

EMBARGO PREVENTIVO Y COMISO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS: PRESENTE Y ¿FUTURO?

Teresa Aguado Correa
Prof. Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Resumen : En este trabajo llevamos a cabo un análisis de la regulación del comiso en los delitos de tráfico de drogas contemplada en el art. 374 del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. Puesto que la supresión de algunas normas especiales contenidas actualmente en el art. 374 CP es consecuencia de las previsiones sobre el embargo preventivo, utilización provisional y enajenación anticipada contempladas en los primeros apartados del art. 127 seis PrCP, abordamos el estudio de este nuevo precepto y de las modificaciones de los artículos de la LECr que regulan estas medidas, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Propuesta de Directiva, de 12 de marzo de 2012, sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia. Igualmente nos ocupamos de ciertos aspectos de la regulación del comiso contemplada en la Ley Orgánica de Represión del Contrabando, en su redacción dada por la Ley 6/2011, de 30 de junio, al haberse reabierto el debate sobre la relación entre los delitos de tráfico de drogas y de contrabando.

Recibido: julio 2013. Aceptado: octubre 2013

Palabras clave: embargo preventivo; decomiso; recuperación de activos; tráfico de drogas; contrabando.

Abstract: In this work we perform an analysis of the regulation seizure in drug trafficking offenses referred to in art. 374 of the Draft Criminal Code Amendment 2013. Since abolition of certain special rules currently contained in art. 374 CP is a result of the forecast of freezing, early provisional use and disposal referred to in the two first paragraphs of art. 127 six PrCP, we study this new rule and amendments to the articles of the Criminal Procedure Act that regulate such measures, taking into account the provisions of the Proposal for a Directive on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union of March 12, 2012. We also deal certain aspects of the regulation of confiscation referred to in the Act Organic suppression of smuggling, as amended by Law6/2011 of 30 June, the debate about the relationship have reopened between the crimes of drug trafficking and smuggling.

Keywords: freezing of assets, confiscation, recovering assets, traffic of drugs; smuggling drugs.

Sumario: I. Introducción. II. Regulación del comiso en el artículo 374 PrCP. III. Artículo 127 seis PrCP “totum revolutum”. 1. Embargo preventivo. 2. Utilización provisional de bienes intervenidos. 3. Enajenación anticipada. 4. Destino de lo decomisado. IV. Conclusiones.

I. Introducción

La sanción del decomiso es una “vieja conocida” en el sistema de sanciones que no cesa de adquirir protagonismo. No hay documento relacionado con la lucha contra la delincuencia organizada y otras formas graves de delincuencia, que no hagan mención al mismo como medio de lucha eficaz contra los mismos ya que las ganancias son consideradas el “talón de Aquiles” de la delincuencia organizada¹. Lo que en su día se calificó como “ter-

1 En este sentido ya se pronunció HASSEMER, W.: “Localización de ganancias: Ahora con el Derecho Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 1, 1998, p. 120, quien afirmaba hace casi 20 años (la versión original del artículo es de 1994): “El crimen organizado es considerado hoy en todas las reformas jurídico penales como el enemigo político interior número uno,

cera dimensión”² en la lucha contra la delincuencia organizada, está en vías de convertirse, si que es no se ha convertido ya, en la “primera dimensión”³.

En la Unión Europea se han aprobado cuatro Decisiones Marco con el fin de asegurar un planteamiento común en materia de decomiso, si bien tres de ellas plantean problemas de aplicación motivo por el cual se ha considerado conveniente la refundición del marco jurídico europeo en vigor⁴. Tras varios años de espera, la Comisión presentó el día 12 de marzo de 2012 una Propuesta de Directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea⁵. Según se

y el patrimonio pasa por ser para la mayoría su talón de Aquiles”. Sobre la importancia del comiso como medio eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada, vid. AGUADO CORREA, T.: “Decomiso de los productos de la delincuencia. “Garantizar que el delito no resulte provechoso””, *RECPCr* 15-05 (2013) 05-09 y ss. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso””, de 20 de noviembre de 2008, Bruselas, 20.11.2008, COM (2008) 766 final, p. 3, la Comisión responde a la pregunta “¿Por qué centrarse en los productos del delito?”.

- 2 HUBER, B.: “El comiso de ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas”, *Actualidad Penal*, 1990, p. 348.
- 3 Como ya apuntaba VERVAELE, J.: “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en Derecho Penal?”, *Revista Penal*, 1998, nº2, p. 67, “El creciente arsenal de posibilidades procesales (penales) en el nivel de la investigación orientada hacia el patrimonio criminal, su embargo y confiscación, constituye uno de los instrumentos más importantes”.
- 4 Cfr. la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo “Productos de la delincuencia organizada...”, cit., Bruselas, 20.11.2008, COM (2008) 766 final, p. 6. Sobre estos problemas vid. AGUADO CORREA, “Decomiso de los productos...”, *RECPC* 15-05 (2013), pp. 8 y ss.
- 5 Esta Directiva, en caso de ser aprobada, vendría a sustituir la Acción común 98/699/JAI y, en parte, las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI, si bien puesto que se ha limitado su ámbito de aplicación a las actividades delictivas contemplados en el art. 83.1 TFUE, deberán permanecer en vigor algunos artículos de las normas existentes con el fin de “mantener cierto grado de armonización con respecto a las actividades delictivas no comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente directiva”. Esta limitación a los conocidos como los “eurodelitos” viene motivada por la base jurídica de la citada propuesta de Directiva, basada en los artículos 82.2 y 83.1 TFUE. No obstante, dado que uno de los ámbitos delictivos enumerados en el apartado 1

afirma en la Exposición de Motivos de la citada propuesta de Directiva, “La Comisión propone una Directiva por la que se establecen normas mínimas para los Estados miembros en materia de embargo preventivo y decomiso de activos de origen delictivo mediante decomiso directo, decomiso del valor, decomiso ampliado, decomiso no basado en condena (en circunstancias limitadas) y decomiso de terceros”⁶.

A la vista del contenido de la propuesta de Directiva, nos viene a la memoria lo afirmado por VERVAELE en el año 1998: “En resumen, los principios fundamentales del Derecho (procesal) penal están expuestos a una dura prueba. Las sanciones de confiscación se refieren con frecuencia no sólo a los hechos tenidos expresamente en cuenta, sino también a hechos similares. Además, a menudo se trata de una cuestión de carga de la prueba, consistente en tener suficientes indicios o hacerlos más plausibles; en lo relativo al origen legítimo de los bienes o valores se invierte la carga de la prueba. El embargo-confiscación está, desde el punto de vista procesal, fuertemente orientado hacia el objeto (*in rem*); la relación con la persona (*ad personam*) y el hecho penal (*mens rea-actus reus*), a menudo se reducen al mínimo”⁷.

Seis meses después de que la propuesta de Directiva fuese presentada por la Comisión, el Gobierno español ya estaba dando traslado del contenido de la misma al Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, informado favorablemente por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012 (AP 2012), una actuación que se puede considerar como un “exceso por anticipación”. No obstante, dadas las críticas que se formularon

del artículo 83 es la delincuencia organizada, la Directiva será aplicable a más ámbitos delictivos de los previstos taxativamente en este apartado, siempre que se cometan participando en una organización criminal, y así lo reconoce expresamente la Comisión. Así, el tráfico ilícito de armas se considera incluido siempre que el delito se cometa en el contexto de una organización delictiva criminal.

6 Propuesta de Directiva, p. 4.

7 VERVAELE, “Las sanciones de confiscación...”, *Revista Penal* nº 2, 1998, p. 68.

a ese Anteproyecto, el 5 de abril de 2013 se envió al Consejo de Estado un nuevo texto de Anteproyecto (AP 2013)⁸ en el que se contemplaban algunas modificaciones respecto al texto del AP 2012, afectando alguna de ellas al comiso y fundamentalmente a las normas de carácter procesal dirigidas a asegurar la efectividad del comiso⁹. Finalmente, el pasado 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰, texto que difiere del AP 2013 si bien en relación con el objeto de estudio de este trabajo no se constatan cambios relevantes¹¹.

En este Proyecto de reforma del Código (en adelante PrCP) se contemplan modificaciones importantes que afectan tanto a la regulación general de esta sanción (art. 127 a 127 seis 3 PrCP) como a algunos preceptos dedicados a la regulación especial de éste (art. 374 PrCP)¹². También se prevén importantes reformas de las normas procesales que regulan la utilización provisional de los bienes intervenidos y la realización anticipada de éstos (art. 127 seis 1 y 2 CP PrCP; arts. 367 quáter a siete LECr).

De aprobarse alguna de las modificaciones previstas en el Proyecto, ésta sería la tercera vez que se reforma la regulación del comiso prevista en el art. 127 CP, tras las reformas llevadas

8 Publicado en la página web del Ministerio de Justicia (www.mju.es; consultado por última vez 30 de julio de 2013).

9 En concreto, como se destacaba en la Exposición de Motivos, en el Anteproyecto de 2013 se prevé con “la finalidad de incrementar la eficacia de la nueva regulación y de mejorar la gestión de los activos intervenidos”, además de la revisión de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 367.2 quáter, 367.3 quinquies, 367 seis, art. 367 siete LECr), la creación de una Oficina de Gestión de Activos “a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos”.

10 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 4 de octubre de 2013, BOCG Serie A núm. 66-1, pp.1 y ss.

11 Tan solo algunos cambios en la redacción de la primera regla del art. 374 PrCP que no afectan al contenido sino tan solo a la forma de redacción.

12 También cabe destacar la supresión de la regulación específica del comiso prevista en el art. 431 CP para los delitos de cohecho y tráfico de influencias.

a cabo a través de la LO 15/2003¹³ y LO 5/2010¹⁴, con el fin de mejorar la eficacia de la lucha contra la delincuencia organizada aun a costa de vulnerar derechos fundamentales y principios constitucionales. Como tendremos ocasión de constatar en este trabajo, la cuestionada eficacia del comiso no se debe tanto a la falta de una regulación legal —que afecta sobre todo al embargo preventivo—, sino más bien a todo lo contrario: a un exceso de legislación ya que una misma cuestión se regula en varias normas y, en ocasiones, en sentido diferente¹⁵. Por otra parte, tampoco las autoridades competentes han cumplido con la obligación de

-
- 13 Sobre las modificaciones introducidas a través de esta ley, vid. AGUADO CORREA, T.: “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal”, *RECPC* 05-04 (2003), p. 04:1-04:24 (www.criminet.ugr.es/recpc); PUENTE ABA, L.M.: “La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal, AP nº 39, 2003, pp. 981-1008.
- 14 QUINTERO OLIVARES, G.: “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *RECPC* 12-r2 (2010), pp. r2:1-r2:2; GARCÍA ARÁN, M.: “Comentario al artículo 127 CP”, en *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, 2011, pp. 949- 970; AGUADO CORREA, T.: “Comentario al Artículo 127 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Valladolid, 2011, pp. 501-510; AGUADO CORREA, T.: “Decomiso de los productos...”, *RECPC* 15-05 (2013) 05: 10 y ss.
- 15 Respecto a la regulación procesal penal, cabe afirmar lo mismo que en su día afirmó ACHENBACH, H.: “Vermögensrechtlicher Opferschutz im strafprozessualen Vorverfahren”, en *Festschrift für Günter Blau zum 70 Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin, New York, 1985, p. 11, en relación con la regulación procesal contemplada en los §§ 111b-111 I StPO: en la búsqueda de la perfección el legislador ha creado un verdadero monstruo legislativo que debido a la acumulación de objetivos de diferente naturaleza y de distintos medios para la consecución de los mismos, y debido a la falta de claridad y lucidez de la técnica legislativa, se ponen en peligro las posibilidades de desarrollar estas normas. No obstante, no todos los autores fueron tan críticos con la regulación procesal. Sobre las distintas opiniones, vid. KEMPF, E. / SCHILLING, H.: *Vermögensabschöpfung. Strategien bei (drohendem) Verfall von Grundrechten*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2007, p. 21. Debe tenerse presente que la última reforma que se ha llevado a cabo en materia de comiso en Alemania ha afectado fundamentalmente a la regulación procesal, a través de la “Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten” de 21.2.2006, que entró en vigor el 1.01.2007.

aprobar la normativa reglamentaria que desarrolle la organización, funcionamiento y las facultades atribuidas en el art.367 septies LECr a las Oficinas de Recuperación de Activos, a pesar del papel primordial que deberían desempeñar en la lucha contra la delincuencia organizada y otras formas graves de delincuencia. En España preferimos tomar el camino más fácil y más barato, que no es otro que reformar la ley penal, sin realizar las inversiones económicas necesarias para implementar los mecanismos previstos en las leyes vigentes.

En este trabajo nos centraremos en el análisis de la reforma de la regulación del comiso en los delitos de tráfico de drogas que se propone en el Proyecto (art. 374 PrCP), reforma a través de la cual se adecua éste a la regulación general del comiso contemplada en los artículos 127 y ss. PrCP y se somete este comiso al principio de proporcionalidad regulado en el art. 128 CP. No obstante, puesto que la reforma conlleva la supresión de la mayoría de reglas especiales que en él se prevén y el sometimiento del mismo a las reglas generales previstas en los arts. 127 a 127 seis PrCP, nos veremos abocados a ocuparnos de algunas de las modificaciones de la regulación general contempladas en el Proyecto.

También tendremos en cuenta algunos aspectos de la regulación del comiso prevista en la Ley de Represión del Contrabando, en su redacción dada por la Ley 6/2011, de 30 de junio, ya que el debate sobre la relación entre los delitos de tráfico de drogas y de contrabando, una vez más, se había “cerrado en falso”¹⁶ y se ha reabierto con ocasión de la supresión¹⁷, a través

16 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Tráfico de drogas y contrabando. Una nota sobre la necesaria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo”, *La Ley* 1997 (Diario 4415 de 12.11.1997), antes de que se adoptara el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 24 de noviembre de 1997, hablaba de un “debate que parece cerrado en falso”. CASTRO MORENO, A. “Tipos agravados del artículo 369 CP”, en *El delito de tráfico drogas*, Valencia, 2009, pp. 222, se pronunciaba así de contundente sobre el cierre del debate: “De esta forma, la existencia actual del tipo agravado específico que nos ocupa refuerza aún más la aplicación del concurso de normas a favor del artículo 369.1.10º CP, zanjando definitivamente cualquier duda al respecto...”. VALLE MUÑIZ.

de la LO 5/2010, de la agravante introducida en el art. 369.1.10^a CP¹⁸ mediante la LO 15/2003.

En el seno de la doctrina sigue sin existir unanimidad sobre la relación concursal entre los delitos de tráfico de drogas y de contrabando, encontrándonos con quienes siguiendo la doctrina

J.M./MORALES GARCÍA, O.: “Comentario al artículo 369 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, Pamplona, 5^a ed., 2008, p. 353, consideraron que “no está claro que formara parte de la *mens legislatoris* el tratar de zanjar vía subtipo agravado las tesis interpretativas del Tribunal Supremo sobre el concurso de normas”.

