

CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

(CP art.127 a 129 bis)

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. Decomiso2. Medidas aplicables a empresas, organizaciones, grupos o entidades sin personalidad jurídica3. Toma de muestras biológicas para la obtención de identificadores de ADN |
|---|

La denominación de consecuencias jurídicas por la comisión de un delito como «consecuencias accesorias» que introdujo el **Código Penal**, no tiene antecedentes en Derecho penal español hasta que surgen por primera vez de forma expresa en la **Propuesta de Anteproyecto de Código Penal** de 1983.

Entre las consecuencias accesorias del Código Penal se incluyen:

- tanto el **decomiso** de los efectos e instrumentos del delito, como el de las **ganancias** derivadas del mismo;
- también **medidas** que pueden ser **aplicadas a empresas**;
- así como la toma de muestras de ADN y su incorporación a las bases de datos policiales.

La opción por esta, hasta entonces, desconocida **denominación** surgió como consecuencia de agrupar bajo un mismo Título tanto el decomiso, hasta entonces concebido históricamente como una pena, como las medidas aplicables a **personas jurídicas (amalgama que hoy viene a incrementarse con la incorporación de la nueva consecuencia accesoria del CP art. 129 bis)**. Muy probablemente las numerosas críticas que habían recibido las mismas medidas aplicables a las personas jurídicas al ser consideradas en el Proyecto de Código Penal de 1980 como medidas de seguridad, dieron lugar a este nuevo concepto de consecuencia jurídica del delito. El legislador, al tratar estas consecuencias independientemente de las penas y de las medidas de seguridad, parece pretender darle a estas nuevas consecuencias una **naturaleza diversa** de éstas. Las consecuencias accesorias no serían - aparentemente para el legislador-, por lo tanto, formalmente ni penas ni medidas de seguridad, así como tampoco medidas reparadoras de daños o de indemnización de perjuicios.

1. Decomiso

(CP art.127 a 128)

El decomiso, definido como la confiscación definitiva por parte del Estado de los bienes, medios o instrumentos utilizados para preparar o ejecutar el delito así como de los efectos y las ganancias derivadas del mismo, tiene una amplia tradición en el ordenamiento jurídico-penal español, si bien ha sufrido grandes modificaciones a lo largo de las diversas reformas penales. De entre todas ellas quizá la más relevante fue la sufrida en 1932 cuando el decomiso volvió a ser una pena accesoria, tras su breve calificación como medida de seguridad por el Código Penal de 1928. En la actualidad, el decomiso es caracterizado como una consecuencia accesoria de la pena, lo que parece configurarle como una institución que se enmarca en una tercera especie de sanción penal nacida entre las penas y las medidas de seguridad (TS 18/12/13, EDJ 2013/261161; TS 09/11/12, EDJ 2012/286124; TS 12/07/12, EDJ 2012/161125). Y aunque parece claro que el decomiso no es ni una pena (pues no guarda proporcionalidad con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor e incluso puede recaer sobre bienes de terceros) ni una medida de seguridad (pues, en general, no guarda relación con peligrosidad criminal subjetiva

alguna), el situarle en la órbita de una de estas dos categorías resulta relevante a la hora de saber qué garantías protegen de su aplicación. Para la mayor parte de la doctrina, la naturaleza aflictiva del decomiso y su finalidad represiva y preventiva hacen más aconsejable que las garantías relevantes en este punto sean las que se le reconocen en el Título Preliminar del Código Penal a la pena, aunque no se debe dejar de hacer notar la distancia que existe entre una pena basada en el principio de culpabilidad (y, por tanto, limitada por la idea de responsabilidad personal) y una consecuencia jurídica del delito no sometida al mismo.

PRECISIONES → Mientras que el CP opta por conceder al decomiso la naturaleza de consecuencia accesoria de la pena, instrumentos internacionales que vinculan a España lo siguen definiendo como una pena. El ejemplo más claro es el del art. 77.2.b del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que recoge dentro de las penas aplicables por esta jurisdicción el decomiso “*del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen* (cualquiera de los crímenes recogidos en el art. 5 del Estatuto de Roma), *sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe*”.

Se pueden distinguir tres amplias modalidades de comiso (TS 13/11/14, EDJ 2014/212264; TS 05/03/14, EDJ 2014/38791):

- Comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito.
- Comiso de los efectos provenientes del delito.
- Comiso de las ganancias provenientes del delito.

a. Modalidades

Decomiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito

El decomiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito parece tener una **finalidad preventivo - especial**, pues lo que intenta es evitar la peligrosidad objetiva que emana de los bienes, medios o instrumentos con los que se ha preparado o ejecutado el delito cuando están en las manos del delincuente culpable.

Sin embargo, el Código Penal opta por establecer una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad, de tal manera que no es necesario comprobar en concreto la peligrosidad objetiva del instrumento para proceder al decomiso.

Lo complejo aquí es saber cuándo nos encontramos ante uno de ellos. La doctrina y jurisprudencia han optado por una **interpretación restrictiva** de dicho concepto, aceptando como decomisables sólo los bienes, medios o instrumentos que, de forma directa y cierta, a la vez que próxima, suponen medio necesario para la comisión del delito (TS 22-3-13, EDJ 53906; TS9-11-12, EDJ 286124; TS12-7-12, EDJ 161125). Asimismo, el Tribunal Constitucional exige que entre los instrumentos y el delito exista una relación de medio a fin o de causa a resultado (TCo 123/1995EDJ 3561).

PRECISIONES

Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha entendido que el **decomiso del vehículo** en los delitos de **tráfico de drogas** no procede cuando el vehículo no es utilizado de forma insustituible como instrumento para la ejecución del delito, de tal manera que, salvo que el automóvil se utilice como lugar de ocultación de la droga o como auxilio necesario para el transporte no procederá el decomiso del mismo por mucho que se haya probado su utilización en la comisión del delito (TS 29-11-12, EDJ 274505; TS12-12-10, EDJ 290472; TS01-7-08, EDJ 111604; TS6-3-06, EDJ 31795; TS20-2-01, EDJ 3180).

La doctrina ha discutido profusamente sobre si el decomiso se puede extender sobre los bienes medios o instrumentos utilizados para la comisión de un delito que queda en grado de tentativa, pues una visión en exceso literalista del CP art. 127.1 podría dejar fuera este supuesto (una tentativa de delito no sería ya ni la preparación del delito, pues la ejecución habría comenzado, ni un delito ejecutado completamente). Sin embargo, hay que aceptar como acertada la visión mayoritaria de la doctrina que opta por extender el decomiso también a este supuesto, pues aunque el delito quede en grado de tentativa el hecho también se ha ejecutado (aunque no se haya producido el resultado típico –CP art. 16.1-), y la punición de la tentativa hace posible que la pena impuesta sea acompañada por una consecuencia accesoria. También hay que destacar el que desde la LO 15/2003 el decomiso también pueda recaer sobre los objetos con los que se ha preparado el delito (TS 04/07/12, EDJ 2012/153784), lo que restaría coherencia a la solución que denegase la posibilidad de decomiso en caso de tentativa (no tendría excesivo sentido el poder decomisar los bienes u objetos que se han utilizado para preparar el delito y, sin embargo, no aquellos con los que se ha empezado a ejecutar el mismo).

Decomiso de los efectos provenientes del delito

Esta modalidad de decomiso tiene una finalidad idéntica a la del nº (referencia al decomiso de bienes, medios, instrumentos), pues también se entiende que los efectos provenientes del delito pueden revestir una peligrosidad objetiva cuando se mantienen en manos del sujeto que ya ha sido declarado culpable por la comisión de un delito.

PRECISIONES → Que se reconozca que el fundamento de estas dos modalidades de decomiso es la peligrosidad objetiva del concreto bien en manos del delincuente no tiene ninguna relación con la propia peligrosidad criminal de este último. Por ello, frente a lo primero se decreta una consecuencia accesoria mientras que frente a lo segundo (en caso de inimputabilidad, semiimputabilidad y algunos supuestos de imputabilidad) procedería una medida de seguridad.

Los efectos del delito **se identifican**, en general, con los objetos producidos o derivados de la infracción, pudiendo ser todos los bienes o cosas que se encuentren mediata o, inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción (TS 20-1-97, EDJ 461), de tal modo que se incluyen en los mismos no sólo los objetos producidos por el delito sino también el propio objeto del mismo. Así lo ha ratificado expresamente el Tribunal Supremo en su última jurisprudencia, confirmando que *“por efectos se entiende una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución, todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.)”* (TS 18/12/13, EDJ 2013/261161; TS 09/11/12, EDJ 2012/286124; TS 12/07/12, EDJ 2012/161125) Tanto esta modalidad de decomiso como la expuesta en el nº (referencia al decomiso de bienes, medios, instrumentos), deben ser diferenciadas del denominado «**secuestro de instrumentos o efectos**», que no es más que la medida cautelar de retención de las armas, instrumentos o efectos que pudieran tener relación con el delito (LECr arts.334 s.). Mientras que el comiso tiene como rasgo distintivo el carácter definitivo de la confiscación, el secuestro es simplemente una medida cautelar que se puede tomar en cualquier momento del proceso penal y puede levantarse en caso de que la sentencia sea absolutoria o convertirse en definitiva si no lo es, de tal manera que se facilite la ejecución de la sentencia.

Además, el secuestro puede extenderse sobre cualquier instrumento o efecto que pudiese tener una relación con el delito, mientras que el decomiso exige una relación medio-fin entre los bienes o efectos y la preparación o ejecución del delito.

