



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

CONSECUENCIAS ACCESORIAS DERIVADAS DEL DELITO

Alumno: Francisco Pérez Soria
Dpto. Derecho Penal
Tutora: Pilar Fernández Pantoja

01/07/2019

RESUMEN

El siguiente trabajo se basa en el estudio del Título VI del Libro I, esta parte del Código Penal compuesta de once artículos donde se recogen disposiciones referentes a: el decomiso (artículos 127 y 127 bis, 127 ter, 127 quáter, 127 quinquies, 127 sexies, 127 septies, 127 octies y 128); las consecuencias aplicables a empresas, organizaciones, grupos o cualquier tipo de ente colectivo sin personalidad jurídica (artículo 129) y la toma de muestras biológicas de condenados por determinados delitos de especial gravedad (artículo 129 bis).

Se realiza un análisis sobre las modificaciones que trae consigo la reforma llevada a cabo en el Código Penal en el año 2015, así como, un estudio sobre la evolución del decomiso en nuestro código y sus diferentes modalidades.

Se trata de dar respuesta a los problemas surgidos en torno a la complicada naturaleza de la que goza este nuevo artículo 129 bis.

PALABRAS CLAVE

Decomiso, reforma 2015, consecuencias accesorias, toma de muestras biológicas.

ABSTRACT

The following work is based on the study of Title VI of Book I, this part of the Criminal Code composed of eleven articles which include provisions regarding: confiscation (articles 127 and 127 bis, 127 ter, 127 quater, 127 quarries, 127 sexies, 127 septies, 127 octies and 128); the consequences applicable to companies, organizations, groups or any type of collective entity without legal personality (Article 129) and the taking of biological samples of convicted persons for certain particularly serious crimes (Article 129 bis).

An analysis is made of the modifications that the reform carried out in the Criminal Code brings about in 2015, as well as a study on the evolution of confiscation in our code and its different modalities.

The aim would be to respond to the problems arising from the complicated nature of this new article 129 bis.

KEYWORDS

Confiscation, reform 2015, accessory consequences, taking of biological samples.

INDICE

1. Las consecuencias accesorias derivadas del delito:

- 1.1. Desarrollo general
- 1.2. Naturaleza jurídica y concreción
- 1.3. Concepto de consecuencias accesorias e influencia del derecho comparado

2. El Decomiso (artículos 127, 127 bis, 127 ter, 127 quáter, 127 quinquies, 127 sexies, 127 septies, 127 octies y 128)

- 2.1. Introducción
- 2.2. Tratamiento jurídico hasta la reforma de 2015
- 2.3. Situación del decomiso tras la reforma del 2015
 - 2.3.1 Adecuación del decomiso a las normas internacionales
 - 2.3.2 Idea principal y contenido del decomiso
 - 2.3.2.1 Contenido
 - 2.3.2.2 Límites
 - 2.3.3 Clases de decomiso :
 - 2.3.3.1 El Decomiso civil también llamado decomiso sin sentencia (art 127)
 - 2.3.3.2 EL Decomiso sustitutorio o por valor equivalente (carácter transversal)
 - 2.3.3.3 El Decomiso ampliado
 - 2.3.3.4 El Decomiso ampliado/retroactivo y su regulación conforme a la constitución
 - 2.3.3.5 El decomiso de bienes transferidos a terceros
 - 2.3.4 Aplicación del decomiso y el “sistema de indicios”
 - 2.3.5 Principio de proporcionalidad y tercero de buena fe
 - 2.3.6 El decomiso como medida cautelar

3. Consecuencias aplicables a colectivos que carecen de personalidad jurídica

- 3.1. Concepto y cuestiones generales
- 3.2. Reformas sobre el artículo 129 CP
- 3.3. Fallos en la reforma de 2015

- 3.4. Contenido y explicación artículo 129
- 3.5. Sujetos sobre los que recae el artículo 129
- 3.6. El artículo 129 y sus consecuencias
- 3.7. Aplicación del artículo 129 como medida cautelar y su ámbito

- 4. **La toma de muestras biológicas: artículo 129 bis del Código penal:**
 - 4.1 Artículo 129 bis CP
 - Concepto y contenido
 - 4.2 LO Base de Datos Policiales
 - 4.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal
 - 4.4 Valoración General del artículo 129 bis CP

- 5. **Conclusión**

- 6. **Bibliografía**

LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DERIVADAS DEL DELITO.

1.1.- DESARROLLO GENERAL

Desde tiempo atrás, se podía predecir que esta subcategoría, llamada consecuencias accesorias, se utilizaría para aquellas medidas o sanciones las cuales hasta este momento no podíamos situar, ni entre las clásicas penas, ni entre las medidas de seguridad. Esta colocación era totalmente necesaria debido a su relevancia sobre objetos y medios en relación con el delito, no solo por la peligrosidad sino también para evitar que se cometan delitos posteriores. Por los diferentes tipos de problemas que han ido surgiendo durante los años generalmente teóricos, los juristas no consiguen establecerlas ni dentro de las penas ni de las medidas de seguridad, ni otorgarle otra categoría propia; el decomiso trata de dar respuesta a las nuevas formas de delincuencia debido a su carácter cautelar, esta naturaleza de pena accesoria era donde surgía mayor dificultad, puesto que si la situamos dentro de la pena accesoria, no se puede utilizar antes de establecer la sentencia. El legislador trata de unir las medidas que pueden utilizarse para entidades colectivas cuyo principal objetivo era evitar la comisión de futuros delitos.

En la actualidad, el decomiso es caracterizado como una consecuencia accesoria del delito, 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 seguridad¹

Con la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo del Código Penal, donde se incorpora en sus últimos momentos de tramitación el artículo 129 bis, es principalmente aquí, donde surgen los problemas de esa difícil clasificación que podemos considerarla de “extraña naturaleza jurídica”. Dependiendo de los distintos puntos de vista y doctrinas, se podía situar dentro del ámbito procesal, también dentro del ámbito penal o incluso dentro del ámbito policial. Debemos de tener en cuenta que por la imposición de una condena, siempre tratándose de delitos graves, llevará consigo la toma de muestras biológicas las cuales se remitirán a las bases policiales con el fin de evitar la comisión de futuros delitos, esta es otra razón que complica aún más su colocación dentro de un ámbito jurídico.

¹ (TS 18/12/13, EDJ 2013/261161; **Número de Resolución:963/2013**).

La reforma de 2015 del código penal contempla once artículos sobre el decomiso², hasta entonces llamado comiso, aquellas consecuencias que se pueden aplicar a colectivos generalmente empresas y por último las muestras biológicas para las bases de datos policiales, todo esto situado en el Libro I en su Título VI.

1.2.- NATURALEZA JURÍDICA Y CONCRECIÓN.

Para hablar del origen de esta categoría en el Código Penal español, debemos de retroceder hasta el año 1995. Es en este momento, cuando se realiza la integración de este diferente modelo a nuestro sistema jurídico.

Bajo mi humilde opinión el reconocimiento llegó en el año 2010, como hemos comentado anteriormente en el año 1995 se comienza a tratar esta categoría, pero debemos de tener en cuenta que el legislador de esa época no consigue otorgarle una naturales y fundamento definido. En contraposición a la opinión expuesta anteriormente, el hecho de que no se haya mantenido la naturaleza ni la categoría en el mismo lugar, así como, la modificación que da lugar a un nuevo comiso (decomiso) , todo esto acompañado de la creación de una nueva consecuencia accesoria que consistía en añadir a las bases policiales las muestras biológicas, son motivos más que suficientes para el legislador para no solo no eliminar la categoría de consecuencias accesorias sino para mantenerla y matizarlas; pero surgen dudas sobre la posibilidad de crear una “teoría general de las consecuencias accesorias”.³

La principal finalidad por las que pueden ser unidas las consecuencias accesorias es la de la prevención de los delitos. Debemos de tener en cuenta que tras la remodelación sufrida en el 2015, no se esconde en ningún momento la otra finalidad que sería evitar enriquecimientos ilícitos.

1.3- CONCEPTO DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS DERIVADAS DEL DELITO E INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO

Las principales corrientes doctrinales de nuestro país toman comparativamente el Derecho alemán. Debemos de tener en cuenta, que las diferencias entre el código penal alemán y español en dicho ámbito son mayores que las similitudes. El derecho penal

² Tras la reforma llevada a cabo en el año 2015(Reforma de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo del Código Penal) se modifica la denominación del hasta ese momento llamado “comiso” ahora “decomiso” conforme a la disposiciones vinculadas con las sustituciones de términos, en el texto de la reforma número 260.

³ Fernández Pantoja. P(2016) “ Comentario al Título VI. De las consecuencias accesorias”. En *Comentarios al Código Penal*. Dykinson S.L, pp938 y 939

alemán, dentro de consecuencias accesorias (nebenfolgen), reconoce la inhabilitación de los funcionarios públicos para ejercer sus funciones dentro de la administración como una consecuencia accesorio. Por otro lado, dentro del ámbito de la parte especial, es considerado también como consecuencia accesorio aquellas sentencias en las que se traten los casos de imputación falsa, injurias a los órganos y representantes de Estados extranjeros acompañado por los requisitos de que dicho delito hubiera sido realizado públicamente o mediante la difusión de escritos.

Es importante resaltar que lo que en el ordenamiento español se configuraba su naturaleza como pena accesorio, mientras que en el Código alemán se configuran como consecuencias accesorias.⁴

Cuando tratamos de investigar qué cosas se deben de situar dentro de las consecuencias accesorias, es totalmente obligatorio acudir a las fuentes de influencia.

Desde la propia corriente doctrinal alemana, se ha criticado con mucha fuerza la falta de denominación que se le otorga a este grupo de consecuencias jurídicas, más en concreto el jurista alemán citado anteriormente se refiere al termino de consecuencias accesorias como insatisfactorio por falta de sustancialidad; sin embargo, hace referencia también a sus indispensabilidad, ya que se incluyen aquellas disposiciones judiciales las cuales el legislador no consigue establecer claramente en ninguna de las dos principales categorías que serían la medida o la pena, puesto que en estas dos el elemento determinante de su ausencia no permanece constante.

