

**JOSÉ MARÍA LUZÓN CUESTA**  
EXTENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

*Con la colaboración de los Fiscales  
Alejandro y María Luzón Cánovas*

# **COMPENDIO DE DERECHO PENAL**

**PARTE GENERAL**

Vigesimo Segunda edición, 2015

**ADAPTADO AL PROGRAMA DE LA OPOSICIÓN  
A INGRESO EN LAS CARRERAS JUDICIAL Y FISCAL  
(BOE 30 de enero de 2015)**

**Vigésimo segunda edición  
DECIMOQUINTA CONFORME AL CÓDIGO PENAL DE 1995  
Modificado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo  
(BOE del día 31, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015)**

**ADDENDA DE ACTUALIZACIÓN**

Adaptado al programa publicado  
por el Consejo General del Poder Judicial el día 13 de julio de 2015

**DYKINSON S. L.  
MADRID  
Julio de 2015**



**NOTA DEL AUTOR:** pocos días después de la publicación del Compendio de Derecho Penal, Parte General, Edición 22ª, el día 13 de julio de 2015, y en la web oficial del Consejo General del Poder Judicial, fue publicado un anuncio bajo la rúbrica *Temario correspondiente al bloque de Derecho Penal aprobado por la Comisión de Selección, referido al Acceso a la Carrera Judicial/Fiscal (próxima convocatoria 2016)*.

El contenido de este temario coincide fundamentalmente con el del último publicado en el BOE el 30 de enero de 2015, al que aparece ajustada la reciente edición 22ª del Compendio. Así, se mantienen la mayoría de los temas si bien algunos cambiados en su numeración, y cambiando también en su actual ubicación algunas preguntas de los mismos. No obstante, hay un tema, el 19, dedicado a las consecuencias accesorias, en la actualidad incluido como una pregunta en el Tema 18, que dada su importancia y extensión, y ante la probabilidad, que no podemos dar por segura, de que el referido nuevo temario sea mantenido en una futura convocatoria, he desarrollado esperando facilitar la labor del opositor.

*Madrid, 30 de julio de 2015*



## **Tema 19**

*Las consecuencias accesorias: El decomiso. medidas aplicables a las agrupaciones sin personalidad jurídica*

### **LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS: EL DECOMISO.**

Utilizando la terminología tomada del Código Penal Alemán (en el que tiene distinto significado), el Título VI del Libro I del CP, en los arts. 127 a 129 y bajo la rúbrica, «De las consecuencias accesorias», regula el decomiso y las sanciones previstas para las agrupaciones o entes colectivos sin personalidad jurídica. La Ley O. 1/2015 ha modificado profundamente el primero, que amplía con siete artículos más, hasta el 127 octies; retocado ligeramente los apartados 1 y 2 del art. 129; y añadido un art. 129 bis para ordenar la recogida de muestras biológicas y la obtención de los identificadores de ADN.

El decomiso ha sido objeto en los últimos años de sucesivas reformas que han ampliado considerablemente su ámbito, fruto de la incorporación de diversos textos internacionales que, tanto dentro como fuera de la Unión Europea, han venido a potenciar esta figura, tradicionalmente una de las grandes olvidadas en el estudio del Derecho Penal y hoy considerada un instrumento especialmente idóneo para combatir las formas más graves de delincuencia económica y privar a los delincuentes de sus ilícitos beneficios. Así, por Ley O. 15/2003, se dio entrada al llamado «decomiso por sustitución» o «decomiso del valor equivalente» y al «decomiso autónomo» o «sin sentencia» y, por Ley O. 5/2010, al «decomiso ampliado» para los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones o grupos criminales, así como, de modo limitado y facultativamente, a los delitos imprudentes y contra la seguridad vial. La reforma de 2015 comienza por sustituir el término “comiso”, presente en todos nuestros Códigos penales, por el término “decomiso” y en aplicación de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de

abril, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, modifica el decomiso autónomo, extiende el ampliado a otros supuestos, desarrolla la regulación del decomiso de bienes de terceros y unifica el doble régimen de decomiso existente hasta ahora, según se tratara de delitos contra la salud pública o de otra naturaleza.