Decomiso de las ganancias provenientes del delito

Desde 1995 el CP prevé también el decomiso de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera las transformaciones que hubieran podido experimentar. Su generalización (hasta entonces sólo se preveía para los delitos de tráfico de drogas y de cohecho) pudo tener que ver con la generalización de la pena de días-multa, que no se fija en atención al provecho obtenido por la industria criminal sino por la gravedad del delito y la capacidad económica del sujeto (CP art. 50). Sea como fuere, parece existir paz en torno a su finalidad: el comiso de ganancias pretende evitar la tolerancia con una situación patrimonial ilícita y con el enriquecimiento sin causa o injusto (*“se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito”* -TS 09/11/12, EDJ 2012/286124-). Aún así, no es menos cierto que con su implementación junto con la pena se puede alcanzar otra finalidad, como es la de prevención del delito, pues los sujetos saben que en caso de ser condenados no sólo sufrirán una pena sino que perderán todas las ganancias que hayan obtenido del delito (y no podrán disfrutarlas una vez cumplida la pena principal).

Lo que no se extrae de manera evidente del [CP art.127.1](#) es si el legislador ha optado por ordenar el decomiso de las **ganancias brutas** o de las **ganancias netas**, es decir, una vez descontados los gastos que se hayan realizado para obtenerlas. No sólo por cuestiones prácticas sino también de justicia (el optar por el sistema de las ganancias netas haría que el delincuente no asumiese el riesgo de perder el dinero o los bienes invertidos para la realización del delito sino únicamente el de no obtener ganancias), la mayoría de la doctrina ha optado por acoger el principio de las ganancias brutas, siguiendo lo establecido en los Códigos Penales de los países de nuestro entorno. Esta parece ser la interpretación que hacen también nuestros tribunales, pues en ninguna sentencia que establece el decomiso de unas determinadas ganancias se observa el cálculo de detracer la inversión realizada para su obtención.

Algunos autores entienden además que el decomiso sólo puede afectar a las **ganancias directas** y no a las **indirectas**, es decir, aquellas que se generan al invertir las ganancias provenientes del delito (incluso confundidas con capitales de origen lícito) en un negocio lícito, aunque la escisión entre unas y otras no deja de ser tremendamente compleja en los casos concretos. La literalidad del [CP art.127.1](#) parece también querer extender el comiso a las mismas, recogiendo el denominado «**decomiso subrogatorio**», que es el que se extiende a las ganancias aunque su situación se haya alterado de la manera que fuese; (recae sobre un bien que ha sustituido al primero).

Sin embargo, ambas cosas no son incompatibles, pues el «decomiso subrogatorio» puede, en una visión restrictiva del mismo, abarcar únicamente a los bienes que han sustituido a las ganancias directas del delito, y no a aquellos que han acrecentado a las mismas mediante la inversión legal.

Resulta llamativo también el que la jurisprudencia, en sede del delito de tráfico de drogas, haya admitido que el decomiso de ganancias pueda recaer no sólo sobre las obtenidas por el delito enjuiciado, sino también sobre las ganancias procedentes de **operaciones anteriores** siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio ([TS 9-11-12, EDJ 286124](#); [Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 5-10-98](#)).

Pese a las críticas recibidas, la jurisprudencia, lejos de rectificar dichos pronunciamientos ha optado por extender esta posibilidad al régimen general del decomiso, aceptando además la prueba indirecta o indiciaria para constatar la procedencia ilícita de las ganancias anteriores. No se requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico y no exigiendo una constatación como la que se exige para el delito enjuiciado en el momento ([TS 18-12-13, EDJ 261161](#); [TS22-3-13, EDJ 53906](#); [TS12-7-12, EDJ 161125](#)), procedimiento que en opinión del Tribunal Supremo cumple con las garantías establecidas en el [CEDH Convenio EDL 1979/3822 \(TEDH 25-9-92 EDJ 13849\)](#). El propio Tribunal Constitucional ha declarado la compatibilidad de dicha práctica con el principio de

presunción de inocencia, el de tutela judicial efectiva y el del debido proceso, siempre que exista una motivación suficiente sobre la procedencia de las ganancias previas (TCo 219/2006 EDJ 105176).

En la actualidad, al menos en relación con los delitos previstos en el CP art. 127 bis 1, esta posibilidad se ha extendido también a los bienes y efectos procedentes del delito a través de la figura del decomiso ampliado (vid. infra).

PRECISIONES

1) Respecto al decomiso de bienes adquiridos sólo parcialmente con **capital de origen ilícito**, la parte adquirida con capital de origen lícito debe ser excluida del comiso, teniéndose que determinar un porcentaje para separar una y otra parte, con independencia de que el capital ilícito fuese mucho superior al de origen lícito (TS 20-2-07).

2) En materia de tráfico de drogas, el Tribunal Supremo ha aceptado como **prueba suficiente** para ordenar el decomiso de las ganancias preexistentes los datos de las sustancias ocupadas, la dedicación estable del sujeto al tráfico de drogas y la no constancia de un medio de vida lícito, si bien aceptando que el procesado siempre goza del derecho a enervar dichas presunciones acreditando el origen lícito de estas cantidades (TS 12-7-12, EDJ 161125; TS23-5-13, EDJ 89577). También se ha aceptado como prueba indiciaria suficiente las investigaciones policiales que muestran la dedicación continuada del acusado a la actividad por la que en fin fue condenado; la adquisición del bien cuyo decomiso se intenta durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; la ausencia de acreditación de la financiación lícita del bien a decomisar, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc. (TS 18-12-13, EDJ 261161).

3) En los delitos de cohecho se considera como ganancia decomisible las dádivas o presentes entregadas al funcionario público (TS 14/2015, EDJ 2015/6908; TS 2001/2005, de 29 de octubre).

4) Que se admita el decomiso de las ganancias procedentes de **actividades ilícitas anteriores** pero no enjuiciadas en el momento, no hace que se admita el decomiso de ganancias obtenidas por sujetos que no han sido enjuiciados en ese procedimiento, por ejemplo, por encontrarse en rebeldía (TS 16-1-03, EDJ 610). Esta situación pasa a gestionarse ahora a través del procedimiento de decomiso sin sentencia condenatoria (vid. infra).

5) Pese a que existe una tendencia tradicional a distinguir las tres modalidades de decomiso, es cierto, como ya ha dicho la jurisprudencia en materia de tráfico de drogas, que a veces no es tan sencillo saber ante qué nos encontramos, y que a veces un mismo bien puede ser instrumento, efecto y ganancia de un delito (TS 13/04/98, EDJ 1998/2361).

b. Modalidades especiales

Decomiso ampliado (CP art. 127 bis)

Siguiendo la dinámica de las reformas anteriores del CP, la realizada por la LO 1/2015 ha llevado a una generalización de la figura del “decomiso ampliado”, que es aquel que alcanza de manera obligatoria a los bienes, efectos y ganancias que procedan, con base en criterios objetivos fundados, de determinados delitos, siempre que no se pueda acreditar su origen lícito. Hay que llamar la atención aquí sobre una idea: lo especial de esta institución es que obliga a los aplicadores del Derecho a que extiendan el decomiso también sobre bienes y ganancias cuya

relación con la actividad delictiva del concreto sujeto enjuiciado no queda demostrada de manera cierta (aunque existan indicios de su proveniencia delictiva).

El decomiso ampliado procede en los siguientes delitos (CP art. 127 bis 1): (a) delitos de trata de seres humanos; (b) delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; (c) delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del CP art. 197 y del CP art. 264; (d) delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia; (e) delitos relativos a las insolvencias punibles; (f) delitos contra la propiedad intelectual e industrial; (g) delitos de corrupción en los negocios; (h) delitos de receptación del apartado 2 del CP art. 298; (i) delitos de blanqueo de capitales; (j) delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social; (k) delitos contra los derechos de los trabajadores de los CP arts. 311 a 313; (l) delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; (m) delitos contra la salud pública de los CP arts. 368 a 373; (n) delitos de falsificación de moneda; (o) delitos de cohecho; (p) delitos de malversación; (q) delitos de terrorismo; y (r) delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

PRECISIONES → Entre el amplio listado de delitos llama poderosamente la atención el previsto en la letra d del CP art. 127 bis 1, ya que parece extender la obligación de decomiso ampliado a los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico no previstos expresamente en dicha lista siempre que en ellos se de la circunstancia de continuidad delictiva y reincidencia. Al margen de lo criticable que puede resultar lo que se esconde tras esta previsión (esa agravación adicional del castigo a la reiteración delictiva), la misma genera un problema de coordinación grave con la modalidad de decomiso prevista en el CP art. 127 quinquies. En ambos supuestos el presupuesto de aplicación de un decomiso más amplio del previsto en el CP art. 127.1 es la continuidad delictiva, pero, sin embargo, mientras que el CP art. 127 quinquies 2 establece de manera cierta qué debe ser considerada como tal el CP art. 127 bis no lo hace. Esto podría llevar a que los delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico continuados en el sentido establecido por el CP art. 127 quinquies 2 sufrieran el decomiso en él previsto, mientras que si pudieran ser considerados como continuados en algún otro sentido, se viesan sometidos al decomiso ampliado. Por lo demás, y como veremos, el CP art. 127 quinquies sólo confiere la potestad al juez de decomisar, mientras que el CP art. 127 bis le impone la obligación de decretar esta consecuencia accesoria del delito.

El decomiso ampliado requiere también que existan indicios de que los bienes tienen procedencia delictiva, y, el propio CP establece algunos que deben ser valorados de manera especial (art. 127 bis 2): la desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos de origen lícito de la persona (vid. [AN 2-7-14](#), [EDJ 102966](#); [AN 28-2-11](#), [EDJ 281261](#)); la ocultación de la titularidad o poder de disposición sobre los bienes mediante la utilización de personas interpuestas, de paraísos fiscales o territorios de nula tributación, siempre que dificulte la determinación de la titularidad de los bienes; y la transferencia de los bienes con operaciones que dificulten o impidan su localización, siempre que no respondan a una justificación legal o económicamente válida. En todo caso, se debe entender que estos indicios son, como mucho, una presunción iuris tantum que solo hace invertir la carga de la prueba (Circulares de la Fiscalía General del Estado 4/2010 y 2/2011).