Para este autor es importante realizar una distinción entre las consecuencias accesorias de carácter penal y de carácter mixto, las penales se basan en la culpa del autor.

2.- EL DECOMISO (ARTÍCULOS 127 Y 128).

2.1.- INTRODUCCIÓN

Es importante resaltar que, la reforma realizada en el 2015 sobre el antiguo “comiso”, ahora llamado “decomiso”, no tiene precedente alguno en la historia de la codificación española. Sí que a lo largo de estos años se ha producido, por parte del legislador, algunas modificaciones leves de las que cabe destacar la realizada en el año 1995, donde se lleva a cabo un traslado desde las penas accesorias a la categoría de consecuencias accesorias del delito. Este cambio, aunque no parezca de una gran

⁴ Córdoba Roda, J. “Comentarios al Código Penal. Parte General” Barcelona, 2011, pag 296

relevancia, consigue otorgar una mayor utilidad de esta figura puesto que, se permite la privación tanto de ganancias como de objetos procedentes de un ilícito penal, sin tener que llegar al final del procedimiento en el cual se establezca la sentencia condenatoria.

Nos encontramos en una sociedad totalmente cambiante debido, entre otras causas, al desarrollo tecnológico. Al igual que sucede en el ámbito de la delincuencia, existen números factores que hacen que el ámbito de la delincuencia varíe y se originen unos nuevos tipos de la misma, como pueden ser las relacionadas con el ámbito de la economía o de la política, entre los que cabe destacar el delito de cohecho o blanqueamiento de capitales.

Bajo mi punto de vista, se ha producido unos importantes cambios, ya no solo en la figura del decomiso que sigue manteniendo la incautación de bienes sino en su fundamento, naturaleza y uso. La función principal utilizada históricamente era la retribución, la cual fue relevada a un segundo plano y se le concede una mayor importancia al carácter preventivo tras la reforma de 2015.

2.2.- TRATADO JURÍDICO HASTA LA REFORMA DE 2015

A lo largo del tiempo, la regulación en la que se encontraba el decomiso era un tanto contradictoria, teniendo en cuenta que tanto antes como después del Código del 95 era totalmente posible encontrar referencias del mismo en la parte general. Este es el motivo por el que se realizaba la distinción entre el comiso genérico y el comiso específico. Entre todos los tipos de delitos la doctrina destaca los delitos contra la salud pública, aunque se sitúa dentro del marco de los específicos, esta clase de delito suponía otra regulación del comiso con una amplitud mayor a la del general. De esta forma se permite decomisar las ganancias procedentes de un ilícito penal al igual que se permitía el decomiso por sustitución.⁵

En el Código de 1995 fueron realizadas números reformas para que la figura del decomiso pudiera dar contestación a la nuevas formas de delincuencias que surgieron en este momento⁶, sumadas ya a las tradicionales; por así decirlo se deja atrás el decomiso de aquellas armas ⁷con las cuales se había cometido el delito puesto que se da por

⁵ Con anterioridad a la reforma del Código Penal de 1995 era el artículo 344 bis e) y tras la reforma se sitúa en el artículo número 374.

⁶ Morillas Cuevas L. “Sistema de derecho Penal parte general” *fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal. Edit. Dykinson Pag. Cit, 24*

⁷ Sentencia Penal Nº 118/2013, Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1, Rec 52/2013 de 14 de Marzo de 2013.

supuesto. Y se trata de dar contestación aquellos nuevos delitos cuya magnitud puede influir en el orden socioeconómico. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, el legislador introduce como novedad en el 1995 el decomiso de las ganancias procedente de delito o lo que llama el legislador sus “transformaciones”.

Todo lo expuesto anteriormente, sirve como una introducción o punto de partida para la reforma del 2015, aunque en todo este período de tiempo debemos también hacer referencia a un par de modificaciones realizadas por motivos de leyes reformadoras que son las siguientes:

- L.O. 15/2003 de 23 de noviembre
- L.O. 5/2010, de 22 de junio

Resultan de vital relevancia la introducción de todas las reformas, a destacar la posibilidad del decomiso de bienes, o aquellos instrumentos los cuales han sido utilizados en el delito o en actos preparatorios del mismo. Se realiza una ampliación del decomiso, creando la posibilidad de establecerlo por el valor equivalente al no poder ser realizado sobre lo en principio decomisible. También cabe destacar la posibilidad de imposición del decomiso hasta en los casos en los cuales no llegue a establecer ninguna pena por motivos de extinción o por que el sujeto se encontrase exento de la misma.

Como ya hemos mencionado con anterioridad, el término “comiso”, tras la reforma de año 2015, fue sustituido por “decomiso” y se amplía o se facilita la posibilidad de llevarlo a cabo, ofreciendo a partir de este momento la posibilidad de decomisar bienes en el momento que se impusieran penas privativas de libertad superiores a un año al cometer algún delito imprudente.

Con lo relacionado con el procedimiento de decomiso, también se realizan reformas en el año 2010 tras la introducción de algunas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.3.- SITUACIÓN DEL DECOMISO TRAS LA REFORMA DEL 2015

El principal objetivo de esta nueva regulación, consiste en la obtención de unos instrumentos legales de mayor eficacia, para así poder recuperar todos aquellos activos cuya procedencia pueda venir de un delito.

2.3.1.- ADECUACIÓN DEL DECOMISO A LAS NORMAS INTERNACIONALES.

Como nos indica el legislador, uno de los motivos fundamentales por lo que se produjo dicha reforma, consiste en la adecuación a la normativa internacional, en el transcurso de tiempo en el que se lleva a cabo la reforma ha podido adaptarse a diferentes actividades legislativas pero finalmente lo hace *a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del consejo del 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del en la Unión Europea*.⁸

Bajo mi punto de vista, en el objetivo principal de esta directiva, se encontraba el hecho de poder ampliar el marco que nos ofrecían las normas anteriores, como ejemplo de lo que acabo de explicar encontramos la ampliación del término producto del delito. Se realiza una descripción más amplia de los bienes los cuales son aptos para el decomiso o embargo. Tras este momento se contempla la posibilidad de poder decomisar los bienes incluso en las situaciones en las cuales no haya sido posible enjuiciar al que haya cometido la infracción puesto que se encuentre en un caso de enfermedad o fugado de la justicia. Se plantea pues la unión del término decomiso estableciéndolo así el origen del “sistema de indicios”⁹, pues debemos de tener en cuenta que tras la reforma se añade el artículo 127 el cual acorta los decomisos y embargos sobre presupuestos muy generales. Según alguna corriente de juristas esta reforma del año 2015 incurre en una incompatibilidad con las garantías jurídico penales.¹⁰

2.3.2.- IDEA PRINCIPAL Y CONTENIDO DEL DECOMISO

2.3.2.1.- CONTENIDO

⁸La presente directiva trata de resaltar la diferencia entre los conceptos de embargo y decomiso, estableciéndolos como dos términos diferentes. También se persigue establecer el conceptos firme de cuáles son los bien que pueden ser objeto de decomiso.

Se le otorga la facultad de decomisar a los estados miembros ante cualquier tribunal en relación con el procedimiento penal que se trate.

La presente Directiva pretende modificar y ampliar las disposiciones de las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI. Estas Decisiones Marco deben sustituirse parcialmente para los Estados miembros obligados por la presente Directiva

⁹ Este sistema de indicios ha sido criticado duramente por parte de la doctrina, entre los indicios a tener en cuenta se destacan los siguientes: Cuando no existe equivalencia entre los bienes o efectos de los que se trate y las fuentes de ingresos legales, cuando se transfieran bienes a terceras personas para evitar el decomiso de estos y la utilización de paraísos fiscales o utilización de entes sin personalidad jurídica para evitar su tributación y ocultar su verdadero titular.

¹⁰ Hava García E. (2015) “La nueva regulación del decomiso”, Comentario a la reforma penal 2015, Pamplona, p 214

Para poder llegar a la idea principal del decomiso, es decir, el concepto fundamental que se tiene en la concepción moderna de esta institución es totalmente necesario determinar claramente sus fuentes; el legislador toma como fuente principal de esta institución el conjunto de las normas europeas.

Para el legislador no cabe lugar a duda que desde su concepción el decomiso supone la privación de los bienes a la persona que ha sido titular de estos. No obstante surge una serie de problemas puesto que hay términos que con el mismo contenido suponen cosas diferente al decomiso, un ejemplo de lo expuesto anteriormente sería la idea de embargo. No obstante es fácil resaltar la diferencia entre embargo y decomiso puesto que poseen una naturaleza diferente, es decir, mientras uno pertenece al ámbito jurídico civil (embargo) el otro se establece dentro del ámbito jurídico penal (decomiso)

De marcar la diferencia entre ambos términos se encarga la Directiva 2014/42 que a través de sus diferentes apartados intentar remarcar la diferencia entre ambas sin olvidar que cuando nos encontramos en la jurisdicción de ámbito penal se hace referencia al decomiso. Como característica más destacada para diferenciarlos encontramos que en el caso del decomiso la privación del bien es definitiva mientras que cuando nos referíamos al embargo no se pierde la titularidad del bien, el embargo más bien se podría clasificar como una medida cautelar real que sirve de garantía mientras se desarrolla el proceso legal, cuya finalidad principal el servir de garantía para el pago de la pretensión resarcitoria. Por otro lado encontramos unos fines comunes en cuanto a la finalidad probatoria de ambos. Otro punto que diferencia a ambos sería que mientras el embargo está destinado a garantizar la satisfacción por daños y perjuicios el decomiso tiene como finalidad satisfacer el orden público.