- 17 La supresión de esta agravante ha sido muy bien recibida por la doctrina. NAVARRO BLASCO, E.: “La reforma en materia de delitos contra la salud pública, arts. 368, 369, 369 bis y 370 CP”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Navarra, 2010, pp. 312 y 313, señala que ha sido suprimida “por haber quedado en la práctica sin sentido”, afirmando que la “supresión de tal agravación solo puede valorarse positivamente”. Por su parte, GALLEGO SOLER, I.: “Comentario al artículo 369 CP”, en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 810, considera que la “supresión es aceptable tanto técnica como político-criminalmente”. No obstante, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de dar por zanjada esta cuestión, al no prever como conducta típica y no como agravante, la conducta de importar o exportar. Cfr. en este sentido la propuesta de *lege ferenda* realizada en AGUADO CORREA, T. “Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando”, *REDPyCr* núm. 5 (2000), p. 264, en el sentido de incluir en el art. 368 CP la importación y exportación como conductas típicas, al igual que se prevé en la legislación austríaca, en concreto en el § 27.1.1 SMG (IdF BGBl I 2007/110), el cual se corresponde con el anterior § 28. a Abs. 1 SMG. El OGH de Austria se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la penalización de la exportación e importación, cfr. LITZKA, G./MATZKA, M./ZEDER, F.: *Suchtmittelgesetz*, 2^a ed., Wien, 2009, § 27 Rn 40.
- 18 Cfr. CASTRO MORENO, A: “Tipos agravados del artículo 369 CP”, en *El delito de tráfico drogas...* cit., pp. 219 y ss. VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA, “Comentario al artículo 369 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 352, reputaron la intención del legislador de 2003 como “algo confusa” al presentar un “mayor carácter punitivo para lo menos grave y menor para lo más grave”. En relación con la inclusión de esta agravación en la Circular 2/2005 la Fiscalía General del Estado, p. 11, estimó que: “La decisión de incorporar este subtipo agravado en el artículo 369 CP no es ajena a la consolidada doctrina jurisprudencial, iniciada con la STS de 1-12-97, acorde con la tesis fijada en el Pleno de la Sala Segunda de 24-11-1997, que superando el anterior tratamiento del concurso ideal entre el delito contra la

jurisprudencial se decanta por aplicar el delito de tráfico de drogas¹⁹; y quienes, por el contrario, resuelven el concurso aparente de normas acudiendo al criterio de alternatividad contemplado en el art. 8.4 CP²⁰. Por último, no falta quien, en función del caso,

salud pública y el delito de contrabando, estimó la existencia de un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8-3º CP, entendiendo que el delito tipificado en los artículos 368 y 369 absorbía todo el desvalor de la conducta, es decir, tanto la puesta en peligro de la salud pública como la lesión al interés fiscal defraudado, desde el planteamiento de que en ningún caso se hubiera satisfecho pago alguno al Estado dada la naturaleza de la sustancia objeto de introducción y que el plus de antijuridicidad que supone la introducción de la droga desde el exterior del territorio nacional ya había sido incluido por el legislador en la sanción prevista en el artículo 368 CP ...”.

- 19 ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia 2010, p. 621, quien afirma que una vez suprimida la circunstancia del art. 369.1.10ª CP, debe retomarse la doctrina y la jurisprudencia anteriores a la LO 15/2003, y “volver a calificar como concurso de normas el que se plantea con el art. 2.3 a) de la Ley de represión del contrabando”. Tras la eliminación de la circunstancia agravante del art. 369.1.10ª el TS no se ha pronunciado sobre la relación entre el delito de tráfico de drogas y el de contrabando, limitándose a no aplicar esta agravante y a calificarlo como un delito de tráfico de drogas: “En efecto, si los hechos no ofrecen duda de que son subsumibles en el art 368 del CP, la aplicación a los mismos del subtipo agravado de introducción del producto en territorio nacional, del art 369.1.10ª, debe ser eliminada, ya que ha desaparecido en virtud de la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio ...”. Cfr., entre otras, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 401/2012 de 24 mayo, RJ2012\11344.
- 20 En este sentido se han pronunciado, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 2011, p. 849. En opinión de este autor, no es posible establecer una relación de especialidad lógica entre ambas figuras delictivas ni tampoco se puede sostener que “el tráfico de drogas sea en abstracto y con carácter general ley consumidora con respecto al contrabando”, por lo que el criterio de la alternatividad decidirá si procede aplicar el delito de contrabando o las figuras previstas en el Código Penal. Siguen la postura de este autor, IGLESIAS SKULJ, A.: “Comentario al artículo 2.3.a)”, en *Comentarios a la legislación penal especial*, Valladolid, 2013, p. 104 y FARALDO CABANA, P.: “Comentario al artículo 5”, en *Comentarios a la legislación penal especial*, Valladolid, 2013, p. 157, quien ya no considera posible establecer una relación de especialidad lógica entre ambas normas, y se decanta por resolver el concurso aparente de normas a través de la regla de la alternatividad. Sobre los problemas de constitucionalidad por violación del principio de proporcionalidad que presenta la regla de alternatividad, vid. AGUADO CORREA, “Nuevas tendencias jurisprudenciales...”, *REDPyCr* núm. 5

admite la apreciación de un concurso de delitos²¹. Ello implica que cuando nos encontramos ante conductas que pueden ser consideradas como delito de tráfico de drogas o de contrabando, dependiendo del criterio utilizado para resolver el concurso de leyes, la normas que rigen el comiso y las otras medidas de naturaleza procesal pueden variar, según se aplique una u otra norma penal, de ahí la necesidad de referirnos también a la regulación contenida sobre el particular en la Ley Orgánica de Represión del Contrabando.

II. Regulación del comiso en el artículo 374 PrCP²²

La regulación específica del comiso en los delitos de tráfico de drogas tiene una larga tradición histórica, pudiéndose

(2000), pps. 259 y 260. Por su parte, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18^a ed., Valencia, 2010, p. 1080, aunque admite que hay una relación de especialidad entre ambas, de manera que el art. 368 CP es “en principio ley especial frente a la Ley de Contrabando”, considera que “será ésta de aplicación preferente cuando la pena resultante en el caso concreto resulte más grave que la del art. 368”. En realidad, este autor propone la solución del concurso de normas conforme a dos de las reglas del art. 8 CP (especialidad y alternatividad): cuando la pena sea la misma se aplicará el art. 368 CP en atención al carácter de ley especial; en tanto que en los casos en los que sea distinta se resolverá acudiendo a la regla de la alternatividad prevista en el art. 8.4 CP, aplicándose la norma penal que sancione el hecho más gravemente. Ello no es posible, en nuestra opinión, pues si se reconoce el carácter especial del art. 368 CP frente a la Ley de Contrabando, como hace este autor, habrá que aplicar aquella norma penal y no ésta, pues el legislador proclama expresamente el carácter subsidiario de la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4 CP: “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor”. Vid. sobre ello AGUADO CORREA, “Nuevas tendencias jurisprudenciales...”, *REDPyCr* núm. 5 (2000), p. 259.

- 21 GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “La nueva regulación de los delitos de contrabando. Régimen jurídico tras la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio”, *Diario La Ley* n° 7790, 3.02.2012, p. 1468, sostiene que se pueden dar casos de concursos de delitos “por ejemplo, quien tras introducir estos bienes de forma ilegítima trafica con ellos, al afectarse no solo la recaudación fiscal, sino también la salud pública”.
- 22 El art. 374 quedaría redactado en los siguientes términos: “En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de

constatar a lo largo de los años una tendencia a la ampliación del objeto de decomiso²³.

Frente a los cuatro apartados de los que consta el art. 374 CP desde su modificación a través de la LO 15/2003²⁴, el art. 374 PrPC tan solo consta de un apartado en el cual se contemplan las dos normas especiales a las que queda sujeto este comiso, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 127 a 128 CP. La supresión de las normas especiales contenidas actualmente en el art. 374 CP es consecuencia de las previsiones sobre el embargo, realización anticipada y utilización provisional contempladas en los dos primeros apartados del art. 127 seis PrCP.

La primera norma especial del art. 374 PrCP regula la destrucción de las muestras que se hubieren conservado o la totalidad de lo incautado, en los mismos términos que se utilizan en la actualidad en el inciso final de la regla 1 del art. 374.1CP²⁵;

las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 a 128 y a las siguientes normas especiales: 1. Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación. 2. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.”

- 23 Vid. los avatares legislativos que ha sufrido desde el año 1988 en AGUADO CORREA, T.: *El comiso*, Madrid, 2000, pp. 157 y ss.
- 24 Sobre la reforma sufrida por este artículo 374 CP a través de la LO 15/2003, vid. AGUADO CORREA, “La regulación del comiso...”, RECPC 05-04 (2003); CFGE 2/2005, Sobre la reforma del Código penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, p. 20 y ss.
- 25 Como poníamos de manifiesto anteriormente, la redacción de esta norma es la única que ha sufrido leves cambios respecto a la prevista en el AP 2013, volviendo a la redacción actual, al sustituir el término “resolución” por “sentencia”. El único cambio que se aprecia respecto a la redacción del último inciso del actual art. 374.1.1º CP es que en vez de decir “Una vez que la sentencia sea firme”, en el Proyecto dice “Una vez firme la sentencia”.

la segunda norma especial contemplada en el art. 374 PrCP, reproduce íntegramente lo dispuesto en el apartado 4 del art. 374 CP sobre el destino definitivo de los bienes decomisados.

Más allá de la pertinencia de esta reforma, lo que nos planteamos es la pertinencia de la pervivencia de este artículo en el Código Penal²⁶, ya que las dos normas especiales que en él se contemplan se podrían reubicar en la LECr y en el CP, e incluso la segunda se podría suprimir por superflua. Veamos cuales son las razones que nos llevan a realizar esta afirmación:

a) El motivo que justifica la existencia del mismo es la ampliación del ámbito del comiso respecto al previsto en el art. 127 PrCP, al no contemplarse en éste el objeto de los delitos de los arts. 368 a 372²⁷ (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371)²⁸. No obstante, en nuestra opinión, nada impediría

26 No es partidaria de proceder a la supresión completa de este artículo PUENTE ABA, L.M: “Comiso en materia de tráfico de drogas: art. 374 CP”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Valencia, 2013, p. 916, quien tan solo propone suprimir del encabezamiento del texto del art. 374 AP 2012, la referencia al delito del art. 301.1 párrafo segundo CP, incluida en el texto del art. 374 a través de la LO 15/2003, al considerarla innecesaria “puesto que con la aplicación del art. 127 CP ya se logra el comiso de los instrumentos y ganancias del delito”. Desde nuestro punto de vista, tras la inclusión del comiso ampliado en el CP a través de la reforma de 2010 ya no tiene sentido incluir esta referencia. Si algún sentido tuvo su inclusión a través de la LO 15/2003, fue la de ampliar el ámbito de aplicación del “comiso ampliado” previsto en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS 5 de octubre de 1998, a los delitos de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas.

27 Como pone de manifiesto MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: en *Derecho Penal Español. Parte Especial II*, Valencia, 2011, p. 1360, en el art. 374 CP sobra la referencia al art. 372 CP.

28 En la CFGE 2/2005, p. 24, se afirma: “Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/1992, y el artículo 374 del Código de 1995 incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

su previsión con carácter general en el art. art. 127 PrCP a través de la inclusión de una referencia genérica al objeto del delito en la enumeración de los bienes decomisables; o bien, si se prefiere, se podría incluir una referencia específica a las drogas tóxicas y precursores. También cabe una tercera posibilidad, y es interpretar de forma amplia “los efectos del delito” a los que se hace referencia en el art. 127 PrCP, con el fin de incluir en ellos los objetos sobre los que recae la acción u objeto material del delito, tal y como ha venido entendiendo un sector de la doctrina²⁹ y el propio Tribunal Supremo³⁰. La Fiscalía General del Estado tampoco ha encontrado obstáculo alguno para llevar a cabo una interpretación amplia de “efectos del delito”, como se desprende

como objeto expreso del comiso”. PUENTE ABA, “Comiso en materia”, en *Estudio crítico sobre...*, cit., p. 916, también considera que no encajan en el art. 127 CP las drogas tóxicas al tratarse del objeto material del delito. Esta previsión responde a lo previsto en el art. 5.1.b) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988.

- 29 GARCÍA ARÁN, “Comentario al artículo 127 CP”, en *Comentarios al Código...*, cit., p. 953, señala que un sector de la doctrina, se decanta por excluir el objeto material del delito tanto si éste pertenece a la víctima como si pertenece al autor, como pudieran ser los casos de armas. En su opinión, habría que distinguir según pertenezcan o no a la víctima. En el primer caso, señala esta autora que “resulta obviamente excluido del comiso por razones de especialidad normativa, puesto que, en tal caso, deben ser objeto de restitución de acuerdo al art. 110.1º, que opera como norma especial”. En el supuesto de que los efectos pertenezcan al autor, al proceder del delito su “pertenencia o procedencia es ilícita, lo que en muchos casos permitirá basar el decomiso en el enriquecimiento ilícito que suponen. En algunos casos, como el de la tenencia ilícita de armas, además estará presente la peligrosidad objetiva de los efectos. Por otra parte, el comiso de los objetos materiales de determinados delitos como el tráfico de drogas está especialmente previsto en el CP (art. 374)”. Si dejase de estar expresamente previsto el comiso de drogas en el Código Penal, se podría aplicar a las drogas el mismo argumento utilizado por esta autora para las armas: peligrosidad objetiva de los efectos.
- 30 Entre otras, en la Sentencia de 1 de julio de 2008: «Por efectos se entiende, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la sustitución todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.)».

de lo afirmado en la Circular 2/2005³¹. De las tres posibilidades que hemos planteado, la opción que consideramos más idónea es la primera, tanto porque nos permite abarcar el objeto material de cualquier delito y, no solo las drogas, por ejemplo de los delitos de blanqueo de capitales o de los delitos de contrabando³², como porque frente a la tercera opción, la que proponemos es más respetuosa con el principio de legalidad en tanto que no se incluya en el Código Penal una definición de efectos del delito que abarque también al objeto material.

b) Menos aún se justifica la pervivencia de este artículo 374 PrCP tras la sujeción de este comiso a lo dispuesto en el art. 128 CP, en el cual se regula el principio de proporcionalidad en relación con los efectos e instrumentos del delito. Y es que en tanto que en el vigente art. 374.1 CP se afirma que el decomiso en él previsto se acordará “con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales...”; en el Proyecto se prevé que se hará “con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 a 128 de este Código y a las siguientes normas especiales...”. La sujeción del mismo a lo dispuesto en el art.

