, *depende*. En algunos casos sí y en otros no. Si los instrumentos o efectos son ilegales en sí mismos, su privación no podrá ser considerada un mal, porque el sujeto sobre el que recae el decomiso no tiene derecho a los mismos. El decomiso de un arma ilegal que se ha utilizado como instrumento en un homicidio no es un mal, porque el homicida no tenía derecho a poseer ese arma. Lo mismo ocurre con los efectos de un delito de tráfico de drogas: el traficante no tiene derecho al hachís que poseía y, por tanto, su decomiso no le priva de ningún derecho legítimo. En cambio, si los instrumentos o efectos son legales y el sujeto tenía derecho a los mismos, su privación deberá ser considerada un mal. En efecto, privar al ladrón de la palanqueta con la que ha efectuado diversos robos con fuerza, pero que ha adquirido lícitamente en una ferretería, supone restringir derechos legítimos. Lo mismo ocurre con el coche utilizado como instrumento para cometer diferentes delitos contra la seguridad del tráfico. En ambos casos, el decomiso constituye indudablemente un mal.

Así pues, el decomiso de instrumentos o efectos que sean ilegales en sí mismos nunca constituirá una sanción, pues dicha privación carece del contenido aflictivo propio de las sanciones. En cambio, el contenido del decomiso de instrumentos o efectos lícitos debe ser considerado un mal y, por tanto, su naturaleza sancionadora dependerá de si su finalidad es o no aflictiva.

Pues bien, aunque el decomiso de instrumentos y efectos cumpla una clara función preventiva, su imposición no persigue la finalidad aflictiva propia de las sanciones. La prevención que logra esta modalidad de decomiso no se produce a través de su amenaza, sino mediante su imposición. Nadie deja de cometer robos por miedo a perder la palanqueta que piensa utilizar como instrumento, sino que la privación de la palanqueta, en sí misma, previene la comisión de nuevos robos. No nos encontramos ante una prevención disuasoria de voluntades, sino con una prevención de aseguramiento frente a cosas o estados de cosas¹⁴⁷. La aplicación de esta clase de decomiso se justifica por sí misma: su imposición neutraliza el potencial criminógeno de ciertos objetos. El contenido de esta medida –la privación de instrumentos o efectos peligrosos– guarda una evidente relación con su presupuesto aplicativo –la constatación de su peligrosidad– y es útil en

¹⁴⁶ Véase infra los apartados 3.8.c) y 3.8.d).

¹⁴⁷ GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 551. En el mismo sentido, GORJÓN BARRANCO, *RP*, (38), 2016, p. 128.

sí mismo para la función que la justifica. Por tanto, carece del fin aflictivo de las sanciones. Su finalidad no es afligir, sino neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos para favorecer nuevos delitos. Aunque los instrumentos y efectos sean legales, su decomiso no constituirá una sanción.

Ahora bien, lo dicho pende de una determinada premisa: *no todos los instrumentos y efectos del delito son decomisables*. Solo deberán serlo los *peligrosos*. En efecto, tomarse en serio la finalidad preventivo-especial de esta clase de decomiso comporta que los instrumentos y efectos no peligrosos no deberán ser decomisados, pues ninguna peligrosidad será neutralizada a través de su privación. Si la finalidad de esta institución es anular el potencial criminógeno de ciertos objetos, solo deberá aplicarse cuando efectivamente exista ese potencial criminógeno. De lo contrario, si se decomisara siempre cualquier instrumento o efecto del delito, con independencia de su peligrosidad, no podría sostenerse que su finalidad es neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos. En este caso, no quedaría más remedio que admitir que su finalidad es aflictiva. Si en todos los delitos de conducción bajo los efectos del alcohol se decomisara el vehículo como instrumento del delito¹⁴⁸ – con independencia de su peligrosidad en manos del infractor – no sería sustentable afirmar que con ello se persiguen finalidades preventivo-especiales. Más bien, se debería reconocer que mediante la privación del vehículo únicamente se pretende hacer un poco más gravoso el delito, tratando de este modo de disuadir a potenciales infractores de conducir bajo los efectos del alcohol (el mensaje sería: “no solo se te impondrá la pena del art. 379 CP sino que también perderás el vehículo que conducías”). Esto significaría que el decomiso del automóvil tendría finalidad aflictiva¹⁴⁹ y, por tanto, debería ser considerado una sanción.

Pues bien, aunque el texto del art. 127 CP parezca exigir el decomiso de todos los instrumentos y efectos del delito con independencia de su peligrosidad – lo cual respaldaría que su imposición persigue un fin aflictivo – el art. 128 CP ofrece un buen argumento para sostener lo contrario. Este último artículo condiciona el decomiso de *instrumentos y efectos de lícito comercio* a un juicio de proporcionalidad. Precisamente, a través de esta previsión la jurisprudencia excluye el decomiso de instrumentos y efectos no peligrosos¹⁵⁰. Así, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial

¹⁴⁸ Recordemos que el art. 385 bis CP establece expresamente que el vehículo utilizado para cometer una infracción contra la seguridad vial será considerado instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128 CP.

¹⁴⁹ En efecto, de ser así la privación del vehículo no se justificaría por sí misma. Dicha privación solo podría legitimarse por los efectos preventivo-generales que produce su amenaza. Además, la relación de dicha privación con su presupuesto aplicativo (que ahora ya no sería la peligrosidad del vehículo, sino la infracción cometida) sería arbitraria. Todo ello pondría claramente de manifiesto que, en las condiciones expuestas, el decomiso del vehículo tendría un fin aflictivo.

¹⁵⁰ Conviene poner de manifiesto que la redacción del art. 128 CP no alude en ningún momento a la peligrosidad de los efectos o instrumentos a decomisar. Así, el juicio de proporcionalidad que establece este artículo se refiere, por un lado, al valor del efecto o instrumento y, por el otro, a la naturaleza o gravedad de la infracción penal. Por ello, el tenor literal de este precepto no permite incorporar la variable “peligrosidad” al juicio de ponderación y, en consecuencia, excluir el decomiso de instrumentos y efectos no peligrosos. No obstante, tal y como indica VIZUETA FERNÁNDEZ, «Delitos contra la seguridad vial: El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal», *RECPC*, (13), 2011, p. 23, “la ausencia de mención expresa al grado de peligrosidad de la cosa y a la entidad del bien jurídico que ésta pone en peligro como extremos a tener en cuenta en la comparación con el valor del objeto del comiso, no supone que deban despreciarse en la correcta aplicación del principio de proporcionalidad. Más bien, si queremos que este principio cumpla su función en el ámbito del comiso, su reconocimiento resulta inevitable”. De esta manera, el citado autor concluye “el grado de peligrosidad de la cosa y la importancia del bien o bienes jurídicos que ésta pone en peligro, por un lado, y el valor de los efectos e instrumentos, así como la repercusión de la medida en la economía del propietario de la cosa decomisada, por otro, deben ser las pautas rectoras que guíen al juez en la aplicación del principio de

se defiende “la necesaria introducción de criterios de proporcionalidad que eviten la aplicación cuasi-automática de lo dispuesto en el art. 385 bis CP, lo que supone ponderar la concurrencia, en cada caso en concreto, de tres presupuestos o elementos como son: 1º) la peligrosidad objetiva del bien decomisado, en este caso un vehículo, al objeto de prevenir su utilización en el futuro para la comisión de nuevos delitos contra la seguridad vial; 2º) la peligrosidad del sujeto, esto es la probabilidad de que pueda volver a delinquir utilizando tal instrumento; 3º) el juicio de proporcionalidad en la aplicación de la medida, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso”¹⁵¹. De este modo, el decomiso de vehículos utilizados en delitos contra la seguridad del tráfico queda relegado en la práctica a los casos en que “quede evidenciada una relación criminógena consolidada con el mismo que se ha convertido en fuente de peligros para la comunidad. De modo particular se planteará en los casos de multirreincidencia y delitos de los arts. 380 y 381”¹⁵². En definitiva, en tanto que el art. 128 CP permite limitar el decomiso de efectos e instrumentos a aquellos que resulten peligrosos, puede sostenerse que la finalidad de esta clase de decomiso es neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos para favorecer nuevos delitos. En consecuencia, estos tipos de decomiso no persiguen un fin aflictivo ni deben ser considerados sanciones.

Resulta muy interesante observar que el art. 128 CP solamente condiciona al juicio de proporcionalidad el decomiso de instrumentos y efectos de lícito comercio. En mi opinión, la exclusión del decomiso de ganancias y del decomiso de instrumentos y efectos de ilícito comercio no es casual. Solo en el decomiso de instrumentos y efectos de lícito comercio debe realizarse un análisis individualizado sobre la peligrosidad de los bienes. En efecto, dichos bienes no son per se peligrosos – por eso no están prohibidos – sino que su peligrosidad se constata personalmente en relación con el infractor. Un mismo vehículo puede ser un instrumento muy peligroso en manos de un conductor multireincidente, o no serlo en absoluto si lo posee un taxista diligente. Unas cizallas pueden constituir un instrumento peligroso para alguien que suele utilizarlas para sustraer motocicletas, o ser la herramienta habitual de un mecánico. Si el decomiso de efectos e instrumentos tiene como finalidad neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos, los efectos e instrumentos *de lícito comercio* solo deberán ser decomisados cuando se constate individualmente su peligrosidad en relación al infractor. De no realizarse esa valoración, inevitablemente debería admitirse que esa clase de decomiso tiene finalidad aflictiva y, por tanto, naturaleza sancionadora. En cambio, dicha valoración individualizada no es necesaria en el decomiso de instrumentos y efectos *de ilícito comercio*. La peligrosidad de esta clase de objetos viene determinada por la propia Ley. No es necesario poner en relación el arma ilegal o la droga tóxica con el infractor para valorar su peligrosidad. Estos objetos son peligrosos en sí mismos y, por tanto, su decomiso siempre cumple la finalidad de neutralizar su peligrosidad. Esta clase de decomiso nunca podrá ser considerada una sanción, aunque no se constate individualmente su peligrosidad: su imposición nunca representa un mal –no restringe derechos legítimos– y siempre persigue neutralizar un

proporcionalidad en el ámbito del comiso de efectos e instrumentos del delito”. De no ser así, resultaría obligado reconocer la naturaleza sancionadora del decomiso de efectos e instrumentos.