En la pretensión de establecer un concepto fijo de decomiso han de establecerse todas las finalidades de dicho concepto y es en ese momento donde el decomiso despliega todas sus posibilidades, el decomiso es capaz de abarcar la prevención y retribución sin que exista ningún tipo de contradicción. Con esto se persigue que el sujeto no posea los medios para futuros delitos así como que no haya un enriquecimiento ilícito el cual convierta el delito en rentable. Por esta razón es importante resaltar que para el legislador del año 2015 no es válido el fundamentar la finalidad del decomiso en la prevención, lo cual resultaría insuficiente para la justificación de la reforma¹¹.

¹¹ De todas las enmiendas que se llegaron a presentar en el Proyecto, cabe destacar la número 651 en la cual se añade la posibilidad de establecer privaciones de bienes, medios o instrumentos de preparación en

En función al régimen general de esta subcategoría se le atribuye al decomiso una serie de características las cuales pueden ir variando dependiendo de las diferentes ramas en las que se divide dicha figura.

Como características comunes del decomiso y según lo dispuesto en el artículo 127 del Código Penal encontramos las siguientes:

- Se impondrá, prescriptivamente, en aquellos delitos dolosos¹² en los cuales se encontrará siempre acompañando a la pena, o si se realiza de manera potestativa ira con aquellos delitos imprudentes los cuales supongan una privación de la libertad durante más de doce meses.
- Recaerá sobre aquellos efectos, bienes o actos preparatorios los cuales deriven de un delito o sobre las ganancias que han podido ocasionar la realización del delito¹³.

Mediante las modificaciones realizadas a esta figura con el paso de los años cabe destacar como novedad, la posibilidad de establecer el decomiso aun cuando no se haya establecido la sentencia condenatoria, por lo que se aleja de aquella doctrina que lo establecía con carácter de pena, esta doctrina originariamente era la mayoritario pero fue variando con el paso del tiempo.

A lo largo del trabajo se expondrán variaciones realizadas tras la reforma del año 2015.

2.3.2.2.- LÍMITES

Es importante resaltar que el decomiso tiene una serie de limitaciones, a continuación voy a ir enumerándolas según lo establece la doctrina:

Las que proceden de los principios generales en relación al jurisdicción penal, más en concreto el artículo 128 el cual establece proporcionalidad y por otro lado encontramos otra limitación en el propio concepto de decomiso cuando se hace referencia a que no puede decomisarse ni efectos ni ganancias ni instrumentos que sean propiedad de un tercero que haya actuado de buena fe.

La doctrina ha comentado este último apartado donde parece que existe una idea homogénea sobre esta limitación haciendo hincapié en que no resulta legítimo decomisar

las situaciones que existiese una peligrosidad objetiva en relación con la posibilidad de cometer un futuro delito.

¹² Sentencia Penal Nº 137/2012, Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1, Rec 156/2012 de 02 de Abril de 2012.

¹³ Sentencia Penal Nº 239/2012, Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7, Rec 28/2012 de 07 de Junio de 2012

a un tercero de buena fe considerándolo un tercero no responsable del bien jurídico dañado¹⁴. Se da por hecho que al referirnos a un tercero, este no puede intervenir ni como participe ni mucho menos autor, esta aclaración sirve para impedir el decomiso sobre quien sea responsable civil subsidiario.

Por otro lado tras la reforma que se realizó en el año 2015 sí que se permite el decomiso en aquellos casos en los que el tercero no actúe de buena fe como el legislador establece en el artículo 127 quarter : se podrá establecer el decomiso de bienes, efectos y ganancias siempre que se le haya transmitido la propiedad a un tercero como en los siguientes casos:

- Siempre que el tercero tenga conocimiento o una serie de indicios que le hayan permitido sospechar sobre el origen ilícitos de los bienes que se le transmitían.
- Siempre que el tercero tenga conocimiento que la adquisición de dichos bienes se simplemente una técnica para dificultar el decomiso establecido.

Por todo esto, hay que dejar claro que no debe ser responsable del delito y que debe haber actuado de buena fe para que no sea legítimo el decomiso de los efectos o ganancias, esto no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico penal ni para la jurisprudencia, podemos remontarnos hasta el año 1962 una sentencia del 22 de abril (R1820) donde en elle se refiere a << *las adquisiciones legítimas de esos efectos hechas de buena fe por personas no participantes en los hechos delictivos, aunque la adquisición no se hubiera verificado en las formas y modos establecidos en los Códigos Civil y de Comercio para hacerlas irreivindicables*>>.

Otro tema importante a tratar es el relacionado a la posibilidad de decomisar aquellos objetos los cuales se encuentren dentro de una masa común perteneciente nos solo al condenado o investigado sino también a otros individuos ajenos a la situación. Podemos encontrar jurisprudencia relativa a esta cuestión, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de Junio de 1993 donde se hace hincapié en la posibilidad de este decomiso parcial¹⁵ de los efectos o bienes en el caso de que exista una titularidad compartida.

2.3.3.- CLASES DE DECOMISO

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

¹⁴ Vázquez Izubieta, Carlos “Código Penal comentado” Barcelona ,2015, pag 249

¹⁵ Sentencia Penal N° 104/2014, Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1, Rec 923/2013 de 10 de Marzo de 2014.

sanción penal nacida entre las penas y las medidas de seguridad. Se pueden diferenciar las siguientes clases de decomiso como así lo establece la doctrina:

2.3.3.1.- EL DECOMISO CIVIL TAMBIÉN LLAMADO SIN SENTENCIA

Alrededor del año 2000 numerosos países no solo a nivel europeo más bien a nivel mundial comienza a perseguir un nuevo tipo de criminalidad que no había surgido hasta este momento, debemos de tener en cuenta que con la llegada de las nuevas tecnologías surgen a la par unas formas nuevas de delincuencia, frente a las cuales los diferentes estados pretenden dar respuesta y de este modo no permitir su imputabilidad.

El decomiso civil tiene un origen mucho más antiguo en los sistemas jurídicos de otras naciones¹⁶ que en el sistema jurídico español, debido a la unificación del derecho a la que nos vemos abocados figuras de diferentes ámbitos se ven integradas dentro de campo que teóricamente no le corresponde, esto sucede con la figura del decomiso civil que aunque teóricamente corresponda al ámbito civil se integra al penal, aunque esto suene un tanto extraño no es la primera vez que ocurre; esta compatibilidad también la podemos observar en la responsabilidad civil derivada de delitos leves junto a la responsabilidad penal.

Algo más sencillo de comprender y explicar resulta la necesidad adaptadora del legislador español con la normativa vigente del resto de países de la Unión Europea, un ejemplo de como se ha adaptado la normal al sistema europeo sería el Proyecto de 2013 en donde claramente se mantiene la aplicación del decomiso al margen de la relación con ninguna pena.

Con anterioridad a lo expuesto podemos encontrar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción celebrada en el año 2004 en la ciudad de New York, es aquí donde se habla de la necesidad de encontrar que clases de instrumentos servirían para la recuperación de todos aquellos bienes que son producto ilícito penales, es aquí donde se resalta la necesidad del decomiso como instrumento fundamental así como la necesidad de colaborar entre las naciones. En Europa es en el año 2005 cuando se comienza a trabajar con diferentes clases de decomiso y es entonces cuando el decomiso sin sentencia o decomiso civil empieza a tener una mayor relevancia.

¹⁶ Esta figura de larga tradición, también puede contemplarse en ordenamiento jurídicos latinoamericanos cuya función principal es sin llegar a la condena poder recuperar todo aquello procedente de ilegalidades. Fabián Caparros. (2012) “ El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción, México, pp 346-347

En lo que a España corresponde, y en relación al artículo 127.4, con anterioridad a la reforma que tuvo lugar en el 2015, debemos de retroceder hasta el año 2003 donde la reforma comienza a establecer el decomiso cuando no se llega a establecer pena a los sujetos puesto que la responsabilidad criminal de los mismos se hubiera extinguido. En el año 2010 la reforma establece el decomiso en delitos imprudentes, pero el principal cambio llega cuando, es desplazado a un artículo diferente y con una redacción diferente aunque es muy similar a la de la Directiva de 2014.¹⁷

Con respecto a estas nuevas modalidades que han surgido, son muchos los debates que se dan como por ejemplo si hay principios fundamentales que están siendo vulnerados, como podrían ser la presunción de inocencia, también resulta complicado el establecer cuál sería la naturaleza jurídica del decomiso, lo que sí está claro que no es la de una pena. Si partimos de la tradicional concepción de comiso relacionado con una pena es cuando surgen dudas de si se está respetando o no la presunción de inocencia del investigado sin embargo, teniendo en cuenta lo dicho por los tribunales europeos y más en particular por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este ya se pronunció al respecto dejando claro que el decomiso sin sentencia no posee naturaleza estrictamente penal, ya que la causa de imposición de la misma no va en relación a establecer una sanción relacionada a la culpabilidad del ilícito cometido, sino más bien tiene como objetivo la restitución del enriquecimiento injusto. El legislador deja claro que no se trata de un régimen de sanción. Según el legislador nos encontramos que posee una naturaleza extrapenal, ya que se considera que esta clase de decomiso no se dirige en particular contra las personas sino más bien va dirigida contra los bienes, por lo tanto no es penal; dicha naturaleza supone una mayor facilidad para solucionar obstáculos, así pues se establece un sistema mucho más flexible en el ámbito probatorio, no se requiere la imposición de un juez penal y la posibilidad que se establezca contra personas jurídicas o contra sus herederos¹⁸.

La causa primordial por la que se realiza la reforma del 2015 sería la de crear nuevas técnicas así como la introducción de normas procesales para su aplicación. Según la doctrina no se ha realizado ninguna de las dos sino que simplemente se ha traspuesto la Directiva¹⁹ de la unión europea la cual comprometía a España.

¹⁷ En esta Directiva en su artículo 4.1 y en su artículo 2 hace referencia a la ausencia del condenado o los casos de enfermedad o posible fuga del acusado, respectivamente, que con posterioridad fueron añadidos al artículo 127 ter.

¹⁸ Blanco Cordero, Isidoro "Recuperación de activos..." cit.,pág. 339.

¹⁹ la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del en la Unión Europea.