La naturaleza jurídica del decomiso ha suscitado diversas interpretaciones. En el anterior Código Penal tenía la consideración de pena accesoria. Para parte de la doctrina su naturaleza estaría más próxima a las medidas de seguridad, criterio mantenido en el Código penal de 1928, destacando otros autores su carácter más procesal que sustantivo. En el vigente Código aparece formalmente clasificado como una consecuencia accesoria, a modo de tercera vía sancionadora entre las penas y las medidas de seguridad y así ha sido generalmente considerado por la jurisprudencia (SSTS 16/2009, de 27-1 y 969/2013, de 18-12, Berdugo) si bien es cierto que actualmente no resulta fácil construir tal accesoriidad, ni a la pena, pues el art. 127 ter lo admite sin sentencia condenatoria, ni al delito, en tanto que se reconoce el decomiso de bienes de terceros (art. 127 quater).

El Código Penal no define el decomiso, aunque sí lo hacen, en parecidos términos, los distintos textos internacionales que lo regulan. Así, la Directiva 2014/42/UE lo define como «la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal.»

## **1. El decomiso basado en sentencia condenatoria**

El art. 127 regula, en sus apartados 1 y 2, el decomiso doloso y el imprudente, basados en sentencia condenatoria, y dedica el apartado 3 al decomiso por valor equivalente o por sustitución.

«1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. [...]»

Tradicionalmente, el decomiso se ha extendido solo a los efectos e instrumentos del delito, con el objeto de evitar su utilización en nuevas infracciones.

Los primeros incluyen no solo el dinero y cualquier objeto producto del delito sino también el propio objeto de la acción (armas) o del delito (droga). Son instrumentos los útiles y medios utilizados para la comisión del delito. Las ganancias solo se incorporan al objeto del comiso en el Código Penal de 1995 con la finalidad de evitar la existencia de patrimonios de procedencia ilícita y, sobre todo, que los mismos puedan servir para financiar nuevas actividades delictivas. Sobre la cuestión de si el término «ganancias» se refiere a las ganancias brutas o netas, **Blanco Cordero** entiende que el tenor literal del término y el propio fin del decomiso, que persigue neutralizar el enriquecimiento ilícito y, por tanto, solo el aumento efectivo del patrimonio del delincuente, apunta al principio de ganancias netas. Sin embargo, la posición de los Tribunales españoles, que no deducen los costes desembolsados por el sujeto activo para la obtención de la ganancia y el amplio concepto de producto del delito que recogen todos los instrumentos internacionales, apuntan al decomiso de las ganancias brutas, solución mantenida por la jurisprudencia de la mayoría de los países europeos.

El decomiso se extiende a cualquier transformación que las ganancias hubieran podido experimentar, ahora bien, solo a las generadas por el delito concreto objeto de la condena. Para el decomiso de otras ganancias (o sus transformaciones) efectos o instrumentos precedentes de una actividad previa relacionada con la conducta sancionada, será de aplicación, con sus correspondientes límites, el decomiso ampliado de los arts. 127 bis, 127 quinquies y 127 sexies.

Una de las principales novedades de la reforma del Código Penal de 2010 fue la extensión del decomiso a los delitos imprudentes que, a diferencia del preceptivo decomiso por delito doloso, tiene carácter facultativo. Aunque la Decisión Marco 2005/212/JAI no lo ordena expresamente, pues en su art. 2 sólo establece el límite de 1 año de la pena privativa de libertad para acordar el comiso, sí es cierto que diferentes organizaciones como el GRECO o el GAFI venían advirtiendo a España sobre esta laguna legislativa. Su aplicación es escasa, limitada por lo general a las ganancias del blanqueo imprudente o a las armas, vehículos y otros instrumentos utilizados en la comisión de delitos imprudentes. Respecto al vehículo a motor, el art. 385 bis lo considera instrumento del delito a efectos del decomiso en los delitos contra la seguridad vial. La Circular 10/2011 de la FGE señala que «*cabe para los homicidios imprudentes del artículo 142 y lesiones imprudentes del artículo 152.2 y 3*», exigiendo que «*quede evidenciada una relación criminógena*» con el automóvil que se haya convertido en «*fuentes de peligros para la comunidad*».