31 CFGE 2/2005, p. 24: “Se mantiene, sin embargo, la cita expresa como objeto de comiso de los equipos, materiales o sustancias utilizables en el cultivo, producción o fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tales equipos, materiales y sustancias pueden ser tanto efectos como instrumentos del delito ya que si el cultivo o producción se ha llevado a cabo, tales equipos, materiales o sustancias habrán sido instrumento del delito previsto en el artículo 368 o en sus tipos agravados; sin embargo, si los actos de cultivo o producción no se han llegado a realizar, tales bienes serán el objeto (efecto en el sentido amplio más arriba indicado) del delito del artículo 371 del CP... Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución determina que se consideren como *efectos* todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc.)”.

32 En relación con el art. 5 LORC, FARALDO CABANA, “Comentario al artículo 5 LORC”, en *Comentarios a la legislación...*, cit., p. 148, sostiene que la “única laguna que produce la aplicación de la disposición general sobre el comiso, consiste en no poder considerar efecto del delito ni, por tanto, bien decomisible al objeto material del delito, lo que es lógico en el caso de que pertenezca a la víctima, pero carece de sentido cuando pertenece a los responsables de la infracción criminal”.

128 CP, constituye una vieja reclamación tanto de la doctrina³³ como de la jurisprudencia³⁴, que por fin va a ser atendida. Esta sujeción a lo dispuesto en este artículo 128 CP no se vería afectada si, tal y como proponemos, se suprimiese este artículo 374 CP, puesto que el art. 128 CP es aplicable al comiso de efectos e instrumentos previstos en todos los artículos que le preceden (art. 127 a 127 seis PrCP). No obstante, debe tenerse presente que, dado que lo decomisado se adjudica íntegramente al Estado y no puede ser aplicado a la satisfacción de las responsabilidades civiles, no tiene sentido que en estos casos rija lo dispuesto en el inciso segundo del art. 128 CP en relación con la satisfacción de las responsabilidades civiles³⁵.

1ª Norma especial

En el art. 374 PrCP, tan solo resta una norma de carácter procesal que guarda relación con la destrucción de las muestras que se hubiesen apartado o, en su caso, de la totalidad de lo incautado en el supuesto de que el órgano judicial competente hubiese ordenado su conservación, conforme a lo previsto en el art. 367 ter LECr, norma especial que en nuestra opinión no tienen sentido que se incluya en el Código Penal. En realidad no entendemos por qué los redactores del Proyecto se empeñan en mantener una norma de esta naturaleza en el articulado del Código Penal. No obstante, hay autores que han defendido la inclusión de esta norma en el mismo. En concreto, MORALES GARCÍA considera correcta la presencia de la regla especial prevista en el art. 374.1.1ª CP que se refiere básicamente, como reconoce este autor, a “cuestiones de orden procesal”. Este autor justifica su incorporación al CP con el siguiente argumento: “...la apuntada mutación en la naturaleza del comiso, más próximo a una pena que

33 Vid. AGUADO CORREA, “La nueva regulación del comiso...”, *RECPC* 05-04, p. 19.

34 Vid., entre otras, STS 1.10.2005.

35 AGUADO CORREA, “La nueva regulación del comiso...”, *RECPC* 05-04, p. 19, n.p.p. 35.

a una medida accesoria, aconseja su incorporación al propio texto sustantivo; no existen por lo demás contradicciones relevantes entre los arts. 338.2 LECr y 374.1.1ª CP, que se complementan en lo fundamental³⁶.

El argumento ofrecido por este autor no nos convence por varias razones. Una de ellas es que en realidad no sabemos por qué el cambio en la naturaleza del comiso justificaría la inclusión de normas procesales como la que se cuestiona en el Código Penal, relativa a la conservación del objeto del delito. ¿Qué tiene que ver el cambio de naturaleza, si es que se ha producido, con una norma procesal relativa al objeto del delito? ¿Y si se hubiese producido el cambio, eso justifica la inclusión de una norma procesal en el Código Penal? Cuando el comiso tenía la naturaleza de pena accesoria en el derogado CP 1973, no se preveía una regla procesal de este tenor literal en el artículo 344 bis e) ACP³⁷, por lo que este argumento no resulta convincente. La otra razón por la que no nos convence es que para justificar la presencia de esta norma procesal en el Código Penal, este autor afirma que no existen contradicciones relevantes entre los arts. 338.2 LECr y el art. 374.1.1ª CP³⁸. Y es imposible que existan contradicciones, ni relevantes ni irrelevantes, puesto que el art. 338 LECr desde la reforma sufrida por éste a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, tan solo consta de un apartado³⁹, con-

36 MORALES GARCÍA, O.: “Comentario al artículo 374 CP”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Navarra, 2011, pp. 1531 y 1532.

37 Este precepto fue introducido en el ACP a través de la LO 8/1992, de 23 de diciembre.

38 MORALES GARCÍA, “Comentario al artículo 374 CP”, en *Comentarios a la Parte...*, cit., pp. 1531 y 1532.

39 En el mismo error incurren otros autores como FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Artículo 374”, en *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, Tomo XI, Madrid, 2008, pp. 463 y 464, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “Artículos 372 a 378”, *El delito de tráfico de drogas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 276; o CEREZO DOMÍNGUEZ, A.: “Comiso” en *Memento Experto Reforma*

templándose actualmente la regulación de la destrucción en el art. 367 ter LECr y no en el art. 338 LECr.

En nuestra opinión, esta regla 1ª del art. 374 PrCP se podría haber incluido en el propio artículo 367 ter apartado 1 in fine LECr⁴⁰, con ocasión de su reforma a través del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita⁴¹, para ubicarla en el sitio que le corresponde, que no es otro que la legislación procesal.

2ª Norma especial

La otra regla especial relativa al destino de lo decomisado es superflua, en la medida en que en el apartado 3 del art. 127 seis PrCP se regula con carácter general el destino de lo decomisado,

Penal 2010, Madrid, 2010, p. 711, nº 8026, quienes siguen comparando el art. 374.1. 1ª CP con el art. 338.2 LECr, años después de haber entrado en vigor la Ley 18/2006.

- 40 Cabe señalar que en el AP 2012 se preveía la reforma de este art. 367 ter LECr, modificación que finalmente ha sido aprobada, en los mismos términos en la que estaba prevista en el Anteproyecto, a través de la norma anteriormente citada. No obstante, la justificación que se ofrecía en la Exposición de Motivos del AP 2012 de esta reforma, varía en relación con la brindada por el legislador en la Exposición de Motivos del RD Ley 3/2013. Realmente es llamativa la justificación de esta reforma, en “atención a una adecuada tutela del derecho a la protección de la salud de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. Parece una ironía del legislador. El motivo real de la reforma, que ha llevado a adelantar la misma, no es otro que los problemas de seguridad que se han detectado en la custodia de la droga y que han propiciado la desaparición de toneladas de droga de los depósitos almacenamientos de drogas. Ya en la CFGE 2/2005, p. 22, se hacía referencia a “los graves problemas de custodia que se han producido en algunas provincias como consecuencia del legislador de solucionar el acuciante problema descrito, presente en reformas legales anteriores que, sin embargo, no han alcanzado la finalidad que las presidió”.
- 41 Esta reforma entró en vigor el día 24 de febrero de 2013, y en virtud de lo dispuesto en su DT 2ª, el nuevo régimen de destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, será aplicable a las que se encuentren bajo custodia de las autoridades administrativas a la entrada en vigor de esta ley.

lo que permitiría no tener que hacer una referencia especial en el art. 374 PrCP al destino de lo decomisado.

En el art. 127 seis apartado 3 PrCP se prevé que el destino de los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a la víctima, que no es este el caso, será la adjudicación al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente. Puesto que en los delitos de los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372 CP el destino de los bienes decomisados, una vez adjudicados al Estado, ya está previsto en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, no hace falta la inclusión de esta norma especial en el art. 374. 2ª PrCP.

Las diferencias entre lo dispuesto en el art. 127 seis apartado 3 PrCP y en el art. 374.2º PrCP no son fundamentales, por lo que la supresión de esta regla no tendría ninguna repercusión negativa. Por una parte, en éste se utiliza la expresión “serán adjudicados íntegramente al Estado”, en tanto que en el art. 127 seis 3 PrCP se prevé que serán “adjudicados al Estado”⁴². Por otra parte, en el art. 374.2ª PrCP se aclara que no podrán ser destinados a la satisfacción del pago de las costas procesales y en el 127 seis apartado 3 PrCP no se contiene dicha aclaración, pero en la medida en que en el art. 127 seis 3 PrCP se prevé que serán adjudicadas al Estado, que les dará el destino que se disponga legal y reglamentariamente, y puesto que en la Ley 17/2003 y en el Reglamento que la desarrolla no está previsto el pago de

42 En su Informe sobre el AP 2012, el Consejo Fiscal, p.121, consideró que se debería determinar en el apartado 3 del art. 127 seis AP 2012 de forma “más explícita y categórica que “serán adjudicados íntegramente al Estado”, para evitar que sean utilizados para el abono de las costas procesales. Sin embargo, no creemos que sea imprescindible para evitar el pago de las costas puesto que la única salvedad que se prevé es el pago de indemnizaciones a las víctimas. En el art. 5.6 LORC también se señala que “Los bienes, efectos e instrumentos efectivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado”.

costas procesales, no existe obstáculo alguno para proceder a la supresión de esta regla.

III. Artículo 127 seis PrCP: *totum revolutum*

En el Proyecto se prevé la inclusión del art. 127 seis en el Código Penal, precepto que consta de tres apartados en los que se regulan cosas tan dispares como el embargo preventivo de los bienes (apartado 1), la realización anticipada y su posible utilización provisional (apartado 2) y, por último, el destino definitivo de lo decomisado (apartado 3)⁴³. No alcanzamos a entender por qué no se ha dedicado este artículo únicamente a regular el destino de lo decomisado por resolución firme, pues el resto de normas en él contempladas son de carácter procesal⁴⁴.

1. Embargo preventivo

La previsión del embargo preventivo entre las normas dedicadas a la regulación general del comiso puede deberse a la intención del Gobierno de adaptar la reforma a la propuesta de Directiva, ya que en ésta se regula de forma conjunta, pero no en un “*totum revolutum*” como sucede en el Proyecto, el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea.

La relevancia del embargo preventivo con el fin de asegurar la efectividad del decomiso, se pone de manifiesto en la

43 La redacción de los apartados 1 y 3 del art. 127 seis PrCP coincide con la prevista en los Anteproyectos de 2012 y 2013; el apartado 2 del art. 127 seis PrCP coincide con el apartado 2 del art. 127 seis AP 2013, apartándose de la regulación propuesta en el art. 127 sexies 2 AP 2012.

44 MANZANARES SAMANIEGO, “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV): de la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de las responsabilidades criminal (artículos 109 a 137 CP)”, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1276, pone de manifiesto el “marcado acento procesal, no exento de rasgos más reglamentarios que legales” de este nuevo artículo. Este autor, considera que la ubicación correcta de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo sería el art. 127 PrCP.

Propuesta de Directiva, pues además de incluir la definición de embargo preventivo (art. 2 (5) PD), dedica varios preceptos a la regulación de aspectos relacionados con esta medida, de los cuales pasaremos a ocuparnos a continuación: art. 7 (Embargo preventivo); art. 8.2 (Garantías); art. 10 (Administración de bienes embargados cautelarmente).

A) Definición de embargo preventivo: artículo 2.5 PD.

En cuanto a la definición de embargo preventivo, se entiende por éste “la prohibición temporal de transferir, destruir, convertir, disponer o poner en circulación bienes, o la custodia o el control temporales de bienes” (art. 2.5 PD)⁴⁵. La definición ofrecida por la PD no dista mucho de las contempladas en otros instrumentos internacionales, como la Convención de Palermo⁴⁶ o la Convención contra la Corrupción⁴⁷. La definición contemplada en la Propuesta de Directiva difiere de éstas en la medida en que incluye la prohibición temporal de destruir, y, por otra parte, en vez de prohibir la enajenación o disposición de bienes, prohíbe la disposición o puesta en circulación; por último, tampoco hace referencia en la definición a las autoridades que pueden acordar

45 En la Decisión marco de 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas se define como ““resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas”: cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o constituir elementos de prueba” (art. 2. c) DM). Esta definición ha sido plasmada en el art. 2 Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.

46 En la Convención de Palermo se entiende por ““embargo preventivo” o “incautación” la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente” (art.2. f)).

47 Art. 2. f): Por “embargo preventivo” o “incautación” se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente.

el embargo preventivo, sino que se posterga a la regulación del embargo preventivo contemplada en el artículo 7 de la propuesta de Directiva.

B) Regulación del embargo preventivo en la Propuesta de Directiva: artículo 7 PD⁴⁸

En el primer párrafo del art. 7 PD se insta a los Estados miembros a permitir el embargo preventivo por parte de un órgano jurisdiccional cuando exista el peligro de que estos desaparezcan, se oculten o transfieran fuera de la jurisdicción, con vistas a un posible decomiso posterior⁴⁹. Este embargo deberá ser decretado por un órgano jurisdiccional, si bien dado el alto riesgo que en algunas circunstancias existe de que estos bienes desaparezcan, se oculten o sean transferidos antes de que el órgano jurisdiccional pueda acordar su embargo preventivo, en el apartado 2 del art. 7 PD se solicita a los Estados miembros que prevean medidas para que las autoridades competentes puedan acordar el embargo preventivo de los mismos, ya sea “antes de solicitar la orden judicial o en espera de ésta”⁵⁰, si bien ésta debe ser ratificada por un órgano

48 “Artículo 7: Embargo preventivo 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proceder al embargo preventivo de los bienes que puedan desaparecer, ser ocultados o transferidos fuera de la jurisdicción, con vistas a su posible decomiso posterior. Dichas medidas serán ordenadas por un órgano jurisdiccional. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que sus autoridades competentes procedan al embargo preventivo inmediato de aquellos bienes respecto de los que exista un alto riesgo de que desaparezcan, sean ocultados o transferidos antes de que recaiga la resolución judicial. Dichas medidas deberán ser ratificadas por un órgano jurisdiccional lo antes posible”.

49 El CESE, recuerda que el respeto del derecho de defensa y el procedimiento judicial, no pueden sufrir excepciones en atención a consideraciones de “eficacia de la represión”. Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado. 4.6.1.

50 En la Exposición de Motivos de la propuesta, p. 14, se hace referencia a estos dos momentos, no obstante en el texto de la propuesta de Directiva, en el considerando dedicado al embargo preventivo, apartado 14, solo hace referencia a los casos en los “que se solicite una orden de embargo preventivo con vistas a su posible incautación posterior, a la espera de lo que determine un órgano jurisdiccional”. Es decir, se exigiría la previa petición a un

jurisdiccional lo antes posible⁵¹. Se atiende con esta previsión, según se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva, a las peticiones de los fiscales y de los organismos con funciones coercitivas⁵². Esta medida ha sido valorada por el CESE como necesaria si bien considera que cualquier medida de embargo preventivo debe ser confirmada por un juez en un plazo razonable⁵³.