¿Cuál es principal objetivo por el cual surge esta clase de decomiso civil o sin sentencia? Está claro que la función básica es la de recuperar todos los activos que proceden de actividades ilícitas, lo que trae consigo que no se permita los enriquecimientos no legales.

En el artículo número 127 ter se establece la opción de estipular algunas de las variantes de decomiso, las de los artículos 127 y 127 bis en diferentes casos y acerca de la realidad de unos presupuestos, de los cuales podemos distinguir entre los siguientes:

- Presupuesto:
 1. La certificación de la situación patrimonial ilegal cuando nos encontremos ante un proceso contradictorio.
 2. La declaración formal del investigado en el caso que se encuentren indicios obvios de criminalidad.
 3. Cuando se den algunos de los casos concretamente establecidos y resulte imposible que se termine el proceso penal.
- Supuestos:
 1. Aquellos casos en los que el investigado sufra una enfermedad crónica la cual impida su enjuiciamiento o en el caso de fallecimiento del sujeto y pueda suponer la prescripción del ilícito.
 2. Aquellos casos en los que el sujeto se encuentre en rebeldía y que no permite que sea enjuiciado en un plazo de tiempo lógico.
 3. Aquellos casos en los que el sujeto se encuentre totalmente exento de su responsabilidad criminal o que esta responsabilidad criminal se haya extinguido, si nos encontramos ante estos casos será conforme a lo establecido en los regímenes tanto generales como específico

Resulta complicado en numerosas ocasiones establecer exactamente en qué tiempo consiste o quien lo determina, cuando hacemos referencia a un tiempo lógico. Nos da poca seguridad jurídica el hecho de hablar de algo con tan poca concreción.

Pese a la poca seguridad jurídica que aporta el legislador de 2015, como explica la doctrina²⁰, este elemento posee una gran eficacia pero sin olvidar los inconvenientes del mantenimiento del sistema original, así sucede con el comiso/decomiso y su ocurrencia

²⁰ Blanco Cordero I. hace hincapié en la importancia de esta clase de decomiso, clasifica el decomiso civil como una herramienta fundamental ante la lucha contra las ganancias que proceden de ilícitos penales y resalta la eficacia de este tipo ante las situaciones en las que no existiese responsabilidad penal por motivos de fallecimiento, fuga, pertenencia de los bienes a un tercero o abandono de los bienes.

en el derecho procesal y sustantivo penal español, respecto a la doctrina que piensa que no puede soportar ese volumen de variación.

Es importante tener presente un ámbito totalmente imprescindible en la práctica de estas formas de decomiso como es el procesal. Hasta este momento debíamos esperar hasta la sentencia condenatoria donde se establecía los bienes decomisados relacionados a la responsabilidad penal de la persona. El nuevo Código Procesal Penal en la reforma que está teniendo lugar de la LECrim aparece reflejado un procedimiento especial para los supuestos del artículo 127 ter.

En relación a las más que posibles variaciones que se realicen hasta la publicación definitiva del texto jurídico, es de destacar que, bajo el criterio de la doctrina y teniendo presente las bases de lo establecido hasta este momento, tendrá lo que se denomina como “proyecto de decomiso autónomo” dentro del ámbito de lo que se califica como “procesos especiales” : se llevará a cabo esta acción en las situaciones que no se pueda enjuiciar o el sujeto haya fallecido (rebeldía o incapacidad para comparecer).

Ni esta modalidad de decomiso ni ninguna otra, procede en el caso de sentencia absolutoria.

2.3.3.2.- EL DECOMISO SUSTITUTORIO O POR VALOR EQUIVALENTE.

Esta clase de decomiso ha tenido una gran relevancia principalmente en el tráfico de drogas²¹, ya que fue utilizada para la distinción entre los regímenes del decomiso (Especial o general); dentro del decomiso específico se daba la posibilidad de realizarlo sobre otros bienes o un valor similar a lo que en teoría debería de haber sido objeto de decomiso, al igual que efectos o ganancias que se hubiesen generado, en el régimen general no se da esa posibilidad. Es totalmente imprescindible reconocer esta modalidad dentro del régimen general, en su momento se incorporó en el artículo 127.3 y tras la reforma no fue cambiado de lugar en el código, pero sí que se cambiaron algunos aspectos en su redacción como puede ser el llegar a decomisar por un valor inferior.

Para comenzar a realizar la descripción de esta clase de decomiso, tenemos que hacer referencia a como este decomiso sustitutorio se convierte en transversal, se puede ver en todas las clases de decomiso como otra variable a los bienes, objetos o las ganancias que

²¹ Sentencia Penal N° 60/2015, Audiencia Provincial de Granada, Sección 1, Rec 90/2013 de 30 de Enero de 2015.

han podido ocasionar, todo esto podemos observarlo cuando nos encontremos ante los siguientes casos:

- En los casos del artículo 127 tanto apartado primero como segundo; régimen general para delitos imprudentes dolosos.
- En los casos del artículo 127 bis 3, en el comiso sin sentencia o también conocido como hemos explicado con anterioridad como “comiso civil”
- En los casos del artículo 127 quater.1., en el decomiso sobre los bienes de terceras personas.
- En los casos del artículo 127 septies; en el decomiso ampliado.

Es pues ese carácter transversal una de los principales aportaciones que se realiza tras la reforma pero no podemos decir que es la única novedad, otra característica que llama la atención de la doctrina que se introduce tras la reforma, sería el hecho de que esta forma de decomiso puede recaer sobre bienes de un valor inferior, esto es analizado por diferentes juristas los cuales hacen una valoración positiva de este aspecto, ya que resulta para todos lógico el hecho de poder sumar compensando el valor de los bienes, hasta este momento a la hora de llevar a la práctica el aspecto del valor equivalente resultaba mucho más complicado por lo que el legislador mejora notablemente ese aspecto a la hora de decomisar.

2.3.3.3.- EL DECOMISO AMPLIADO.

Mediante la Exposición de Motivos que se realiza en la propia actualización, podemos hacernos una idea del concepto de esta clase de decomiso (decomiso ampliado)²² *“Se caracteriza, precisamente, porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de un prueba plena”*.

De las numerosas reformas llevadas a cabo en el artículo 127 del Código Penal se debe resaltar la que se llevó a cabo en el año 2010, en este momento se realiza la previsión específica del decomiso ampliado, principalmente enfocada para grupos de terroristas o para asociaciones criminales.

Tras la reforma del año 2015, el legislador incorpora un apartado sobre la presunción de la procedencia ilícita del patrimonio de los condenados por delitos que

²² Vidales Rodríguez, Caty, “Consecuencias accesorias decomiso(arts 127 a 127 octies)” *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Dir. J. L. González Cussac, Valencia, 2015, pags 406 y 407

anteriormente hemos mencionado, cuando existiese una desigualdad entre sus sueldos legales y correctamente tributados con su patrimonio²³. Por lo que se crea así una especie de sistema de indicios.

Esta clase de decomiso sigue los rasgos del decomiso sin sentencia o decomiso civil, en el aspecto que se da la posibilidad de decomisar aquellos bienes que no son relacionados directamente con el ilícito penal que se cometió; o incluso como explica el artículo 127 septies del Código Penal, puede llegar a decomisarse aquellos bienes que si adquirieron de forma legal.

Como podemos observar en esta clase de decomiso, ocurre al igual que en el decomiso sin sentencia, ambos tienen una naturaleza estrictamente más civil que penal y desaparece el carácter sancionador penal, va más dirigido contra el patrimonio, que contra la persona. Siempre con la finalidad de acabar con los enriquecimientos ilícitos.

La doctrina critica notablemente la utilización del “sistema de indicios”²⁴ para establecer relación con la actividad delictiva que se persigue, aunque el legislador nos dice lo siguiente:

“Con dicha actuación no se persigue reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito lo que si sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo”.

2.3.3.4.- EL DECOMISO AMPLIADO/RETROACTIVO Y SU REGULACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.

Se han criticado por parte de la doctrina muchos aspectos fundamentales del decomiso que, tras la reforma del 2015, se consideran que están cerca de la inconstitucionalidad. Y uno de los más concretos que ha recibido la mayor parte de críticas, ha sido el decomiso retroactivo, aparece reflejado en los artículos 127 bis quinquies y sexies. En estos artículos se realizan unas combinaciones poco lógicas, donde se unen un supuesto de decomiso continuado con régimen especial en los casos de ser reincidente²⁵.

²³ Fernández Pantoja. P(2016) “Comentario al Título VI. De las consecuencias accesorias”. En *Comentarios al Código Penal*. Dykinson S.L, pp938 y 939

²⁴ Sentencia Penal Nº 295/2010, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 2324/2009 de 08 de Abril de 2010.

²⁵ Vidales Rodríguez C. “Consecuencias accesorias: decomiso...” p 396,

Dicha jurista mediante su comentario explica que ya el texto anterior a la reforma del 2015 presenta ciertas incompatibilidades constitucionales como dice en su obra textualmente puede ser que *ese recelo*

Surge la duda sobre si se está sancionando a la misma persona varias veces por un mismo hecho lo cual va totalmente en contra de nuestra legislación.

En el artículo 127 bis 4 y en el número 5 no se consigue realizar una gran aportación, simplemente nos plantea el hecho de decomisar en los casos de reincidentes (bis 4) y los casos en lo que no se podrá utilizar el decomiso, tanto por prescripción de los hechos ilícitos cometidos, como por sobreseimiento (esta excepción se limita a la ilícitos del catálogo).

Podemos observar el rasgo de mayor complejidad que se le otorga al decomiso tras la reforma en el quinquies del artículo 127, donde todo se encuentra con un orden poco lógico en el cual se realiza una construcción difícil de comprender, con unos límites cuantitativos, sobre el delito continuado. Todo esto establece una situación teórica un tanto caótica que resulta difícil llevar a la práctica.