## 2. El decomiso ampliado

El decomiso ampliado se regula, tras la reforma de 2015, en el art. 127 bis y se extiende a otros delitos además de los anteriormente previstos, estableciendo el número 1 que «El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por

alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

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

La Ley O. 5/2010 ya había introducido el decomiso ampliado al incorporar a nuestro derecho la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, si bien limitado a los actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. El amplio elenco de conductas descritas corrige injustificadas ausencias bajo la anterior regulación, como

los delitos de corrupción, si bien buena parte de la lista se corresponde con delitos habitualmente cometidos por organizaciones o grupos criminales.

En realidad la reforma de 2010 asumió también la doctrina del Tribunal Supremo que venía propugnando una interpretación de la institución del comiso que permitía su aplicación aun cuando no pudiera acreditarse la vinculación concreta de los bienes incautados con un hecho ilícito determinado, sino simplemente su procedencia de la actividad delictiva. Al respecto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el Pleno de 5 de octubre de 1998, a propósito de los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales, acordó considerar que el comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP «debe extenderse a las ganancias de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso, el principio acusatorio.»

En virtud de esta nueva regulación, en los expresados supuestos de decomiso no será necesaria la prueba de la relación o vinculación concreta entre el delito que la sentencia declara probado y los bienes cuyo decomiso se decreta, pero sí será necesario probar y que así se aprecie en la sentencia, que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de las conductas enumeradas, que el bien que se pretende decomisar fue adquirido en ese período de tiempo y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada. Se trata de una presunción iuris tantum acerca del origen de dicho patrimonio, que no afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, respetando así la exigencia del art. 6 de la citada Decisión Marco. Tal y como aparece configurada, la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado quedará de ordinario acreditada mediante prueba indiciaria (SSTS 1049/2011, de 18-10 y 209/2014, de 20 de marzo, Berdugo).

Precisamente, el apartado 2 del art. 127 bis introducido en la reforma de 2015, incorpora un catálogo abierto de tales indicios de procedencia delictiva de los bienes o efectos:

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

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

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

El art. 127 bis 3. declara aplicable a estos supuestos lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior (decomiso por valor equivalente) en tanto que,

conforme al apartado 4, «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.» Finalmente, el apartado 5 establece que «El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado 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.»

La Ley O. 1/2015 ha introducido en los arts. 127 quinquies y sexies, el **decomiso de bienes de una actividad delictiva continuada** que, en definitiva, son supuestos de decomiso ampliado si bien, a diferencia de este, se establece como facultativo, exigiendo además la concurrencia de los tres requisitos que explicita. Conforme al art. 127 quinquies:

«1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el art. 127 bis.1 del Código Penal.

b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.

c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.»

Como «indicios relevantes» el precepto reproduce literalmente los tres ya enumerados en el art. 127 bis, añadiendo la exigencia de que «Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.»

El número 2 del art. 127 quinquies determina que «A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:

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

b) O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio eco-

nómico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.»

El art. 127 sexies completa la regulación estableciendo tres presunciones de que los bienes proceden de una actividad delictiva previa, introduciendo en el último párrafo el principio de proporcionalidad:

«A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones:

1º) 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.

2º) 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.

3º) Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.»

### **3. El decomiso autónomo**

En principio, el decomiso sin una condena previa pugna con su propia naturaleza de consecuencia accesoria y parece comprometer el derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza la privación de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, como justifica el Preámbulo de la Ley 1/2015, citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal.»

El art. 127 ter, permite al juez o tribunal «acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

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.»

El apartado 2 establece que «El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.»

Aunque el decomiso autónomo se dice aplicable a los dos artículos anteriores, no parece que pueda extenderse a la modalidad ampliada (art. 127 bis) que claramente exige una condena, basada, además, en concretas infracciones.

#### **4. El decomiso de bienes en poder de terceros.**

Su regulación ya estaba prevista en el art. 127, que lo excluía cuando los efectos, instrumentos y ganancias pertenecieran «a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.» La reforma operada por la Ley O. 1/2015 persigue, de acuerdo con su Preámbulo, introducir «algunas mejoras técnicas». De este modo, el art. 127 quater establece:

«1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.»

Como atinadamente observa **Campos Navas**, los casos de transferencia a terceros establecidos en el precepto son inequívocas conductas de blanqueo

de capitales (de autoblanqueo), descritas en el art. 301 CP, que deberían determinar más que el decomiso de los bienes, la imputación del tercero como autor responsable de este delito, bien por dolo directo bien por dolo eventual.