¹⁵¹ SAP Castellón 104/2014, de 10 marzo. En el mismo sentido, SAP Granada 1065/2016, de 27 de diciembre. También VIZUETA FERNÁNDEZ, *RECPC*, (13), 2011, p. 23, afirma que para poder decomisar un vehículo de motor o ciclomotor es necesario que se trate de un objeto peligroso.

¹⁵² Circular 10/2011, de 17 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial.

peligro – que se considera inherente a esta clase de objetos –. Por último, resulta lógico que el art. 128 CP excluya el decomiso de ganancias del juicio de proporcionalidad. Como ya hemos indicado, la finalidad que persigue esta clase de decomiso no tiene nada que ver con neutralizar la peligrosidad de las ganancias delictivas. En consecuencia, no resulta necesario llevar a cabo un análisis individualizado sobre ello. Las ganancias delictivas *siempre* son ilegítimas – nunca se tiene derecho a ellas – y, por ello, no tiene sentido limitar su decomiso en base a consideraciones de peligrosidad o proporcionalidad.

¿Existe entonces alguna modalidad de decomiso que pueda ser calificada como sancionatoria? Pues, en apariencia, sí: *el decomiso por valor equivalente de efectos e instrumentos*¹⁵³. Al igual que ocurría con el decomiso de ganancias, el Código penal prevé la posibilidad de decomisar bienes *de origen lícito* que se correspondan con el valor económico de los efectos e instrumentos que – por cualquier circunstancia – no puedan ser decomisados (arts. 127.3 y 127 septies CP¹⁵⁴). Esta previsión, que tiene todo el sentido en el decomiso de ganancias, resulta perturbadora cuando se aplica al decomiso de efectos e instrumentos. Así, la privación de bienes lícitos por valor equivalente a los efectos o instrumentos que no se han logrado decomisar *siempre constituirá un mal*. El sujeto sobre quien recae el decomiso tenía derecho a dichos bienes y, por tanto, mediante su privación se restringen derechos legítimos. Además, difícilmente puede sostenerse que esta clase de decomiso substitutorio tenga como finalidad neutralizar la peligrosidad objetiva de ciertos objetos, pues, como resulta evidente, mediante el decomiso de *otros* bienes diferentes no se neutraliza la peligrosidad de los efectos o instrumentos peligrosos que no han logrado ser decomisados. Decomisando el valor equivalente al arma ilegal utilizada en un homicidio no se neutraliza la peligrosidad de dicha arma. Ello comporta que, en principio, deba admitirse que esta clase de decomiso tiene *finalidad afflictiva*. Se trataría, en efecto, de una sanción¹⁵⁵. No obstante, nos encontramos claramente ante una *sanción ilegítima*. En efecto, su presupuesto aplicativo “imposibilidad por cualquier circunstancia de llevar a cabo el decomiso directo” (art. 127.3 CP) no cumple en ningún caso con las exigencias derivadas del principio de tipicidad. Adviértase que dicha imposibilidad puede traer causa de una conducta voluntaria de ocultamiento o de, por ejemplo, la destrucción fortuita del bien¹⁵⁶. Pretender castigar algo así va en contra de los principios

¹⁵³ En este sentido apuntan CORTÉS BECHIARELLI, *RGDP*, (8), 2007, p. 9; ROIG TORRES, *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 231; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *RP*, (40), 2017, p. 32; DE LA MATA BARRANCO, «Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *La Ley penal*, (124), 2017.

¹⁵⁴ Existe una descoordinación entre estos dos artículos, pues el art. 127.3 CP permite el decomiso por valor equivalente de instrumentos, efectos y ganancias. En cambio, el decomiso substitutorio del art. 127 septies CP solo se refiere a efectos y ganancias.

¹⁵⁵ Aunque se llegara a admitir que esta concreta modalidad de decomiso tiene naturaleza sancionatoria – cosa que no se hace en el texto – no me parecería adecuado extender dicha consideración al resto de modalidades de decomiso por el simple hecho de que compartan la denominación de “decomiso”. Así, debo discrepar de la postura de CORTÉS BECHIARELLI, *RGDP*, (8), 2007, p. 15, cuando afirma que el reconocimiento legal del comiso substitutivo determina la estimación de este instituto como pena en todas y cada una de sus manifestaciones. Tal y como se ha indicado anteriormente, las etiquetas no determinan la naturaleza jurídica de las instituciones. Que el decomiso esté clasificado en el Código penal como una consecuencia accesoria, y el decomiso de ganancias sea una clase de decomiso, no significa que todas las modalidades de decomiso o todas las consecuencias accesorias tengan la misma naturaleza jurídica (lo cual admite el propio autor respecto de la categoría de las consecuencias accesorias, CORTÉS BECHIARELLI, *RGDP*, (8), 2007, p. 5). La naturaleza jurídica se determina a partir del contenido y la finalidad de una institución. Si diferentes modalidades de decomiso tienen distintos contenidos y finalidades, podrán tener diferentes naturalezas, sin que la consideración de una de ellas como sanción deba contagiarse al resto.

¹⁵⁶ Debe destacarse que, tal y como indica GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 574,

más básicos del Derecho sancionador.

Ante ello, a mi modo de ver, solo caben dos posibilidades. La primera es impugnar su constitucionalidad como sanción por no respetar el mandato de determinación. La segunda consiste en propugnar una interpretación que niegue su carácter sancionador y limite su ámbito aplicativo a un círculo sumamente restringido de supuestos¹⁵⁷. Me explico. Si se atribuye al decomiso substitutorio de efectos e instrumentos el fin de neutralizar la peligrosidad objetiva de ciertos objetos, se niega su finalidad aflictiva y, por tanto, su carácter de sanción. El problema, que ya ha sido puesto de manifiesto, es que en la inmensa mayoría de supuestos en que se decomisan bienes por valor equivalente no se neutraliza peligrosidad alguna. Resulta complicado afirmar que esa es su finalidad si en ningún caso puede llegar a cumplirse. No obstante, alcanzo a entrever un pequeño grupo de supuestos en que esta finalidad sí podría realizarse mediante el decomiso substitutorio: las cantidades de dinero utilizadas por organizaciones criminales o terroristas como instrumentos o efectos del delito. Por ejemplo, un maletín lleno de dinero puede ser el instrumento con el que una organización criminal intente sobornar a un funcionario. Si el dinero no llega a cambiar de manos –porque el funcionario lo rechaza o la policía lo intercepta– dicho maletín constituirá el instrumento del delito (y no las ganancias del funcionario). A pesar de que el dinero es un bien lícito, el decomiso de ese maletín podría justificarse en base a la necesidad de neutralizar la peligrosidad que este supone en manos de la organización criminal. De este modo se impediría que sirviera para financiar la comisión de nuevos delitos y fortalecer la organización. Pues bien, si no es posible el decomiso de ese concreto dinero contenido en ese concreto maletín –por ejemplo, porque la organización ha conseguido ocultarlo– se podría conseguir exactamente la misma finalidad preventivo-especial decomisando otros activos por valor equivalente. Aquí, el decomiso por valor equivalente cumpliría efectivamente la finalidad de neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos. En tanto que es posible –aunque sea sumamente extraordinario– que el decomiso por valor equivalente cumpla dicha finalidad preventivo-especial, resulta plenamente defendible¹⁵⁸ afirmar que *la finalidad que persigue el decomiso de instrumentos y efectos del delito, ya sea directo o substitutorio, es neutralizar la peligrosidad de determinados objetos para favorecer nuevos delitos*. De esta manera se restringiría el decomiso substitutorio de efectos e instrumentos al ámbito sumamente reducido que acaba de ser esbozado, excluyendo su aplicación en el resto de casos mediante el art.

en el Derecho alemán la aplicación de esta modalidad de decomiso substitutorio es la consecuencia jurídica, no de cualquier eventualidad que imposibilite el decomiso de los objetos, sino únicamente la de un hecho tasado y determinado por el StGB, que consiste en que los responsables del delito hayan frustrado el decomiso de tales objetos mediante el uso, enajenación o consumo de los mismos. Esta previsión hace que, con razón, la doctrina alemana vea en esta clase de decomiso una sanción de carácter penal. En efecto, en tanto que su presupuesto aplicativo respeta el mandato de determinación, no se trataría –como en el derecho español– de una sanción ilegítima. De esta forma, resulta razonable interpretar que la finalidad de su imposición es castigar la conducta que ha frustrado el decomiso (tratando con ello de disuadir esta clase de comportamientos obstructivos). Véase al respecto ALTENHAIN, «§ 74c», *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 2; ESER, «§ 74c», *Sch/Schr*, 29ª ed., 2014, nm. 2; WOLTERS, «§ 74c», *SK*, 9ª ed., 2016, nm. 2. Advértase que en la regulación alemana no existe una exigencia similar para el decomiso substitutorio de ganancias, que puede acordarse cuando, por cualquier razón, no es posible llevar a cabo el decomiso directo (§ 73c StGB).

¹⁵⁷ Esta interpretación ya la esboqué, aunque sin llegar a desarrollarla, en CASTELLVÍ MONSERRAT, «El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, 2017, p. 348, nota 34.

¹⁵⁸ Dado que la única alternativa interpretativa conduce a afirmar que existe una sanción ilegítima basada en un supuesto de responsabilidad objetiva.

128 CP por la ausencia de peligrosidad de aquello que se pretende decomisar¹⁵⁹. Con esta interpretación podría afirmarse, por fin, que *ninguna de las diferentes modalidades del decomiso constituye una sanción*.

3.7. ¿Es el decomiso de ganancias legítimo?

La utilidad del decomiso de ganancias viene dada, en gran parte, por las condiciones que permiten su imposición. En efecto, mediante el decomiso ampliado y sin condena pueden decomisarse ganancias en circunstancias en las que no cabría castigar el delito que las ha originado. No obstante, las mismas razones que fundamentan su utilidad pueden poner en duda su legitimidad. El decomiso de ganancias es útil, precisamente, porque no respeta las garantías que deben rodear el ejercicio del *ius puniendi*. La legitimidad o ilegitimidad del decomiso de ganancias pende, por tanto, de la determinación de su naturaleza jurídica.

Pues bien, como he tratado de poner de manifiesto, *el decomiso de ganancias no constituye una sanción*. Su imposición no representa un mal y carece de finalidad aflictiva. Mediante el decomiso de ganancias se neutraliza un enriquecimiento al que no se tiene derecho, con la finalidad de impedir el lucro sin justa causa. En consecuencia, el decomiso de ganancias no vulnera las garantías propias del *ius puniendi*, simplemente, porque estas no le resultan aplicables. El decomiso de ganancias es una institución legítima aunque no respete el principio de culpabilidad, el principio de personalidad o la presunción de inocencia, precisamente, porque dichas garantías no le resultan de aplicación.

