

Penal Económico

Consideraciones sobre el decomiso y la intervención de terceros en el proceso, con ocasión de la STJUE de 21 de octubre del 2021

La influencia de la normativa de la Unión Europea en la regulación española del decomiso motiva un especial interés sobre los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia.

JUAN MIRA RUIZ

Abogado del Área de Penal de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La figura del decomiso ha sido ampliada en los últimos años a fin de abarcar cada vez más supuestos, tratando de conseguir el objetivo que tuvo desde el principio: «anular cualquier ventaja obtenida por el delito» (Sentencia 746/2014, de 13 de noviembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo). Ahora bien, esta meta no puede alcanzarse en detrimento del debido respeto a los derechos y garantías que asisten a todo investigado o acusado en un procedimiento penal, así como a terceros que pudieran resultar afectados por el decomiso.

Buena parte de la regulación del decomiso ha venido auspiciada por normativa supranacional y en el caso de España, en particular, tuvo influencia la Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril del 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, cuya transposición al ordenamiento jurídico español se plasmó en los artículos 127 a 127 septies del Código Penal (CP), así como en la introducción del nuevo título III ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). El hecho de que la regulación española sobre el decomiso encuentre en la normativa de la Unión

Europea su fundamento determina que deba interpretarse conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Este punto de partida conduce a conferir importancia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de octubre del 2021, recaída en los asuntos acumulados C-845/19 y C-863/19.

2. Supuesto de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre del 2021

Esta sentencia daba respuesta a unas cuestiones prejudiciales elevadas por un tribunal búlgaro sobre la interpretación que había de darse a la citada Directiva 2014/42/UE en un supuesto en que se pretendía decomisar diversas sumas de dinero que fueron halladas durante los registros de las viviendas donde vivían los acusados en aquel procedimiento junto con algunos de sus familiares. Los dos acusados fueron condenados por un delito de posesión de estupefacientes con fines de distribución y alegaron, frente a la solicitud de decomiso interesada por la Fiscalía, que las sumas de dinero incautadas durante los registros no les pertenecían a ellos, sino a sus familiares, quienes no pudieron intervenir en el procedimiento judicial, dado que la legislación búlgara no preveía esta posibilidad.

El órgano jurisdiccional de primera instancia denegó el decomiso fundamentalmente sobre la base de que el delito por el que habían sido condenados (posesión de estupefacientes) no era capaz de generar por sí solo beneficios económicos. Esta decisión fue recurrida por la Fiscalía y fue el tribunal de apelación el que planteó las cuestiones prejudiciales que fueron resueltas por la

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre del 2021.

Los dos temas centrales de esta sentencia se refieren al decomiso ampliado del artículo 5 de la Directiva 2014/42/UE, regulado en España en el artículo 127 *bis* del Código Penal, y a la intervención en el proceso de personas diferentes al investigado o acusado que pueden resultar afectadas por el decomiso, lo que engarza con el decomiso de bienes de terceros previsto en el artículo 127 *quater* del Código Penal.

3. Decomiso ampliado

En nuestra legislación, por medio del decomiso ampliado se permite decomisar bienes que no proceden del delito por el que se condena, sino por otra actividad delictiva del sujeto. Ahora bien, el delito por el que se impone la condena debe ser uno de los previstos de forma tasada en la norma, entre los que se incluyen los delitos contra la salud pública, pero también delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (apdos. *a a r* del art. 127 *bis*.1 CP).

Así, con la normativa española, no existe *a priori* impedimento para decomisar ganancias provenientes de una actividad delictiva diferente a la que ha motivado la condena, con independencia de que el delito objeto de condena no sea capaz de dar lugar a ventajas o beneficios económicos, siempre que concurran los requisitos del artículo 127 *bis* del Código Penal, trasunto del artículo 5 de la Directiva 2014/42/UE.

A mayor abundamiento, el artículo 127 *quinquies* del Código Penal establece la posibilidad de decomisar los bienes procedentes de una actividad delictiva previa de quien es condenado por un delito de los previstos

en el artículo 127 bis.1 de la misma norma siempre que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada y existan indicios de que una parte relevante del patrimonio del penado proviene de una actividad delictiva previa.