C) Regulación del embargo preventivo en el Proyecto: artículo 127 sexies 1 PrCP⁵⁴

Por lo que respecta a la regulación del embargo preventivo en el Proyecto, en el primer apartado del art. 127 seis PrCP se pretende asegurar la efectividad del decomiso⁵⁵ a través de la posibilidad de acordar la aprehensión o embargo y posterior puesta en depósito judicial de los bienes, medios, instrumentos y ganancias, desde el momento de las primeras diligencias, en idénticos términos a los que está redactada en la actualidad esta facultad en el art. 374.1.2^a CP⁵⁶. En realidad, con esta norma no

órgano jurisdiccional, mientras que resuelve, para poder acordar este embargo preventivo. Hemos llegado al punto en el que, como afirmaba HASSEMER, “Localización de ganancias...”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, n^o 1, p. 219, “la protección estatal del patrimonio y de la propiedad se reduce radicalmente; es suficiente la suposición policial de una “mancha” para bloquear, y conculcar el ámbito jurídico total”.

51 En su Dictamen, el CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.6.2, considera necesario que la autoridad administrativa competente esté facultada para adoptar todo tipo de medidas inmediatas con carácter cautelar.

52 Exposición de Motivos, p. 14.

53 Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.6.2

54 “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”.

55 Queremos llamar la atención de que en este caso utiliza el término decomiso, que es el que se está utilizando a nivel internacional, en la Unión Europea y el que se utiliza en art. 374.1 regla 2^a) CP.

56 En la CFGE 4/2010, pp. 49 y 50, se afirma que esta norma de carácter procesal incardinada en el Código Penal entre las normas especiales, “supone una especificación y adaptación a la realidad jurídica actual de la obsoleta

se aporta nada nuevo a la dispersa e incompleta regulación de la aprehensión o embargo prevista en la LECr, por lo que las críticas formuladas al art. 374.1.2ª CP se pueden dar por reproducidas en esta sede⁵⁷. Lo que se hace, a fin de garantizar la efectividad del decomiso, es contemplar esta posibilidad con carácter general para todos los delitos y no solo en relación con los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales con éstos relacionados⁵⁸. Aun cuando nos parezca adecuada la previsión del embargo preventivo en relación con cualquier delito y no solo con los previstos en el art. 374 CP, cuestionamos la ubicación de una norma procesal en el Código Penal. También debe tenerse presente que en el art. 6 LORC se regula la “Intervención de bienes no monopolizados”⁵⁹, norma procesal cuya presencia en la LORC también cabe criticar⁶⁰, y que será de aplicación en los casos en los que se resuelva el concurso aparente de normas entre el delito de tráfico de drogas y de contrabando a favor de este último.

En realidad, en el ordenamiento jurídico español carecemos de una regulación apropiada sobre la aprehensión o el embargo preventivo. Ya las primeras dificultades se encuentran en la propia denominación⁶¹, para seguir con las relativas a su

norma general contenida en el art. 334 de la LECRIM... En definitiva, ambas normas conceden muy amplias facultades a los órganos jurisdiccionales para incautar provisionalmente todo tipo de bienes relacionados con la infracción criminal”.

- 57 Cfr. las críticas formuladas por AGUADO CORREA, “La regulación del comiso...”, *RECPC* (2003) 05:04, pp. 20 y 21.
- 58 AGUADO CORREA, “La regulación del comiso...”, *RECPC* (2003) 05:04, p. 21, criticaba que la aprehensión o embargo preventivo solo se preveía para los casos de blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas, y no respecto del resto de actividades delictivas propias de la delincuencia organizada.
- 59 Sobre el concepto de bienes no monopolizados vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., p. 187. Actualmente la definición de “géneros o efectos estancados” se encuentra prevista en el art. 1.11 LORC.
- 60 AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., p. 188; FARALDO CABANA, “Comentario al artículo 6 LORC”, en *Comentarios a la legislación...*, cit., p. 158.
- 61 Como pone de manifiesto GASCÓN INCHAUSTI, F.: *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, 2007, p. 148 y ss., las medidas cautelares potencialmente vinculadas al decomiso reciben hasta cuatro denominaciones en el art. 367 bis LECr: puesta a disposición judicial; embargo, incautación y

dispersión⁶². Así lo ha reconocido la propia Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2010, “Sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal”⁶³, motivo por el cual en el citado documento se estima conveniente impartir determinadas pautas a seguir por los miembros del Ministerio Fiscal, en atención a la distinta naturaleza de los bienes, de acuerdo con los criterios anteriormente desarrollados en la Instrucción n° 6/2007, distinguiéndose según se trate de: dinero en efectivo; cuentas y depósitos bancarios; activos, valores u otros

aprehensión. Propone este autor la unificación de las mismas, decantándose por el término “incautación”, para evitar confusiones y a la vez dejar claro ante qué tipo de medidas estamos. Recordemos que en la Convención de Palermo se utilizan “embargo preventivo” o “incautación” como términos que se pueden utilizar indistintamente (art. 2.f). MANZANARES SAMANIEGO, “Comentarios a la reforma...”, *Diario La Ley* n° 8003, 17.01.2013, p. 1276, cuando comenta este apartado y se refiere a la posibilidad de ser “aprehendidos o embargados”, se refiere a ésta como “curiosa alternativa”. En la LORC se opta por el término “intervención” (art. 6. Intervención de bienes no monopolizados).

- 62 GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo...*, cit., p. 150, pone de manifiesto esta dispersión tanto en el CP como en la LECr, en donde podemos encontrar algunas referencias aisladas claramente insuficientes, por lo que hay que acudir a la aplicación analógica de la LEC. En la LECr se regula de forma detallada la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales (art. 367 ter a quinquies LECr), pero no el contenido y alcance de las medidas cautelares. También la FGE en la Instrucción n° 6/2007, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia, p. 4, propone acudir a lo dispuesto en la LEC y en el CC para complementar de dicha regulación legal, en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal.
- 63 CFGE 4/2010, p. 51: “Nuestro ordenamiento carece de una regulación completa y específica sobre el tratamiento de los bienes incautados en el proceso penal, y aunque la reciente Ley 18/2006, de 25 de junio, *para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de prueba en los procesos penales*, ha introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II, en el cual se regula *la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales*, cuyas normas -según la Exposición de Motivos de la ley- *han de servir, con carácter general, para agilizar la gestión de los bienes embargados en los procesos penales (...)*, sin embargo, las normas contenidas en la obsoleta Ley procesal penal, incluso con la remisión a legislación civil que se realiza el art. 614 LECRIM, dejan pendientes de regulación diferentes problemas que se plantean con los bienes incautados provisionalmente en los procedimientos penales”.

instrumentos financieros; joyas; medios de transporte en general; o bienes inmuebles⁶⁴.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, se aclara que “el empleo del término embargo en esta ley se separa del concepto que hoy recoge la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, como medida que afecta a aquellos bienes del procesado que sean suficientes para cubrir su responsabilidad civil. Frente a ello, esta Ley se enmarca en el ámbito de la cooperación judicial internacional, lo que ha llevado a asimilar el término embargo con el significado que esta expresión tiene en el ordenamiento de los países de nuestro entorno, por lo que con ello se comprenderán una amplia gama de diligencias aseguratorias del cuerpo del delito, tales como su recogida, bloqueo, conservación, intervención, incautación o puesta en depósito judicial”⁶⁵.

Por ello sería deseable que en la LECr se llevase a cabo una regulación adecuada y completa de la medida de embargo preventivo, con especial respeto de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad, dada la importancia de la misma para poder proceder con éxito al posterior decomiso de éstos. En la reforma de la LECr prevista en el Proyecto, no se contempla modificación alguna de la regulación de esta medida cautelar.

D) Garantías: artículo 8.2 PD⁶⁶. Especial consideración del principio de proporcionalidad

En la línea de la jurisprudencia del TJUE, como vamos a tener ocasión de constatar, en el apartado 2 del art. 8 (Garantías)

64 CFGE 4/2010, pp. 51 y ss.

65 Exposición de Motivos, Apartado III.

66 “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que todas las resoluciones de embargo preventivo de bienes estén razonadas, se comuniquen al interesado tan pronto como sea posible después de su ejecución y sigan en vigor solo durante el tiempo necesario para el aseguramiento de

PD se contemplan las garantías que deben respetar las resoluciones de embargo preventivo. En particular, estas resoluciones: a) deben estar razonadas; b) deben comunicarse al interesado tan pronto como sea posible después de su ejecución; c) estarán en vigor únicamente durante el tiempo necesario para el aseguramiento de los bienes con vistas a un futuro decomiso; d) podrán ser recurridas ante un órgano jurisdiccional en cualquier momento anterior a la adopción de una resolución de decomiso. Por último, en el art. 8.2. *in fine* PD se prevé que los bienes embargados preventivamente que posteriormente no se decomisen deben ser reintegrados de inmediato a su propietario legítimo. No obstante, debe tenerse presente que esta garantía no siempre podrá ser respetada ya que entre las medidas de administración de los bienes embargados preventivamente previstas en el art. 10 PD, se contempla “la venta o transferencia de los bienes cuyo valor se pueda deteriorar”, con el fin de optimizar el valor económico de estos bienes (art. 10.2 PD).

Por lo que respecta a las garantías, el CESE ha insistido en la necesidad de prever, de acuerdo con los requisitos establecidos por las normas europeas en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, que la persona cuyos bienes hayan sido embargados pueda disponer de pleno derecho de la asistencia jurídica gratuita⁶⁷. Por otra parte, ha reclamado que se le reconozca a la persona procesada, los mismos derechos que al tercero afectado como depositario de los bienes, proponiendo una nueva redacción del apartado 1 del artículo 8 para evitar cualquier ambigüedad al respecto, en los siguientes términos: “Los Estados

los bienes con vistas a un futuro decomiso. Los Estados miembros deberán prever la posibilidad efectiva de que los interesados cuyos bienes se vean afectados recurran la resolución de embargo preventivo ante un órgano jurisdiccional en cualquier momento anterior a la adopción de una resolución de decomiso. Los bienes embargados preventivamente que no se decomisen posteriormente se reintegrarán de inmediato a su propietario legítimo”.

67 El derecho a la asistencia jurídica gratuita está reconocido tanto en el art. 47 CDFUE como en el art. 6 de la CEDH. El TEDH ha extendido el ámbito de aplicación de la asistencia jurídica gratuita a procedimientos de carácter civil.

miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas afectadas por las medidas establecidas en la presente directiva tengan derecho a una tutela judicial efectiva y puedan beneficiarse de pleno derecho de la asistencia jurídica gratuita. Todas las resoluciones judiciales de decomiso serán motivadas y se notificarán al interesado⁷⁶⁸.

Dada la importante afectación de derechos fundamentales que puede conllevar el embargo preventivo, la Comisión, con base en la jurisprudencia del TEDH y de la Carta de Derechos Fundamentales, nos recuerda que algunos derechos fundamentales no son absolutos, tal y como sucede con el derecho a la propiedad, pudiendo estar “legítimamente sujetos a restricciones, siempre que estas estén previstas por la ley y, de conformidad con el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de otras personas, como es el caso de la prevención de la delincuencia organizada”⁷⁶⁹.

La legitimidad de estas restricciones al derecho a la propiedad ha sido reconocida por el TJUE, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3^a, de 15 de noviembre de 2012⁷⁰, asuntos acumulados C-539/10 P y C550/10 P⁷¹, en los siguientes términos:

68 Esta última frase se correspondería, en cuanto al contenido, con lo dispuesto en la primera frase del apartado 3 del artículo 8 de la propuesta de Directiva, sustituyendo el CESE el término “razonadas” por “motivadas”. Dictamen, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartados 4.7.2. y 4.7.3.

69 Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, p. 14.

70 Sobre esta sentencia, vid. SIMON, D.: “Mesures restrictives”, *Europe* 2013 Janvier Comm. n° 1, pp. 14 y ss.

71 Stichting Al-Aqsa contra Consejo de la Unión Europea (C-539/10 P) y Reino de los Países Bajos contra Stichting Al-Aqsa (C-550/10 P). En los motivos segundo y cuarto, la recurrente alega que los actos litigiosos lesionan su derecho fundamental al pacífico disfrute de la propiedad vulnerando, de este modo, principios generales del Derecho comunitario, en particular, el principio de proporcionalidad, e infringiendo el artículo 6 UE y el artículo 1 del Primer Protocolo adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (apartado 114). La recurrente admite que

“121. Según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad no goza, en el Derecho de la Unión, de una protección absoluta. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de este derecho, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (véanse las sentencias de 30 de julio de 1996, *Bosphorus*, C-84/95, Rec. p. I-3953, apartado 21; *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, antes citada, apartado 355, y de 16 de noviembre de 2011, *Bank Melli Iran/Consejo*, C-548/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 89, 113 y 114)”.

Por otra parte, el TJUE nos recuerda en esta Sentencia que, según reiterada jurisprudencia⁷², el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho de la Unión, que “exige que los medios que aplica una disposición del Derecho de la Unión sean aptos para alcanzar el objetivo legítimo propuesto por la normativa de la que se trata y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo”⁷³. Para llevar a cabo el test de proporcionalidad, primero habrá de determinarse cuál es el interés legítimo propuesto por la normativa de la que se trata, para posteriormente valorar la aptitud de la medida para alcanzar ese fin y, en este caso que juzga el TJUE, no es otro que “luchar contra la financiación del terrorismo para mantener la paz y la seguridad

la congelación de fondos no incide en el contenido esencial del derecho de propiedad de las personas interesadas sobre sus activos financieros, sino que únicamente afecta a su utilización. No obstante, en el presente asunto, la injerencia derivada de los actos litigiosos resulta desproporcionada ya que, a juicio de la recurrente, había elegir entre diferentes medidas adecuadas para luchar contra la financiación del terrorismo, objetivo legítimo en sí mismo, y la medida seleccionada no es la menos restrictiva para el interesado (apartado 115).

72 Cfr. las sentencias de 12 de mayo de 2011, *Luxemburgo/Parlamento y Consejo*, C-176/09, Rec. p. I-0000, apartado 61, y de 13 de marzo de 2012, *Melli Bank/Consejo*, C-380/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 52 y jurisprudencia citada.