## **5. El decomiso del valor equivalente**

El decomiso por sustitución o del valor equivalente en los casos de imposibilidad de decomiso por desaparición del bien o por transmisión irreivindicable a un tercero era una exigencia de la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, una recomendación del GAFI y, una obligación derivada de la Decisión Marco 2001/500/JAI, incorporadas finalmente al Código Penal en la reforma operada por la Ley O. 15/2003.

Tras la reforma de 2015, se regula en el número 3 del art. 127: «Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.»

A la **ejecución** del decomiso del valor equivalente se refiere el art. 127 septies: «Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.- De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.»

Obsérvese que el precepto no exige que la frustración de la ejecución se deba a maniobra alguna del autor del delito que, de producirse, podrá determinar la comisión de un delito de alzamiento de bienes o de blanqueo de capitales.

## **6. Destino de los bienes decomisados.**

El artículo 127 octies, de contenido más procesal que sustantivo, establece:

«1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.»

Con este precepto se pone fin al régimen especial previsto para el tráfico de drogas y el blanqueo, incorporando a este nuevo art. 127 octies las previsiones que contenía el art. 374 antes de ser también reformado por Ley O. 1/2015. Las únicas dos «normas especiales» que subsisten en el art. 374 son la destrucción de la droga y sus muestras y la previsión de que los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia «no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales». Tal prohibición es coherente con la naturaleza del delito de tráfico de drogas, que no genera responsabilidad civil. Por el contrario, el art. 127 octies sí contempla el pago de las indemnizaciones civiles antes de la adjudicación de los bienes, instrumentos y ganancias decomisados al Estado. Ahora bien, para evitar que las responsabilidades civiles sean satisfechas con fondos procedentes de la actividad criminal, privilegiando así al delincuente que dejaría a salvo su patrimonio legal, tales responsabilidades deberán hacerse primero efectivas, siempre que sea posible, con los bienes del responsable civil y, por tanto, solo cuando estos no resulten suficientes se podrá aplicar el producto de los bienes decomisados al pago de dichas responsabilidades civiles, criterio que mantiene la Circular 4/2010 de la FGE y parece también deducirse del art. 128 CP.

De cualquier modo, ni el art. 374 ni el art. 127 octies admiten como destino del producto del decomiso el pago de las costas u otras «responsabilidades pecuniarias», acepción esta más amplia que la de «responsabilidades civiles», ambas perfectamente diferenciadas en el Código Penal (arts. 109, 110, 125 y 126). Sin embargo, y en abierta contradicción con lo dispuesto en estos preceptos, el art. 367 quinquies.3 LECr establece que «El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento.»

Por lo demás, el procedimiento de realización anticipada y de utilización provisional de bienes se formula en los arts. 367 ter a 367 septies de la LECr., que la propia Ley O. 1/2015 reforma, creando la Oficina de Recuperación y Gestión de activos, cuya organización y funcionamiento queda pendiente de desarrollo reglamentario y a la que, conforme al art. 367 sexies.3, «corresponderá resolver, conforme a lo previsto legal y reglamentariamente, sobre la adjudicación del uso de los efectos decomisados cautelarmente y sobre las

medidas de conservación que deban ser adoptadas.» La misma previsión reglamentaria se establece para la asignación de los bienes decomisados a «los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.» (art. 367 quinquies.3 LECr.)

Finalmente, el art. 128, no modificado en 2015, concede un margen de arbitrio al juez o tribunal, que podrá no decretar el comiso o decretarlo parcialmente «Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles.» Hay que resaltar que esta cláusula de proporcionalidad únicamente se refiere a los efectos e instrumentos de la infracción criminal sin mencionar las ganancias, de tal manera que los beneficios ilícitos deberán ser siempre decomisados, cualquiera que sea su cuantía.

## **MEDIDAS APLICABLES A LAS AGRUPACIONES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA**

El legislador de 1995, consciente del debate doctrinal que suscita la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de su realidad criminológica, pues la persona jurídica es hoy la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente protagonismo en la delincuencia económica, optó por asumir una postura intermedia entre la responsabilidad penal y la impunidad del ente colectivo. A modo de banco de pruebas de una eventual futura responsabilidad penal de la persona jurídica, introdujo en el art. 129 una serie de medidas a las que denominó, eludiendo el término de penas, “consecuencias accesorias”, expresión sin precedentes en anteriores Códigos penales y que se ha prestado a diversas interpretaciones sobre su naturaleza y presupuestos de aplicación.