Dicho decomiso (a efectos de respetar los principios de ne bis in idem, cosa juzgada y proporcionalidad) no procede cuando las actividades de las que presuntamente provienen los bienes a decomisar ya hubieran prescrito o hubieran sido objeto de un proceso penal resuelto con sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada (CP art. 127 bis 5), y su cuantía debe ser tenida en cuenta para la imposición de futuros

decomisos en sentencias posteriores que recaigan sobre hechos delictivos similares a los que hacen nacer el decomiso ampliado pero anteriores a los mismos (CP art. 127 bis 4).

PRECISIONES → Un problema adicional se crea aquí en relación con los delitos ya prescritos. Para saber si efectivamente lo están y, por tanto, no proceder al decomiso ampliado, es necesario que la conducta delictiva quede enmarcada dentro de un tipo penal concreto, lo que no se aviene bien con esta modalidad de decomiso, cuyo objetivo es recaer sobre bienes de procedencia ilícita pero específicamente indeterminada.

Decomiso en caso de actividad delictiva continuada previa (CP arts. 127 quinquies y sexies)

Con una lógica similar a la que está tras el decomiso ampliado, aparece ahora una nueva figura que permite (su imposición es facultativa) el decomiso de bienes y ganancias que provienen de manera indiciaria de la actividad delictiva previa y continuada del condenado. Para ello, es necesario que el sujeto haya cometido uno de los delitos antes enumerados y previstos en el CP art. 127 bis 1, que el mismo se enmarque en un contexto de actividad delictiva previa y continuada, y que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del sujeto procede de dicha actividad delictiva (CP art. 127 quinquies 1).

El CP art. 127 quinquies 1 prevé los mismos indicios a tener en cuenta a la hora de considerar si los bienes y ganancias provienen de la actividad delictiva previa que los ya citados en relación con el decomiso ampliado (CP art. 127 bis 2), con una única excepción: en todo caso, estos indicios no serán tomados en cuenta si se presume que el sujeto no ha obtenido un beneficio de su actividad delictiva previa superior a los 6.000€. A pesar de lo confuso de la redacción de este artículo, con ello parece querer decirse que si los beneficios no superan dicha cifra, no se considera que una parte relevante del patrimonio del condenado proviene de la actividad delictiva previa y, por tanto, no procede esta modalidad de decomiso. Lo que no puede querer decirse es que si el beneficio supera dicha cifra, el decomiso cumple ya con el requisito de proporcionalidad, sino que en todo caso procede la realización de ese segundo análisis.

Además, el CP art. 127 quinquies 2 no deja abierta la cuestión de qué se considera como actividad delictiva previa y continuada, sino que la reduce a dos supuestos específicos. Hay actividad delictiva previa y continuada si (a) el mismo sujeto ha sido condenado en el mismo proceso por tres o más delitos de los que hubiera obtenido un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que se haya derivado un beneficio económico directo o indirecto; o si (b) en los seis años anteriores al inicio del procedimiento en el que se condena al sujeto, el mismo hubiera sido condenado por al menos dos delitos de los que hubiera obtenido un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que se derive un beneficio económico.

Y, salvo el recurso a ellas se considere incorrecto o desproporcionado, el CP art. 127 sexies prevé presunciones iuris tantum adicionales en búsqueda de una mejor posibilidad de ejecución de esta modalidad de decomiso: se debe presumir que todos los bienes adquiridos por el condenado en los seis años anteriores al inicio del procedimiento tienen su origen en su actividad delictiva previa y que se adquirieron libres de cargas, y que todos los gastos realizados por el condenado en esos mismos seis años fueron cubiertos por fondos de procedencia delictiva.

Decomiso sin sentencia condenatoria (CP art. 127 ter)

Siguiendo con lo previsto en el derogado CP art 127.4, el nuevo CP art. 127 ter prevé ahora una pluralidad de supuestos en los que el juez o tribunal puede imponer el decomiso de bienes y ganancias aunque no haya sentencia condenatoria alguna, siempre que se den los siguientes requisitos:

- Que la situación patrimonial ilícita quede probada en un proceso contradictorio.
- Que el sujeto enjuiciado haya fallecido o sufra una enfermedad crónica tal que sea imposible su enjuiciamiento y exista riesgo de prescripción del delito; que el sujeto se encuentre en rebeldía y no haya expectativas de que los hechos puedan ser enjuiciados en un plazo razonable; o que al sujeto no se le haya impuesto pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse extinguido ésta.
- Que el sujeto esté formalmente acusado o, en su defecto, imputado siempre que existan frente a él indicios racionales de criminalidad y que el proceso se encuentre impedido por las razones previamente citadas.

Al margen de los problemas que esta figura crea en relación con la presunción de inocencia, la única duda que queda con respecto al decomiso previsto en el CP art. 127 ter es si, además de a la figura común del decomiso (CP art. 127), también resulta aplicable al decomiso ampliado (CP art. 127 bis). En principio, y siguiendo el tenor literal del CP art. 127 ter, parecería que la posibilidad de decomiso sin condena cabría tanto para declarar un decomiso ordinario como un decomiso ampliado. Sin embargo, los requisitos que se exigen para el decomiso ampliado no parecen cumplirse en esta submodalidad (el CP art. 127 bis exige, entre otras cosas, que el sujeto esté condenado por uno de los delitos en él previstos), de tal manera que la posibilidad del decomiso sin condena sólo debería aplicarse a los bienes, efectos y ganancias provenientes directamente y de manera probada del delito. Además, ni esta modalidad de decomiso ni ninguna otra procede en el caso de sentencia absolutoria (TS 17/12/14, EDJ 2014/255414).

c. Cuestiones comunes

Principios básicos

La imposición del decomiso debe regirse por los principios de inmediación, contradicción y el principio acusatorio (TS 11-6-14, EDJ 92885; TS15-9-03, EDJ 97979; TS29-7-02, EDJ 28164), exigiéndose la **motivación** de la decisión al respecto (TS 13/11/14, EDJ 2014/212264; TS 13/11/14, EDJ 2014/200393; TS 21-6-11, EDJ 140042; TS1-7-08, EDJ 111604; TS6-3-06, EDJ 31795) y no siendo suficiente una mera solicitud genérica por alguna de las partes (TS 11-3-99, EDJ 2208).

Además es necesario que en la sentencia que se decreta el decomiso, se pruebe, salvo excepciones ya vistas, la conexión entre el bien a decomisar y el concreto delito (TS 9-11-12, EDJ 286124; TS4-7-12, EDJ 153784; TS12-12-10, EDJ 290472). El decomiso también se encuentra limitado por el principio de proporcionalidad (CP art. 128).

Supuestos de imposición

La imposición del decomiso siempre tiene que ir aparejada a la imposición de una **pena principal**, ya sea privativa o no privativa de libertad (TS 29-7-02, EDJ 28164). Por lo tanto, la virtualidad del decomiso no depende de la propia ejecución de la pena, siendo posible también en los supuestos en que la ejecución de la pena se suspende. Aunque los **CP arts.127.1, 127 ter y 127 quáter** recogen la viabilidad del decomiso sobre los bienes, medios e

instrumentos utilizados para la preparación del delito, no todos son decomisables ya que para ello es necesario que el concreto acto preparatorio resulte punible (CP art.17 s.).

La imposición junto con una pena principal hace que el decomiso solo pareciera viable en los supuestos en que nos encontramos ante un hecho típicamente antijurídico y culpable (no cabría, por ejemplo, en los supuestos de hechos cometidos por autor inimputable). Sin embargo parte de la doctrina entiende que sería suficiente con encontrarnos, al menos, ante un hecho antijurídico, lo que parece haber sido recogido por el CP art.127 ter Dicho artículo permite, entre otras cosas, que el decomiso se pueda imponer aun en supuestos de exención de **responsabilidad criminal** o de extinción de la misma, lo que debe ser entendido como permisión del decomiso aun cuando concurran causas de exención de la culpabilidad y, al menos, las personales de punibilidad. También pasa a ser una medida que, de una manera especialmente relevante en la práctica, no se ve vinculada por los plazos de prescripción del delito o de la pena de la que es accesoria.

PRECISIONES→ Dicha previsión no hace sino ahondar en la idea de que la naturaleza que posee el decomiso no es la de una pena, sino la de una consecuencia del delito distinta. Sin embargo, el hecho de que en los supuestos de exención o extinción de la responsabilidad el decreto del decomiso sea facultativo y no obligatorio, vuelve a arrojar sombra sobre dicha discusión. Hasta la jurisprudencia ha sido crítica con los preceptos previos a la LO 1/2015 que recogían ya dicha idea: *“cabe reflexionar desde el punto de vista exclusivamente técnico acerca de la finalística desnaturalización de la naturaleza del comiso, que extiende sus efectos sin la debida conexión típica con la responsabilidad penal, bien extinguida, bien declarada afecta de alguna exención, con lo que parece ampliarse la naturaleza represora del comiso, de clara raigambre procesal preventiva, con la de una afección cuasi indemnizatoria penal, bien entendido que el uso del tiempo verbal «podrá» en este apartado 3º, permite un ejercicio tan facultativo como ponderado por el Juzgador.”* (TS 22/10/2006, EDJ 2006/319088).

Por lo demás, la imposición del decomiso es **obligatoria** siempre que se imponga una pena por delito doloso (CP art.127.1). Además, el Código Penal otorga la facultad a los jueces y tribunales de decretar el decomiso también frente a delitos imprudentes que lleven aparejada una pena privativa de libertad superior a un año (CP art.127.2).

PRECISIONES

La pena a la que se refiere el CP art.127.2 no es la **pena concretamente impuesta** al sujeto sino la pena abstracta recogida en el precepto que incrimina la imprudencia en el delito de que se trate.