73 Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3ª, de 15 de noviembre de 2012, apartado 122.

internacionales y tampoco niega que la congelación de fondos es apta para la consecución de este fin⁷⁴. En el examen de necesidad, el TJUE cuestiona las medidas alternativas y menos restrictivas propuestas por la recurrente —como la obligación de justificar *a posteriori* el uso de los fondos o bien un sistema de autorización previa⁷⁵— al no permitir “alcanzar tan eficazmente el objetivo perseguido de luchar contra la financiación del terrorismo, habida cuenta de la posibilidad de eludir las restricciones impuestas⁷⁶, además de no estar prevista en las disposiciones aplicables una congelación parcial limitada a los activos relacionados con la financiación del terrorismo⁷⁷. También fue cuestionada por la recurrente la proporcionalidad de la medida de congelación de todos sus fondos, puesto que amenazaba incluso su existencia como donante a favor de organizaciones caritativas, así como el carácter desproporcionado de la misma por “la imprecisa y potencialmente ilimitada duración en el tiempo de las medidas en cuestión”, las cuales llevaban vigentes más de cuatro años. No obstante, el Tribunal considera esta medida proporcionada en atención a los siguientes motivos: a) en primer lugar, porque los artículos 5 y 6 del Reglamento n° 2580/2001 contemplan la posibilidad, por una parte, de autorizar la utilización de fondos congelados para hacer frente a gastos esenciales o cumplir

74 Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3ª, de 15 de noviembre de 2012, apartado 124.

75 A juicio de la recurrente, cabía elegir entre diferentes medidas adecuadas para luchar contra la financiación del terrorismo, no siendo la medida seleccionada por las autoridades competentes la menos restrictiva para su derecho a la propiedad. Cabe destacar que además de estas medidas que son a las que se refiere el Tribunal de Justicia en el apartado 125, la recurrente contemplaba otras medidas alternativas en sus alegaciones, (prohibirle la transferencia de fondos a determinadas organizaciones específicas, prohibirle únicamente prestar apoyo financiero a proyectos realizados en Palestina o permitirle transferir fondos a determinadas organizaciones humanitarias concretas) no contempladas por el Tribunal en este análisis sobre la alternativa menos gravosa pero de la misma eficacia.

76 Apartado 125.

77 Apartado 126.

determinados compromisos y, por otra parte, de conceder autorizaciones expresas que permitan la liberación de fondos, de activos o de otros recursos económicos (véase, por analogía, la sentencia Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, antes citada, apartado 364); b) en segundo lugar, en opinión del Tribunal de Justicia no se puede considerar que tiene una duración ilimitada, puesto que “este mantenimiento es objeto de una revisión periódica con el fin de garantizar que las personas y entidades que han dejado de reunir los requisitos para figurar en la lista controvertida sean excluidas de la misma”⁷⁸. De todo lo anterior, concluye el Tribunal, que “habida cuenta de la importancia crucial que la lucha contra el terrorismo tiene para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, las restricciones del derecho de propiedad de la recurrente provocadas por los actos litigiosos no resultan desproporcionadas en relación con los objetivos perseguidos”⁷⁹.

Pero no podemos obviar lo afirmado por el Abogado General en las conclusiones presentadas en este caso, el 6 de junio de 2012: “...a la vista de la gravedad de la injerencia en el derecho de propiedad, a la que se ven expuestos los afectados cuando sus activos son congelados únicamente en virtud de sospechas y de medidas de investigación dirigidas contra ellos, parece apropiado que, si una injerencia así está realmente justificada, se le apliquen requisitos muy exigentes⁸⁰ (apartado 70). Por lo tanto, para respetar debidamente el mandato de salvaguardar la propiedad, derivado de los derechos fundamentales, el Consejo debe examinar a conciencia si existe una decisión que justifique la congelación y si dicho requisito subsiste y, en caso de revocación de la decisión inicial, debe condicionar la permanencia del afectado en la lista a que exista una nueva decisión que también

78 Apartado 129.

79 Apartado 130.

80 Véase, sobre la relevancia del examen de proporcionalidad en caso de medidas restrictivas adoptadas a fin de impedir la proliferación nuclear, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2012, Melli Bank/Consejo (C-380/09 P, Rec. p. I-000), apartados 44 y ss.

justifique la congelación. En cambio, a diferencia del asunto C-27/09 P⁸¹, en el presente asunto no fue así⁸².

En el asunto C-27/09 al que se refiere el Abogado General, el Tribunal de Justicia (Gran Sala), recordó “que, en el caso de una decisión inicial de congelación de fondos, el Consejo no está obligado a comunicar previamente a la persona o entidad afectada los motivos que le llevan a incluir el nombre de dicha persona o entidad en la lista mencionada en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 2580/2001”⁸³. En efecto, por su propia naturaleza, y para no perder eficacia, tal medida debe disfrutar de un efecto sorpresa y aplicarse de inmediato. En tal caso, es suficiente, en principio, que la institución comunique los motivos a la persona o entidad afectada y le permita ejercer su derecho a ser oída al mismo tiempo que adopta esa decisión o inmediatamente después⁸⁴. En cambio, en el caso de una decisión de congelación de fondos posterior, que mantenga en la lista mencionada en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 2580/2001 el nombre de una persona o entidad que ya figuraba en ella, el efecto sorpresa ya no es necesario para garantizar la eficacia de la medida, de modo que, en principio, antes de que se adopte dicha decisión es preciso comunicar a la persona o entidad afectada las pruebas de cargo y darle la oportunidad de ser oída⁸⁵. Recuerda la Gran Sala del Tribunal de Justicia que en el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se consagra expresamente este derecho fundamental al respeto del derecho de defensa en los procedimientos previos a la adopción de una medida restrictiva de la índole de la Decisión controvertida⁸⁶. Y aunque se ha reconocido una excepción a este

81 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, República Francesa/ People’s Mojadehin Organization of Iran, (Rec. p. I-000), apartado 20.

82 Apartado 71.

83 Apartado 61.

84 Apartado 61.

85 Apartado 62.

86 Apartado 66.

derecho fundamental para las decisiones iniciales de congelación de fondos, tal excepción se justifica por la necesidad de garantizar la eficacia de las medidas de congelación de fondos y, en definitiva, por razones imperiosas relacionadas con la seguridad o con la gestión de las relaciones internacionales de la Unión y de sus Estados miembros⁸⁷.

Para finalizar este apartado, destacaremos que no solo el TJUE considera relevante el principio de proporcionalidad en este ámbito, sino que la importancia del mismo también ha sido puesta de manifiesto en Alemania por el BVerfG⁸⁸, aun cuando en la legislación procesal penal alemana no se contempla expresamente este principio en los §§ 111 b y ss. StPO.

E) Administración de bienes embargados preventivamente: artículo 10 PD y DF 4ª PrCP

En el art. 10 PD⁸⁹ se insta a los Estados miembros a prever las medidas necesarias para garantizar la correcta administración de los bienes embargados preventivamente de cara a su posible decomiso posterior, ofreciendo como ejemplo la creación de oficinas centrales nacionales o de mecanismos equivalentes.

La creación de Organismos de Gestión de Activos ya fue solicitada por el Consejo en las Conclusiones sobre el decomiso y la recuperación de activos, de 28 de mayo de 2010. En éstas se

87 Apartado 67.

88 En concreto, de especial relevancia es la Sentencia de 14 de junio de 2004 (BVerfGE StV 2004, 409, 410) en la que se pronuncia sobre el contenido de la medida de de embargo preventivo regulada en los parágrafos 111 d) y 111 f) StPO (“Dingliche Arrest”); así como las Sentencias de 5 de mayo de 2004 (BVerfGE NJW 2004, 2443, 2444) y de 19.1.2006 (BVerfGE NJW 2006, 1048). Vid. KEMPF/SCHILLING, *Vermögensabschöpfung...*, cit., pp. 107 y ss.; HANSEN, *Die Rückgewinnungshilfe...*, cit., pp. 31 y ss.

89 “Artículo 10. Administración de bienes embargados preventivamente. 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, como, por ejemplo, la creación de oficinas centrales nacionales o de mecanismos equivalentes, con objeto de garantizar la correcta administración de los bienes embargados preventivamente de cara a su posible decomiso posterior”.

instaba a los Estados miembros a estudiar formas de garantizar la conservación de activos a efectos de decomiso y la posibilidad de crear, si procediese, organismos de gestión de activos “con el fin de preservar los activos para el decomiso y velar por que dichos organismos cooperen de manera eficaz con los organismos de recuperación de activos”⁹⁰. Igualmente, se instaba a los Estados Miembros a intensificar la aplicación de la legislación vigente, y cuando procediese la modificación de la legislación con inclusión del rastreo oportuno y la custodia de efectivos⁹¹.

Y es que, como ha puesto de manifiesto el CESE, “las medidas de embargo preventivo y decomiso solo pueden aplicarse eficazmente si se basan en un sistema igualmente eficiente de identificación y seguimiento preventivo de los productos del delito, incluidos los que hayan sido blanqueados”⁹². En su opinión, en la identificación y el seguimiento preventivo de los productos de la delincuencia se requiere reforzar las prerrogativas de los organismos nacionales de recuperación de activos y de Eurojust⁹³.

Debe tenerse en cuenta que la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito de la localización e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, solo se requería la creación de Organismos con el fin de “facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades

90 Conclusiones del Consejo, p. 6.

91 Conclusiones del Consejo, p. 7.

92 Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 130, apartado 3.5.4.

93 Además, más allá de la necesaria coordinación y de los intercambios sistemáticos de información entre los organismos nacionales de recuperación de activos, considera necesario establecer a largo plazo una eventual centralización europea, ya sea mediante una estructura específica nueva o bien a través de Eurojust. Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, pp.128 y 130, apartados 1.3.1 y 3.5.7. El CESE es consciente de que esta centralización se enfrenta a sensibilidades nacionales delicadas, relacionadas con la puesta en común de determinadas bases de datos, si bien considera que debe ser un objetivo común a largo plazo, dado que la mera cooperación no basta para luchar eficazmente contra la delincuencia organizada.

delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso...”, sin que se contemplaran entre sus funciones la de la gestión de los bienes intervenidos, motivo por el cual tan solo algunos países han previsto que sus Organismos de Recuperación de Activos estén involucradas en la gestión de éstos⁹⁴. Ya señaló en su día en el seno de nuestra doctrina BLANCO CORDERO, que el reconocimiento de unas funciones tan limitadas podrían dificultar la recuperación de los activos, proponiendo la creación de “organismos de recuperación de activos de carácter integral, que cumplan funciones no sólo de localización e identificación de activos, sino también de gestión de los bienes embargados, de ejecución de las sentencias e incluso reparto (nacional o internacional)”⁹⁵.

Las Oficinas de Recuperación de Activos se crearon en España a través de la LO 5/2010, contemplándose las funciones de éstas en el art. 367 septies LECr en los siguientes términos: “localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal”⁹⁶.

94 Cfr. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, basado en el artículo 8 de la Decisión 2007/845/JHA, de 6 de diciembre de 2007, sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito de la localización e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, p. 8. En *Libro blanco de mejores prácticas en recuperación de activos*, Ministerio del Interior, Madrid, 2012, p. 298, se señala que es la Fiscalía la que se ocupa de esas tareas.

95 BLANCO CORDERO, “La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos”, *ReAIDP / e-RIAPL*, 2007, A-01:17.

96 España ha designado como Oficinas de Recuperación de Activos al Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado y la Fiscalía Especial Antidroga. El CICO, que depende del Ministerio el Interior, tiene carácter administrativo, en tanto que la Fiscalía Especial Antidroga, depende del Ministerio de Justicia y tiene carácter judicial. Aun cuando CICO es uno de los dos puntos de contacto españoles, en cumplimiento de la Decisión del Consejo 2007/845/JHA, hay dos oficinas de localización de activos que apoyan al CICO: a) Oficina de Localización de Activos (OLA) del Cuerpo Nacional de Policía; b) Unidad

Entre las novedades previstas en el Proyecto cabe destacar la creación de una Oficina de Gestión de Activos⁹⁷, facultándose al Gobierno para que, antes del 30 de junio de 2015, apruebe las disposiciones reglamentarias precisas para regular la estructura, organización, funcionamiento y actividad de la “Oficina de Gestión de bienes decomisados”⁹⁸ (DF 4ª PrCP). Esta oficina tendría encomendadas, entre otras, según se desprende de las modificaciones de la LECr previstas en el Proyecto 2013, y a la espera del desarrollo reglamentario, las siguientes tareas: a) solicitar la realización anticipada de los efectos judiciales en los

Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil. En realidad, el CICO actúa como intermediario y redistribuye las solicitudes de información entre esas dos oficinas, las cuales tienen a cargo la identificación y localización de activos. Después de obtenida la información, las respuestas se envían al CICO, el cual las remite al país solicitante. Cfr. sobre ello *Libro blanco de mejores...*, cit., pp. 297 y ss. Según JIMÉNEZ- VILLAREJO FERNÁNDEZ, F.: “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos” en *Revista Penal*, nº 34, (versión digital), p. 25, si bien habida cuenta que la Decisión Marco de 2007 establece «No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cada Estado miembro podrá crear o designar, con arreglo a su Derecho nacional, dos organismos de recuperación de activos», se estimó oportuno solicitar de la Fiscalía la designación de un punto de contacto, proponiéndose por parte de ésta la Fiscalía Antidroga como oficina de recuperación de activos en relación con la Decisión Marco de 2007, confirmándose esta designación en el documento 7811/09 CRIMORG 42 de 19 de marzo de 2009.

97 Se justifica esta reforma en los siguientes términos: “Asimismo, para mejorar la gestión de los activos intervenidos, se revisa la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se crea una Oficina de Gestión de Activos a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar, del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos. La reforma, pone fin al doble régimen de comiso (según se tratara de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza) que existía hasta ahora” (EM apartado X, BOCG, 4.10.2013, p.10). Sobre los distintos modelos de estas Oficinas vid. *Libro blanco de mejores...*, cit., págs 73 y ss.

98 Esta denominación no se corresponde con la utilizada en la Exposición de Motivos, en donde se refiere a ésta, de forma correcta, como la Oficina de Gestión de Activos, si como se expone en la EM a ésta le va a corresponder realizar las “actuaciones necesarias para gestionar, del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos” (y que aún no se han decomisado definitivamente) y así se desprende de la regulación prevista en los artículos 367 quáter y ss. LECr PrCP.

supuestos previstos en el art. 367 quáter 1 LECr (art. 367 quáter 2 LECr PrCP); b) solicitar la utilización provisional de los efectos judiciales (art. 367 seis 2 LECr PrCP); c) resolver conforme a lo previsto legal y reglamentariamente, sobre la adjudicación del uso de los efectos decomisados cautelarmente y sobre las medidas que deban ser adoptadas, teniendo que comunicar al Juez y al Ministerio Fiscal lo que haya acordado (art. 367 seis 3 LECr PrCP).