Respecto a la primera cuestión se mantuvo desde su naturaleza de medidas administrativas, hasta la de verdaderas penas, pasando por la de medidas de seguridad, siendo criterio mayoritario el de que, con distintos matices, se trataba de sanciones penales, a modo de tercera vía sancionadora, argumentando **García Arán** que en una regulación tan parca como la del art. 129 no podía prescindirse de lo único que el precepto dejaba claro: que no eran ni penas ni medidas de seguridad. La regulación independiente de las consecuencias accesorias y el hecho de no figurar en el catálogo de unas (art. 33) ni de otras (art.96) abona esta postura.

Tampoco había acuerdo acerca de si tales consecuencias sancionadoras eran accesorias al delito o a la pena, esto es, si para la adopción de una consecuencia accesoria bastaba la realización de un hecho típico y antijurídico por parte de los sujetos individuales, solución acorde con la finalidad eminentemente preventiva que establecía el precepto o, por el contrario, resultaba

imprescindible la previa condena de la persona física, como parecían exigir determinados preceptos del Libro II. Finalmente, el cúmulo de interrogantes abiertos por el legislador era de tal calibre que su aplicación desde la entrada en vigor del Código ha resultado bien poco significativa.

En todo caso, hasta la reforma del Código Penal operada por Ley O. 5/2010, el art. 129 completaba el marco sancionador de las personas jurídicas junto con el art. 31, que regula las actuaciones en nombre de otro, y los arts. 120 y 212 que establecen, respectivamente, supuestos de responsabilidad civil subsidiaria y solidaria de personas jurídicas.

Con la introducción en 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el art. 129 fue profundamente modificado y las consecuencias accesorias de este precepto quedaron reservadas para todas aquellas entidades u organizaciones carentes de personalidad jurídica, a las que no les alcanzaba la responsabilidad penal del art. 31 bis. Tras la reforma de 2015, que se limita a suprimir la referencia a las faltas, el art. 129 queda redactado del siguiente modo:

«1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del art. 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el art. 33.7.»

El precepto prescinde de la enumeración de las consecuencias accesorias, que sustituye por una remisión a las penas previstas en el art. 33.7 para las personas jurídicas, de las que excluye la multa y la disolución, quedando por lo tanto limitadas tales medidas a la suspensión de actividades, la clausura de locales, la prohibición de realizar actividades y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social e intervención judicial. A estas se añade una medida no contemplada como pena para

las personas jurídicas: «la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.»

La aplicación del régimen del art. 129 pende así bajo la nueva regulación de que el ente colectivo no goce de personalidad jurídica, criterio puramente formal, en buena medida superado por la realidad de la vida de los negocios, tanto legales como ilegales, y que genera distinciones indeseables desde el punto de vista de otros criterios de imputación más relevantes, como la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica, o de la unidad económica, que se sigue en materia tributaria para determinar los grupos de empresas. La opción elegida propicia, por ejemplo, que las UTEs, que no tienen personalidad jurídica, queden fuera del marco represivo de la persona jurídica, sometidas solo a las medidas del art.129.

Las consecuencias accesorias del art. 129, a diferencia de las penas previstas para las personas jurídicas, son de imposición facultativa y, con expresiones diversas y asistemáticas, están previstas para los siguientes delitos: relativos a la manipulación genética (art. 162), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), obstrucción a la actividad inspectora o supervisora (art. 294), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318), falsificación de moneda (art. 386), asociación ilícita (art.520) y organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas (art. 570 quater).

Una comparación entre los delitos previstos para las personas jurídicas y para las agrupaciones sin personalidad jurídica revela que los criterios por los que el legislador asigna el régimen del art. 31 bis o el del art. 129 no siempre resultan claros. Sobre este particular, la Circular 1/2011 de la FGE ya reprochaba la defectuosa construcción jurídica de la doble vía sancionadora, especialmente llamativa en el art. 386 que, tras la reforma de 2015, acoge en sus apartados 4 y 5 ambos regímenes.

Además de a los delitos expresamente contemplados en el Código, las consecuencias accesorias podrán ser impuestas a todas aquellas infracciones para las que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, los supuestos en los que, pese a estar contemplada en el tipo penal la responsabilidad penal de la persona jurídica, no concurren en el caso concreto los requisitos exigidos en el art. 31 bis del Código Penal.