Sin embargo, esto ha sido muy criticado por la doctrina pues por un lado en los delitos imprudentes no se puede hablar en puridad de bienes, instrumentos y medios utilizados para la preparación o ejecución del delito (parece exigirse un elemento intencional que no aparece en los delitos imprudentes), y, por otro, es complicado imaginar como un delito imprudente puede producir efectos enriquecedores para el autor.

El Código Penal contiene una regulación general de la figura del decomiso y a la vez recoge normas dispersas por la **parte especial** para determinadas figuras delictivas:

- blanqueo de capitales (CP art.301.5);
- delitos urbanísticos (CP art.319.3);
- delitos contra la salud pública previstos entre los CP arts. 359 a 362 quinquies (CP art. 362 sexies);
- delitos de blanqueo de capitales asociado a delitos relativos a la elaboración y tráfico de drogas tóxicas, y delitos de elaboración y tráfico de drogas tóxicas (CP art.374);
- delitos contra la seguridad vial (CP art.385 bis);

También se regula el decomiso en disposiciones de **leyes penales especiales**, como, por ejemplo, en la de represión del contrabando (LO 12/1995 art.5).

En general las regulaciones específicas se remiten en bloque a los CP arts.127 a 128, o realizan pequeñas puntualizaciones o adiciones innecesarias. Sin embargo, algunas van más allá generando la duda de si el decomiso debe entonces seguir las directrices fijadas en la parte general o si debe ejecutarse conforme a las disposiciones especiales. Parece razonable que, en tanto que estamos ante disposiciones jurídicas como cualesquiera otras, la ley especial derogue a la ley general en aquello en que sean incompatibles y que la complete en aquello en lo que la segunda guarde silencio.

PRECISIONES

1) La regulación especial del decomiso más detallada es la del delito de **blanqueo de capitales** (CP art.374) en relación con los provenientes de delitos de tráfico de drogas tóxicas (CP art.301.1) y con los propios delitos de elaboración, cultivo y tráfico de drogas tóxicas (CP art.368 a 372). El CP art.374.1 prevé que el decomiso se regule por lo dispuesto en los CP arts.127 a 128 y por las normas especiales en él previstas. En este caso, las **especificidades** son:

- la droga decomisada debe ser destruida (CP art.374.1.1ª);

- los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisadas que no puedan ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles ni a las costas procesales, deben ser adjudicados al Estado (CP art. 374.1.2ª).

2) La remisión que la mayoría de preceptos de la parte especial reseñados hacen a los CP arts. 127 a 128 plantean un problema interpretativo importante en supuestos concretos. Como se exponía antes, tanto el decomiso ampliado (CP art. 127 bis) como el decomiso de bienes procedentes de una actividad delictiva previa y continuada (CP art. 127 quinquies) solo resulta aplicable a una lista cerrada de delitos (los recogidos en el CP art. 127 bis 1), mientras que no todos los delitos de la parte especial que en materia de decomiso se remiten a la regulación general aparecen en dicha lista (el caso paradigmático es el de los delitos contra la salud pública previstos entre los CP arts. 359 y 362 quinquies). Esto ha llevado a afirmar a parte de la doctrina que estas dos figuras de decomiso también resultan aplicables a los delitos que con regulaciones especiales sobre la materia se remiten *in toto* a la regulación general del decomiso. Sin embargo, parece que la lectura correcta es la contraria. En la medida en que las regulaciones especiales se limitan a establecer que, salvo las particularidades que prevén, el decomiso de los bienes, efectos y ganancias derivadas del delito se regula por lo dispuesto en los CP arts. 127 a 128, debe entenderse que también hace referencia a lo dispuesto en los CP arts. 127 bis y quinquies, y que, por tanto, solo cabrá el decomiso ampliado y el decomiso de bienes provenientes de una actividad delictiva previa y continuada sobre los delitos específicamente contenidos en el CP art. 127 bis 1.

3) El TS ha tenido que salir al paso de una discusión un tanto extraña en esta materia, dejando claro que el que dos delitos distintos tengan una regulación específica de la figura del **decomiso no significa que la condena por ambos dos suponga una vulneración del principio *ne bis in idem*** (TS 08/11/12, EDJ 2012/282429).

Límites

La imposición del decomiso está sujeta a los límites expuestos a continuación, fundamentalmente la existencia de un tercero de buena fe y la proporcionalidad con el delito.

Tercero de buena fe

(CP art.127 quáter)

El decomiso encuentra siempre un límite general aplicable a todas sus modalidades: no podrá ser fijado como consecuencia accesoria a la pena si los bienes, medios, instrumentos y efectos utilizados para la preparación o ejecución del delito, o las ganancias derivadas del mismo pertenecen a un tercero de buena fe que, sin ser responsable del delito, los hubiera adquirido de manera legal. Aunque hasta la actualidad dicha condición se establecía siguiendo las reglas generales previstas en el CC (en especial, CC arts. 433, 434 y 1950), el legislador penal ha optado por establecer una lista cerrada de supuestos en los que se considera que el tercero no es de buena fe. Así, se debe considerar posible el decomiso, en el caso de los efectos y ganancias derivadas del delito, cuando el tercero los hubiera adquirido sabiendo que procedían de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en el caso concreto, de ello; y en el caso de los demás bienes, cuando el tercero los hubiera adquirido con conocimiento de que la maniobra de transmisión dificultaba el decomiso o cuando una persona diligente, en el caso concreto, hubiera tenido motivos para sospechar dicho efecto (CP art. 127 quáter 1).

Además, y salvo prueba en contra, el CP art. 127 quáter 2 prevé una presunción de conocimiento por parte del tercero tanto de la procedencia ilícita de los efectos y ganancias como de la transmisión de los demás bienes para evitar su decomiso, siempre que los bienes, efectos o ganancias se le hubieran transmitido a título gratuito o por un precio inferior a su valor en el mercado.

Ahora bien, como destaca parte de la doctrina, el que el bien o la ganancia haya sido adquirida por un tercero de buena fe no evita el que se produzca un enriquecimiento injusto, de tal manera que dicho tercero debe responder por una participación lucrativa en los efectos de un delito, y restituir la cosa o resarcir el daño hasta la cuantía de su participación (CP art. 122). Sin embargo, aquí surge un nuevo problema, pues el CP art. 122 sólo se refiere a los efectos del delito, pudiendo quedar fuera de esta regulación mediante una interpretación restrictiva del precepto las ganancias derivadas del mismo.

PRECISIONES

1) No pueden considerarse como poseedores terceros de buena fe a los «**testaferros**», pues tras dicha figura lo que se encuentra no es más que un mandatario que realiza transformaciones de los bienes ilegalmente conseguidos aportados por el responsable del delito (TS 18-10-14, EDJ 159646). Tampoco a las **sociedades pantalla** (TS 29-7-02, EDJ 28164), ni al **titular del bien** que ni participó en su compra ni es el tomador del seguro que recae sobre el mismo (TS 24-6-14, EDJ 111256).

Por el contrario, sí es considerado tercero de buena fe el **copropietario** del bien adquirido de forma lícita que, sin el consentimiento ni conocimiento de éste, es utilizado por otros copropietarios para la comisión de un delito (TS 16-12-99; EDJ 46540).

2) Aunque normalmente es muy común que los medios, instrumentos y bienes utilizados para preparar o ejecutar el delito se transmitan con posterioridad a la comisión del delito, sería posible encontrarnos con una situación en la que el tercero propietario del bien lo fuese desde el principio (por ejemplo, porque el que delinquiró tomó prestada un arma propiedad de otro para ejecutar un homicidio). En ese caso, la buena fe del propietario no podría determinarse conforme a las normas de transmisión de la posesión y la propiedad (pues muy probablemente el tercero habría adquirido el bien de buena fe antes de su utilización delictiva), ni tampoco por las normas especiales que ahora fija el CP. Parece aceptable entonces la solución de parte de la doctrina, entendiéndose que dicho sujeto es tercero de buena fe si vigiló la cosa con la diligencia debida para evitar dentro de lo razonablemente previsible la utilización torcida del bien. Vid. un caso semejante en TS 20/02/01, EDJ 2001/3180.

Proporcionalidad

(CP art.128)

El segundo límite a la imposición del decomiso, aunque sólo referido al de los medios, bienes e instrumentos o efectos del delito que sean de lícito comercio, es el de la proporcionalidad entre el valor de lo eventualmente decomisible y la naturaleza y gravedad del delito. Como señala la doctrina es un criterio de proporcionalidad estricta (dejando de lado el análisis de los principios de necesidad e idoneidad de la medida) en el que deben compararse dos extremos: por un lado, el valor en el mercado de los medios, bienes, instrumentos o efectos, y por otro la naturaleza (fundamentalmente la relevancia del bien jurídico protegido) o la gravedad (la intensidad de la lesión al bien jurídico) del delito.

La jurisprudencia también ha acogido dicha comparación (TS 29-7-02, EDJ 28164). Sin embargo, también parecería relevante el introducir en esta comparación cuestiones como el grado de ejecución del delito, o el grado de participación del sujeto en el hecho delictivo.

Si entre un extremo y el otro no existe una relación de proporcionalidad, el juez o tribunal puede no decretar el decomiso o puede decretarlo parcialmente (cuestión que ha sido criticada por parte de la doctrina, pues si la finalidad de estas modalidades de decomiso es evitar la peligrosidad objetiva de dichos instrumentos, no se entiende muy bien cómo se puede no decretar el decomiso por una comparación entre términos ajenos a dicha peligrosidad). También se le otorga dicha facultad cuando, al margen de cuestiones de proporcionalidad, el delincuente ya haya satisfecho el total de las responsabilidades civiles derivadas del delito. El mayor problema en este punto es el de analizar si el decomiso de las ganancias derivadas del delito está también limitado por este criterio de proporcionalidad estricta. Parte de la doctrina ha tendido a rellenar el silencio del CP art.128 con el reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad general en materia penal. Sin embargo, se puede entender que el silencio del Código Penal no es fortuito y que cuando excluye al decomiso de ganancias de este límite es porque quiere que no se someta al mismo.