En tanto que *decomisar no significa castigar* (en cualquiera de sus modalidades) es perfectamente legítimo –además de útil– decomisar en situaciones en las que no cabría castigar¹⁶⁰. Es decir,

¹⁵⁹ Al igual que no se decomisan los efectos o instrumentos no peligrosos –recuérdese el ejemplo de los vehículos en los delitos contra la seguridad del tráfico– tampoco deberían decomisarse los bienes por valor equivalente no peligrosos (aunque estos últimos sean la inmensa mayoría).

¹⁶⁰ Al haber considerado que el decomiso de efectos e instrumentos no constituye una sanción, su imposición mediante el decomiso ampliado y sin condena debería estimarse legítima (pues las garantías propias del *ius puniendi* tampoco serían aquí de aplicación). No obstante, el Código penal excluye expresamente los instrumentos del decomiso ampliado (se refiere únicamente a bienes, efectos y ganancias). Además, el art. 127 bis.1 CP exige que se acredite la “procedencia delictiva” de los bienes objeto del decomiso ampliado, y los instrumentos del delito –por lo general– no derivan de un delito. Por otro lado, el decomiso sin condena requiere acreditar la “situación patrimonial ilícita”, lo cual casa mal con el decomiso de instrumentos (dado que su tenencia no tiene por qué constituir una situación ilícita). Además, creo que tiene poco sentido utilizar estas modalidades de decomiso para los efectos del delito. El catálogo de indicios que prevé (a título ejemplificativo) el art. 127 bis.2 CP apunta inequívocamente a la acreditación de un enriquecimiento delictivo (lo cual es propio únicamente de las ganancias delictivas). Lo mismo parece deducirse de la redacción del art. 127 ter CP en relación al decomiso sin condena. En todo caso, la utilidad de recurrir a estas modalidades de decomiso para instrumentos y efectos sería mínima, pues su configuración y sus presupuestos están diseñados para el decomiso de ganancias. Por ello, no puedo estar de acuerdo con la postura de ROIG TORRES, *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 246, y DE LA MATA BARRANCO, «El fundamento del decomiso como “consecuencia” del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo», *LH-Mir Puig*, 2017, p. 943, cuando proponen enmendar las palabras del legislador para incluir en el decomiso ampliado los instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito (pues estos no están recogidos expresamente en el art. 127 bis.1 CP, no “proviene de una actividad delictiva”, y no tiene demasiado sentido político-criminal decomisarlos por esta vía). Respecto a la mención de los efectos del delito en el art. 127 bis.1 CP, creo que el único motivo de dicha referencia es la defectuosa delimitación que realiza la jurisprudencia entre “efectos” y “ganancias”, que prácticamente se confunden cuando los efectos tienen valor económico. Véase al respecto MAPELLI CAFFARENA, *RP*, (1), 1998, p. 414.

decomisar sin castigar.

Ahora bien, la legitimidad del decomiso de ganancias — o del decomiso en general — no depende únicamente de si le resultan aplicables las garantías del Derecho sancionador. Que el decomiso no sea una sanción no significa que su imposición quede huérfana de garantías¹⁶¹. La responsabilidad civil, la expropiación, o las medidas de restablecimiento de la legalidad, también tienen su propio régimen de garantías aunque no tengan naturaleza sancionadora. Afirmar que el decomiso no tiene naturaleza sancionatoria no supone otorgar una patente de corso a su regulación. La tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión o el contenido del derecho de propiedad son, entre otros, límites que el decomiso deberá respetar para ser una institución legítima¹⁶². Este es el terreno en el que puede (y debe) discutirse su legitimidad.

3.8. Algunos problemas específicos de legitimidad

Una vez se ha determinado que el decomiso de ganancias no tiene naturaleza sancionadora, nos encontramos en disposición de afrontar con mayor claridad algunos problemas específicos de legitimidad que plantea la actual regulación del decomiso ampliado y sin condena. A continuación se tratará de poner de manifiesto que una interpretación razonable de los preceptos que regulan este instituto permite considerar legítimos todos sus extremos más cuestionables (y cuestionados).

¹⁶¹ En el mismo sentido GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 549.

¹⁶² En este sentido, resulta interesante observar cómo nuestro Tribunal Constitucional, antes de la reforma de 2015, ya había llegado a una conclusión similar por otros derroteros. Así, siguiendo al TEDH, había considerado que el decomiso ampliado no vulneraba la presunción de inocencia a partir de la siguiente argumentación: “este principio 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 (...) 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 derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)” (STC 219/2006, de 3 de julio). Véase AGUADO CORREA, «Comiso: crónica de una reforma anunciada: Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013», *InDret*, (1), 2014, p. 28; DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 45; ROIG TORRES, *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 235. De este modo, el Tribunal Constitucional apuntaba a la misma conclusión que se ha sostenido en este trabajo: el límite que debe regir la aplicación del decomiso no es la presunción de inocencia, sino la tutela judicial efectiva. No obstante, su argumentación no puede ser compartida desde las premisas aquí defendidas. Tras el razonamiento del Tribunal Constitucional late la consideración del decomiso como una sanción. El decomiso ampliado constituiría simplemente una consecuencia derivada del delito por el que ha existido condena (alguno del art. 127 bis.1 CP). De este modo, se esquivo la aplicación de la presunción de inocencia respecto a los delitos que han generado el enriquecimiento a neutralizar, amparándose en la condena previa que es necesaria para aplicar el decomiso ampliado. La determinación de su extensión sería una operación análoga a la de concretar la pena de multa (en la que no regiría la presunción de inocencia). Aquí, el enriquecimiento delictivo no sería el presupuesto del decomiso ampliado, sino una mera referencia para calcular su extensión (al modo de la capacidad económica en la pena de multa). Obviamente, desde la perspectiva aquí sostenida, este argumento falla en su presupuesto: el decomiso no es una sanción. Aunque el decomiso ampliado requiera una condena penal, su imposición no trae causa del delito que ha motivado dicha condena, sino de otras actividades delictivas. El presupuesto del decomiso de ganancias no es una sentencia condenatoria que desvirtúe la presunción de inocencia. De lo contrario, deberíamos concluir que el decomiso sin condena sí que vulnera la presunción de inocencia y, en consecuencia, es una institución ilegítima. En efecto, al contrario de lo que ocurre en el decomiso ampliado, en el decomiso sin condena no existe una sentencia condenatoria en la que quede acreditada la culpabilidad del acusado (por el delito que ha generado el enriquecimiento o por otros diferentes). En definitiva, el decomiso ampliado —al igual que el decomiso sin condena— no vulnera la presunción de inocencia porque esta garantía no le resulta de aplicación (y no porque dicha presunción haya quedado desvirtuada respecto del delito por el que se condena).

a) ¿Inversión de la carga de la prueba en el decomiso ampliado?

Parte de la doctrina considera que la redacción del decomiso ampliado (art. 127 bis CP) contiene una *inversión de la carga de la prueba* que vulneraría la presunción de inocencia. Pues bien, como se ha tratado de poner de manifiesto, el decomiso no es una sanción. Por tanto, no puede infringir la presunción de inocencia, simplemente, porque este principio no le resulta aplicable. No obstante, aquí me propongo refutar la premisa de este argumento. Esto es, que la inversión de la carga de la prueba (que fundamentaría la pretendida vulneración de la presunción de inocencia) no existe.

El art. 127 bis.1 CP impone el decomiso ampliado cuando el Juez o Tribunal “resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito”. En el texto transcrito podemos apreciar dos requisitos *cumulativos* para acordar el decomiso ampliado¹⁶³: que el Juez resuelva (a partir de indicios objetivos y fundados) que los bienes tienen origen delictivo, y que además no se acredite su origen lícito. Ante este escenario, algunos autores¹⁶⁴ han considerado que el segundo requisito vulnera la presunción de inocencia por suponer una inversión de la carga de la prueba. Así, se ha argumentado que el primero de los requisitos mencionados (la acreditación del origen delictivo mediante prueba indiciaria) no infringiría el derecho a la presunción de inocencia, pero “lo que sí la vulnera, es exigir que sea el acusado el que haya de demostrar en un proceso penal que el origen de los bienes es lícito. El artículo 127 bis.1 CP no vulneraría la presunción de inocencia si eliminase la coetilla «y no se acredite su origen lícito», pues como veremos, nadie discute que el origen ilícito de los bienes puede resultar acreditado mediante presunciones judiciales”¹⁶⁵. No obstante, este argumento aquí no puede ser compartido. “No acreditar el origen lícito” es un requisito *cumulativo* al de acreditar el origen delictivo mediante indicios. El Código penal utiliza la conjunción “y” en vez de la “o”. Exigir un requisito *adicional* para aplicar el decomiso ampliado no puede convertir una institución respetuosa con la presunción de inocencia en una que la infrinja (pues exigir más requisitos supone *restringir* su ámbito de aplicación). Y no lo hace porque el requisito “no acreditar el origen lícito” no implica una inversión de la carga de la prueba. Lo que ocurre es que la redacción del Código penal es *redundante*. El primer requisito ya incluye de por sí el segundo. Si la persona sobre la que se dirige el decomiso prueba el origen lícito del bien, el Tribunal no dará por acreditado (a partir de indicios objetivos y fundados) su origen delictivo. En efecto, el primer requisito del decomiso ampliado supone valorar todos los indicios disponibles (los que recoge el art. 127 bis.2 CP se presentan únicamente a título ejemplificativo¹⁶⁶) para resolver que los bienes tienen origen

¹⁶³ A estos dos requisitos se le debe añadir la existencia de una condena por alguno de los delitos que recoge el amplio catálogo del propio art. 127 bis.1 CP.

¹⁶⁴ Así, PÉREZ CEBADERA, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, 2015, p. 412; DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 42; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Garantizar que el delito no resulte provechoso. El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción», *LH-Mir Puig*, 2017, p. 910; GÓMEZ RIVERO, *CPC*, (121), 2017, p. 58.

¹⁶⁵ PÉREZ CEBADERA, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, 2015, p. 414.