El hecho de conexión que permite sancionar a la agrupación sin personalidad jurídica estriba en que el delito de la persona física haya sido cometido «en el seno, con la colaboración, a través o por medio de» la correspondiente agrupación, sin exigir, como hace el art. 31 bis respecto de las personas jurídicas, que el delito se haya cometido «en nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo o indirecto».

Por otra parte, el régimen de responsabilidad de la persona jurídica es en buena medida autónomo del de la persona física, pues cabe la condena de la

persona jurídica «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (art. 31 ter). Por el contrario, la responsabilidad de las agrupaciones sin personalidad jurídica se encuentra plenamente conectada con la del autor del delito, a quien previamente se le debe haber impuesto una condena, como deja claro el art. 129.1 al advertir que las consecuencias accesorias lo son «a la pena».

La regulación introducida en la reforma de 2010 eliminó la referencia a la orientación preventiva de estas medidas, desapareciendo con esta supresión la necesidad de que los delitos de las personas físicas que posibilitan la adopción de las consecuencias accesorias guarden relación con la actividad de la entidad. Con la eliminación de la orientación preventiva de las consecuencias accesorias se quiebra también el doble fundamento sancionatorio de las personas jurídicas: el defectuoso control de la organización para la pena a las personas jurídicas y la peligrosidad objetiva para la aplicación de las consecuencias accesorias. Las consecuencias accesorias se alejan así visiblemente de las medidas de seguridad para abrazar la naturaleza de verdaderas penas, siendo exclusivamente la ausencia de personalidad jurídica lo que permite distinguirlas de las penas previstas para las personas jurídicas. La asimilación entre penas y consecuencias accesorias alcanza incluso a la cancelación de los antecedentes delictivos, de conformidad con el art. 136.4 que dispone que «Las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 se cancelarán en el plazo que corresponda, de acuerdo con la regla prevista en el apartado primero de este artículo, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. [...]».

Precisamente por tratarse de auténticas sanciones penales, las consecuencias accesorias comparten similar tratamiento procesal con el previsto para sancionar a las personas jurídicas:

— Para salvar el principio acusatorio, las consecuencias accesorias han de ser solicitadas por alguna de las partes procesales, incluso cuando se propongan como medidas cautelares (art. 544 quáter LECr).

— Aunque el precepto ya no exige la audiencia de los titulares de las empresas y del Ministerio Fiscal, esta audiencia se mantiene en los casos en que se imponga la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial como medidas cautelares del nº 3 del precepto, por disposición del citado art. 544 quáter.

— La imposición de estas sanciones ha de consignarse en sentencia. Cuando se acuerden como medidas cautelares, su adopción revestirá forma de auto. En uno y en otro caso, la resolución ha de ser motivada, como expresa y superflualmente exigía el primitivo art. 129.1 y escrupulosamente respetuosa del principio de proporcionalidad.

## La obtención y registro de identificadores de ADN

En el ya heterogéneo Título VI, De las consecuencias accesorias, la Ley O. 1/2015, introduce el art. 129 bis, que no figuraba en el Proyecto inicial, para regular la recogida de muestras biológicas y obtención de los identificadores de ADN de los condenados y dar así cumplimiento, como dice su Preámbulo, a las exigencias del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007:

«Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. — Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.»

El Tribunal Constitucional, haciéndose eco de la doctrina del TEDH, ha señalado que los reconocimientos corporales pueden incidir en el derecho fundamental a la intimidad, en razón de su finalidad, por lo que a través de ellos se pretende averiguar. Sin embargo, la actuación será legítima cuando esté fundada en una previsión legal con justificación constitucional y sea proporcionada (SSTC 16/2014, de 30-1 y 135/2014, de 8-9), criterios que cumple la norma al restringir la medida a determinados delitos graves bajo concretas circunstancias, exigir resolución judicial y limitar la información que puede obtenerse de los indicadores de ADN. El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda 24-9-2014 sobre toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN confirmó la exigencia de abogado en esta diligencia. En cuanto a la base de datos policial que menciona el precepto, la Ley O. 10/2007, de 8-10, regula la inscripción de los identificadores obtenidos a partir de ADN.