Esta segunda solución parece más plausible pues, de aceptar la primera, también se debería considerar la proporcionalidad estricta como límite al decomiso de los bienes, medios, instrumentos y efectos del delito que fuesen de ilícito comercio, cuestión que no parece ser en exceso comprensible. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (TS 11-6-14, EDJ 92885).

PRECISIONES

Se ha considerado desproporcionado, por ejemplo, el decomisar un **automóvil** por haber sido utilizado en un delito de tráfico de drogas cuando la cantidad traficada es de entidad menor (TS 4-2-13, EDJ 11096; TS23-2-12, EDJ 248657).

Valor equivalente

(CP art.127.3)

Junto con el decomiso propio, se regula el denominado **decomiso impropio** o por valor equivalente. En el caso de que por cualquier circunstancia no fuese posible el decomiso de los bienes, medios o instrumentos utilizados para preparar o ejecutar el delito, o de los efectos o ganancias del mismo, el decomiso debe recaer sobre otros bienes hasta alcanzar un valor equivalente a lo que originariamente debió ser decomisado más las ganancias que se hubiesen obtenido de ellos. También procederá el decomiso impropio cuando el decomiso de los bienes y ganancias fuese posible, pero los mismos tuvieran un valor actual inferior al que tenían en su momento de adquisición. En ambas situaciones, y a diferencia de lo que sucedía hasta la reforma del CP de 2015, el decomiso impropio puede recaer sobre bienes que no sean de titularidad del responsable del delito.

Las circunstancias en las que el decomiso propio es imposible pueden ser muy variadas pero en general la previsión del decomiso impropio consigue salvarlas evitando a la vez agravios comparativos entre situaciones parecidas en origen pero que han devenido distintas para el momento de decretar esta consecuencia accesoria.

Entre otras, esta institución permite que, aunque el bien se encuentre en manos de un tercero de buena fe, el condenado no pueda evitar el decomiso sino que lo verá recaer sobre bienes distintos por valor equivalente.

PRECISIONES → Al menos existiría un supuesto en el que la aplicación de esta medida resulta disfuncional: el caso en el que el bien utilizado para la preparación o ejecución del delito haya sido destruido con ocasión de dicha preparación o ejecución. En este caso el decomiso devendría imposible y procedería, *lege lata*, el decomiso impropio por valor equivalente. Sin embargo, es probable que este caso se pueda solucionar en un estadio previo, pues es razonable pensar que en un supuesto como este no cabría ni siquiera ya el decomiso propio, por lo que seguir discutiendo sobre el decomiso impropio sería innecesario.

Como ha destacado la doctrina, mientras que el decomiso impropio en relación con las ganancias derivadas del delito se compadece perfectamente con la finalidad del mismo (se procede a la disminución o eliminación del enriquecimiento injusto ya sea detrayéndolo de esas concretas ganancias, o ya sea detrayéndolo de otros bienes), no sucede lo mismo en el caso de decomiso impropio en relación con los instrumentos, bienes o medios utilizados para preparar o ejecutar el delito. En este caso el decomiso por valor equivalente no consigue eliminar la peligrosidad objetiva que reside en que el concreto bien utilizado para la preparación o ejecución del delito siga en manos del delincuente.

Por lo demás, esta modalidad de decomiso se aplica también en los supuestos de decomiso ampliado (CP art. 127 bis 3) y de decomiso a un tercero de mala fe (CP art. 127 quáter 1), y resulta efectiva incluso en el momento de la ejecución del decomiso fijado previamente, cuando dicha ejecución devenga imposible en todo o en parte (CP art. 127 septies). En este último caso, la única especificidad es que el decomiso por valor equivalente solo puede recaer sobre bienes del responsable del hecho.

Destino

(CP art.127 octies 3)

Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados pasan a ser adjudicados al Estado (que está obligado a darles el destino previsto para ellos en las leyes y reglamentos), salvo en la parte que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas del delito.

Cuando los bienes sean de lícito comercio, se aplica la regla prevista en el [CP art.128](#), por la que se otorga al juez o tribunal la facultad de no decomisar o de decomisar parcialmente bienes cuando las responsabilidades civiles ya hayan sido satisfechas. En este caso no es que el decomisar más bienes sea desproporcionado, pues la proporción tiene otro término de comparación, sino que dicha actividad perdería su principal sentido.

Esta solución ha sido criticada por parte de la doctrina en relación con las ganancias que provienen del delito. Mientras resulta comprensible que en relación con los instrumentos y efectos, si son de lícito comercio, el precio de su venta se dedique a cubrir las indemnizaciones a las víctimas, lo resulta menos el que esto suceda con las ganancias derivadas del delito. En el primero caso, de una u otra forma, se cubrirían dichas responsabilidades con cargo al patrimonio del delincuente, mientras que en el segundo, se cubrirían con cargo a un patrimonio que nunca debió tener.

PRECISIONES→ La satisfacción de estas indemnizaciones a las víctimas puede entorpecerse cuando el delito en cuestión se encuentre castigado con multa proporcional (fijada entre otros criterios por los beneficios obtenidos por el delito –CP art. 52-). Si la despatrimonialización del condenado se realiza por vía de la multa y no por la vía del decomiso de ganancias, puede que el patrimonio del sujeto alcance a cubrir la primera pero no deje cuantía suficiente al decomiso en relación con las responsabilidades civiles debidas. Como el destino de lo obtenido por

multa y por decomiso es diferente, el aplicar primero una que la otra puede tener un efecto (patrimonial) negativo en la víctima.

A la hora de saber cuándo estamos ante un **bien de ilícito comercio** puede ser de utilidad seguir el patrón fijado por la **Resol FGE 2/1986**: deben reputarse como tales no sólo aquellas cosas que estén fuera del comercio de un modo absoluto (*res extracommercium*), sino también aquellas otras cuya transmisión no es libre y que por estar sujetas a limitaciones o prohibiciones y no ser objeto de tráfico lícito (**CC art.1271**) conllevan la nulidad del acto y el decomiso de las mismas (**CC art.1305**).

Ámbito internacional

Por ser una institución de una relevancia importante en la lucha contra la criminalidad transfronteriza, y por tener una implicación a menudo multiestatal (por precisar, en fin, de la cooperación internacional), el decomiso ha sido regulado en multitud de **tratados y normas internacionales** que resultan vinculantes para España. Se pueden destacar:

- Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (**Convención de Viena de 1988 art.5**);
- Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 1990 (**Convenio número 141 del Consejo de Europa**); y
- Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (**Convención de Palermo de 2000 art.12 a 14**).

Esta cuestión también ha resultado de interés para las instituciones de la **Unión Europea**, que no han dejado de dar recomendaciones e imponer obligaciones en la regulación del decomiso.

Tras la **Resolución Internacional Acción Común 98/733/JAI** relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea y la **Decisión Marco Consejo 2002/475/JAI** sobre la lucha contra el terrorismo, que incidían sólo parcialmente sobre la regulación del decomiso, vinieron la **Decisión Marco Consejo 2005/212/JAI** relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, y la **Decisión Consejo 2006/783/JAI** relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Las mismas guiaron la reforma introducida en el **CP art.127 y 128** por la **LO 5/2010**. En la actualidad, la norma de la UE vinculante a este respecto es la **Dir 2014/42/UE**, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, cuya fecha máxima de transposición al ordenamiento nacional era el 4-10-2015 y cuyo contenido ha sido recogido y superado con creces por la reforma del CP realizada por la LO 1/2015.

También es importante el destacar que en la actualidad, el régimen de reconocimiento en España de las resoluciones de decomiso dictadas por jueces o tribunales de otros Estados miembro de la Unión Europea, así como el procedimiento de transmisión de una decisión de decomiso tomada por una autoridad española a las autoridades de otros Estados miembro de la Unión Europea, se regulan en los arts. 157 a 172 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

Incidencia del decomiso en otros ámbitos

Tras la reforma operada en el CP a través de la LO 1/2015, el decomiso deja de ser exclusivamente una consecuencia accesoria del delito sin más, y pasa a ser un elemento muy importante también para cuestiones ajenas a su propia ejecución.

La posibilidad de que el decomiso previsto en el CP art. 127 (no queda claro aquí si entonces quedaría fuera, por ejemplo, el decomiso ampliado –CP art. 127 bis- o el decomiso de bienes procedentes de una actividad delictiva

previa y continuada –CP art. 127 quinquies-) se pueda finalmente ejecutar pasa a ser ahora una condición para que se pueda suspender la ejecución de una condena siempre que se cumplan los demás requisitos previstos (CP art. 80.2.3ª). Además, se entiende que el requisito queda cumplido cuando el condenado asuma el compromiso de facilitar el decomiso fijado siempre que se pueda esperar que el mismo será finalmente cumplido en un plazo fijado por el juez o tribunal (CP art. 80.2.3ª). Sin embargo, cuando el sujeto aporte información inexacta o insuficiente que impida la ejecución del decomiso acordado, el juez o tribunal deberá obligatoriamente revocar dicha suspensión de la ejecución de la pena principal (CP art. 86.1.d).

PRECISIONES -> En el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, la suspensión de la ejecución de la pena se somete también al requisito del abono de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o del reintegro de las ayudas y subvenciones indebidamente recibidas. Sin embargo, el CP considera cumplido dicho requisito cuando el sujeto acepte, entre otras cuestiones, el facilitar el decomiso acordado en unas condiciones de razonable cumplimiento (CP art. 308 bis 1ª).