¹⁶⁶ El art. 127 bis.2 CP es especialmente claro en este punto: “a los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios”. El catálogo de tres indicios que recoge nuestro texto punitivo es, indudablemente, un numerus apertus (el “entre otros” de la redacción legal lo deja patente). Por eso, no puedo compartir la posición de DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 42, cuando afirma que “es como si el hecho de acumular unos indicios insuficientes (en el decomiso tres y en el blanqueo más de siete) generaran una suerte de bolo alimenticio que permite digerir la quiebra de la presunción de inocencia”. No se trata

delictivo. Esto incluye la valoración de aquellos que indiquen lo contrario. Por ejemplo, las pruebas que aporte el acusado sobre el origen lícito de los bienes. En este sentido, resulta muy ilustrativo observar que en el delito de blanqueo de capitales, uno de los indicios que recoge la jurisprudencia como más habituales para acreditar el origen delictivo de los bienes objeto de blanqueo es, precisamente, *la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales* (o incluso, *la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones*¹⁶⁷). Esto significa que “no acreditar el origen lícito” es, ni más ni menos, un indicio de su origen delictivo.

El Código penal no utiliza una *presunción legal*, al modo del delito de enriquecimiento ilícito, por la cual ante un determinado hecho (un enriquecimiento) se presume la existencia de otro (su origen delictivo) salvo que el acusado pruebe lo contrario¹⁶⁸ (su origen lícito). Eso sí supondría una clara inversión de la carga de la prueba. Si nuestro texto punitivo estableciera que, ante la concurrencia de alguno de los tres indicios del art. 127 bis.2 CP (o de los tres), y la falta de acreditación por parte del acusado del origen lícito de los bienes, se acordará su decomiso (presumiendo de esta manera su procedencia delictiva), sí que se estaría produciendo una inversión de la carga de la prueba¹⁶⁹. No obstante, esto no es lo que dispone el Código penal. El art. 127 bis.1 CP exige directamente (como primer requisito) que el Tribunal considere acreditado el *origen delictivo de los bienes* a partir de indicios objetivos fundados. Evidentemente, si se acredita su origen lícito, el Juez no podrá sostener que los bienes tienen procedencia delictiva. Por ello, exigir adicionalmente a dicha acreditación que “no se pruebe su origen lícito” resulta simplemente una reiteración, y no una inversión de la carga de la prueba. Sería lo mismo que requerir en el decomiso sin condena que “la situación patrimonial ilícita quede acreditada” (art. 127 ter.1 CP) y, además, no se acredite la licitud de dicha situación patrimonial. O, si se me permite la caricatura, sería como exigir para una condena que “la culpabilidad del acusado quede demostrada más allá de toda duda razonable” y,

de acumular tres indicios para dar automáticamente por probada (si el sujeto no demuestra su origen lícito) la procedencia delictiva de los bienes, sino que esos tres indicios deben valorarse (junto con cualquier otro del que disponga el Tribunal) para dar por acreditado (o no) su origen delictivo.

¹⁶⁷ Entre otras, STS 738/2006, de 4 de julio.

¹⁶⁸ Lo cual, desde mi punto de vista, no constituiría una “prueba diabólica” como afirma DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 42. En efecto, este autor sostiene que dicha presunción supone “invertir la carga de la prueba al acusado, obligarle a demostrar que sus bienes tienen una procedencia lícita, que no provienen de un delito genérico que se presume que ha cometido —en realidad tendría que demostrar, probatio diabólica, que no ha cometido ningún delito”. En mi opinión, esta afirmación no puede ser compartida. Probar la procedencia lícita de un bien (por ejemplo mediante la factura por un trabajo efectivamente realizado) no equivale a probar que no se ha cometido ningún delito.

¹⁶⁹ Esto es precisamente lo que ocurría con la regulación del decomiso ampliado desde 2010 hasta la reforma operada por la LO 1/2015. En efecto, por entonces el Código penal establecía que “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”. Esto es, ante la concurrencia de un indicio (valor desproporcionado del patrimonio respecto a los ingresos lícitos) se presumía legalmente un hecho (su procedencia delictiva) salvo que el acusado demostrase lo contrario (su origen lícito). Esto sí suponía una inversión de la carga de la prueba (siempre que la presunción señalada se considerara *iuris tantum*). Véase cómo por entonces FERNÁNDEZ TERUELO, «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *Diario La Ley*, (7657), 2011, p. 1564, trataba de limitar con acierto los efectos perniciosos de dicha presunción mediante el art. 128 CP (aunque este artículo no resultará formalmente aplicable al decomiso de ganancias) para evitar que el decomiso se extendiera a cualquier ingreso generado por actividades simplemente opacas o propias de la economía sumergida.

además, “no se demuestre su inocencia”. Con esta clase de adiciones, ni se añade nada relevante, ni se invierte la carga de la prueba¹⁷⁰.

En consecuencia, el decomiso ampliado del art. 127 bis CP es una figura legítima, pues ni contiene una inversión de la carga de la prueba¹⁷¹, ni con ello se vulnera la presunción de inocencia (institución que además no le resulta de aplicación).

b) Decomiso ampliado por reiteración delictiva o hat trick¹⁷²

Los arts. 127 quinquies y 127 sexies CP prevén una modalidad *cualificada* de decomiso ampliado. La redacción de estos preceptos es bastante enrevesada, pero puede simplificarse del siguiente modo. El *presupuesto* aplicativo de esta clase de decomiso contiene los siguientes requisitos: 1) la existencia de una condena múltiple¹⁷³ por delitos del catálogo que permiten el decomiso

¹⁷⁰ Por ello, no puedo estar de acuerdo con DE JORGE MESAS, *RAD*, (7), 2016, p. 46, cuando describe el mecanismo de funcionamiento del decomiso ampliado de la siguiente forma: “El número 1 del referido artículo se exige que el juez o tribunal aprecien la existencia de prueba de la relación de causalidad con el delito, a nivel meramente indiciario, no de prueba plena. Si tales indicios se dan, entrará en juego la presunción de ilicitud y la consiguiente inversión de la carga de la prueba, de manera que si no se prueba el origen lícito, con prueba plena aportada por el interesado, se procederá al decomiso de los bienes cuyo origen ilícito se ha establecido por la combinación de la prueba indiciaria y la presunción de ilicitud”. La acreditación en base a indicios del origen delictivo de los bienes ya incluye de por sí la valoración de las pruebas que pueda aportar el acusado en sentido contrario (es decir, aquellas tendentes a demostrar su origen lícito). Obviamente, si existen indicios fundados de dicha procedencia delictiva y el acusado no los desmiente, su ausencia de justificación podrá ser tenida en cuenta para confirmar la conclusión a la que apuntan el resto de indicios. No obstante, ello no puede ser entendido como una inversión de la carga de la prueba. Advuértase que no se vulnera la presunción de inocencia ni el derecho a no declarar contra sí mismo cuando, ante un bagaje probatorio que integra por sí mismo prueba de cargo suficiente, se tiene en cuenta la falta de argumentos exculpatorios del acusado para confirmar la conclusión condenatoria (STS 474/2016, de 2 de junio). Al igual que esta forma de operar no supone invertir la carga de la prueba, tampoco implica dicha inversión el tener en cuenta la ausencia de justificación lícita de los bienes de cara a acreditar su origen delictivo.

¹⁷¹ Otra cosa diferente es que los indicios (objetivos y fundados) mediante los que se el juez resuelve que los bienes tienen origen delictivo sean insuficientes para probar el concreto delito del que proceden. Esto resulta evidente, pues de lo contrario el decomiso ampliado carecería de utilidad (bastaría con el decomiso básico o tradicional para lograr la privación de dichos bienes). En la nota 36 ya se ha puesto de manifiesto que probar que un bien tiene procedencia delictiva, no es lo mismo que probar el delito del que ha derivado el bien. Teóricamente sería posible probar —más allá de toda duda razonable— que un bien tiene procedencia delictiva, sin que se pudiera acreditar cuál es el concreto delito del que procede. Ahora bien, teniendo en cuenta la forma de operar de la jurisprudencia y los indicios que señala el Código penal como especialmente relevantes, resulta obvio que en la mayoría de supuestos en que se acuerde el decomiso ampliado no se acreditará la “procedencia delictiva de un bien” en los términos que exigiría la presunción de inocencia. Dicha procedencia delictiva solo podrá entenderse acreditada de acuerdo a un estándar probatorio menos exigente. Pues bien, esta relajación del estándar probatorio —que estimo ilegítima en el blanqueo de capitales— resulta legítima en el decomiso ampliado. En efecto, la naturaleza no sancionadora del decomiso de ganancias autoriza a operar con un estándar probatorio menos exigente (propio del ámbito civil) al que impone la presunción de inocencia a la hora de dar por acreditada la procedencia delictiva de un bien.

¹⁷² Locución empleada para referirse a la modalidad de decomiso prevista en los arts. 127 quinquies y 127 sexies CP por DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 50.

¹⁷³ Tal y como indica el 127 quinquies.2 CP dicha condena múltiple puede consistir en : “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”.

ampliado¹⁷⁴; 2) indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros; y 3) indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. La *consecuencia* de apreciar estos requisitos consiste en aplicar un conjunto de presunciones para determinar la procedencia delictiva de determinados bienes. Como *cláusula de salvaguarda*, se establece la no aplicación de dichas presunciones cuando las circunstancias concretas del caso las revelen incorrectas o desproporcionadas.

Pues bien, la diferencia fundamental de esta modalidad de decomiso respecto al decomiso ampliado del art. 127 bis CP se encuentra en el tercer requisito de su presupuesto aplicativo. Para aplicar el decomiso por reiteración delictiva o *hat trick* no debe acreditarse *el origen ilícito de los concretos bienes a decomisar* – como ocurría con el decomiso ampliado del art. 127 bis CP – sino que una *parte relevante del patrimonio* del penado tiene procedencia delictiva. Los indicios objetivos y fundados¹⁷⁵ acerca del origen delictivo de los bienes aquí no deben referirse a los concretos bienes que se decomisan, sino al patrimonio del penado en general¹⁷⁶.

Una vez se considera acreditado este extremo – junto con los restantes requisitos – el Código penal *presume* que los bienes del penado que cumplen unas determinadas características (básicamente haber sido adquiridos en los últimos seis años) tienen origen delictivo y deben ser decomisados.