Como recoge la sentencia que aquí se comenta, debe quedar acreditado que los bienes que pretenden decomisarse proceden efectivamente de una actividad delictiva, para lo cual puede tenerse en cuenta lo que esta sentencia llama el *modus operandi*. A estos mismos efectos, el artículo 127 bis.2 del Código Penal consigna una serie de indicios que pueden emplearse para alcanzar la convicción de que el bien que se trata de decomisar procede de una actividad ilícita, como es la desproporción entre el valor del bien y los ingresos lícitos de su titular o la ocultación de la titularidad del bien o de su localización. Estas circunstancias no son presunciones que habilitan tener por acreditado *per se* el origen delictivo de los bienes, sino que son indicios susceptibles de ser desacreditados por la defensa.

4. Decomiso de bienes de terceros

En cualquier caso, no olvidemos que lo que la Fiscalía solicitaba decomisar en aquel procedimiento en Bulgaria pertenecía —decían los acusados— a sus familiares, quienes —se alegaba— habían obtenido aquellos fondos de forma lícita.

Entre las modalidades de decomiso previstas en el Código Penal español, se encuentra también el decomiso de bienes de terceros, figura cuya creación se exigía a los Estados miembros de la Unión según el artículo 6 de la Directiva 2014/42/UE y que *prima facie* pudiera resultar de aplicación

a los familiares de los acusados en aquel procedimiento de Bulgaria. En este sentido, el artículo 127 *quater* del Código Penal indica que los efectos y ganancias derivadas del delito que hayan sido transferidos a una tercera persona —una persona diferente de aquella de quien se demanda responsabilidad penal en el procedimiento judicial— podrán ser decomisados si concurría alguno de los dos siguientes supuestos al momento de recibir el bien (art. 127 *quater* 1a y b):

- Cuando el tercero era consciente o debiera haber sospechado de la procedencia ilícita de los bienes.
- Cuando el tercero hubiera adquirido los bienes con conocimiento o debiendo haber sospechado que esta transmisión perseguía dificultar el decomiso de dichos bienes.

El propio artículo 127 *quater*, en su apartado 2, establece que se presumirá que existían motivos de sospecha en los términos antes reseñados cuando se hubieran recibido los bienes gratuitamente o por un precio inferior a su precio real de mercado. Estas presunciones, que sirven para facilitar la prueba, son una suerte de indicios cuya existencia, no obstante, debe ser demostrada por la acusación y contra los cuales el tercero puede desplegar la actividad probatoria oportuna para demostrar que no concurren estos indicios del artículo 127 *quater*, apartado 2, sin perjuicio de que puede también tratar de acreditar que, directamente, no concurre ninguno de los supuestos habilitantes del artículo 127 *quater* 1a y b exigidos para acordar el decomiso de bienes de terceros. A estos efectos, la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre del 2021 expresa que el decomiso de bienes de terceros «presupone

que se demuestre la existencia de una transferencia de productos a un tercero o de una adquisición de tales productos por un tercero» (párr. 69).

Además, el propio artículo 127 *quater* también incluye el denominado *decomiso de valor equivalente o por sustitución* en el ámbito del decomiso de bienes de terceros. Es decir, aun cuando el tercero que ha recibido los efectos o ganancias derivados del delito los haya vendido, transformado o dispuesto de ellos de forma que dichos efectos o ganancias en sí mismos ya no puedan ser decomisados, podría llegar a ordenarse el decomiso de dinero u otros bienes incluso aunque éstos tuvieran un origen lícito.

5. Intervención de terceros afectados por el decomiso

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre del 2021, en respuesta a la última de las cuestiones prejudiciales suscitadas por el tribunal búlgaro, indica que la normativa de la Unión se opone a que el decomiso de bienes de un tercero distinto del investigado o encausado penalmente pueda efectuarse sin dar la posibilidad a dicho tercero de intervenir en el procedimiento judicial mediante abogado. Además, la necesaria posibilidad de intervención en el procedimiento no sólo debe predicarse —dice dicha sentencia— de las personas respecto de las que consta que son titulares de los bienes que se van a decomisar, sino que «esta disposición se aplica también a los terceros que aleguen ser propietarios de los bienes cuyo decomiso se pretenda» (párr. 80).