Una descripción lo más detallada posible para la comprensión complicada de este artículo sería la siguiente:

- En primer lugar, se pretende llegar a decomisar de forma retroactiva: *Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan cumulativamente algunos requisitos.*
- Han de presentar de forma cumulativa las condiciones necesarias; con esta rara definición que nos da el legislador debemos de entender que tienen que existir:
 - Deben de existir delitos previos con una condena establecida, por los delitos que se marcan en el 127 bis1.²⁶
 - Debe de haber *un contexto de actividad delictiva previa continuada* del ilícito penal que se haya cometido.

explique el hecho de que se afirme con tanta insistencia que el decomiso ampliado no es una sanción penal

²⁶ Los delitos que aparecen reflejado en el artículo 127 bis1 son los siguientes: la trata de seres humanos, aquellos delitos relacionados a la prostitución y corrupción de menores, delitos de abuso y agresiones sexuales a menores de 16 años, delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del art 196 y 264, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia, delitos relativos a las insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, delitos de corrupción en los negocios, delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298 y delitos de blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículo 311 a 313, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373, delitos de falsificación de moneda, delitos de cohecho, delitos de malversación, delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

- Que se observen destacables indicios de que un buen porcentaje del patrimonio del condenado proceda de actividades ilícitas previas, es decir, que se observen que no exista proporcionalidad entre lo tributado y los ingresos que procedan de actividades legales, con la cantidad del patrimonio que posea el condenado; ya sea mediante la utilización de otros individuos para ocultar sus bienes o la utilización de paraísos fiscal para así ocultar efectivos económicos
 - Y por el último, encontramos el indicio que más controversia ha generado, puesto que, supone una culpabilidad del individuo y puede llegar a plantearnos si se vulneran el principio de presunción de inocencia; y consiste en que el beneficio que se ha obtenido sea superior a la cifra de 6.000 euros.
- Lo anteriormente mencionado debe producirse dentro del ámbito de un delito continuado, más en concreto el legislador hace referencia a una actividad delictiva continuada, como la mezcla del concepto básicos de delito continuado con la reincidencia²⁷ que se debe de dar, estableciendo como periodo de tiempo seis años antes de que se comience el nuevo procedimiento por alguno de los casos contemplados en el artículo 127.bis.1.

Esto no es todo, también debemos mencionar otro apartado poco razonable donde no conseguimos encontrar su naturaleza penal y se encuentra en el artículo 127 sexies, en el cual se hace una relación entre los indicios y una serie de presunciones que el legislador establece como *iuris tantum*; lo que se puede explicar como aquella persona la cual ha sido condenada por una serie de acontecimientos anteriores, ha adquirido una serie de bienes y ha realizado unos gastos ,durante esos seis años anteriormente mencionados, se presupone que tanto las adquisiciones como los gastos proceden de una actividad ilegal.

2.3.3.5.- DECOMISO DE BIENES TRANSFERIDOS A TERCEROS.

Como antecedente principal de este apartado debemos remitirnos a la Directiva 2014/42 de la Unión Europea la cual nos habla de este método cada vez más utilizado, se da en los casos en los que el investigado es consciente de que sus bienes o ganancias

²⁷ Toda esta serie de cambios que se llevan a cabo surgen por la necesidad del legislador español de adaptarse a la norma europea, lo cual no se realiza de la forma correcta según la mayoría de juristas sino que más bien se realiza una copia o transposición de la norma europea, todo esto supone un total despropósito a destacar la mezcla de conceptos básicos, que realiza el legislador, como la reincidencia y el delito continuado para tratar de definir “la actividad delictiva continuada”.

procedentes de ilegalidades pueden ser decomisadas, para evitar esto, el investigado o condenado pone sus bienes a nombre de un tercero. El tercero sobre el cual recae la titularidad de los activos delictivos tiene conciencia de lo que está sucediendo o al menos debería de tenerla, por lo que no actúa de buena fe.

Lo que se pretende con esto es establecer la posibilidad de decomisar estos bienes evitando que se alegue la pertenencia a un tercero. La Directiva hace hincapié en que el tercero debería de tener conocimiento de la procedencia ilícita de todos esos activos y que la única función que tiene el hecho de transmitir los bienes es la de evitar el decomiso, se pueden basar en que dichas transferencias suelen ser gratuitas o con un valor mucho menor al establecido por el valor de mercado²⁸.

El artículo 127 quarter de nuestro Código Penal encuentra su origen en esto que acabamos de comentar que corresponde al artículo 6 de la Directiva de la Unión Europea, se otorga la posibilidad de decomisar bienes de terceros que no actúan de buena fe²⁹ incluso por un valor equivalente.

El decomiso de bienes no solo es legítimo cuando es transferido a terceros sino también en los casos dónde el bien se transfiere a una persona jurídica, aunque en el artículo 127 quarter no se haga mención de esto, si nos remitimos a la Directiva 2014/42 sí que hace mención al decomiso tanto sobre personas físicas como jurídicas

2.3.4.- APLICACIÓN DEL DECOMISO.

EL ARTICULO 127.BIS (COMO SON LLEVADAS A LA PRÁCTICA LAS DIFERENTES MODALIDADES DEL DECOMISO Y EL “SISTEMA DE INDICIOS”.

Bajo la opinión de gran parte de la doctrina, se puede observar una deficiente técnica legislativa mediante este artículo 127 Bis, el legislador español sigue la normativa europea e intenta adaptarse de una manera lo más correcta posible, a través de esta normativa de carácter europeo se busca aumentar la posibilidad de intervención en los delitos, no limitándose a responsabilidad penal tanto de las personas jurídicas como de las personas físicas.

²⁸ Sentencia Penal Nº 55/2010, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 10444/2009 de 26 de Enero de 2010.

²⁹ Sentencia Penal Nº 561/2015, Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5, Rec 999/2015 de 18 de Noviembre de 2015.

Bajo mi punto de vista y como gran parte de los juristas españoles opinan, el hecho de ampliar al máximo las posibilidades de intervención puede suponer que no se respeten principios fundamentales. Este problema surge puesto que se declara la existencia de delitos muy graves antes de que se sentencien, no tiene sentido que en un estado de Derecho como es España haya lugar para esto, pese a esta crítica y vulneración de la presunción de inocencia que realiza el legislador español, la ley es así ,y como tal, debemos de abordarla.

Una importante novedad es la que encontramos en el artículo 127 bis 2 donde se nos hable del “sistema de indicios”, como hemos citado anteriormente en el sistema de indicios se llevan a cabo una serie de presunciones, que pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales puesto que el indicio no va acompañado ni de pruebas efectivas ni reales, La doctrina duda considerablemente sobre “los indicios objetivos fundados”³⁰ con los que se refugia el legislador

2.3.5.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y TERCERO DE BUENA FE

Por otro lado la más importante variación que sufre el decomiso tras la reforma que tuvo lugar en el año 2015 la podemos observar en el último apartado del artículo 127.1³¹ y va en relación a la eliminación de una excepción a la hora de regular esta consecuencia accesoria.

Debemos de tener en cuenta que nos encontramos ante el cambio más significativo que ha sufrido el decomiso y que cambia de manera radical la naturaleza básica del decomiso.

Como comenta la doctrina esta variación sitúa al decomiso como un sistema en el que se presumen una culpabilidad por parte del investigado mientras que antes de la reforma el decomiso era más bien un sistema donde se protegía a terceras personas. Para argumentar este comentario la doctrina critica tanto el sistema de indicios anteriormente expuesto como el sistema de presunciones.

También surgen problemas a la hora de establecer cuando el tercero actúa de buena o mala fe hecho totalmente imprescindible para así poder determinar su responsabilidad penal. Como podemos ver en el artículo 127 quater 2 cuando se hace referencia a la transmisión de bienes de forma gratuita se lleva a cabo una presunción que no tiene por

³⁰ Vázquez Iruzubieta. C.(2015).“Código Penal Comentado” Barcelona p 249

³¹ En esta última parte del artículo se nos hablaba sobre la posibilidad de que no pudieran ser decomisados aquellos bienes que pertenezcan a un tercero de buena fe, el cual haya adquirido esos bienes de una forma totalmente lícita y no sea responsable del delito.

qué ser del todo correcta y coloca al tercero de buena fe en una situación complicada estableciendo en ellos gran parte de la carga de la prueba.

Dentro de lo establecido en el artículo 128, hay que resaltar que no sufre ninguna modificación tras la reforma del año 2015, donde se nos habla acerca del decomiso en los casos que no haya relación entre el valor de los instrumentos que se quieren decomisar con la gravedad de la infracción cometida o que de otra forma ya se haya satisfecho la responsabilidad civil, se podrá decomisar de forma parcial o no llegar a decomisar. Esto es llamado por la doctrina como el principio de proporcionalidad ³²para el decomiso y se estructura principalmente en dos supuestos:

- Este primero va en relación a lo mencionado anteriormente y es la proporcionalidad entre el delito, es decir la gravedad del mismo, y el valor de los instrumentos que se quieren decomisar.
- Este segundo sería el caso en el que ya se encuentren solventadas las responsabilidades civiles, cabe destacar dentro de este supuesto el hecho de que el legislador no ha remplazado el término responsabilidad por el de indemnización como si ha hecho con anterioridad en otros artículos, este es otro punto que la doctrina critica la falta de una misma terminología cuando se está haciendo referencia al mismo hecho.

2.3.6.- EL DECOMISO (MEDIDA CAUTELAR)

Dentro de la más que amplia regulación que posee el decomiso dentro de nuestro Código Penal, tan solo en el artículo 127 octies se nos habla del “embargo” de bienes. Tras la reforma como ya explicamos al principio del trabajo se trata de adaptar el Código a la normativa europea y más en concreto a *La directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumento y del propio delito en la Unión Europea* donde se hace mayor hincapié en la diferencia entre ambos.

Mediante este artículo el legislador trata de organizar con anterioridad a la condena, es decir desde que comienza a realizarse la instrucción del caso, lo que se considera el decomiso provisional. Una vez haya establecida una condena fija con lo decomisado se busca primer restablecer a las víctimas y con lo sobrase se lo quedaría el Estado otorgándole a estos bienes, efectos o ganancias una finalidad legal.