Aquí sí que nos encontramos ante una *presunción legal*. Ante la acreditación de un determinado hecho (una parte relevante del patrimonio del penado tiene procedencia delictiva) se presume otro (los bienes adquiridos en los últimos seis años tienen origen delictivo¹⁷⁷). Además, no queda claro si esta presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure*. En efecto, ni el artículo 127 quinquies CP ni el 127 sexies CP contemplan explícitamente la posibilidad de probar el origen lícito de los concretos bienes, efectos o ganancias que se decomisan¹⁷⁸. A primera vista, podría parecer que el tenor literal de estos preceptos más bien apunta a una presunción *iuris et de iure*. Esto significaría que mediante la acreditación del origen lícito de un bien no se refutaría la presunción de procedencia delictiva que se cierne sobre el mismo. Ahora bien, aunque esto fuera así, la acreditación del origen lícito de los bienes no sería irrelevante. Aunque probar la procedencia lícita de un bien no suponga destruir la presunción de que tiene origen delictivo (por haber sido adquirido en los últimos 6 años), sí que serviría como indicio para rebatir el *presupuesto* de dicha presunción (una parte relevante del

¹⁷⁴ Catálogo contenido en el art. 127 bis.1 CP.

¹⁷⁵ Entre los cuales deben valorarse especialmente los mismos que se utilizan en el decomiso ampliado del art. 127 bis CP.

¹⁷⁶ En el mismo sentido, ROIG TORRES, *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 256.

¹⁷⁷ Las presunciones que contiene el art. 127 sexies son más complejas, pero en aras a la simplicidad en el texto se opta por reducir su contenido a lo referido en el texto (pues ello no altera para nada las reflexiones acerca de la legitimidad de este instituto). El contenido completo de dichas presunciones es el siguiente: “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”.

¹⁷⁸ ROIG TORRES, *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 257.

patrimonio del penado tiene procedencia delictiva)¹⁷⁹. En este sentido, por muchas condenas que hayan recaído sobre el penado, si no se acredita (mediante indicios objetivos y fundados) que una parte relevante de su patrimonio tiene procedencia delictiva, no se aplicará presunción alguna contra él¹⁸⁰. Evidentemente, la acreditación del origen lícito de determinados bienes será un indicio que deberá ser valorado para determinar si una parte relevante de su patrimonio tiene procedencia delictiva.

No obstante, aunque nuestro texto punitivo no prevea expresamente la posibilidad de probar el origen lícito de los concretos bienes que se presumen de procedencia delictiva, sí que contempla que el Juez *podrá* no aplicar dicha presunción si se estima incorrecta o desproporcionada. Parece razonable interpretar que la presunción será incorrecta si se prueba el origen lícito del bien que se pretende decomisar. De este modo, la presunción legal que contiene esta modalidad de decomiso podría ser considerada como *iuris tantum*¹⁸¹. Así, acreditar el origen lícito de un bien puede servir, tanto para negar el *presupuesto* de la presunción (una parte relevante del patrimonio tiene origen delictivo), como para probar que el *contenido* de la misma es incorrecto (un concreto bien no tiene origen delictivo aunque haya sido adquirido en los últimos seis años)¹⁸².

Pues bien, esta modalidad de decomiso es la que, sin duda, plantea más problemas desde el punto de vista de su legitimidad. Resulta obvio que si el decomiso fuera una sanción, esta clase de decomiso sería una sanción ilegítima¹⁸³. No obstante, como ya ha quedado puesto de manifiesto,

¹⁷⁹ Tal y como indica AGUILÓ REGLA, «Nota sobre Presunciones de Daniel Mendonça», *Doxa*, (22), 1999, p. 657, las presunciones *iuris et de iure* no pueden ser “destruidas”, pero sí pueden “bloquearse” negando su presupuesto.

¹⁸⁰ DE JORGE MESAS, *RAD*, (7), 2016, p. 45, parece no entenderlo así cuando afirma que “en el sistema diseñado en el artículo 127 sexies la existencia de indicios se sustituye por la determinación de un plazo de retroacción de los efectos de la condena, al cual se liga la presunción de ilicitud sin necesidad de más valoraciones”. En el mismo sentido parecen pronunciarse GIBERT POMATA, *La ley penal*, (124), 2017, y DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18), 2016, p. 52. Estos autores consideran que el único presupuesto de esta modalidad de decomiso es la existencia de una condena múltiple de las que prevé el art. 127 quinquies.2 CP. Una vez producida dicha condena múltiple, el Código penal presumiría automáticamente que una parte relevante del patrimonio del penado tiene procedencia delictiva (en concreto, los bienes adquiridos durante los últimos seis años). Evidentemente, si esto fuera así el decomiso por actividad delictiva continuada sería ilegítimo, pues la presunción legal que contendría sería completamente irrazonable (de una condena múltiple no puede inferirse que una parte relevante del patrimonio del penado tiene origen delictivo). No obstante, creo que esta interpretación no puede sostenerse con el texto legal vigente. El art. 127 quinquies.1 CP exige como requisito acumulativo al de la condena múltiple “que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa”. Las presunciones del art. 127 sexies CP (los bienes adquiridos los últimos seis años tienen origen delictivo) solo resultan aplicables una vez se ha acreditado la condena múltiple y los indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado tiene procedencia delictiva. No debe confundirse el presupuesto (una parte relevante del patrimonio del penado tiene procedencia delictiva) con el contenido de la presunción (los bienes adquiridos en los últimos seis años tienen origen delictivo).

¹⁸¹ Sin embargo, adviértase que normalmente en las presunciones *iuris tantum* la prueba en contrario determina su no aplicación y, en cambio, aquí su no aplicación en caso de ser incorrecta es una potestad del Juez. La redacción del Código penal en este punto es clara: “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” (127 sexies CP). Esto significa que el juez podría llegar a aplicar dichas presunciones a pesar de advertirlas incorrectas o desproporcionadas sin contradecir el tenor literal del precepto.

¹⁸² Tal y como indica AGUILÓ REGLA, *Doxa*, (22), 1999, p. 657, las presunciones *iuris tantum* pueden ser desactivadas recurriendo tanto a la estrategia del bloqueo como a la de la destrucción; es decir, mostrando que o no se dan (o no han quedado acreditadas) las circunstancias que condicionan la obligación de aceptar la proposición presumida (que el antecedente no ha quedado probado), o la falsedad de la proposición.

¹⁸³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 912, considera esta modalidad de decomiso incorpora un componente sancionador en base al siguiente razonamiento: “obsérvese que, mientras que en el art. 127 quinquies

esto no es así. El decomiso no es una sanción y, por tanto, su legitimidad no se debe valorar en referencia a las garantías del *ius puniendi*. A pesar de ello, sería posible argumentar que el decomiso de bienes cuya concreta procedencia delictiva no ha sido acreditada de ningún modo, sino simplemente presumida, supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸⁴. Mi opinión es otra. Creo que el decomiso ampliado por reiteración delictiva no es *necesariamente* ilegítimo. Si el presupuesto de esta modalidad de decomiso “indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio tiene procedencia delictiva” es tomado en serio, me parece razonable derivar del mismo que los bienes adquiridos durante los seis años anteriores tienen procedencia delictiva. Sobre todo teniendo en cuenta que dicha presunción puede no aplicarse en caso de ser estimada incorrecta. En efecto, desde mi punto de vista, la cláusula de salvaguarda que permite no aplicar las presunciones en caso de estimarlas incorrectas o desproporcionadas introduce una vía indirecta de comprobación del origen de los concretos bienes a decomisar, que salva la legitimidad de esta modalidad de decomiso¹⁸⁵. Afirmar que en las circunstancias concretas del caso las presunciones no se revelan como incorrectas, es tanto como decir que se estiman correctas¹⁸⁶. Ante indicios (objetivos y fundados) de que una parte relevante del patrimonio de un sujeto proviene de actividades delictivas¹⁸⁷, y la estimación por parte del Tribunal de que presumir el origen delictivo de los concretos bienes a decomisar no es incorrecto o desproporcionado, me parece razonable dar por acreditado que dichos bienes tienen procedencia delictiva¹⁸⁸. En consecuencia, bajo estas premisas, considero *legítima* la imposición de esta clase de decomiso¹⁸⁹.

3 se exige prueba indiciaria de que una parte relevante del patrimonio proceda de una actividad delictiva previa, en el art. 127 sexies, cuando establece el alcance del decomiso se presume que todos (no sólo una parte relevante) los gastos efectuados en ese período tienen ese origen delictivo. Lo que no hace sino incorporar al decomiso un componente sancionador”. La esencia de este argumento es correcta, pero no comparto sus premisas. En efecto, si el alcance de esta modalidad de decomiso fuera más allá del enriquecimiento de origen delictivo, deberíamos admitir su naturaleza sancionadora. Si el presupuesto fuera acreditar el origen delictivo de “una parte relevante del patrimonio” y la consecuencia “decomisar todo el patrimonio” no cabría duda alguna de que nos encontramos ante una sanción. No obstante, creo que esto no es así. El presupuesto es acreditar el origen delictivo de “una parte relevante del patrimonio” y la consecuencia es “decomisar los bienes adquiridos durante los últimos seis años” (véase la puntualización de la nota 177). Los bienes adquiridos durante los últimos seis años no conforman todo el patrimonio del penado. Precisamente, el Código penal presume que constituyen una “parte relevante” del mismo. Teniendo en cuenta que esta presunción puede no ser aplicada si se estima incorrecta, creo que la naturaleza sancionadora de esta modalidad de decomiso debe ser descartada. Mediante el decomiso por reiteración delictiva o *hat trick* únicamente se persigue la anulación del enriquecimiento de origen delictivo, aunque su concreta determinación se lleve a cabo mediante mecanismos — presunciones legales — que no serían legítimos para imponer una pena.

¹⁸⁴ Como hace ROIG TORRES, *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, p. 257.

¹⁸⁵ Pues obliga al Tribunal a motivar por qué entiende acreditado el origen delictivo de los bienes a decomisar (aunque sea por la vía de no considerar incorrectas en el caso concreto las presunciones que establece el legislador).

¹⁸⁶ En este sentido, las presunciones del art. 127 sexies CP podrán estimarse como incorrectas si se prueba el origen lícito de los concretos bienes cuya procedencia delictiva se presume. Pero no solo en esos casos. También podrán considerarse incorrectas si, en el supuesto concreto, los bienes que abarca la presunción (aquellos adquiridos durante los últimos seis años) se consideran excesivos respecto a la parte relevante del patrimonio del sujeto cuya procedencia delictiva se ha acreditado indiciariamente.

¹⁸⁷ Además de la condena múltiple que exige el art. 127 quinquies.2 CP.