Pues bien, la legislación búlgara no prevenía la participación en el proceso penal de esos terceros posibles afectados por un decomiso,

a diferencia de lo que ocurre en la legislación española desde la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que vino a regular la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso, regulación que se encuentra en los artículos 803 *ter.a* y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La posibilidad de intervenir en el procedimiento no sólo abarca a los titulares del bien cuyo decomiso se solicita, sino que también se predica de quienes ostentan algún derecho sobre el bien susceptible de decomiso que pudiera resultar afectado con por éste, como dispone el artículo 803 *ter.a.1b* de dicha ley.

Establece también la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, por el contrario, se podrá prescindir de la intervención de los terceros afectados por el decomiso en el procedimiento cuando no hayan podido ser identificados o localizados, así como cuando tales terceros sean realmente personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúen en connivencia con él; con ello se pretende impedir el uso de esta vía procesal a los administradores societarios meramente formales o a los testaferros, entre otros supuestos, que realmente son una suerte de pantalla o velo que se interpone entre el bien en cuestión y su verdadero titular. No obstante, la interpretación de esta previsión debe alejarse de cualquier rigorismo a fin de no excluir del procedimiento a personas que legítimamente tienen derechos sobre el bien cuyo decomiso se interesa, garantizando con ello su derecho a la tutela judicial efectiva. A estos efectos, cumple recordar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre del 2021 establece que debe darse cabida no sólo a aquellas personas cuya titularidad sobre el bien decomisible se conoce, sino también a quienes así lo aleguen, lo que exigiría, no obstante,

un mínimo principio de prueba que permita sostener la realidad de los derechos sobre el bien que esgrime el tercero.

Merece ser destacado igualmente que la sentencia comentada dictamina que la exigencia de intervención del tercero en el procedimiento penal no se satisface por el mero hecho de que dicho tercero pueda interponer un recurso contra la resolución judicial que acuerde el decomiso. No es suficiente que se le otorgue al tercero la posibilidad de reaccionar contra la resolución de decomiso, sino que se le debe permitir «prevenir la propia adopción de tal resolución» (párr. 84).

En efecto, nuestra legislación permite al tercero afectado por el decomiso actuar en el procedimiento desde el preciso instante en que es llamado para comparecer en él. Puede solicitar las diligencias que estime oportunas para hacer valer sus intereses y, llegado el caso, formular el escrito de defensa, asistir mediante abogado al juicio oral y recurrir la resolución que acuerde el decomiso.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 803 *ter.b* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la participación del tercero «vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado». En consecuencia, esta previsión normativa parece denegar al tercero afectado por el decomiso la posibilidad de, entre otros extremos, rebatir la relevancia penal de los hechos.

Autores como FARTO PIAY y URIARTE VALIENTE propugnan que la participación del tercero afectado por el decomiso debiera alcanzar

también a cuestiones relativas a la inexistencia del hecho punible y a la calificación de éste como delito, puesto que, de ordinario, aunque no siempre, la absolución del acusado devendrá en la imposibilidad de decomisar los bienes.

Se ha de convenir en que esta interpretación permitiría una mayor defensa de los intereses del tercero afectado por el decomiso y, de hecho, podría interpretarse que el artículo 803 *ter.b* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al referirse a «la responsabilidad penal del encausado», podría dejar fuera de la limitación del alcance de la participación de aquel tercero las cuestiones estrictamente referidas al hecho presuntamente delictivo, como su inexistencia o su consideración no delictiva. Sin embargo, a partir de la lectura de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre del 2021, no parece que éste sea el propósito de la Directiva 2014/42/UE, la cual, no obstante, constituye una norma de mínimos para los Estados miembros.

6. Bibliografía

- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos: «Algunos problemas aplicativos del decomiso ampliado y el decomiso sin condena», *La Ley Penal*, núm. 133, julio - agosto 2018.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: «Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas del 2015», *La Ley Penal*, núm. 124, enero - febrero 2017.
- FARTO PIAY, Tomás, y URIARTE VALIENTE, Luis M.: «La posición del tercero frente al decomiso de bienes en el proceso penal», *La Ley Penal*, núm. 145, julio - agosto 2020.

- FARTO PIAY, Tomás: «El proceso de decomiso autónomo y el decomiso de bienes de terceros: a propósito de la SAN 6/2020, de 1 de septiembre», *La Ley Penal*, núm. 147, noviembre - diciembre 2020.
- URIARTE VALIENTE, Luis M.: «La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, a propósito de la STJUE de 21 de octubre de 2021», *Diario La Ley*, núm. 10004, 7 de febrero del 2022.