De lo dispuesto en el art. 367 siete LECr PrCP 2013 se deduce que el Gobierno se muestra partidario de mantener una Oficina para la Recuperación de Activos y crear otra para la Gestión de éstos. A la Oficina de Recuperación de Activos le correspondería “la localización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal”, según se desprende de lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 367 LECr en su redacción dada por el PrCP.

2. Utilización provisional de bienes intervenidos

El apartado 2 del art. 127 seis PrCP adelanta la previsión de la utilización provisional de los bienes aprehendidos o embargados a la Parte General del Código Penal⁹⁹. La utilización provisional

99 El contenido de este apartado ha variado considerablemente con respecto al previsto en el Anteproyecto de 2012, no presentando modificaciones respecto del AP 2013. Las modificaciones sufridas vienen motivadas por la desafortunada regulación de la utilización provisional prevista en el art. 127 sexies 2 AP 2012 en los siguientes términos: “2.- La autoridad judicial, cuando se trate de bienes o efectos procedentes de alguno de los delitos del artículo 127 bis.1, podrá autorizar que el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, policías autonómicas o el Servicio de Vigilancia Aduanera. En este caso, corresponderá a las administraciones de las que dependan resolver sobre la utilización final de los bienes decomisados cautelarmente y sobre las medidas de conservación que deban ser adoptadas conforme a lo que se disponga legal y reglamentariamente, e informarán al Juez o Tribunal y al Fiscal de lo acordado”. Se mostraron críticos con esta previsión, el CGPJ, Informe CGPJ, p. 146; MANZANARES SAMANIEGO, “Comentarios a la reforma...”, *Diario La Ley* n° 8003, 17.01.2013, p. 1276, para quien la única explicación plausible de esta previsión era “la penuria

no constituye ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose su regulación dispersa en varias normas: en la regla 3ª del art. 374.1 CP¹⁰⁰; en el art. 6.3 LRC; y en el art. 367 septies LECr. En tanto que en el primero de estos preceptos se regula la utilización provisional del objeto intervenido en los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales con éstos relacionados; el segundo, regula dicha utilización en los delitos de contrabando; el tercero, contempla la utilización provisional de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal¹⁰¹.

de medios que padecen determinados servicios públicos en los aledaños de la Administración de Justicia”; y PUENTE ABA, “Comiso en materia”, en *Estudio crítico sobre...*, p. 917.

- 100 Además de las previsiones legales sobre la utilización provisional, en la Instrucción 6/2007 de la FGE, p. 2, se reconoce que ante la insuficiencia de las soluciones legales en materia de tráfico de drogas, se había seguido acudiendo “a diversas soluciones no expresamente reguladas. La entrega del bien decomisado para su conservación a su titular —imputado o tercero—, ha sido una práctica utilizada, aunque en algún caso ha derivado en su posterior incautación en relación con una nueva implicación de éste en hechos de similares características a los que determinaron su inicial decomiso. También se han arbitrado otras soluciones, como la autorización de la utilización de ciertos bienes por entidades dedicadas a fines sociales, que asumen la responsabilidad de su conservación”. La entrega del bien intervenido (preferimos esta denominación puesto que aún no es un bien decomisado como erróneamente afirma el CP y la FGE), al presunto responsable está prevista en el art. 6.2 LORC en los siguientes términos: “2. La autoridad judicial, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables, podrá designar a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso, de la garantía que se establezca”.
- 101 El párrafo tercero del art. 367 septies LECr generaliza la posibilidad de uso de los bienes intervenidos o decomisados por parte de la Policía Judicial, a todas las tareas de investigación que le competen, pero con la limitación de que deberán estar referidas a la criminalidad organizada. El uso de los objetos intervenidos se limita temporalmente a la duración del procedimiento, requiriendo previa autorización judicial y que se garantice su conservación. Dicha utilización se atribuye a la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, a cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada.

En las tres normas se contempla en parecidos términos la posibilidad de que la autoridad judicial autorice la utilización del objeto intervenido, pero cabe destacar algunas diferencias:

a) Cuando se prevé la utilización provisional en el apartado 3 del artículo 6 LRC, no se exige que el Juez o Tribunal adopte esta decisión con las debidas garantías para su conservación, a diferencia de lo previsto en el art. 374.1.3^a CP y en el art. 367 3^o párrafo septies de la LECr, aun cuando ello no es ningún obstáculo insalvable para reclamar la adopción de las mismas. No entendemos por qué el legislador ha desaprovechado la reforma de la LORC a través de la LO 6/2011 para incluir esta exigencia, ya que con la adopción de las debidas garantías para su conservación se respetarán en mayor medida los derechos del titular de los bienes.

b) A diferencia de lo dispuesto en los arts. 374.1.3^a CP y art. 367 septies 3^o párrafo LECr, en el art. 6.3 LRC no se limita la utilización provisional a los bienes de lícito comercio¹⁰² aun cuando su ámbito de aplicación se reduce a los bienes no monopolizados¹⁰³.

c) Varían los destinatarios de esta autorización provisional: en el art. 374.1.3^a CP es la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas; en el art. 6.3 LRC, son las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando; en el art. 367 septies 3^o LECr esa autorización se puede conceder provisionalmente a la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, a cualquier otra unidad de la Policía Judicial en-

102 Esta limitación de la utilización provisional a bienes de lícito comercio prevista en el CP y en la LECr, excluye el uso de parte de los bienes susceptibles de circulación o entrega vigilada, según se desprende de lo previsto en el art. 263 bis LECr, cuya redacción fue modificada a través de la LO 5/2010 para incluir una referencia al art. 399 bis LECr y así abarcar más objetos.

103 Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., p. 189. En opinión de FARALDO CABANA, “Comentario al artículo 6 LORC”, en *Comentarios a la legislación...*, cit., p. 162, el “uso debería limitarse, por razones obvias, a los bienes o efectos no fungibles cuya utilidad funcional sea objetivamente idónea para coadyuvar o facilitar la lucha policial contra el contrabando”.

cargada de la represión de la criminalidad organizada. Nos llama la atención que en este último precepto el legislador se refiera a las autoridades encargadas de la represión de la “criminalidad organizada” puesto que en nuestro Código Penal no encontramos una definición de “criminalidad organizada”. En nuestra opinión, hubiese sido más conveniente que el legislador hubiese utilizado la misma expresión que utiliza en el párrafo siguiente cuando regula el destino definitivo: “encargados de la represión de las actividades de organizaciones criminales”.

Por ello nos parecen muy oportunas y convenientes algunas de las modificaciones previstas en relación con la utilización provisional en el Proyecto. Sobre todo, las modificaciones de la LECr que consisten en suprimir el párrafo 3 del art. 367 septies LECr y regular con carácter general la utilización provisional en el art. 367 seis LECr en la redacción prevista en el Proyecto¹⁰⁴. En cuanto a la previsión contemplada en este apartado 2 del art. 127 seis PrCP¹⁰⁵, una vez más nos preguntamos ¿qué aporta?

104 En el Proyecto se prevé la sustitución del contenido actual del art. 367 sexies, quedando redactado del siguiente modo: “Artículo. 367 seis: “1. Podrá autorizarse la utilización provisional de los bienes o efectos decomisados cautelarmente en los siguientes casos: a) Cuando concurren las circunstancias expresadas en las letras b) a f) del número 1 del artículo 367 quáter, y la utilización de los efectos permita a la administración un aprovechamiento de su valor mayor que con la realización anticipada, o no se considere precedente la realización anticipada de los mismos. b) Cuando se trate de efectos especialmente idóneos para la prestación de un servicio público. 2. Cuando concorra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la oficina de gestión de bienes decomisados, y previa audiencia del interesado, autorizará la utilización provisional de los efectos judiciales, salvo que concorra alguna de las circunstancias expresadas en el párrafo II del número 2 del artículo 367 quáter. El abogado del Estado podrá recurrir la decisión adoptada aun que no esté personado en el procedimiento. 3. Corresponderá a la oficina de gestión de bienes decomisados 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 oficina informará al Juez o Tribunal, y al Fiscal, de lo que hubiera acordado”.

105 “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”.

¿Por qué se ubica en el Código Penal?¹⁰⁶ Los Jueces y Tribunales saben perfectamente que deben resolver conforme a lo dispuesto en la LECr.

3. Enajenación anticipada

La venta o transferencia de bienes cuyo valor pueda deteriorarse o realización anticipada de los bienes embargados contemplada en el art. 10.2 de la Propuesta de Directiva¹⁰⁷, como forma de optimizar el valor económico de los bienes embargados preventivamente, ya se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico si bien, una vez más, se regula de forma diversa en varias normas. La regulación general de la realización anticipada la encontramos en los arts. 367 quáter y quinquies LECr, en tanto que la regulación especial de la enajenación anticipada para los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales procedentes de éstos y para los delitos de contrabando está prevista, respectivamente, en el art. 374.2 CP y en el art. 7 LORC.

El propio legislador es consciente de la duplicidad de la regulación de la enajenación anticipada, como lo demuestra el hecho de que en el art. 367 seis LECr se vea obligado a resolver los posibles problemas de concurso de normas haciéndolo a favor de las normas especiales¹⁰⁸, es decir, a favor del art. 374.2 CP¹⁰⁹ o del art. 7 de la LORC¹¹⁰, con lo perjudicial que puede llegar

106 PUENTE ABA, “Comiso en materia”, en *Estudio crítico sobre...cit.*, p. 918, por el contrario, considera que sería más adecuado que la previsión del art. 127 sexies 2 AP se incluyese simultáneamente en el CP y en la LECr.

107 “2. Los Estados miembros velarán por que las medidas contempladas en el apartado 1 optimicen el valor económico de esos bienes, e incluirán la venta o transferencia de los bienes cuyo valor se pueda deteriorar”.

108 “Lo expresado en el art. 338 y en este capítulo se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y en su normativa de desarrollo”.

109 En opinión de la FGE, Instrucción n° 6/2007, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia, de 18 de diciembre de 2007, p. 11, la interpretación teleológica del art. 374.2 CP aboca necesariamente a exten-

a ser por las diferencias que existen entre ellos. En concreto, en tanto que en el art. 374.2 CP se prevé que la venta anticipada se puede realizar “sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia”; en el art. 367 quáter LECr, al igual que en el art. 7 LORC, se permite la realización de los efectos judiciales “sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo”. Esta divergencia se ha intentado salvar por un sector de la doctrina¹¹¹ y por la propia FGE mediante una “interpretación” de lo dispuesto en el art. 374.2 CP. Lo cierto es que aunque la FGE ha llevado a cabo una “interpretación teleológica” y una “interpretación sistemática”¹¹² de la cláusula prevista en el art. 374.2 CP, que le lleva

der la posibilidad de la enajenación a cualquier periodo anterior a dictarse sentencia, incluido el periodo de instrucción del proceso penal, pues de no ser así, no hubiera hecho falta la modificación del art. 374.2 CP. En nuestra opinión, de ser así el legislador hubiese redactado en otros términos el art. 367 sexies LECr o hubiese suprimido el art. 374.2 CP.

- 110 No obstante, FARALDO CABANA, “Comentario al artículo 5 LORC”, en *Comentarios a la legislación...*, cit., p. 155, a pesar de que la enajenación anticipada está regulada expresamente en el art. 7 LORC para los delitos de contrabando, incluso en más supuestos que los previstos en el art. 374.2 CP puesto que no hace falta esperar al “pronunciamiento o firmeza del fallo”, afirma: “Si se trata de objetos relacionados con el tráfico de drogas se aplica subsidiariamente lo previsto en el art. 374 CP. De esta forma, siendo de lícito comercio podrán ser enajenados, sin esperar al pronunciamiento de firmeza de sentencia en los siguientes casos... (art. 374.2 CP)”. En nuestra opinión, esta aplicación supletoria no es posible pues estando regulada la enajenación anticipada en el art. 7 LORC habrá que aplicar éste precepto y, subsidiariamente, la normas generales sobre realización anticipada de los efectos previstas en los arts. 367 quáter y quinquies LECr.
- 111 Así, MORALES GARCÍA, en *Comentarios a la Parte...*, p. 1532, sostiene que “La referencia a la firmeza no debe tomarse en su literalidad, de modo que el art. 374.2 CP no está limitando la posibilidad de enajenación anticipada al tiempo que transcurre entre la Sentencia y su firmeza, tras la ventilación de los recursos ordinarios. Por el contrario, en la medida en que las circunstancias que habilitan la enajenación anticipada pueden concurrir desde las primeras diligencias, será factible la venta anticipada desde dicho momento”. SEQUEROS SAZATONIL, “Artículo 374” en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1440, también considera que se pueden enajenar “sin esperar a que el procedimiento concluya por sentencia”. En contra, entre otros, MANJÓN-CABEZA OLMEDO, *Derecho penal español...*, cit., p. 1362.
- 112 A la misma solución conduciría, en opinión de la FGE, p. 11, la interpretación sistemática de esta norma, por cuanto se encuentra en concordancia

a “extender la posibilidad de la enajenación a cualquier período anterior a dictarse sentencia, incluido el período de instrucción del proceso penal”, el propio legislador, a pesar de ser consciente de los problemas que la redacción de la misma habían generado desde su inclusión, ni modificó la redacción del art. 374.2 CP a través de la LO 5/2010 ni menos aún la suprimió¹¹³. Es más, como acabamos de ver, el legislador resuelve la posible contradicción entre el art. 367 quáter LECr y el 374.2 CP a favor de este último por lo que, a pesar de la “buena voluntad” de la FGE, no podemos sino manifestarnos en contra de lo que en la Instrucción denomina “interpretación” y nosotros consideramos “analogía *in malam partem*”¹¹⁴. En realidad, esta forma de actuar al margen del tenor literal de la ley, a través de “interpretaciones más amplias” con el fin de mejorar la eficacia, no es algo nuevo en la represión del tráfico de drogas¹¹⁵.

Por otra parte, ambas regulaciones de enajenación anticipada, la general y la especial, se diferencian por el número de supuestos en los que se puede proceder a la enajenación anticipada ya que en el art. 367 quáter LECr se contempla en más casos que en el art. 374.2 CP y en el art. 7 LORC¹¹⁶. Por ello, en la

con la nueva legislación sobre la materia, así como con otras disposiciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad: el art. 5 del Real Decreto 2783/76 y el art. 7.1.b) de la LO 12/95, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

- 113 Este problema no se plantea en los delitos de contrabando porque en el art. 7 LORC, al igual que en la LECr, también se prevé la enajenación anticipada “sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo”.
- 114 PUENTE ABA, “Comiso en materia”, en *Estudio crítico sobre...*p. 917, expresa sus reparos sobre la posibilidad de disposición de un bien, en el marco de un procedimiento penal, sin esperar a la firmeza del fallo, ya que pertenecen a un sujeto “cuya presunción de inocencia, y por lo tanto la presunción de licitud de los bienes y su origen, todavía no ha sido desvirtuada.
- 115 Antes de que se regulase legalmente el denominado decomiso ampliado, ya era una práctica habitual de los Tribunales que estaba incluso prevista en un Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reunida en Pleno de fecha 5 de octubre de 1998.
- 116 En concreto, cuando son perecederos (art. 367 quáter. 1.a) LECr); los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí (art. 367 quáter. 1.c) LECr) y cuando, debidamente requerido el propietario sobre el

Instrucción de la FGE 6/2007 se concluye que cuando concurren las circunstancias del art. 367 quáter LECr, el artículo 374 CP y demás disposiciones concordantes permiten la venta en cualquier fase del proceso penal de los bienes intervenidos en causas tramitadas por tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales.