Además, el juez de vigilancia penitenciaria puede denegar la suspensión de ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional en el supuesto, similar al anterior, de que el condenado hubiese dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de los bienes u objetos cuyo decomiso se hubiera acordado en la sentencia condenatoria (CP art. 90.4).

Reformas procesales en materia de decomiso

La reforma realizada en materia de decomiso en el CP a través de la LO 1/2015 ha ido acompañada también de una correlativa reforma procesal. Incluso el propio texto del CP recoge ahora preceptos que se pueden considerar de naturaleza procesal, como los dos primeros apartados del CP art. 127 octies. En los mismos se establece la posibilidad, que antes solo se preveía para el decomiso relativo a los delitos de tráfico de drogas, de que el decomiso de los bienes, medios, instrumentos o ganancias derivadas del delito puedan ser embargadas desde el momento de las primeras diligencias de investigación, para facilitar así el eventual futuro decomiso (CP art. 127 octies 1). Además se habilita al juez o tribunal a resolver, siguiendo lo establecido en la LECrim, sobre la procedencia o no de una realización anticipada de los bienes embargados (debe entenderse, anticipada a la decisión definitiva de decomiso) y sobre la utilización provisional de los bienes embargados (CP art. 127 octies 2).

Además, la propia LO 1/2015 introduce, en su Disposición Final segunda, distintas modificaciones en la LECrim en materia de decomiso, que se glosan aquí de manera muy breve:

- El LECrim art. 367 ter 3 permite ahora, en caso de decomiso en el marco de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, que el juez o tribunal decida la no destrucción de los efectos intervenidos mediante resolución motivada.
- El LECrim art. 367 quáter 2 permite, en caso de que concurran los requisitos para la realización anticipada de efectos de lícito comercio, que el juez o tribunal no acuerde la misma si está pendiente de resolución el recurso impuesto por el interesado contra la resolución de embargo o decomiso de los bienes, o cuando la medida pudiera resultar desproporcionada.
- El LECrim art. 367 quinquies 3 establece ahora la posibilidad de que el producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias, una vez deducidos los gastos de conservación y de la propia

realización, se destinen a la cobertura de las responsabilidades civiles debidas y las costas que se declaren. Sin embargo, el juez o tribunal también puede decidir la asignación total o parcial del producto a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

- El LECrim 367 sexies recoge los supuestos en los que cabe la utilización provisional de los bienes o efectos decomisados cautelarmente, que debe ser autorizada por el juez o tribunal previa audiencia del interesado (LECrim arts. 367 sexies 1 y 2). Es la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos la encargada de decidir la concreta utilización y las medidas de conservación que deban ser adoptadas (LECrim art. 367 sexies 3).
- El LECrim art. 367 septies otorga al juez la posibilidad de decisión sobre si la conservación y gestión de los bienes decomisados en relación con actividades realizadas en el marco de una organización criminal, se encomienda o no a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

Unida a esta reforma se encuentra la que actualmente se encuentra sometida a votación en el Senado (Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, publicada en el BOCG el 20 de marzo de 2015) que, mediante la creación de unos nuevos LECrim arts. 803 ter a a u, establece tanto las formas en que los terceros afectados por el decomiso pueden participar en el proceso, como un procedimiento autónomo de decomiso.

2. Medidas aplicables a empresas, organizaciones, grupos o entidades sin personalidad jurídica

(CP art.129)

El **Código Penal** supuso una verdadera innovación en esta materia. Tomando como punto de partida las previsiones de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, del Anteproyecto de Código Penal de 1992 y del Proyecto de Código Penal de 1994, introdujo -por primera vez en el Código Penal- un **catálogo de «consecuencias accesorias»** destinadas a las empresas, asociaciones y organizaciones con personalidad jurídica. La novedad fundamental residía en la **regulación con carácter general** y bajo la denominación expresa de «consecuencias accesorias», dado que alguna de estas medidas ya se encontraban en el Código derogado.

Si con anterioridad la doctrina no se había manifestado en profundidad sobre las consecuencias accesorias previstas para las personas jurídicas en los anteriores proyectos de legislación, con la entrada en vigor de las mismas en el **Código Penal** no ha podido dejar de analizarlas con mayor detenimiento.

Naturaleza jurídica

En este sentido, son muy diversas las opiniones que se ofrecen sobre la naturaleza jurídica de esta categoría de consecuencias jurídicas del delito. La discusión en torno a este tema parece haber quedado zanjado por la reforma de la **LO 10/2010**, toda vez que al incorporar la **responsabilidad penal directa de las personas jurídicas**, se ha visto obligado a prever las consecuencias jurídicas aplicables a las mismas como verdaderas penas en el **CP art.33.7**.

Las **consecuencias accesorias** aplicables a las personas jurídicas previstas hasta ahora en el **CP art.129** han sido trasladadas por el legislador al **CP art.33.7** sin mayores problemas.

No obstante ha dejado aún en vigor consecuencias accesorias aplicables a **empresas, organizaciones, grupos** o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de **personas sin personalidad jurídica**.

El **CP art.129** mantiene como consecuencias accesorias las contempladas -como **penas**- en el **CP art.33.7.c a g**:

- la **suspensión** temporal de actividades (máximo 5 años),
- la **clausura** temporal de los locales y establecimientos (máximo 5 años),
- la **prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades** (definitiva o temporal, máximo 15 años),
- la **inhabilitación** temporal para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público, obtener beneficios e incentivos fiscales (máximo 15 años),
- la **intervención judicial** temporal (máximo 5 años).

a. Presupuestos de aplicación

(**CP art.129.2**)

El juez o tribunal sólo podrá aplicar las consecuencias accesorias cuando el Código lo **prevea expresamente** o cuando se trate de un delito o falta por los que el mismo permite exigir **responsabilidad penal a las personas jurídicas**. Esta referencia establece con claridad un sistema de *numerus clausus*, prácticamente idéntico a disposición anterior, de los delitos que pueden traer aparejada la posible imposición de una consecuencia accesoria.

En la actual redacción el legislador ha omitido a hacer referencia a la necesidad de audiencia previa, a la necesaria motivación de la medida adoptada, etc., toda vez que ya había sido señalado por la doctrina que se trataba de **referencias superfluas**, pues toda imposición impuesta sin respeto a los principios del debido proceso vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (**Const art.24.2**).

Por otro lado, el legislador ha hecho referencia expresa a que las consecuencias accesorias son **«accesorias de la pena que corresponda al autor del delito»**, todo lo cual parece indicar que debe existir una persona física condenada como ya había señalado la doctrina en relación a la anterior regulación.

Por lo tanto, las consecuencias accesorias se deben imponer en el **fallo condenatorio de la sentencia** y nunca en fase de ejecución, ya que las sentencias deben ser ejecutadas en sus términos, sin que sea lícito que pudieran ser ampliadas.

En todo caso, no deberían aplicarse aquí reglas distintas que las que para la existencia de cualquier otra pena accesoria que debe además estar regida por el **principio acusatorio** y la necesidad de que su imposición sea expresamente solicitada, sometida al debate procesal con inmediación y contradicción (**TS 12-3-01**).

De acuerdo con ese fundamento, que es común a todas las consecuencias accesorias, bastará para su aplicación con que en el curso de la actividad de la persona jurídica se haya realizado un **hecho típico y antijurídico**, sin que sea preciso que ese hecho sea, además, culpable.

A pesar de mencionar algunos **requisitos de aplicación** de las consecuencias accesorias, el legislador no ha abordado -como tampoco hacía en la anterior disposición del **CP art.129**- cuestiones fundamentales que se deben tener en cuenta y que se podrían haber evitado con un estudio de los modelos que en este marco existen en otros ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, dejando abierta numerosas cuestiones.

No se han dejado resueltas cuestiones relativas a si se les debe aplicar a las consecuencias accesorias las reglas generales referentes a la **prescripción** (**CP art.133**), si el incumplimiento de las consecuencias accesorias da lugar al delito de **quebrantamiento de condena** (**CP art.468**, vía el **CP art.31**) o si la condena de una persona jurídica a una consecuencia accesoria hace derivar su **responsabilidad civil directa** (**CP art.116**) en el delito en el que traiga su causa. A estas cuestiones hay que responder de forma afirmativa.

Desde esta misma perspectiva tampoco se ha determinado expresamente la posibilidad de **abonar** en las medidas temporales el periodo de clausura o suspensión para el cumplimiento de la «consecuencia» que de igual clase se imponga en la sentencia. En este sentido, se deberían aplicar por analogía «in bonam parte» lo previsto en el **CP**

art.58.2 y 59, en los que se hace referencia a la **compensación** en la pena de las privaciones de derechos y medidas acordadas cautelarmente.

b. Consecuencias accesorias como medidas cautelares

(CP art.129.3)

Se establece en el **CP art.129.2** la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias como medida cautelar durante la instrucción de causa. En concreto, se establece dicha posibilidad respecto de la **clausura temporal** de los locales o establecimientos, de la **suspensión de actividades sociales** y de la **intervención judicial**. La doctrina ya había señalado respecto de la anterior disposición la limitación que suponía la posibilidad de disponer como medida cautelar la clausura y la suspensión de actividades, dejando fuera de la intervención judicial. Precisamente la intervención judicial se presenta como una medida cautelar esencial.

Como toda medida cautelar, también las contempladas como consecuencias accesorias del **CP art.129** se deben ajustar los **requisitos generales** exigibles a las medidas cautelares.

Dos son los presupuestos de toda medida cautelar:

- el «fumus boni iuris»; y
- el «periculum in mora».

Apariencia y justificación del derecho subjetivo

El «fumus boni iuris» o apariencia y justificación del derecho subjetivo, que en el proceso civil suele ir ligado a la **titularidad** de un documento justificativo del derecho subjetivo material, en el proceso penal se concreta precisamente en la razonada **atribución del hecho punible** a un sujeto determinado. Es, por tanto, presupuesto material de toda medida cautelar la existencia de una **imputación o procesamiento**. Sin imputado o procesado no existe posibilidad alguna de adoptar una medida cautelar, ya sean personales o reales. Es decir, que no basta con la mera existencia de un hecho delictivo, sino que será siempre necesaria la imputación de un delito a una persona física, mediante el auto de procesamiento (consecuencia de los **indicios racionales de criminalidad**) en el sumario ordinario o su citación como imputado en el procedimiento abreviado (**AN 7-10-02**).

Daño jurídico derivado del retardo del procedimiento

El «periculum in mora» o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, viene determinado en el procedimiento penal por el **peligro de fuga** o de **ocultación personal o patrimonial** del imputado. Este peligro se suele acrecentar en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por lo tanto, la pena a imponer sea más grave.

También este presupuesto general de las medidas cautelares se debe dar a la hora de imponer una consecuencia accesoria como medida cautelar. En este sentido, se presenta el problema de si las medidas cautelares pueden ser impuestas **independientemente de la existencia de una persona** (física) imputada, dado que la persona jurídica misma no puede ser imputada. Entendemos que en la medida en que la Ley de Enjuiciamiento criminal no prevé esta posibilidad, las medidas cautelares no pueden ser impuestas con independencia de la existencia de una persona física imputada.

c. Principios rectores

Como toda medida cautelar, también las del **CP art.129** deben cumplir con los principios rectores de las mismas: jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad.

Jurisdiccionalidad

En primer lugar, las medidas cautelares se encuentran sometidas al principio de jurisdiccionalidad, conforme al cual sólo puede acordarlas el órgano jurisdiccional competente. En este sentido, debido a la prohibición

constitucional que tiene la Administración de imponer medidas restrictivas de derechos ([Const art.25.3](#)), a la vigencia del principio del juez predeterminado por la ley ([Const art.24.2](#)) y al de exclusividad jurisdiccional para la imposición de penas ([Const art.117.3](#)), las medidas cautelares -que en cierta medida anticipan los efectos de una pena- únicamente pueden ser adoptadas por el juez ordinario. Por ello, y a fin de prevenir ulteriores infracciones del principio «non bis in idem», la autoridad gubernativa -ante la incoación de un procedimiento penal sobre el mismo objeto- habrá de **suspender las medidas provisionales** adoptadas en el correspondiente procedimiento administrativo (por ejemplo, la suspensión en un procedimiento administrativo sancionador) y recabar del juez penal las oportunas medidas cautelares.

Instrumentalidad

Como consecuencia del principio de jurisdiccionalidad, las medidas cautelares son **instrumentales** y han de estar supeditadas a un proceso penal en curso (principio de instrumentalidad). Tales medidas, bien han de estar preordenadas a un procedimiento penal, bien han de **decretarse en el curso de un proceso**. Al ser instrumentales de un procedimiento penal, habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiéndose sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas. En este sentido, es indiferente que el procedimiento termine mediante sentencia o auto de sobreseimiento.

Provisionalidad

Por esta misma razón, las medidas cautelares han de ser siempre **provisionales** y como máximo han de **durar** el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, siempre que se modifiquen los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción. Las medidas cautelares se encuentran, por lo tanto, sometidas a la regla «rebus sic stantibus», es decir, sólo deben permanecer en tanto subsistan las razones que han justificado su adopción ([AN 26-7-92](#)).

Sin embargo, en determinadas ocasiones el legislador ha determinado que las medidas cautelares sean, además de provisionales, **temporales**. En estos casos la ley establece un **plazo máximo de duración** de la medida. Esta es también el caso de las consecuencias accesorias aplicadas en su calidad de medidas cautelares, ya que tanto la clausura como la suspensión y la **intervención** se prevén con duración temporal (no pudiendo superar el plazo de 5 años, tal y como dispone el [CP art.33.7.c y d](#) y su adopción con carácter de medida cautelar también debe respetar dicho plazo ([CP art.129.3](#)).

Homogeneidad

Por último, las medidas cautelares reúnen el carácter de ser homogéneas, aunque no necesariamente idénticas con las medidas ejecutivas a las que tienden a preordenar. Sin embargo, debido al hecho de estar destinadas a **garantizar los futuros efectos de la sentencia**, su naturaleza participa de las medidas ejecutivas. En este sentido, la **duración** de las consecuencias accesorias como medida cautelar también se debería tener en cuenta -al igual que lo que ocurre con la duración de la prisión provisional respecto del cómputo total de la ejecución de la pena- en la ejecución de la consecuencia accesoria que se adopte.

Por lo tanto, cuando las consecuencias accesorias se adopten como medida cautelar, deberán reunir todos aquellos **presupuestos generales** a los que se deben ajustar todas las medidas cautelares que se determinen en un procedimiento penal.

PRECISIONES

Naturalmente como toda consecuencia jurídico penal también la medida cautelar está sujeta al principio de **proporcionalidad**, debiendo motivarse adecuadamente su imposición y extensión ([AN 12-1-99](#), [AN26-7-99](#), [AP Barcelona auto 25-4-00](#)).

3. Toma de muestras biológicas para la obtención de identificadores de ADN

(CP art.129 bis)

La LO1/2015 ha introducido una nueva figura dentro del Título dedicado a las consecuencias accesorias de la pena (CP art. 129 bis). A partir del 1 de julio de 2015, los jueces y tribunales podrán obligar al sujeto condenado a que adicionalmente se someta a la toma de muestras biológicas personales para la obtención de sus identificadores de ADN (toma que normalmente se realiza a través de un frotis bucal u otras técnicas poco invasivas) y la posterior incorporación de los mismos en la base de datos policial.

PRECISIONES → 1) La introducción de esta medida como una consecuencia accesoria más no hace sino ahondar el problema antes referido de la naturaleza jurídica de esta categoría general. Su total disparidad de contenido tanto con la consecuencia accesoria prevista en los CP arts. 127 a 128, como con las previstas en el CP art. 129, no hace más que dar la razón a la parte de la doctrina que entiende que las consecuencias accesorias del delito no tienen una única naturaleza jurídica sino que son un conglomerado de reacciones adicionales al delito. Por su parte, y como se verá, la concreta consecuencia accesoria recogida en el CP art. 129 bis, a diferencia por ejemplo del decomiso, tiene mucho que ver tanto con la institución de la pena (su imposición depende de la gravedad del delito, y, por tanto, se puede intuir una idea de proporcionalidad en el trasfondo) como con la institución de las medidas de seguridad (por su conexión con la peligrosidad del sujeto y su clara finalidad preventivo-especial).

2) Es interesante el destacar que el TEDH, aunque a los efectos de la valoración de las garantías derivadas del principio de legalidad previsto en el CEDH art 7, ha considerado que esta medida (tomada en fase de investigación del delito) no debe ser considerada como una pena (vid. Decisión TEDH en el as. Van der Velden c. Países Bajos, de 7 de diciembre de 2006).

3) El CP art. 129 bis establece la posibilidad de someter al condenado a la toma de muestras biológicas, por lo que cabe concluir que este artículo no sirve de cobertura ni para mantener en la base de datos policial muestras tomadas con anterioridad a la condena (ese asunto queda regulado, en términos generales, por la LO 10/2007), ni para introducir en la base de datos policial identificadores de ADN que provengan de muestras distintas a las obtenidas personalmente del autor (en fase de investigación, sí ha sido aceptado por nuestra jurisprudencia constitucional la obtención de identificadores de ADN a partir de muestras biológicas no tomadas directamente del sujeto afectado –vid. los casos planteados en las TC 30/01/2014, EDJ 2014/12046, y TC 30/01/2014, EDJ 2014/12104, donde las muestras se obtenían respectivamente de una colilla arrojada al suelo o de un vaso recién utilizado-)

Esta habilitación al juez o tribunal sentenciador no nace en todo caso, sino que está sometida a determinadas condiciones:

- Solo se puede acordar esta consecuencia accesoria en el caso de la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas. En este sentido, parece razonable atender al CP art. 13.1, de tal forma que sólo se podrá imponer esta consecuencia accesoria a delitos que lleven aparejadas penas de las consideradas como graves por el CP art. 33.2 (pena de prisión permanente revisable, pena de prisión superior a cinco

años,...), siempre que los mismos sean considerados (en un sentido estricto) como delitos de los previstos en la enumeración previa (delitos contra la vida –del Título I, del Libro II del Código Penal-; delitos contra la integridad física –del Título III, del Libro II del Código Penal -; delitos contra la libertad –del Título VI, del Libro II del Código Penal -; delitos contra la libertad e indemnidad sexuales –del Título VIII, del Libro II del Código Penal -; delitos de terrorismo –de la sección 2ª del Capítulo VII del Título XXII, del Libro II del Código Penal -). La misma facultad existe frente a la comisión de delitos graves (en el mismo sentido expuesto anteriormente) que “*conlleven un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas*”.

PRECISIONES → Este último inciso parece querer indicar que el legislador tiene intención de que la lista de delitos quede relativamente abierta, dejando todo fiado a la interpretación que de este concepto jurídico indeterminado acabe por hacer la jurisprudencia. Sin embargo, el que se exija un delito grave que no sea ninguno de los previstos expresamente con anterioridad, pero que a su vez cause un riesgo grave para la vida, salud o integridad física de las personas, hace que el número de posibles delitos se vea muy reducido. Si a eso se añade la idea de que, como veremos más adelante, la toma de muestras que pueda afectar al derecho a la intimidad solo se encuentra justificada en tanto que la injerencia en la intimidad sea proporcionada con el valor del objetivo que se persigue, y eso implica, entre otras cosas, que la injerencia resulte necesaria para la consecución de dicho objetivo (cual es el de la facilidad de averiguación de futuros delitos), la panoplia de delitos se reduce aún más. Podría ser paradigmático aquí el delito previsto en el CP art. 351 primer inciso (delito de incendio), que, pese a no estar en la lista inicial prevista en el CP art. 129 bis, si que es un delito grave que pone en peligro grave la vida y la integridad física de las personas, y en el que puede resultar necesario, por la dificultad que suele conllevar su investigación, el mantener identificadores de ADN de sujetos que ya lo han cometido y tiene una peligrosidad delictiva alta a futuro.

En todo caso, la exigencia de que los delitos que dan lugar a esta injerencia en la intimidad personal sean de una cierta entidad es algo muy asentado en la jurisprudencia del TEDH (vid. Decisión TEDH en el as. Van der Velden c. Países Bajos, de 7 de diciembre de 2006; STEDH as. S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008; Decisión TEDH en el as. Peruzzo y Martens c. Alemania, de 4 de junio de 2013).

- Además, debe concurrir en el concreto sujeto una probabilidad alta de reiteración delictiva futura. La misma, dice el actual CP, debe analizarse partiendo de “*las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible*”, lo que no hace sino incorporar un nuevo requisito profundamente indeterminado (y de difícil medición). Por lo demás, no queda claro si la peligrosidad criminal futura tiene que referirse a delitos como los enumerados anteriormente, o si basta la probabilidad de comisión de cualquier delito en el futuro con independencia de su gravedad y del bien jurídico afectado, aunque parece más plausible la primera interpretación.

PRECISIONES → Este segundo requisito ha llevado a parte de la doctrina a alertar de un problema ciertamente real, cual es el de la eventual posibilidad de “transferencia” del juicio de peligrosidad a la propia sentencia condenatoria (y, por tanto, a la cuantía de la pena impuesta en la misma), ya que este primero no se tendría que analizar por el juzgador para decidir sobre la pena a imponer, pero, sin embargo, sí que debe hacerse para imponer la consecuencia accesoria del CP art. 129 bis, y trazar barreras entre una decisión y la otra puede ser tremendamente complejo.

Por lo demás, los identificadores de ADN que se pueden almacenar son sólo los que son determinantes para conocer tanto la identidad de la persona como su sexo, sin poder extraerse de las muestras tomadas identificadores que proporcionen otra información personal que debe ser irrelevante a estos efectos (por ejemplo, datos relativos a la salud física y mental del sujeto), atendiendo a la idea fijada por el TEDH de la negativa a mantener datos personales que vayan más allá de la “*mera identificación neutral*” (STEDH as. S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008). En este sentido, el legislador español sigue lo marcado por instrumentos internacionales, como, por ejemplo, la Resolución del Consejo de la Unión Europea 2009/C 296/01, de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN, consiguiendo así que, en palabras del TC, haya una “*escasa (cuando no nula) incidencia material en la intimidad personal*” (TC 5/12/13, EDJ 2013/253497; TC 30/01/2014, EDJ 2014/12046). Y, en caso de que el sujeto se oponga a la toma de muestras, el CP art. 129 bis autoriza la toma forzosa de las mismas sin que ello implique un ejercicio de fuerza superior al indispensable para su ejecución.

Esta medida, que parece tener una importante capacidad preventivo-especial (el sujeto cuyos identificadores de ADN estén registrados en la base de datos policial tendrá importantes motivos para no delinquir en el futuro, considerando el alto grado de eficacia de la comparación entre muestras de ADN y la facilidad con la que cualquier actuación –delictiva o no– conlleva un depósito de restos biológicos de los que obtener dichos identificadores), tiene también importantes implicaciones con relación principalmente al derecho fundamental a la vida privada (CE art. 18.1, CEDH art. 8), que han ocupado de una manera reciente tanto a nuestro Tribunal Constitucional como al TEDH. Aunque en general los problemas con la toma y conservación de los identificadores de ADN han surgido en un momento procesal muy determinado (en la fase de investigación del delito –materia regulada en España por los LECrim arts. 282, 326 y 363, y por la LO 10/2007–), lo cierto es que los reparos surgidos frente a la cuestión pueden servir de guía interpretativa del nuevo CP art. 129 bis. En particular, la jurisprudencia iusfundamentalista deja claros ciertos límites:

- Tanto el TC como el TEDH han considerado que la mera conservación de los identificadores de ADN suponen ya una intromisión el derecho fundamental a la vida privada (vid. TC 5/12/13, EDJ 2013/253497; TC 30/01/2014, EDJ 2014/12046; TC 13/02/2014, EDJ 2014/2247; TC 27/03/2014, EDJ 2014/46264; Decisión TEDH en el as. Van der Velden c. Países Bajos, de 7 de diciembre de 2006; STEDH as. S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008; Decisión TEDH en el as. Peruzzo y Martens c. Alemania, de 4 de junio de 2013). Sin embargo, ambos tribunales han reconocido la posibilidad de que dicha injerencia se encuentre justificada siempre que, junto con otros requisitos que parecen quedar aquí cumplidos (el TEDH exige que la interferencia en el derecho reconocido en el CEDH art. 8 esté prevista en la ley y justificada por un fin legítimo en el marco de una sociedad democrática - STEDH as. S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008; Decisión TEDH en el as. Peruzzo y Martens c. Alemania, de 4 de junio de 2013–, mientras que el TC exige que exista un fin constitucionalmente legítimo, que la injerencia esté prevista en la ley, y que se acuerde la misma, por lo general, mediante una resolución judicial motivada - TC 5/12/13, EDJ 2013/253497; TC 13/02/2014, EDJ 2014/2247; TC 27/03/2014, EDJ 2014/46264–), exista una relación de proporcionalidad entre la magnitud de la misma y la relevancia del motivo que la promueve (TC 5/12/13, EDJ 2013/253497; TC 13/02/2014, EDJ 2014/2247; TC 27/03/2014, EDJ 2014/46264; STEDH as. S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008; Decisión TEDH en el as. Peruzzo y Martens c. Alemania, de 4 de junio de 2013). Como en este caso la injerencia se produce para la evitación de futuros delitos indeterminados, al menos debería resultar exigible, como ya ha destacado parte de la doctrina, que los mismos sean de una cierta entidad (si no se

fija un criterio a estos efectos, el requisito de la proporcionalidad resultaría incumplido). Para ello podría resultar suficiente el exigir que los delitos que previsiblemente se cometerán sean aquellos que sirven ya para la propia imposición de esta consecuencia accesoria.

- Otra de las tachas que se puede hacer a un sistema de mantenimiento de identificadores de ADN es la indeterminación del plazo de cancelación de dichos datos en el registro policial. El TEDH ha afirmado que los mismos solo pueden ser mantenidos en tanto que siga existiendo el motivo que propició su incorporación a la base de datos (STEDH as. S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008). Sin embargo, frente a lo que se puede observar en el art. 9 LO 10/2007 (en materia de instrucción), el nuevo CP art. 129 bis no prevé ningún plazo de cancelación de los mismos. En todo caso, como el motivo que permite la injerencia en el derecho fundamental es la peligrosidad futura (por tanto, no servirían los plazos fijados en la LO 10/2007, pues el fundamento de la injerencia allí es la investigación de un delito concreto), cuando menos la cancelación de los datos personales debería llegar si la misma desaparece. Ello sería conforme además con el art 22.4 de la LO 15/1999, que establece que los datos personales registrados con fines policiales se deben cancelar cuando ya no sean necesarios, teniendo en cuenta para fijar dicha necesidad, entre otras cuestiones, la rehabilitación del sujeto (en este mismo sentido vid. el principio 7 de la Recomendación número R(87) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, por la que se regula el uso de datos personales en el ámbito policial). Por lo demás, y en un sentido ahora sí coincidente con lo previsto en la LO 10/2007, tanto el acceso, como la rectificación y cancelación de los datos recogidos en la base de datos policial debe permitirse y realizarse conforme a lo establecido en la LO 15/1999, teniendo muy en cuenta los límites previstos en su art. 23.

PRECISIONES → El TEDH ha considerado ajustado al CEDH la regulación alemana sobre esta materia (que en general es muy similar a la prevista ahora en el CP art. 129 bis), aun a pesar de que no recoge un plazo de cancelación de los datos de la base policial. Sin embargo, resulta relevante el destacar que la regulación alemana exige que la base de datos sea revisada de manera regular para expurgar los datos personales cuyo mantenimiento no resulte ya necesario (Decisión TEDH en el as. Peruzzo y Martens c. Alemania, de 4 de junio de 2013).

- A diferencia de la obtención de muestras sin consentimiento durante la fase de investigación del delito, el CP art. 129 bis no exige la intervención letrada en el momento de la toma de las mismas (en materia de instrucción resulta pacífica la idea de que es necesaria dicha intervención cuando no media consentimiento del afectado o cuando, aunque medie éste, el afectado se encuentra detenido, a partir del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 –vid. también TS 11/11/14, EDJ 2014/203564; TS 10/10/13, EDJ 2013/201213; TS 25/09/13, EDJ 2013/197220; TS 25/10/11, EDJ 2011/262991; TS 7/7/10, EDJ 2010/144440-). En este caso, sin embargo, parece que la regulación del CP no debe ser completada en ningún sentido, ya que incluso en sede de investigación se ha aceptado que las intervenciones corporales (y sobre todo aquellas que suponen una injerencia pequeña en el derecho a la integridad física –no hay que olvidar que intervenciones que no llegan a lesionar el derecho a la integridad pueden todavía lesionar el derecho a la intimidad, vid. TC 16/12/2006, EDJ 1996/9681; TC 5/12/13, EDJ 2013/253497; TC 08/09/14, EDJ 2014/166318; TS 11/11/14, EDJ 2014/203564-) son permisibles sin intervención letrada si existe autorización judicial. La sentencia condenatoria que decretara la consecuencia accesoria del CP art. 129 bis podría fungir como autorización y, por tanto, suplir el requerimiento de intervención letrada.