¹⁸⁸ Esto supone que, aunque el 127 sexies CP permita formalmente al juez aplicar las presunciones a pesar de advertirlas incorrectas o desproporcionadas (véase nota 181), su aplicación en estos casos (sobre todo cuando se ha acreditado el origen lícito del bien) sería ilegítima.

¹⁸⁹ Evidentemente, esto no significa que suscriba la apuesta del legislador por esta enrevesada modalidad de decomiso. En efecto, la técnica legislativa utilizada es, como mínimo, manifiestamente mejorable. El juego de presunciones potestativas resulta esquizofrénico. El riesgo de que los jueces las apliquen de forma arbitraria es altísimo. Además, los resultados a los que conduce (si se aplica en las condiciones bajo las cuales se ha considerado

c) ¿Decomiso ampliado y blanqueo?

Como se ha puesto de relieve anteriormente¹⁹⁰, en (casi) todos los casos de autoblanqueo se cumplirán los requisitos para aplicar el decomiso ampliado¹⁹¹. ¿Resulta legítima la imposición del decomiso ampliado cuando ya se está castigando al sujeto por un delito de blanqueo? Partiendo de lo que aquí se ha sostenido, la respuesta resulta evidente: *sí*. El principio *non bis in idem* rige únicamente en el ámbito sancionador. En tanto que el decomiso no es una sanción, su imposición no debe quedar limitada por este principio¹⁹². Castigar a un sujeto por tratar de ocultar el origen delictivo de determinados bienes no es incompatible con privarle de ellos mediante el decomiso. Aunque la multa proporcional prevista en el delito de blanqueo (del tanto al triplo del valor de los bienes) ya impida por sí misma que el delito antecedente pueda resultar provechoso, el decomiso sigue siendo necesario. En efecto, el sentido de imponer la pena de multa es distinto al del decomiso. La multa proporcional (al igual que cualquier pena) pretende *afligir*, y ello solo puede hacerse incidiendo sobre los derechos legítimos del penado. En cambio, el decomiso ampliado persigue evitar la consolidación de un enriquecimiento patrimonial al que no se tiene derecho. En este sentido, las dos instituciones se complementan¹⁹³.

Ahora bien, la combinación entre blanqueo y decomiso plantea otra cuestión más compleja: ¿resulta necesario aplicar el *decomiso ampliado* en un delito de blanqueo para proceder a la privación de los bienes de origen delictivo? ¿No bastaría con aplicar el *decomiso directo* respecto al delito de

legítima su imposición) no difieren mucho de los que podrían obtenerse mediante el decomiso ampliado del art. 127 bis CP.

¹⁹⁰ Véase el apartado 2.1.d).

¹⁹¹ En efecto, el blanqueo de capitales es una de las infracciones recogidas en el catálogo del art. 127 bis.1 CP. Además, el delito de blanqueo requiere acreditar el origen delictivo de los bienes sobre los que se realiza la conducta típica, lo cual ya cumple por sí mismo el presupuesto aplicativo del decomiso ampliado. Los únicos supuestos típicos de autoblanqueo que no permitirán imponer el decomiso ampliado son aquellos en los que el delito antecedente se encuentre prescrito o haya sido objeto de una sentencia absolutoria (sobre la posibilidad de castigar por blanqueo en estos casos véase nota 37).

¹⁹² Por ello, considero que la previsión del art. 127 bis.4 CP no se fundamenta en el principio *non bis in idem* (“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”). Por esta razón no puedo compartir la opinión de RODRÍGUEZ GARCÍA, *El decomiso de activos ilícitos*, 2017, p. 173 y VIDALES RODRÍGUEZ, «Consecuencias accesorias: decomiso», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 398, cuando apuntan a dicho principio para justificar la limitación del art. 127 bis.4 CP (obviamente partiendo de premisas diferentes a las aquí sostenidas). La obligación de tener en cuenta el decomiso ampliado efectivamente realizado en posteriores decomisos directos (que traigan causa de las mismas actividades delictivas) deriva del contenido mismo de esta institución. En efecto, el decomiso debe limitarse a la privación de las ganancias delictivas. Si mediante el decomiso ampliado se priva a un sujeto de ganancias derivadas de delitos por los que no ha sido condenado, y posteriormente se logra la efectiva condena por los mismos, resulta evidente que no deberá imponerse un nuevo decomiso. El enriquecimiento ilícito ya ha sido convenientemente anulado por el decomiso ampliado impuesto en primer lugar. Volver a aplicar el decomiso con la nueva condena supondría ir más allá de las ganancias efectivamente derivadas del delito (lo cual le conferiría indudablemente un carácter sancionador a su imposición).

¹⁹³ Así, considero que la cuestión que plantea VIDALES RODRÍGUEZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 398 acerca de si, “una vez incautados todos los bienes cuyo origen lícito no pueda demostrarse, subsiste el interés por castigar dicha infracción” (el blanqueo) debería responderse en sentido afirmativo. La ejecución del decomiso ampliado no representa razón alguna para no castigar la conducta de blanqueo, pues el sentido de las dos instituciones es diferente: la pena del blanqueo pretende afligir para prevenir eventuales conductas similares, el decomiso simplemente persigue corregir una situación patrimonial que el ordenamiento estima ilegítima. La aflicción propia de la pena no se consigue mediante el decomiso y, por ello, subsiste efectivamente el interés por castigar la conducta de blanqueo.

blanqueo? Podría argumentarse que desde el momento en que existe una sentencia condenatoria por blanqueo el decomiso puede acordarse como consecuencia accesoria derivada de ella, decayendo entonces la necesidad de recurrir al decomiso ampliado¹⁹⁴. No obstante, considero que esto no debería ser así. Los bienes de origen delictivo sobre los que inciden las conductas típicas de blanqueo no constituyen las *ganancias* del blanqueo. Precisamente, lo que se trata de blanquear son las ganancias derivadas de otros delitos. El delito de blanqueo de capitales, en sí mismo, no suele generar ganancias, y cuando lo hace estas acostumbra a ser significativamente inferiores al valor de los bienes blanqueados. Es más, blanquear dinero para uno mismo normalmente genera costes. Por ello, el objeto material del delito de blanqueo –los bienes de origen delictivo– no puede decomisarse como ganancia derivada de ese mismo delito. Únicamente cabría plantearse la posibilidad de considerar que los bienes de origen delictivo son los *efectos* del delito de blanqueo, y decomisarlos como tales. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, el decomiso de efectos e instrumentos no funciona del mismo modo que el decomiso de ganancias. El decomiso de instrumentos y efectos tiene como finalidad neutralizar la peligrosidad de ciertos bienes de cara a facilitar la comisión de nuevos delitos. Dicha finalidad impone una limitación: solo podrán decomisarse aquellos efectos e instrumentos que sean efectivamente peligrosos para favorecer nuevos delitos. Pues bien, normalmente los bienes de origen delictivo sobre los que inciden las conductas de blanqueo no serán peligrosos¹⁹⁵. Mediante su decomiso no se podrá cumplir la finalidad preventivo-especial que justifica esta institución. En consecuencia, el objeto material del delito de blanqueo no podrá ser decomisado como efecto del mismo. Al igual que no se decomisan los vehículos utilizados como instrumento en delitos contra la seguridad del tráfico (cuando no se consideraban peligrosos) tampoco se podrán decomisar los efectos (no peligrosos) de un delito de blanqueo. Por ello, la privación de los bienes de origen delictivo objeto de un delito de blanqueo solo podrá producirse mediante el decomiso ampliado. Dichos bienes deberán ser decomisados en tanto que constituyen las ganancias derivadas de otras actividades delictivas diferentes a la que es objeto de condena (el delito de blanqueo).

d) ¿Ganancias brutas o netas?

Un último problema de legitimidad: ¿deben decomisarse las ganancias brutas o las ganancias netas? En este punto la doctrina se divide: una parte opta por un concepto *bruto* de ganancia, consistente en toda utilidad derivada del delito, y la otra entiende el concepto de ganancia en un sentido *neto*, es decir, con descuento de los gastos en que incurrió el autor para obtener dicha utilidad, de modo que se limite a impedir que obtenga un saldo de ganancia, pero nada más¹⁹⁶. Pues bien, desde mi punto de vista, el decomiso de ganancias solo resulta legítimo si se limita a las *ganancias netas*. En efecto, la naturaleza no sancionadora del decomiso de ganancias solo podrá ser mantenida en tanto que su contenido se limite a anular el enriquecimiento efectivamente derivado del delito (al que no se tiene derecho)¹⁹⁷. Si mediante el delito se ha obtenido 100, pero el coste para

¹⁹⁴ Esta postura es defendida por GÓMEZ RIVERO, *CPC*, (121), 2017, p. 60.

¹⁹⁵ A excepción de los supuestos en que las conductas de blanqueo se produzcan en el contexto de una organización criminal o terrorista.

¹⁹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER/POZUELO PÉREZ, «Demolición o comiso», *Diario La Ley*, (6948), 2008, p. 1737. Véase también AGUADO CORREA, *El comiso*, 2000, p. 99; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, 2004, p. 45.

¹⁹⁷ KINDHÄUSER, «§ 73», *LPK*, 6ª ed., 2015, nm. 4.

su obtención también ha sido de 100, el enriquecimiento patrimonial es 0¹⁹⁸. En este caso, el decomiso de 100 no cumpliría la finalidad de anular enriquecimiento alguno y, por tanto, debería reconocerse que su imposición tiene finalidad aflictiva¹⁹⁹. Por ello, la privación de ganancias mediante el decomiso ampliado y sin condena solo será legítima si su extensión queda limitada a los beneficios netos.

Tres argumentos suelen esgrimirse en contra del criterio de las ganancias netas. El primero es de carácter práctico: calcular los gastos concretos que deben ser deducidos de los ingresos derivados del delito puede ser enormemente complejo. No obstante, esta dificultad no es exclusiva del hallazgo de los gastos, sino también de la propia determinación de todo lo obtenido con la realización de la conducta antijurídica²⁰⁰. Además, las consideraciones de legitimidad no son permeables a esta clase de argumentos. Las dificultades a la hora de determinar los gastos deducibles no legitiman que el decomiso vaya más allá del enriquecimiento que efectivamente se ha experimentado. Por ello, o se limita el decomiso a los beneficios netos y se mantiene su legitimidad en base a su naturaleza no sancionadora, o se opta por las ganancias brutas y, en consecuencia, se estima que el decomiso ampliado y el decomiso sin condena constituyen sanciones ilegítimas. *Tertium non datur*.

El segundo argumento sí que trata de legitimar el decomiso de las ganancias brutas. Así, BLANCO CORDERO afirma que “la comisión de un delito puede dar lugar a gastos, lícitos o ilícitos, pero, en todo caso, instrumentales para la ejecución del mismo. Por ello, no cabe su descuento al constituir, al menos, instrumentos del delito sujetos a decomiso”²⁰¹. De este modo, la diferencia entre los beneficios brutos y los beneficios netos no sería decomisada en tanto que ganancia, sino como instrumento del delito. El decomiso de los beneficios brutos constituiría la suma del decomiso de ganancias (netas) y del decomiso de instrumentos. Pues bien, el argumento resulta muy interesante, pero no puede ser compartido desde las premisas sostenidas en este trabajo. Como ya se ha señalado, el decomiso de instrumentos y efectos tiene como finalidad neutralizar la peligrosidad de ciertos bienes de cara a facilitar la comisión de nuevos delitos. Dicha finalidad impone una limitación: solo podrán decomisarse aquellos efectos e instrumentos que sean efectivamente peligrosos para favorecer nuevos delitos. Como fácilmente puede advertirse, la mayoría de gastos realizados para cometer el delito no podrán ser considerados peligrosos²⁰². Mediante su decomiso no se podrá cumplir la finalidad preventivo-especial que justifica esta institución. En consecuencia, los gastos efectuados para cometer el delito no podrán ser decomisados como instrumentos del delito. El recurso al decomiso de instrumentos no puede legitimar el decomiso de las ganancias brutas. Por ello, para sostener la naturaleza no sancionadora del decomiso –y la legitimidad del decomiso ampliado y sin condena– su contenido deberá limitarse a la privación de las ganancias netas.

¹⁹⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 171.

¹⁹⁹ Lo cual conduciría a considerar que tiene naturaleza sancionadora y, por ello, que su imposición resulta ilegítima cuando no se respetan las garantías derivadas del *ius puniendi* (por ejemplo, mediante el decomiso ampliado y sin condena).

²⁰⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 172.

²⁰¹ BLANCO CORDERO, «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *Diario La Ley*, (7569), 2011, p. 6.

²⁰² De nuevo, con la posible excepción de aquellos supuestos vinculados a organizaciones criminales o terroristas.

Por último, se esgrime un argumento referido a la igualdad. BLANCO CORDERO considera que el criterio de las ganancias netas puede dar lugar a tratamientos desiguales. Así, propone el siguiente ejemplo: “imaginamos dos personas que han pagado 10.000€ cada uno por la compra de drogas con fines de reventa a un precio de 15.000€ (cada uno espera obtener una ganancia de 5.000€): la persona a la que la droga le ha sido decomisada antes de venderla va a perder 10.000€; mientras que, si ha logrado venderla, lo que va a perder son solo 5.000€”²⁰³. Pues bien, el resultado que este ejemplo trata de presentar como problemático, me parece perfectamente coherente teniendo en cuenta las diferentes finalidades que persiguen el decomiso de ganancias y el decomiso de efectos e instrumentos. La droga se decomisa por su peligrosidad, los 5.000€ porque representan un enriquecimiento ilegítimo. Es cierto que el sujeto que es privado de la droga experimenta un empobrecimiento (los 10.000€ invertidos en adquirir la droga) que no sufre el individuo que es despojado de sus ganancias netas (que no padece empobrecimiento alguno, pues ha ganado 5.000€ y únicamente es privado de 5.000€). No obstante, el empobrecimiento de quien pierde la droga está justificado por la función preventivo-especial que cumple su decomiso. En cambio, infligiendo un empobrecimiento equivalente al sujeto que ya la ha vendido (decomisándole 15.000€ para que también pierda 10.000€) no se estaría realizando ninguna de las finalidades que persigue el decomiso (ni de ganancias ni de efectos e instrumentos). En efecto, ni se estaría neutralizando peligrosidad alguna (pues la droga ya está en manos del consumidor) ni se estaría anulando un enriquecimiento ilegítimo (que ya queda suprimido con el decomiso de 5.000€). La privación de esos 10.000€ adicionales tendría una finalidad puramente aflictiva, lo cual dotaría al decomiso de carácter sancionador.

Desde mi punto de vista, la situación de desigualdad que denuncia BLANCO CORDERO no constituye (solo) un argumento a favor de las ganancias brutas, sino en contra del decomiso de efectos e instrumentos. Siempre que se decomisa un efecto o instrumento peligroso se ocasiona un empobrecimiento que, lógicamente, no se produciría de no decomisarse efecto o instrumento alguno (por no ser necesario neutralizar ninguna peligrosidad). El argumento de la desigualdad podría esgrimirse también en una situación en la que no se generara ninguna ganancia. Así, imaginemos que dos sujetos planean liberar a un compinche que se encuentra en prisión mediante el método del “butrón” y uno de ellos aporta una perforadora adquirida legítimamente (y valorada en 20.000€) como instrumento para llevar a cabo la fuga. Pues bien, si ambos son condenados y la perforadora es decomisada como instrumento del delito (porque se considera peligrosa de cara a favorecer nuevas infracciones), el sujeto que la ha aportado experimentará un empobrecimiento adicional de 20.000€ respecto al que solo ha contribuido con su mano de obra. ¿Constituye esa situación de desigualdad un argumento para privarle de 20.000€ y equiparar el empobrecimiento que sufren los dos coautores? Evidentemente no. El decomiso de la perforadora (al igual que el de cualquier efecto o instrumento) se justifica por la necesidad de neutralizar su peligrosidad. El empobrecimiento que sufre su propietario queda legitimado en tanto que el decomiso de dicho instrumento realice la función preventivo-especial que persigue. En cambio, privando al otro coautor de 20.000€ no se neutraliza peligrosidad alguna. Su correlativo empobrecimiento no se legitima por la función que cumple el decomiso de efectos e instrumentos. Pues bien, si no se estima

²⁰³ BLANCO CORDERO, *Diario La Ley*, (7569), 2011, p. 6. Dicho ejemplo, como indica él mismo, es tomado de MONGILLO, «La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identita: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (4), 2008, p. 1783.

legítimo privar de 20.000€ a dicho coautor en pos de la igualdad, tampoco debería considerarse legítimo decomisar las ganancias brutas para evitar eventuales situaciones desiguales. La desigualdad es inherente al decomiso de efectos e instrumentos (no al de ganancias) pues solo resulta perjudicado por el mismo quien posee el bien peligroso. No obstante, en mi opinión, dicha desigualdad queda plenamente justificada por la función preventivo-especial que cumple el decomiso de efectos e instrumentos²⁰⁴.

4. Conclusiones

El objetivo de este trabajo era tratar de responder a las dos preguntas que se han formulado al inicio del mismo: ¿es el decomiso de ganancias una herramienta político-criminal *útil*? y ¿es un instrumento *legítimo*? Pues bien, la respuesta a ambas preguntas debe ser afirmativa.

El decomiso de ganancias es una herramienta *útil* para combatir la criminalidad que opera con fines de lucro. Su *contenido* —la privación de los beneficios delictivos— garantiza que el delito no resulte provechoso en supuestos en que otras instituciones como la responsabilidad civil o el delito fiscal no podrían asegurarlo. Además, las *condiciones que permiten su imposición* posibilitan una persecución más eficaz del lucro delictivo que la pena de multa, el blanqueo de capitales o un hipotético delito de enriquecimiento ilícito. Dichas condiciones, plasmadas en la regulación del decomiso ampliado y el decomiso sin condena, hacen posible decomisar en situaciones en las que no sería legítimo castigar.

Además, el decomiso de ganancias es un instrumento *legítimo*. A pesar de que su regulación no respeta las garantías que deberían rodear el ejercicio del *ius puniendi*, dichas garantías no le resultan de aplicación. El decomiso de ganancias no es una manifestación del *ius puniendi* porque carece del contenido y fin aflictivos que caracterizan a las sanciones. Así, por un lado, la privación de los beneficios delictivos no representa un mal. Privar a alguien de aquello a lo que no tiene derecho no puede constituir el contenido de una sanción. Por otro lado, el fin que persigue el decomiso de ganancias no es aflictivo. Mediante su imposición únicamente se pretende corregir una situación patrimonial que el ordenamiento estima ilegítima. Por ello, el decomiso de ganancias no tiene naturaleza sancionadora y su regulación no vulnera las garantías propias del *ius puniendi*.

Decomisar no significa castigar. Por ello, es legítimo que el decomiso de ganancias se imponga en situaciones en las que no cabría castigar. La posibilidad de decomisar legítimamente en dichas

²⁰⁴ El argumento de la desigualdad está anclado en la comprensión del decomiso como una sanción. En efecto, el ejemplo de BLANCO CORDERO trata de presentar como problemático que, ante dos hechos de la misma gravedad, dos sujetos experimenten consecuencias desiguales. La gravedad del delito realizado es la misma y, sin embargo, uno pierde 10.000€ y el otro no pierde nada. Si el decomiso fuera una sanción, efectivamente, esto no sería admisible. Las sanciones deben ajustarse a la gravedad de la infracción: dos infracciones de la misma gravedad deben recibir sanciones igualmente graves. No obstante, desde el punto de vista sostenido en este trabajo, el decomiso no es una sanción. El fundamento del decomiso de efectos e instrumentos no es la gravedad de la infracción, sino la peligrosidad del bien que se decomisa. Desde esta óptica, la situación del sujeto que todavía no ha vendido la droga es completamente diferente a la del sujeto que ya la ha enajenado (aunque la gravedad de sus infracciones sea idéntica). El primer sujeto dispone de un bien peligroso, el segundo no. Situaciones desiguales deben recibir tratamientos desiguales. Desde esta perspectiva, el tratamiento diferenciado de uno y otro está totalmente justificado.

situaciones –esto es, decomisar sin castigar– hace que el decomiso de ganancias sea una herramienta especialmente útil para asegurar que el delito no resulte provechoso.

5. *Tabla de jurisprudencia*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 08.06.1981	18/1981	Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC, 14.12.1988	239/1988	Fernando García-Mon y González Regueral
STC, 16.02.1989	42/1989	Fernando García-Mon y González Regueral
STC, 03.06.1991	119/1991	Alvaro Rodríguez Bereijo
STC, 29.03.1993	116/1993	Vicente Gimeno Sendra
STC, 13.11.1995	164/1995	Francisco Javier Delgado Barrio
STC, 16.11.2000	276/2000	Tomás S. Vives Antón
STC, 15.02.2001	47/2001	Pedro Cruz Villalón
STC, 25.02.2003	34/2003	Roberto García-Calvo y Montiel
STC, 12.03.2003	48/2003	Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
STC, 03.07.2006	219/2006	Francisco Javier Delgado Barrio
STC, 20.11.2006	331/2006	Vicente Conde Martín de Hijas
STS, 2ª, 31.01.1989	-	Manuel García Miguel
STS, 3ª, 28.02.1995	-	Ramón Trillo Torres
STS, 2ª, 05.04.1999	495/1999	Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
STS, 2ª, 21.12.1999	1493/1999	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 2ª, 28.03.2001	20/2001	José Ramón Vázquez Sandes
STS, 2ª, 29.09.2001	1704/2001	José Jiménez Villarejo
STS, 2ª, 06.06.2002	1061/2002	José Manuel Maza Martín
STS, 3ª, 20.12.2002	-	Francisco González Navarro
STS, 2ª, 10.02.2003	198/2003	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, 19.06.2006	986/2006	Siro Francisco García Pérez
STS, 2ª, 04.07.2006	738/2006	Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, 10.10.2006	936/2006	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
STS, 2ª, 30.10.2008	769/2008	Siro Francisco García Pérez

STS, 2ª, 09.03.2010	189/2010	Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
STS, 2ª, 11.11.2010	961/2010	José Ramón Soriano Soriano
STS, 2ª, 02-06-2016	474/2016	Alberto Jorge Barreiro
STS, 2ª, 10.05.2017	331/2017	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro
STSJ Sevilla, 1ª, 14.09.2016	2266/2016	Luis Lozano Moreno
SAN, 3ª, 8.02.2005	2/2005	Luis Martínez de Salinas Alonso
SAP Castellón, 1ª, 25.11.2013	354/2013	Pedro Luis Garrido Sancho
SAP Castellón, 1ª, 10.03.2014	104/2014	Aurora de Diego González
SAP Toledo, 2ª, 29.03.2016	12/2016	Rafael Cancer Loma
SAP Granada, 2ª, 27.12.2016	1065/2016	Javier Ruiz Casas

6. Bibliografía

AGUILÓ REGLA (1999), «Nota sobre Presunciones de Daniel Mendonca», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (22), pp. 649 ss.

AGUADO CORREA (2017), «Decomiso: denominador común de la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea», en VARGAS/VARGAS LOZANO (coords.), *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, pp. 125 ss.

——— (2014), «Comiso: crónica de una reforma anunciada: Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013», *InDret*, (1).

——— (2000), *El comiso*, EDERSA, Madrid.

ALTENHAIN (2013), «§ 74c», en MATT/RENNIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Franz Vahlen, Múnich.

BACIGALUPO SAGGESE (2002), *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2017), «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso», *Revista penal*, (40), pp. 22 ss.

——— (2017), «Garantizar que el delito no resulte provechoso. El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT

JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho penal en Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, pp. 903 ss.

BERMEJO (2015), *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid.

BERMÚDEZ SOTO (1998), «Elementos para definir las sanciones administrativas», *Revista Chilena de Derecho*, pp. 323 ss.

BLANCO CORDERO (2017), «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (19).

——— (2013), «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea», *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, (1).

——— (2012), «Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)», en FABIÁN CAPARRÓS/ONTIVEROS ALONSO/RODRÍGUEZ GARCÍA (coords.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*, Cuadernos Contra la Corrupción, México D. F., pp. 337 ss.

——— (2012), «La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», en GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN/TAPIA BALLESTEROS (coords.), *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex nova, Valladolid, pp. 145 ss.

——— (2011), «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *Diario La Ley*, (7569).

——— (2011), «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (13).

——— (2008), «Comiso ampliado y presunción de inocencia», en PUENTE ABA/ZAPICO BARBEITO/RODRÍGUEZ MORO (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, pp. 69 ss.

——— (2007), «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos», *Estudios penales y criminológicos*, (27), pp. 39 ss.

——— (1997), *El delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

CANO CAMPOS (2011), «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *Revista de administración pública*, (184), pp. 79 ss.

CARDENAL MONTRAVETA (2015), «Artículo 50», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 238 ss.

CARPIO BRIZ (2010), «Europeización y reconstrucción del non bis in ídem», *Revista General de Derecho Penal*, (14).

CARRILLO DEL TESO (2018), *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CASINO RUBIO (2000), «La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (comentario a la STS de 2 de febrero de 1998)», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, (283), pp. 569 ss.

CASTELLVÍ MONSERRAT (2017), «El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 341 ss.

——— (2017), *El delito provocado*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CEREZO DOMÍNGUEZ (2004), *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada.

CORDERO QUINZACARA (2013), «Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilenas», *Revista de Derecho Universidad católica del norte*, (1), pp. 79 ss.

CORTÉS BECHIARELLI (2007), «Valoración crítica de la reforma del comiso: LO 15/2003, de 25 de noviembre», *Revista General de Derecho Penal*, (8).

DE JORGE MESAS (2016), «El decomiso ampliado en la reforma del Código Penal de 2015: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (7), pp. 41 ss.

DE LA MATA BARRANCO (2017), «Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (124).

——— (2017), «El fundamento del decomiso como “consecuencia” del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho penal en Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, pp. 939 ss.

DEL CARPIO DELGADO (2016), «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret*, (4).

——— (2015), «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», *Revista General de Derecho Penal*, (23).

DÍAZ CABIALE (2016), «El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (18).

DOPICO GÓMEZ-ALLER/POZUELO PÉREZ (2008), «Demolición o comiso», *Diario La Ley*, (6948), pp. 1733 ss.

- (2010), «Si todo es blanqueo, nada es blanqueo», *Legaltoday*.
- ESER (2014), «§ 74c», en SCHÖNKE/SCHRÖDER et al., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., C. H. Beck, Múnich.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ (2015), «Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito», en DEMETRIO CRESPO/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dirs.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, pp. 431 ss.
- FERNÁNDEZ PANTOJA (2015), «Las consecuencias accesorias», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, pp. 269 ss.
- FERNÁNDEZ TERUELO (2011), «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *Diario La Ley*, (7657), pp. 1559 ss.
- GALLEGO SOLER (2015), «Artículo 301», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1052 ss.
- GARCÍA ARÁN (2011), «De las consecuencias accesorias», en CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, pp. 950 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (1993), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ª ed., Civitas, Madrid.
- GARCÍA SAN MARTÍN (2015), «La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales», *Diario La Ley*, (8587).
- GASCÓN INCHAUSTI (2006), «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», en ROBLES GARZÓN/ORTELLS RAMOS (coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, CEDMA, Málaga, pp. 587 ss.
- GISBERT POMATA (2017), «El decomiso ampliado», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (124).
- GÓMEZ BENÍTEZ (2014), «El delito previo al delito de blanqueo de capitales y a vueltas con el delito fiscal», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*.
- GÓMEZ RIVERO (2017), «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito?», *Cuadernos de política criminal*, (121), pp. 35 ss.
- GÓMEZ TOMILLO (2012), «Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, (31).
- GORJÓN BARRANCO (2016), «El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal», *Revista penal*, (38), pp. 127 ss.

GRACIA MARTÍN (2016), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2006), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

HAVA GARCÍA (2015), «La nueva regulación del comiso», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, pp. 213 ss.

HUERGO LORA (2007), *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid.

JORGE (2008), «El decomiso del producto del delito», en JORGE (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Del Puerto, Buenos Aires, pp. 67 ss.

KINDHÄUSER (2015), *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 6ª ed., Nomos, Baden-Baden.

MACÍA GÓMEZ (1996), *Delitos y faltas relacionadas con la circulación de vehículos a motor en el Código Penal de 1995*, Cedecs, Barcelona.

MAÑALICH (2011), «Retribucionismo expresivo», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, pp. 29 ss.

MAPELLI CAFFARENA (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas, Madrid.

——— (1998), «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *Revista penal*, (1), pp. 43 ss.

MIR PUIG (2015), *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

——— (2003), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires.

MOLINA BLAZQUEZ (1998), *La aplicación de la pena*, Bosch, Barcelona.

MONGILLO (2008), «La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identita: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (4), pp. 1758 ss.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), *Derecho Penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NIETO GARCÍA (2005), *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid.

NIEVA FENOLL (2015), «El procedimiento de decomiso autónomo: en especial, sus problemas probatorios», *Diario La Ley*, (8601).

OCAÑA RODRÍGUEZ (2005), «Una propuesta de regulación del comiso», *Revista de derecho y proceso penal*, (14), pp. 73 ss.

PARADA VÁZQUEZ (1972), «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial

penal», *Revista de administración pública*, (67), pp. 41 ss.

PEMÁN GAVÍN (1999), «Dificultades para una delimitación sustantiva del concepto de sanción: pautas para un replanteamiento de la cuestión», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (14), pp. 131 ss.

PÉREZ CEBADERA (2015), «Decomiso ampliado: a vueltas con la prueba del origen del patrimonio», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, pp. 403 ss.

PLANCHADELL GARGALLO/VIDALES RODRÍGUEZ, «Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios penales y criminológicos*, (38), pp. 37 ss.

QUERALT JIMÉNEZ (2015), *Derecho Penal español Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

REBOLLO PUIG (2010), *Derecho administrativo sancionador*, Lex nova, Valladolid.

——— (2001), «El contenido de las sanciones», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, (1), pp. 151 ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA (2017), *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, Pamplona.

ROIG TORRES (2016), «La regulación del comiso: El modelo alemán y la reciente reforma española», *Estudios penales y criminológicos*, (36), pp. 199 ss.

——— (2010), *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

RUIZ ROBLEDO (2004), *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (1999), «El ámbito del derecho punitivo: El concepto constitucional de sanción», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (2), pp. 115 ss.

SALVADOR CODERCH (1997), *Prevenir y castigar*, Marcial Pons, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

——— (2011), «Prólogo», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, pp. XIII ss.

SUAY RINCÓN (1989), *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

VERVAELE (1998), «Las sanciones de confiscación», *Revista penal*, (2), pp. 67 ss.

VIDALES RODRÍGUEZ (2015), «Consecuencias accesorias: decomiso», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 391 ss.

VIZUETA FERNÁNDEZ (2011), «Delitos contra la seguridad vial: El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (13).

——— (2007), «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas», *Revista penal*, (19), pp. 162 ss.

WOLTERS (2016), «§ 73», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. II, 9ª ed., Carl Heymanns, Colonia.