Consciente de los problemas que han surgido con la regulación actual, en el Proyecto se evita esta doble regulación de la enajenación anticipada a través de la supresión del art. 374.2 CP, remitiendo el art. 127 seis 2 PrCP a lo dispuesto en el LECr. No obstante, no consideramos ni oportuno ni necesario, aun cuando nos parezca muy acertada la unificación de la regulación, incluir en el CP esta previsión que no hace más que recordar que el Juez o Tribunal resolverá sobre la enajenación anticipada conforme a la LECr, es decir, conforme a lo previsto en los artículos 367 quáter y quinquies LECr en la redacción dada por el Proyecto, ya que en él se prevé la modificación del número 2 del art. 367 quáter y del número 3 del art. 367 quinquies LECr.

Por lo que respecta a las modificaciones previstas en el Proyecto en relación con el número 2 del art. 367 quáter LECr, se pueden destacar las siguientes diferencias con respecto a la regulación actual: a) en el Proyecto se prevé la realización anticipada con carácter imperativo, con independencia de quién la solicite; en el actual art. 367 quáter LECr se prevé con carácter imperativo cuando la soliciten el Ministerio Fiscal o el Abogado del Estado y con carácter facultativo cuando la soliciten las partes; b) en el Proyecto se opta por enumerar las circunstancias en las cuales no procede la enajenación anticipada, mientras que en la regulación actual no se enumeran las causas sino que se deja al arbitrio del Juez, quien puede no acordarla en los casos en los que “aprecie motivadamente que la petición es infundada o que, de acceder a ella, se causarán perjuicios irreparables”¹¹⁷.

destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna (art. 367 quáter. 1.f) LECr).

117 En el Proyecto no se prevé que las partes puedan solicitar la realización anticipada. Ésta tendrá lugar de oficio, o a instancia del MF o de la Oficina de

Por último, en la redacción dada al art. 367 quinquies 3 LECr por el Proyecto se prescinde de la actual regulación de la realización de los efectos judiciales, previéndose la realización de los mismos conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente.

4. Destino de lo decomisado

4. 1. Regulación legal: dispersión normativa del destino de lo decomisado

Actualmente, la regulación general del destino de lo decomisado se contempla en el apartado 5 del art. 127 CP, en unos términos que son los únicos que hasta ahora han permanecido inalterados desde la aprobación del Código penal de 1995¹¹⁸. No obstante, en el Proyecto se prevé un cambio importante de la regulación del destino de lo decomisado por resolución firme ya que no se hace depender del criterio actual (lícito o ilícito comercio), sino que se prevé su adjudicación al Estado salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, correspondiéndole al Estado darle el destino que se disponga legal o reglamentariamente” (art. 127 seis 3 PrCP). Aun cuando en el art. 127 CP no se aclara el contenido del comiso¹¹⁹, tradicional-

gestión de bienes decomisados. En el considerando (9) de la DM 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, se afirma que “... deben preservarse los derechos que asistan a las partes y a los interesados de buena fe. En este contexto, se debe considerar adecuadamente la necesidad de evitar que prosperen las demandas fraudulentas presentadas por personas físicas o jurídicas”.

- 118 En la redacción original este artículo constaba de un solo apartado y el destino se regulaba al final del mismo; tras la reforma del art. 127 a través de la LO 15/2003, esta cláusula se contempló en el apartado 4 del art. 127, y en la actualidad, tras la LO 5/2010, está prevista en el apartado 5.
- 119 En el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del Código Penal de 2003, p. 52, el CGPJ señaló que hubiese sido deseable que en el art. 127 CP se dispusiera que cuando un objeto sea decomisado se transmitirá al Estado, desde la firmeza de la resolución, la propiedad sobre la cosa o el derecho de que se trate, al igual que ocurre con el comiso reglado en el art. 374 CP. En el art. 2 (6) PD se define el “decomiso” como “la pena o medida

mente se ha venido entendiendo que éste implica la pérdida del dominio como efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo, lo cual queda confirmado, en parte, por lo previsto en el apartado 3 del art. 127 seis PrCP, en el que por primera vez se aclara en la regulación general del comiso, que lo decomisado será adjudicado al Estado¹²⁰ a quien le corresponde darle el destino que se disponga legal o reglamentariamente, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas¹²¹.

ordenada por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una infracción penal, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes”, en términos muy parecidos a como se que se ha venido definiendo en las Convenciones de Naciones Unidas. En el art. 2. g) Convención de Palermo, también se define como pérdida definitiva: “Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”, al igual que en el art. 1.f) de las Convención de Viena de 1988. En el art. 5.6 LORC, también se prevé la adjudicación al Estado. En el art. 3.1. de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso se aclara qué se entenderá por “resolución de decomiso”, definiendo la misma como “la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes”.

120 Como veíamos anteriormente, en su Informe sobre el AP 2012, el Consejo Fiscal, p 121, considera que se debería determinar de forma “más explícita y categórica que “serán adjudicados íntegramente al Estado”, para evitar que sean utilizados para el abono de las costas procesales. No creemos que sea necesario puesto que la única salvedad que se prevé es el pago de indemnizaciones a las víctimas. La expresión “serán adjudicados íntegramente al Estado” la reserva el legislador, y los redactores del Proyecto, para regular el destino de lo decomisado en virtud del art. 374 CP, que no puede ser destinado a satisfacer las responsabilidades penales ni las costas procesales. Ni en el art. 5.6 LORC se utiliza esa expresión de “adjudicación íntegra al Estado”. Sobre la polémica que existe en la doctrina portuguesa sobre la utilización de la expresión “perda de bens a favor do Estado”, vid. CAEIRO, “Sentido e função...”, *RBCCrim*, n° 100, janeiro-fevereiro 2013, pp. 456 y 457, en especial, n.p.p. 2. En opinión de este autor las expresiones “perda de bens a favor do Estado” y “confisco” expresan adecuadamente la misma noción y por eso se pueden utilizar indistintamente, si bien la doctrina se encuentra dividida.

121 Cabe destacar la sustitución de la referencia a las “responsabilidades civiles del penado” por la del “pago de indemnizaciones a las víctimas”, ya que tras la nueva regulación del comiso y la inclusión del decomiso de terceros no siempre se puede hablar de “penado”.

Actualmente existen varias disposiciones legales en las que se contempla un destino distinto al de la satisfacción de las responsabilidades civiles del penado. En concreto, en relación con los delitos de los que nos estamos ocupando en este trabajo, debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 374.4 CP (art. 374.2ª regla PrCP), en el art. 6 LORC y en el art. 367 septies párrafo 4 LECr. Puesto que del destino previsto actualmente en el art. 374.4 CP y de la regulación contemplada en el art. 374.2ª PrCP ya nos hemos ocupado, nos centraremos, aunque sea brevemente por razones de espacio, en las otras disposiciones.

a) Art. 5.6 LORC: Destino de lo decomisado en los delitos de contrabando de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de precursores

Tratándose de delitos de contrabando, el destino de los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se encuentra regulado en el apartado 6 del art. 5 LORC¹²². La última modificación de la regulación de la “pena de comiso”¹²³ contemplada en el art. 5 LORC, a través de la LO 6/2011, de 2 de julio, no ha afectado al destino de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas¹²⁴ tipificados en el artículo 2.3 a) de

122 Antes de la citada reforma, el destino estaba regulado en el art. 5. 3 LO 12/1995 en los siguientes términos: “Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado”.

123 Increíblemente el legislador se sigue refiriendo al comiso como “pena accesoria” en el art. 5.1. c) LORC, incluso tras su reforma a través de la LO 6/2011, a pesar de que mediante ésta se incluyó el comiso sin condena penal por extinción o extinción de la responsabilidad criminal. A pesar de esta “trasnochada caracterización”, como es calificada por FARALDO CABANA, “Comentario al artículo 5 LORC”, en *Comentarios a la legislación...*, cit., p. 148, cabe considerar que estamos ante una consecuencia accesoria, dado el carácter supletorio del Código Penal expresamente consagrado en la DF 1ª LO 12/1995. Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., p. 179.

124 En la Disposición Adicional Tercera de la Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas se dispone: “Al importe de las multas y

la Ley de Represión del Contrabando, si bien se ha incluido una aclaración sobre el mismo, ya que en realidad el legislador no hace más que remitirnos a la normativa aplicable en estos casos, es decir, a la Ley 17/2003¹²⁵: la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c)¹²⁶ de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo¹²⁷. En virtud de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley 17/2003, es la Mesa de coordinación de adjudicaciones, integrada, entre otros, por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre drogas¹²⁸, la que tiene competencias

de las ganancias decomisadas, acordadas en la resolución sancionadora, se les dará el destino previsto en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados”. En esta ley se tipifican las infracciones administrativas en materia de precursores de drogas siendo el comiso una de las sanciones en ella previstas (art. 19 L).

- 125 Recordemos que esta Ley amplió de forma expresa el ámbito de los bienes decomisados que se integran en el fondo, al permitir que los bienes, efectos e instrumentos decomisados por el delito de contrabando, cuando el objeto de éste sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sustancias catalogadas como precursores, pasen a formar parte también del fondo, teniendo en cuenta para ello que el artículo 5.6 de la Ley Orgánica 12/1995, de Represión del Contrabando, impone la adjudicación al Estado de tales bienes, efectos e instrumentos.
- 126 No entendemos por qué no se ha hecho referencia también a lo dispuesto en la letra b) del presente artículo puesto que en la misma es realmente donde se contiene una referencia al destino: “de los bienes de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2 y 4 de esta ley y en su normativa reglamentaria de desarrollo”.
- 127 RD 864/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba el Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de droga y otros delitos relacionados.
- 128 En virtud de lo dispuesto en el art. 7 del RD Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, le corresponden, en particular, las siguientes funciones específicas: “ñ) Administrar, gestionar y enajenar, bajo la dirección y supervisión de la mesa de coordinación de adjudicaciones, los bienes integrados en el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, regulado por la Ley 17/2003, de 29 de

para gestionar el Fondo de bienes procedentes del tráfico de drogas y otros delitos relacionados¹²⁹, y puede, una vez que se han adjudicado al Estado, adscribir definitivamente a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, policías autonómicas, Departamento de Aduanas e Impuestos especiales de la Agencia estatal de Administración Tributaria los bienes, efectos e instrumentos que hayan sido por éstos provisionalmente utilizados de conformidad con lo dispuesto en los art. 6.3 LORC¹³⁰. La

-
- mayo, y prestar apoyo técnico y material a dicha mesa. o) Colaborar con los órganos judiciales competentes en la enajenación anticipada de los bienes de lícito comercio aprehendidos o incautados por la comisión de cualquiera de los delitos referidos en el artículo 1 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo”.
- 129 El producto de estos bienes está destinado a intensificar las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión estos delitos, prevención de toxicomanías, asistencia e inserción social y laboral de drogodependientes y cooperación internacional en la materia, siendo beneficiarios de las cantidades integrantes del Fondo las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, Organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, otros organismos o entidades públicas de la Administración General del Estado, los organismos internacionales con competencias en la materia, y las entidades supranacionales y gobiernos de otros Estados extranjeros.
- 130 En el art. 8 LORC se prevé la adscripción definitiva de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos que no sean enajenables a las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando, de acuerdo con lo previsto en la legislación específica aplicable a esta materia, es decir, de acuerdo con lo previsto en la Ley 17/2003 y en su normativa reglamentaria de desarrollo. No obstante, FARALDO CABANA, “Comentario al artículo 8 LORC”, en *Comentarios a la legislación...*, cit., p. 167, considera que en este artículo 8 LORC se regula el uso “necesariamente provisional, pues se trata de la medida cautelar y no de la pena de comiso”. En nuestra opinión, ese uso provisional está regulado en el art. 6.3 LORC destinándose este art. 8 LORC a regular el destino definitivo, una vez se ha adjudicado al Estado el objeto de la “pena” de comiso en virtud de lo dispuesto en el art. 5.6 LORC. No tendría sentido contemplar una doble regulación del uso provisional en la LORC. Además la terminología que utiliza el legislador en las rúbricas de los artículos es distinta: mientras que en el art. 6 se regula la “Intervención de bienes no monopolizados”; en el art. 8 se prevé la “Adscripción de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos”. Por otra parte, en el art. 3.2

titularidad de dichos bienes seguirá siendo del Estado, en virtud de lo dispuesto en el art. 3.2. *in fine* Ley 17/2003.

b) Art. 367 septies párrafo 4 LECr: destino de los bienes definitivamente decomisados procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal

Por lo que respecta al art. 367 septies párrafo 4 LECr, en él se prevé un cambio relevante del destino de los productos obtenidos de la venta de los bienes de lícito comercio decomisados procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal, al señalarse que:

“El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a los que se refiere este apartado podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales”.

A través de este precepto, el legislador está modificando el destino del producto obtenido de la venta de los bienes de lícito comercio, destino que en virtud de lo dispuesto en el art. 127.5 CP no es otro que la satisfacción de las responsabilidades civiles del penado¹³¹, a no ser que la ley prevea otra cosa. De manera que

Ley 17/2003, se prevé esta adscripción definitiva. En realidad, la pervivencia de este artículo 8 LORC no tiene sentido tras la aprobación de la Ley 17/2003. Tenía sentido cuando aún estaba vigente la Ley 36/1995, de 11 de diciembre sobre la creación de un fondo procedente de delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados, puesto que en ella tan solo se preveía la adscripción definitiva de lo decomisado de conformidad con lo “dispuesto en el apartado 2 del artículo 344 bis, e) del Código Penal” y no lo decomisado en virtud de lo dispuesto en el art. 5 LORC, siempre que hubiesen sido utilizados provisionalmente por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o por el Servicio de Vigilancia Aduanera, pudiendo quedar definitivamente adscritos a los mismos al ser adjudicados al Estado.

131 En la CFGE 4/2010, p. 36, se insta a los miembros del Ministerio Fiscal a que realicen todas las diligencias necesarias para evitar que las responsabilidades

cuando se trate del producto de la realización de “efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal”, el destino podrá ser otro distinto al de la satisfacción de la responsabilidad civil.