³² Sentencia Penal N° 432/2018, Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2, Rec 45/2018 de 5 de Octubre de 2018.

3.- CONSECUENCIAS APLICABLES A COLECTIVOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA.

3.1.- CONCEPTO Y CUESTIONES GENERALES (ARTICULO 129 DEL CODIGO PENAL).

El concepto de consecuencias accesorias que está dentro de este artículo, nos da la posibilidad de que sean llevadas a cabo tanto en personas jurídicas como en empresas o cualquier tipo de organización. Debemos de partir de la base de que las irregularidades legales no son cometidas por los colectivos o personas jurídicas sino por los dirigentes que los componen y que actúan en su nombre. Como resulta obvio al cometerse cualquier tipo de actuación ilegal será exigible una responsabilidad criminal a dichos dirigentes, también es cierto que en muchas ocasiones las responsabilidades no llegan más allá de ese ente colectivo y las personas físicas quedan impunes. Para que esto no suceda el ordenamiento jurídico tiene una serie de medidas.

Es importante resaltar que dentro del ámbito de la comisión de delitos por parte de personas jurídicas, empresas o colectivos debemos resaltar dos variantes que serían las siguientes:

- En primer lugar encontramos la relacionada la comisión del delito a efectos de la responsabilidad criminal, la cual nos puede conducir a la imputación de los delitos sobre los entes colectivos lo que significa que pueden ser sobre los que recaiga la exigencia de responsabilidades por ser el sujeto activo del delito. Todo esto nos conduce a dos caminos: uno que solo sea la persona jurídica sobre la cual recaigan las sanciones y el otro caso en el que la sanción recaiga sobre los dirigentes que formen parte de dicha organización.
- En segundo lugar encontramos otra vertiente en la cual se expone que no se le puede exigir ningún tipo de responsabilidad a las personas jurídicas ya que no son el sujeto activo del delito, entendiendo de esta forma que el sujeto activo del delito solo puede ser el dirigente, es decir, esa persona individual que integra al colectivo. Todo esto nos vuelve abrir dos caminos uno en lo que la responsabilidad penal recae únicamente sobre persona física y otro en el que además de esa responsabilidad sobre la persona física se le suman una serie de sanciones que si recaerán sobre el colectivo.

3.2.- REFORMAS SOBRE EL ARTICULO 129 CP.

Pese a todas las reformas sufridas por el Código Penal, desde siempre el artículo 129 ha estado en relación con el legislador respecto la responsabilidad o no de las personas jurídicas.

Ya en el año 1995 el legislador decide trasladar a un Título particular las llamadas consecuencias accesorias acercando a ellas un grupo de sanciones cuya imposición recaerá sobre personas jurídicas o aquellos colectivos que aunque carezca de personalidad jurídica posean la característica de agrupación relacionada con actividades ilícitas.

Reformas llevadas a cabo en relación a la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio donde se nos habla sobre la responsabilidad penal de aquellas entidades o colectivos, que gocen o no de personalidad jurídica. Por un lado en el artículo 31 bis³³ se establece la responsabilidad penal mientras que el artículo 129 se guarda en sede de “consecuencias accesorias”.

A continuación se mencionan las principales reformas sufridas por el artículo 129:

- Se nombran a los entes colectivos sobre los que recae, que serían todas aquellas asociaciones, empresas o cualquier tipo de grupo que no aparezcan en el 31 bis y por lo tanto no gocen de personalidad jurídica.
- Importantes cambios en el ámbito de “consecuencias” , las más notables son las siguientes:
 - o Ya no podemos encontrar en el artículo 129 la persona jurídica tendríamos que remitirnos al artículo 33.7
 - o El cierre de empresas tras la reforma sufrida no puede tener un carácter definitivo sino más bien temporal, y más en concreto ese espacio de tiempo nos dice el legislador que nunca podrá superar los cinco años de duración.
 - o Al igual que sucede en el precepto anterior se elimina el espacio de tiempo definitivo y pasa a ser temporal en relación a realizar actividades lícitas que puedan estar vinculadas con el hecho delictivo cometido en cuanto a naturaleza, este periodo de tiempo nos dice el legislador que no podrá superar los 15 años.

³³ Mediante este artículo el Código Penal establece que serán penalmente responsables las personas jurídicas en los siguientes casos: 1- En los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, tanto en su beneficio directo como indirecto, o por sus representantes legales. 2- Aquellos delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales por cuenta y en beneficio de las mismas.

- Como excepción a lo mencionado anteriormente en el primer apartado del artículo 129 se menciona la posibilidad de una prohibición que si sea definitiva.
- Esta última es la reforma más notable de todas las citadas hasta el momento, aparece reflejada en el artículo 33.7 más en concreto en su apartado f, reconducidos por el 129. Dónde se nos dice que aquellos colectivos que no posean personalidad jurídica se les podrá imponer una serie de inhabilitaciones para no poder obtener subvenciones procedentes de administraciones públicas, ni ningún tipo de privilegios fiscales en un espacio de tiempo en torno a los 15 años.
- Se elimina la mención a la *audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o representantes legales*³⁴. La doctrina comenta esta reforma como un alejamiento de las sanciones penales por lo que resulta innecesario se actuación y queda eliminada. Resulta totalmente obligatorio establecer el mismo método tanto para las personas que si como para las que no poseen personalidad jurídica, el artículo 129 de nuestro Código Penal debe de partir de la base de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de lo contrario nos encontraríamos ante un sistema que no respeta los derechos básicos de las personas físicas que son los que forman esos colectivos o agrupaciones.
- Se hace referencia a la posibilidad que otorga el legislador a utilizar esta consecuencia accesoria como medidas cautelares. Con anterioridad a la reforma podía establecerse tanto en la clausura como la suspensión de actividades y tras la reforma se añade la intervención judicial.
- Por último tras la reforma que se realiza en el año 2010 y como variación más destacada por la doctrina, es la que sufre en su apartado tercero el artículo 129; dónde para la doctrina se crea un debate sobre su finalidad, se establece la mayor parte en el lado de la prevención que de la retribución como finalidad de estas consecuencias.

3.3.- FALLOS EN LA REFORMA DEL AÑO 2015.

³⁴ Anteriormente, en el Código Penal de 1995 se hacía mención *a la previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales*, más tarde en el año 2003 mediante la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre es dónde se incluye la referencia del Ministerio Fiscal.

Las reformas que se llevan a cabo son muy poco destacables, afecta únicamente al primer y segundo apartado del artículo 129, en donde se realiza una adecuación a la supresión de Libro III de las faltas eliminando de esta forma la mención a las mismas de ambos apartados.

3.4.- CONTENIDO Y EXPLICACIÓN DEL ARTICULO 129.

En relación al contenido de este artículo tras la entrada en vigor de la reforma por la L.O. 1/2015 del 30 de Marzo, se realiza la siguiente división en apartados para una mejor comprensión: en primer lugar se hace referencia a quien son los sujetos sobre los que recae, otro apartado va en relación a la aplicación de este precepto y a posibilidad de adoptarse con un carácter de “medidas cautelares”, y en último lugar hablaremos sobre la remisión de las consecuencias a las penas.

3.5.- SUJETOS SOBRE LOS QUE RECAE EL ARTICULO 129.

En primer lugar es importante citar la remisión al artículo 31 bis, la cual resulta más complicada de lo que a primera vista puede parecer; en primer lugar se realiza un acotamiento sobre el término de entes colectivos, es decir, todo los sujetos que este concepto abarca sobre los que caerá la imposición del artículo.

En relación a la persona, es decir el sujeto físico, la cual ha cometido el delito debemos de establecer la responsabilidad penal que le corresponda siguiendo los criterios generales o específicos cuando se trate de representación de personas jurídicas³⁵.

Otro aspecto importante a señalar dentro del ámbito de la responsabilidad penal de personas jurídicas (en relación al artículo 129 que es el tema tratado) sería la posibilidad de que pese a que al sujeto físico no se le exija ninguna responsabilidad sí que se le pueda exigir la misma a la persona jurídica, esta modificación sufrida tras la reforma nos da la posibilidad de exigir responsabilidad en los casos en los que el sujeto se encuentre en rebeldía no se le haya identificado correctamente o se encuentre eximido de su responsabilidad; aunque no se puede exigir responsabilidad sobre la persona física o establecer una condena sobre la misma, sí que se podrá llevar a cabo la imposición de las consecuencias accesorias del artículo 129 sobre esos colectivos o agrupaciones siguiendo los pasos establecidos por el legislador.

³⁵ “las consecuencias accesorias del art 129 del Código Penal” en *Comentarios a la reforma Penal de 2010*, Dir. Álvarez García J. / González Cussac. J.L, Valencia, 2010, pag,164

Como se expuso con anterioridad las agrupaciones sobre las que puede recaer son todos aquellos conjuntos de personas que carezcan de personalidad jurídica como puede llegar a ser una empresa. En nuestra sociedad esta descripción podemos encontrarla muy comúnmente en agrupaciones deportivas, asociaciones culturales, comunidades de vecinos...

Existe un problema que surge cuando estos entes colectivos su titularidad la rige una sola persona, nos hace plantearnos si la aplicación de las consecuencias accesorias sería legítima en este caso. El legislador se pronuncia al respecto y señala como requisito indispensable la existencias por mínima que resulte, de una serie de medios materiales estructurador sobre lo que actuará las consecuencias accesorias.

3.6.- EL ARTÍCULO 129 Y SUS CONSECUENCIAS.

Todas las consecuencias de este artículo han de cumplir unos requisitos de motivación, por este motivo el Código Penal nos conduce hasta el artículo 33.7, el cual como hemos mencionado con anterioridad establece las penas sobre las personas jurídicas.

A continuación se citan las consecuencias de mayor interés y sobre las cuales la doctrina ha realizado un profundo análisis:

- En primer lugar y como más notable encontramos el artículo 33.7 en su apartado c donde se nos habla sobre la suspensión temporal de las actividades, el legislador dice que esta no puede ser utilizada como primera medida puesto que supone el cese de la actividad. El legislador la considera la “Medida más dura” y hace hincapié en establecer otras si fuese posible y reservar esta para los determinados caso cuando así lo establezca ley³⁶.
- Esta segunda consecuencias nos conduce hasta el apartado d de este mismo artículo (33.7) donde se nos habla sobre el cierre de manera temporal de todos aquellos establecimientos que están en relación con el ilícito penal cometido. Generalmente esta medida suele adoptarse en los delitos contra el medio ambiente. La doctrina comenta esta medida puesto que la considera la de menos dureza y la que necesita una menor argumentación³⁷.

³⁶ Fernández Teruelo, Javier Gustavo. “Instituciones de Derecho Penal económico” cit, pag. 181.

³⁷ Silvia Sánchez, Jesús María. “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas” en *InDret, Revista para el análisis de Derecho*, 2006 pag.5.

- En el artículo 33.7 en su apartado e nos habla sobre la prohibición, que dependiendo del delito ante el que nos encontremos puede establecerse en un periodo determinado de tiempo o por otro lado definitivamente, para desempeñar cualquier tipo de actividad la cual pueda estar relacionada con el delito que se cometió con anterioridad.
- En el artículo 33.7. f .Establece como medida que no sea posible la obtención de ningún tipo de ayuda procedente de la administración pública como podría ser subvenciones o ayudas fiscales. También nos dice que no se le permite contratos con la administración pública, toda esta estas restricciones pueden llegar a ser impuesta por un periodo que no supere los quince años y nunca de forma definitiva.
- Por último resaltar el apartado g del artículo 33.7 sobre la intervención judicial temporal. Se pretende evitar el daño sobre quien no tiene responsabilidad alguna sobre el delito cometido, se hace mención expresa a los trabajadores y acreedores. La doctrina nos habla de esta consecuencia al margen del resto pues no tiene la misma función que el resto, se refiere con esto a que no posee la intención de prevenir futuros delito o la continuidad del mismo, sino más bien que no sean daños estos terceros sin responsabilidad.

3.7.- APLICACIÓN DEL ARTICULO 129 COMO MEDIDA CAUTELAR Y SU AMBITO.

La primera variación destacable en el ámbito de aplicación de las consecuencias accesoria llega de manos de la reforma que tuvo lugar en 2010, es en este año cuando todos esos entes colectivos sin personalidad jurídica tienen su mención en un artículo concreto del Código Penal para ser más exactos en el artículo 129. Tras dicha reforma quedan establecidas las consecuencias accesorias para aquellos casos cuando así la ley lo establezca expresamente pero también podría establecerse *cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas*.

Mediante lo mencionado anteriormente podemos llegar a la idea de la cercana relación entre la responsabilidad penal que poseen la personas jurídicas y el tratamiento que se le concede a las consecuencias accesorias, con el cambio que supone la imposición a todas esas agrupaciones o entes colectivos, gocen o no de responsabilidad y un “

numerus clausus“ el cual aumenta notablemente, basta con observar el crecimiento de disposiciones expresas en grupos de delitos tras la última reforma del Código Penal³⁸.

En cuanto a esta consecuencia accesoria como medida cautelar, que aparece reflejada en el artículo 129 en su apartado tercero, establece el legislador que se puede llegar a imponer, antes de obtener la sentencia firme mientras el proceso esta instrucción, las siguientes:

- El cierre temporal de los establecimientos
- La suspensión de actividades sociales
- La intervención judicial

En relación al artículo 129 surgen diferentes problemas que el legislador no supo resolver ni si quiera tras la última reforma, como podría ser el régimen de prescripción de esta consecuencia accesoria³⁹.

4.- LA TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS: ARTÍCULO 129 BIS DEL CÓDIGO PENAL

4.1.- ARTÍCULO 129 BIS DEL CÓDIGO PENAL. CONCEPTO Y CONTENIDO

Ha sido muy comentada por la doctrina esta nueva aparición de un consecuencia accesoria, la cual ha sido muy discutida por algunos aspectos que trae consigo y elogiada por gran parte de los juristas. Estas críticas comienzan cuando se trata de establecer una naturaleza jurídica a la toma de muestras biológicas, pues según una parte de la doctrina no está situada dentro del ámbito penal, por otro lado encontramos la problemática que bajo el criterio de alguno juristas los cuales consideran que mediante esta consecuencia accesoria son vulnerados principios fundamentales como la libertad o dignidad de la persona, bajo mi humilde opinión este artículo 129 Bis queda reservado para delitos graves por lo que no se puede ver desde el punto de vista de que se vulnera la libertad del reo, sino más bien se protege la libertad y seguridad del resto de miembros la sociedad.

En el artículo 129 Bis lo que se persigue es la muestra del ADN para el análisis y posterior identificación genética, así como de sexo del sujeto⁴⁰. Puesto que se lleva a cabo

³⁸ Fernández Pantoja, “Comentarios...”, pag,1046

³⁹ Mercedes García Arán, “Derecho Penal Parte General” 9º edición conforme a la L.O 1/2015 edit. Tirant lo blanch

⁴⁰ Sentencia Penal Nº 2/2011, Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección1, Rec 11/2011 de 07 de Julio de 2011.

una presunción de que el sujeto puede volver a cometer el mismo delito, esta herramienta permite una más sencilla identificación ya que la toma de muestras biológicas se incorporan a las bases de datos policiales, para así poder cotejar las muestras con futuros delitos cometidos que compartan características y se puedan llegar a relacionar con determinados individuos.

Para llevar a cabo esta prueba los jueces deberán estudiar la situación particular de cada individuo una vez condenado, en cuanto a esa situación particular el legislador trata de referirse aquellas circunstancias donde se pueda presumir que el sujeto puede cometer el mismo delito o similar de nuevo, como podría ser la personalidad o lo antecedentes penales del condenado⁴¹.

El aspecto que mayor número de críticas ha recibido ha sido la legitimación del uso de la fuerza *con las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán de ser en todo caso proporcional a las circunstancias y respetuosas con su dignidad*. Esto hace plantearnos diferentes cuestiones muy difíciles de resolver como cuáles son las formas de coaccionar a una persona de forma digna o respetuosa.

Una vez explicado el concepto del artículo 129 bis y las críticas que este recibe es importante resaltar que el legislador se refugia en la necesidad del ordenamiento español de adaptarse a la normativa vigente europea, como una causa de justificación de las deficiencias que puedan surgir.

A continuación se analiza el artículo desde su aparición en el Código Penal, debemos de tener en cuenta que este artículo no estaba en el Código Penal hasta la reforma del año 2015, es entonces cuando se propone la instauración de este artículo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es la Exposición de Motivos cuando se añade este apartado(BOGC, Senado número 465 de 29 de enero de 2015) dónde se hacer referencia a la Ley Orgánica 10/2017 la cual se encarga de regular las muestras biológicas para la identificación de los sujetos. Surge un problema ya desde el inicio de la instauración de dicho precepto puesto que no se hace referencia a los “ya condenados”, esta no mención es muy criticada por la doctrina y nos hace ver que este un vacío demasiado grande en este aspecto.

El legislador es el primero en reconocer ese vacío o ausencia de legalidad y lo señala ya desde la Exposición de Motivos, para poder llevar a la práctica la toma de muestras

⁴¹ Vázquez Iruzubieta, “Código penal comentado...” cit pags 256 y 257.

biológicas como nos indica el legislador han de darse unas circunstancias muy concretas y serían las siguientes:

- Los casos los cuales se traten la comisión de un delito grave contra la vida.
- Los casos lo cuales se traten la comisión de un delito grave contra la integridad física y libertad sexual.
- Otra circunstancia que ha de darse es que exista el riesgo de reiteración delictiva, es decir, que se presupone que puede volver a cometer el mismo acto delictivo.

Parece que el legislador centra su atención en los delitos sexuales⁴² y busca con este precepto, añadido recientemente, una nueva forma de identificación más rápida y efectiva, el problema surge con todos aquellos condenados hasta esta época los cuales al no tener efecto retroactivo no constan en las bases policiales⁴³.

Llegados a este punto surgen numerosas corriente doctrinales donde se pone en duda si este artículo 129 bis daña alguno de los derechos fundamentales, también surgen una problemática con la disposición la cual ya consta con jurisprudencia europea en referencia a la conservación de las muestras de ADN y no sobre su obtención. También a nivel estatal contamos con una serie de sentencia del Tribunal Constitucional donde en resumen la cuestión principal que se trata está basada en la conservación de muestras de ADN puesto que puede plantearse un enfrentamiento contra el derecho a la vida privada. Es importante resaltar una serie de cuestiones a tratar dentro de la aplicación de esta nueva consecuencia accesoria. En primer lugar citar que, el condenado no puede negarse a la toma de sus muestras biológicas, ya que en el caso de que no preste su consentimiento como queda establecido en la ley *“imposición coactiva con dignidad”*.

Otras cuestiones a tratar son las garantías del sujeto, tanto dentro del ámbito personal como procesal, y la validez de las pruebas anteriores y posteriores y la comparación. Como comenta la doctrina, y es un aspecto en cual diferimos, este artículo 129 bis, no llegará a solucionar los problemas teóricos que plantea, sino más bien irá dificultando el camino ya que surgen problemas con la ilegal legitimación del recurso a la fuerza ya que se vulneran derechos fundamentales del condenado.

⁴² TS 11/11/14, EDJ 2014/203564 Sentencia Nº: 768/2014

⁴³ Roig Torres, Margarita, *“ Obtención y registro de los identificadores del ADN en Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015”* Coord. J.L. González Cussac, Valencia, 2015, pags 43 y 44.

En la legislación actual española en relación con la toma de muestras biológicas en el marco del ámbito penal se encuentra dividida en primer lugar encontramos LECrim en sus artículos 326, 363 y 520, por otro lado en el Código Penal en el artículo 129 bis introducido tras la reforma del año 2015 y por último la Ley Orgánica de Base de Datos de ADN del año 2007⁴⁴.

4.2.- LEY ORGÁNICA DE BASE DE DATOS (LO 10/2007)

La Ley Orgánica es la encargada de la regulación de bases policiales en relación con la toma de muestras biológicas en los casos dónde así la ley lo establezca, los cuales han de poseer una especial gravedad. En su tercer artículo esta ley se encarga de establecer cuáles serán dichos delitos por los que se puede someter al delincuente a la toma de sus muestras biológicas, la manera en la que se introducirá a las bases policiales y el procedimiento el cual debe llevarse a cabo rigurosamente para la comprobación de la autenticidad de dicho ADN.

Era muy reclamada por la doctrina esta ley, ya que la toma de muestras biológicas en España hasta este momento se realizaba sin ningún marco legal concreto. Lo que persigue el legislador es determinar la función y el modo en el que debe realizarse la toma del ADN. La función principal sería la crear unas bases policiales en relación al perfil genético de todos aquellos individuos que se encuentren en calidad de investigados, sospechosos o detenidos siempre cuando hayan alcanzado este título por delitos graves con el objetivo de llegar a poder facilitar tanto investigaciones contemporáneas como futuras y no solo a nivel estatal sino también a nivel internacional debido a la colaboración llevado a cabo por los cuerpos de seguridad de las diferentes naciones. Como hemos comentado anteriormente pueden surgir enfrentamientos doctrinales por la toma coactiva del ADN, esta ley persigue que se realice dicha toma de la forma menos lesiva para el individuo, pero pese a ello, sigue habiendo un conflicto puesto que hay juristas que lo consideran una vulneración a derechos fundamentales⁴⁵.

4.3.- LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

⁴⁴ Así por ejemplo, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 sobre la obtención de muestras biológicas para la práctica del ADN dónde se afirma : *La toma biológicas de muestras para la práctica del ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia del letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial.*

⁴⁵ Roma Valdés. Antonio “Código Penal Comentado,” edit. Bosch pag 242

En primer lugar comenzaré hablando sobre el artículo 326 en el que se incluye la recogida de muestras dubitadas dentro del ámbito de la diligencia de inspección ocular, debe ser realizada por el Juez instructor, en los casos en los que el juez no pueda acudir al lugar donde se cometió el delito, mediante su autorización⁴⁶, puede ser un órgano de la policía responsable en esta materia o un forense los encargados en recoger las muestras de ADN.

4.4.- VALORACIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 129 BIS CP.

Esta categoría de consecuencias accesorias como comenzamos a explicar al principio del trabajo tiene una difícil localización dentro de nuestro sistema jurídico puesto que hasta el legislador ha tenido problemas para situarlas tanto dentro de las clásicas penas o como dentro de las medidas de seguridad. También se ha comentado por la doctrina las pocas características comunes que presentan el decomiso de los artículos 127 y 128 con aquellas medidas que pueden adoptarse para los entes colectivos que no gozan de personalidad jurídica del artículo 129, más allá de la prevención del delito o la necesidad de intervención de aquellos medios que participan en la comisión del delito. Por otro lado en el artículo 129 bis en relación a la toma de muestras biológicas como hemos comentado anteriormente la doctrina explica la dificultad existente en determinar su naturaleza jurídica, mientras alguna parte de la doctrina se sitúa en el ámbito policial otra lo hacen en la parte penal o incluso procesal.

Hay que tener en cuenta que se ha escrito más sobre la naturaleza de estas consecuencias que lo que realmente después ha sido llevado a la práctica por los tribunales de justicia.

Una de las conclusiones clara que se pueden adoptar es que tras la reforma que se lleva a cabo en el año 2015 no se logran responder muchas de las cuestiones que se pretendían resolver, podríamos decir que lejos de alcanzar esa finalidad unificador finalmente las consecuencias accesorias son utilizadas como “cajón de sastre” el cual ha permitido desproveer de naturaleza penal a instituciones jurídico penales hasta introducir instituciones las cuales no poseen ninguna naturaleza penal, lo cual ha podido ocasionar incluso daño a la defensa de los derechos fundamentales, nos referimos a la toma a la fuerza de muestras biológicas y el problema que surge al coaccionar a alguien dignamente. Con todo esto se le concede al legislador un amplio juego en el cual se

⁴⁶ Sentencia Penal Nº 10/2018, Audiencia Provincial de Huesca, Sección1, Rec 54/2017 de 23 de enero de 2018.

pueden vulnerar derechos fundamentales de las personas y sirve para una menor fundamentación en sus reacciones penales en principios tan destacados como la culpabilidad del individuo que se juzga.

En la reforma que tiene lugar en el Título VI del Libro I en relación a las consecuencias accesorias se plantean cuestiones sobre la vulneración tanto de derechos fundamentales como vulneraciones de principios fundamentales del Derecho Penal español como serían la proporcionalidad, la presunción de inocencia o la culpabilidad. Por otro lado y como justificación de todas estas reformas encontramos que el legislador necesita unos nuevos mecanismos con los que luchar ante las nuevas formas de comisión de delitos.

5. CONCLUSIÓN FINAL.

Mediante la lectura de este trabajo y como en diferentes ocasiones a lo largo del mismo se ha comentado, las denominadas “consecuencias accesorias” derivadas del delito tienen una difícil colocación dentro de nuestro sistema jurídico penal, el principal motivo por lo que esto sucede, es que resulta muy complicado establecer fundamentos y una naturaleza jurídica común a dichas instituciones jurídico penales tan diferentes, mas allá de la denominación que realiza el legislador de consecuencias accesorias en el 1995. Es importante resaltar que se ha discutido más sobre toda esta problemática teórica que lo que realmente se ha llevado a la práctica, es decir, a su aplicación en los tribunales.

Resulta difícil encontrar características comunes a figuras diferentes, como serían el decomiso de los artículos 127 y 128 y el conjunto de medidas que se adoptan en relación con aquellos entes colectivos que carecen de personalidad jurídica, que más tarde resultaron ser “penas” para las personas jurídicas a partir de la reforma del Código Penal de 2010, se trata de otorgarle una lógica legislativa acudiendo a fines tales como la prevención del delito, la necesidad de privar al delincuentes de aquellos medios con los que realizó el delito o los bienes que obtuvo.

Con la reforma de la L.O. 1/2015 del Código Penal, al contrario de lo que se esperaba gran parte de la doctrina, no se ha conseguido solventar todas las cuestiones en relación a la problemática anteriormente planteada. Lo que si ha realizado el legislador y ha sido muy criticado por la doctrina, ha sido desproveer de naturaleza penal al decomiso (como serían los casos del decomiso civil) e introducir disposiciones sin ninguna

naturaleza penal que hace temblar los pilares de nuestro sistema jurídico del Estado de Derecho.

La reforma de la Ley Orgánica 1/2015 del Código Penal y más en concreto del Título VI del Libro I, en lo que se centra este trabajo, nos ha hecho plantearnos si se han vulnerado derechos fundamentales que le corresponden a cada individuo como proclama la Constitución Española, no solo se queda aquí sino que también se plantea la posibilidad de vulneraciones de principios básicos del sistema jurídico penal como podrían ser: la presunción de inocencia, la culpabilidad o la proporcionalidad.

En mi opinión, el principal motivo de la reforma dentro del contexto de las consecuencias accesorias, es el de crear una herramienta que permita luchar contra estos nuevos modos de criminalidad que han surgido, ya que el sistema tradicional no conseguía dar respuesta a estas nuevas formas de comisión de delitos. Cabe resaltar como novedades principales tras la reforma las siguientes: la imposición de penas para entes colectivos con o sin personalidad jurídica, ya que responden a una estructura interna muy similar, la posibilidad que se nos plantea de privar de bienes a un sujeto antes incluso de que quede establecida la sentencia condenatoria sobre el mismo, la creación de un sistema de indicios que oculta presunciones de culpabilidad con el fin de conseguir la privación de los efectos bienes o ganancias procedentes de un presunto delito, la privación de bienes de forma retroactiva pudiendo llegar a decomisar incluso aquellos que tienen un procedencia lícita y el uso de la fuerza para la obtención de muestras biológicas en determinados casos. Como conclusión final, el ordenamiento jurídico español consigue una perfecta aceptación de los compromisos internacionales y establecerse de este modo conforme a la legislación europea, pero bajo mi punto de vista le causa internamente grandes problemas de vulneraciones de derechos fundamentales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- *Álvarez García J. / González Cussac. J.L. (2010). Las consecuencias accesorias del art 129 del Código Penal en “Comentarios a la reforma Penal de 2010”, Valencia.*
- *Córdoba Roda, J. (2011) “Comentarios al Código Penal. Parte General”, Barcelona.*
- *Fernández Pantoja. Pilar (2016) “Comentario al Título VI. De las consecuencias accesorias”. En Comentarios al Código Penal. Dykinson S.L.*
- *Fernández Teruelo, Javier Gustavo. “Instituciones de Derecho Penal económico”.*
- *García Arán, Mercedes, “Derecho Penal Parte General” 9º edición conforme a la L.O 1/2015. edit. Tirant lo Blanch.*
- *Hava García, E. (2015) “La nueva regulación del decomiso”, Comentario a la reforma penal 2015, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.*
- *Morillas Cuevas L. “Sistema de derecho Penal parte general” fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal. Editorial Dykinson, Madrid.*
- *Roig Torres, Margarita. (2015) “Obtención y registro de los identificadores del ADN en Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015” Coord. J.L. González Cussac, Valencia.*
- *Roma Valdés. Antonio “Código Penal Comentado” edit. Bosch.*
- *Silvia Sánchez, Jesús María. (2006) “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas” en InDret, Revista para el análisis de Derecho.*
- *Vázquez Izubieta, Carlos, “Nuevo Código Penal Comentado”, Editorial de Derechos Reunidas SA, Madrid.*
- *Vidales Rodríguez, Catalina. (2015) “Decomiso, Comentario a la reforma del Código Penal de 2015”. Tirant lo Blanch, Valencia.*