Puesto que en el art. 367 septies párrafo 4 LECr se prevé que la adjudicación de dicho producto puede ser total o parcial, no descartamos que en aquellos supuestos en los que la actividad delictiva haya generado responsabilidad civil, se prevea reglamentariamente que se debe destinar parte del producto a la satisfacción de las víctimas. Bien es cierto que en muchas ocasiones en algunas actividades delictivas de las organizaciones criminales no se generan responsabilidades civiles, pero en muchas otras sí. En el Dictamen del CESE sobre “La participación de la sociedad civil

civiles sean satisfechas con fondos procedentes de la actividad criminal, siempre que sea posible hacerla efectiva con los bienes del responsable civil, de manera que únicamente cuando éstos no sean suficientes se podría aplicar el producto de los bienes decomisados al pago de dichas responsabilidades. En relación con lo dispuesto en el actual art. 127. 5 CP, señala: “Esta disposición, inspirada en la protección de las víctimas, podría interpretarse en el sentido de que en determinados supuestos el autor de la infracción penal resulte beneficiado de la venta de los bienes decomisados, cuando los mismos se empleen para resarcir a las víctimas del delito, lo que liberará a aquél de indemnizarles con cargo a su patrimonio de origen lícito. Sin embargo, el tenor de dicho precepto no obsta para la aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad civil *ex delicto* contenida en el art. 116 y siguientes del Código Penal; por lo cual, cuando se produzcan estas situaciones, los Sres. Fiscales estarán especialmente vigilantes de su cumplimiento en los términos expresados en el apartado 1.1 de la presente Circular, realizando todas las diligencias indicadas para evitar que las responsabilidades civiles sean satisfechas con fondos procedentes de la actividad criminal siempre que sea posible hacerla efectiva con los bienes del/los responsable/s civil/es, y, por tanto, solamente cuando estos no sean bastantes, se podrá aplicar el producto de los bienes decomisados al pago de dichas responsabilidades civiles”. Como reconoce la FGE cuando afirma “podría interpretarse”, esta no es la única interpretación posible. En el seno de la dogmática alemana el debate se centra en la relación entre el proceso de insolvencia y las medidas procesales penales de aseguramiento del comiso previstas en la StPO, vid. HANSEN, *Die Rückgewinnungshilfe. Die Vermögensabschöpfung gemäß §§ 111b StPO zugunsten der Geschädigten unter besonderer Berücksichtigung des Sapannungsverhältnisses zwischen Strafprozess- und Insolvenzrecht in der Insolvenz des Täters*, Baden-Baden, 2013, pp. 193 y ss.

en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo”, se afirma que no podemos olvidar a otras víctimas (distintas a las del terrorismo) que son menos conocidas por la repercusión mediática que tiene su situación, como son las víctimas de las organizaciones criminales que atentan contra derechos humanos en la misma medida que las organizaciones terroristas. Piénsese en las víctimas de extorsión, robo, droga, tráfico de seres humanos¹³², prostitución y trata de mujeres, explotación sexual infantil o en las víctimas de la explotación laboral ilegal¹³³.

Por último, cabe destacar que en la redacción dada al art. 367 septies LECr por el Proyecto, no se prevé ninguna disposición de este contenido debiéndose estar a lo dispuesto en el art. 127 seis 3 PrCP, con lo que se evita la duplicidad de regulación del destino.

c) Destino de lo decomisado cuando se ejecutan resoluciones de comiso dictadas por autoridades extranjeras

Debe tenerse presente que en la Disposición Final 3ª PrCP, dedicada a la ejecución de resoluciones de comiso dictadas por autoridades extranjeras, se han previsto las normas que se deben tener en cuenta por los Jueces y Tribunales españoles para llevar a cabo el reparto de los bienes decomisados, modificándose a través de la misma la regulación de la disposición de los bienes

132 En concreto, el artículo 17 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, dispone: “Indemnización a las víctimas. Los Estados miembros garantizarán que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso a los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente”.

133 Dictamen del CESE de 13 de septiembre de 2006, “La participación de la sociedad civil en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo” (DOUE C 318, de 23/12/ 2006), p. 153, apartado 8.6. Incluso se insta a las aseguradoras y mutuas a que adquieran nuevos compromisos e incluyan en sus pólizas fórmulas que permitan una mayor cobertura de las víctimas (apartado 8.7).

decomisados contemplada en el art. 24 de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, artículo cuya derogación está prevista en el apartado 4 de la Disposición Derogatoria Única del Proyecto. A través de la DF 3ª se modificaría no solo el régimen de gastos (art. 24.4 L 4/2010) sino también el destino de lo decomisado (art. 24.2 Ley 4/2010¹³⁴). El destino de lo decomisado dependerá del valor: a) en tanto que el valor de los bienes decomisados en virtud del apartado 1 (valor inferior a 10.000 euros, descontados los gastos) “se adjudicarán íntegramente al Estado español, y se les dará el destino que se determine legal o reglamentariamente” (DF 3ª apartado 1 PrPC); b) en los otros casos, “el resto de los bienes, valores y efectos decomisados serán adjudicados al Estado español, que les dará el destino que se determine legal o reglamentariamente” (DF 3ª apartado 2 PrCP). No obstante, esto solo será aplicable “en defecto de acuerdo entre el Reino de España y el Estado requirente” (DF 3ª apartado 3 PrCP).

4.2. Reutilización con fines sociales: recomendaciones internacionales sobre el destino de lo decomisado

El destino previsto en la legislación española para los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, está en consonancia con las recomendaciones que se están formulando en la Unión Europea. No obstante, estas recomendaciones deberían ser tenidas en cuenta por el legislador español al

134 En el que se dispone que: “La enajenación de los bienes se realizará de acuerdo con la legislación española, observándose, cuando proceda, lo previsto por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando y su normativa de desarrollo”. Aun cuando en este artículo solo se hace referencia expresa a la legislación especial del contrabando, en la Exposición de Motivos también se refiere a los delitos de tráfico de drogas, en los siguientes términos: “La ley finaliza con la regulación de la disposición de los bienes decomisados en España, ya sean dinero u otro tipo de bienes. Un régimen que no desplaza la aplicación de aquellas normas especiales ya existentes, tales como las que se aplican al contrabando o tráfico ilícito de drogas”.

regular legal y reglamentariamente el destino de lo decomisado en el ámbito de otros delitos¹³⁵.

La preocupación por que las organizaciones delictivas no puedan readquirir sus activos a través de testaferreros fue expresada en las Conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior sobre el decomiso y la recuperación de activos, adoptadas en junio de 2010¹³⁶, cuando éste solicitó a los Estados miembros que estudiaran “las buenas prácticas en materia de reutilización, con arreglo a la legislación nacional, de los activos decomisados a efectos preventivos y policiales, velando por que las organizaciones delictivas no puedan readquirir sus activos a través de testaferreros”¹³⁷.

Por su parte, el CESE ha afirmado que “Lejos de ser secundaria, la cuestión de la reasignación de estos fondos influye directamente en la eficacia global de la estrategia de decomiso”¹³⁸.

135 En el art. 27.5 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, que entró en vigor para España, el día 1 de diciembre de 2010 (BOE núm. 274, 12.11.2010), se prevé que “Cada Parte podrá establecer que el producto del delito o los bienes decomisados de conformidad con el presente artículo se asignen a un fondo especial destinado a financiar programas de prevención y asistencia a las víctimas de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio”. En Colombia, existe un fondo de estas características como se desprende de lo dispuesto en el art. 9. 2º de la Ley 1336 de 2009 (julio 21), Diario Oficial No. 47.417 de 21 de julio de 2009, por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes, se contempla la siguiente previsión sobre el destino de los bienes decomisados: “Los bienes, rendimientos y frutos que generen los inmuebles de que trata esta norma, y cuya extinción de dominio se haya decretado conforme a las leyes, deberán destinarse a la financiación del Fondo contra la Explotación Sexual de Menores. Los recaudos generados en virtud de la destinación provisional de tales bienes se destinarán en igual forma”.

136 Documento 7769/3/10, REV 3 LIMITE, CRIMORG 64.

137 Conclusión 6.

138 Dictamen CESE, p. 132, apartado 4.9.1. Esta reafectación social de los productos requeriría, según el CESE, apartado 4.9.4, un nuevo marco jurídico en el que se previeran normas claras sobre la restitución, al ser frecuente que el Estado en cuyo territorio se embargan los bienes sea distinto del Estado

Dado que a menudo la venta directa de bienes permite a las organizaciones delictivas recuperarlos por una vía irregular, alude a la “necesidad de conjurar el riesgo de que la venta directa de los bienes pudiera permitir a las organizaciones delictivas recuperar su posesión”¹³⁹. A través de la reutilización para fines sociales de los activos confiscados se permite que las estrategias de lucha contra la delincuencia organizada adopten un enfoque positivo a fin de que los activos confiscados dejen de considerarse un recurso sustraído a una organización delictiva, para representar un factor doblemente constructivo: de prevención de la delincuencia organizada y de promoción del desarrollo económico y social¹⁴⁰.

En esta misma línea, el CDR ha solicitado a los Estados miembros que “prevean el retorno a los entes regionales o locales de parte de los activos embargados procedentes de la delincuencia organizada (una vez que se haya dado satisfacción a las reclamaciones judiciales de restitución), puesto que ellos son las primeras víctimas de las organizaciones delictivas que desestabilizan el orden social de los territorios. También son los que se encuentran mejor situados para llevar a cabo acciones locales con el fin de erradicar las causas profundas de la delincuencia”¹⁴¹.

al que se deban restituir. Solicita que la UE realice una aclaración sobre este aspecto, en particular teniendo en cuenta que la DM de 2006 prevé un reparto por mitades entre los Estados miembros.

139 Vid. DOUE 299 de 4.10.2012, pp. 128, 130 y 132, apartados 1.4, 3.5.2 y 4.9.

140 Informe sobre la delincuencia organizada en la UE, octubre de 2011, Considerando D.

141 Dictamen CDR DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 138, apartado 46. El CDR pone como ejemplo el caso de Italia donde un tercio de los 12.000 inmuebles embargados han sido adjudicados o revendidos en beneficio de los entes locales, con el fin de llevar a cabo acciones sociales e inserción social y laboral de éstos. No obstante, en España, uno de los fines a los que se destina el Fondo de bienes decomisados regulado en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, son los programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes si bien los otros fines están relacionados con la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta

La reutilización de los bienes decomisados con fines de utilidad social también es alentada en el Proyecto de Informe sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe provisional) (2012/2117 (INI)), de 17 mayo de 2013, elaborado por la Comisión Especial sobre la Delincuencia Organizada, la Corrupción y el Blanqueo de Dinero del Parlamento Europeo¹⁴².

IV. Conclusiones

El Proyecto lleva a cabo una modificación profunda de la regulación general del comiso (art. 127 a 127 sexies PrCP) que afecta a la regulación especial del comiso en los delitos de tráfico de drogas y que conlleva la supresión de algunas de las normas procesales previstas en art. 374 CP. Más allá de la pertinencia de esta reforma, lo que nos hemos planteado es la pertinencia de la pervivencia de este artículo en el Código Penal ya que las dos normas especiales que en él se contemplan se podrían reubicar en la LECr y en el CP, e incluso la segunda se podría suprimir por superflua.

ley y a la cooperación internacional (art. 2 L). Sobre la reutilización social, vid. *Libro blanco de mejores...cit.*, pp. 119 y ss.

- 142 Documento A7-0175/2013, apartado 21, p. 23. En el Documento de trabajo sobre la delincuencia organizada de la Comisión Especial sobre la Delincuencia Organizada, la Corrupción y el Blanqueo de Dinero del Parlamento europeo, de 1 de octubre de 2012, p. 9, cuyo ponente es Salvatore Iacolino, ponen como ejemplo de países en los que ya se prevé la posibilidad de reutilizar con fines sociales los bienes confiscados a Italia y España. Sobre la regulación italiana del destino de lo decomisado, vid. ALFONSO, R.: “La gestione e la destinazione dei Beni sequestrati e confiscati Allá criminalità organizzata. Dal commissario straordinario all’agenzia”, en *L’agenzia nazionale per i patrimoni di mafia. Amministrazione e destinazione dei Beni confiscati dopo l’entrata in vigore dei Regolamenti*, Roma, 2012, pp. 13 y ss.; DE SIMONE, M.V.: “L’amministrazione, la gestione e la destinazione dei Beni sequestrati e confiscati” (Título III, artt. 35-51)”, en *Codice Antimafia. Commento Al D. Lgs. 6 settembre 2011, n.159 dopo Il D. LGs 218/2012 (Correctivo) e la Legge 228/2012 (Legge di stabilità 2013)*, Roma, 2013, pp. 95 y ss.

Por lo que respecta al art. 127 sexies PrCP, no alcanzamos a entender por qué no se ha dedicado este artículo exclusivamente a regular el destino de lo decomisado por resolución firme, pues el resto de normas en él contempladas son de carácter procesal. Con lo dispuesto en el art. 127 sexies 1 PrCP no se aporta nada nuevo a la dispersa e incompleta regulación de la aprehensión o embargo prevista en la LECr. Aun cuando nos parezca adecuada la previsión del embargo preventivo en relación con cualquier delito y no solo con los previstos en el art. 374 CP, cuestionamos la ubicación de una norma procesal en el Código Penal. En realidad, en el ordenamiento jurídico español carecemos de una regulación apropiada sobre la aprehensión o el embargo preventivo, habiéndose desaprovechado esta oportunidad para abordar esta necesaria y apremiante tarea, dada la importancia de la misma para poder proceder con éxito al posterior decomiso de éstos.

En cuanto a las modificaciones previstas en relación con la utilización provisional en el Proyecto, si bien consideramos acertadas alguna de ellas, sobre todo las modificaciones de la LECr que consisten en suprimir el párrafo 3 del art. 367 septies LECr y regular con carácter general la utilización provisional en el art. 367 seis LECr en la redacción prevista en el Proyecto, una vez más nos preguntamos ¿qué aporta lo dispuesto en el art. 127 seis 2 PrCP? ¿Por qué se ubica en el Código Penal? Lo mismo cabe concluir en relación con la referencia a la realización anticipada contenida en este mismo apartado 2 del art. 127 seis PrCP. Aun cuando nos parezca muy acertada la unificación de la regulación de la realización anticipada contemplada en el PrCP, no consideramos ni oportuno ni necesario incluir en el CP esta previsión que no hace más que recordar que el Juez o Tribunal resolverá sobre la enajenación anticipada conforme a la LECr, es decir, conforme a lo previsto en los artículos 367 quáter y quinquies LECr en la redacción dada por el Proyecto.

Para finalizar, instamos al legislador español a tener en cuenta las recomendaciones internacionales sobre la reutilización con fines sociales de los bienes decomisados en otros delitos distintos a los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados.