

EN LA BÚSQUEDA DE UN SISTEMA PENAL MÁS EFICAZ EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN: EXPECTATIVAS DEPOSITADAS EN EL DECOMISO

Nicolás Rodríguez García

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca

RESUMEN

En la política criminal de los Estados, siguiendo los postulados asentados en organismos internacionales y supranacionales, ocupa un rol esencial el decomiso de los bienes, productos y ganancias del delito. La experiencia en el combate a los delitos complejos con dimensión transfronteriza ha permitido constatar la relevancia de luchar contra las bases económicas de los grupos delictivos, con la doble finalidad de limitar su peligrosidad y de mitigar los sentimientos de impunidad que su actividad genera en la sociedad.

ABSTRACT

According with the guidelines established by international and supranational organizations, confiscating assets and proceeds of crime plays an essential role in government criminal policies. Experience fighting cross-bordering complex criminal activity reveals the importance of combating the economic foundations of criminal groups both as a means of deterrence and to mitigate a sense of impunity that could be created among the population.

1. Sin ambages se puede afirmar que en la actividad legislativa reformadora de 2015 en los campos penal, procesal penal y orgánico, la institución jurídica estrella ha sido el llamado desde este momento “decomiso”¹.

A partir del Título VI de la Constitución en un Estado de Derecho como el español la protección y tutela que a los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos tienen que proporcionar los órganos jurisdiccionales no se deben limitar a juzgar sino también a ejecutar lo dispuesto en sus resoluciones. Y si ya es sumamente difícil desarrollar las investigaciones financieras de hechos

Nota: Nicolás Rodríguez es Director del “Grupo de Estudio sobre la Corrupción” y del “Posgrado Estado de Derecho y Gobernanza Global”. Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en el Proyecto de Investigación DER2012-32638 del Ministerio de Educación.

¹ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017): *El decomiso de activos ilícitos* —en prensa—; GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016): “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de *decomiso total*: La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, págs. 1 y ss.; PERRINO PÉREZ, A. L., JAÉN VALLEJO, M. (2016): *La recuperación de activos frente a la corrupción. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*, Madrid: Dykinson; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2016): “Delitos económicos y sistema penal: nueva estrategia en materia de recuperación de activos y decomiso”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 82, págs. 85 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2015): “Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”, MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid: Castillo de Luna, págs. 439 y ss.; NIEVA FENOLL, J. (2015): “El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios”, *Diario La Ley*, núm. 8601, págs. 1 y ss.

delictivos como el crimen organizado, la corrupción o el blanqueo de capitales, que generan grandes cantidades de beneficios económicos, y por ello probar las responsabilidades penales y civiles de sus implicados, la función jurisdiccional deviene en ineficaz, y por ende se le castiga mediática y socialmente, cuando dictadas sentencias de condena las mismas no se ejecutan, o si lo hacen las actuaciones no alcanzan a privar a los condenados de los bienes, instrumentos, productos y ganancias derivadas de los delitos.

Esta es una realidad fáctica que trata de ser revertida, en primera instancia, con el diseño e implementación de medidas institucionales reordenadoras y facilitadoras de las actuaciones de diferentes operadores jurídicos², y, en segunda, con cambios legislativos de amplio espectro como a los que se viene sometiendo en los últimos años tanto al Código Penal como a la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el último decenio los países vienen diseñando una política criminal de recuperación de activos, y es ahí donde el Estado, a través de una institución como el decomiso, va a actuar no sólo contra las personas de los condenados sino también contra sus elementos patrimoniales; unas actuaciones en las que es esencial la cooperación policial y judicial internacional debido a que la gran mayoría de los hechos delictivos en los que está pre ordenada su imposición tienen ínsito un componente transnacional.

2. Un análisis integral de la novedosa regulación del decomiso obliga, en primer término, a realizar un estudio del *sistema penal*, generándose un resultado, por una parte, más que *dudoso* en cuando al respecto a derechos y garantías constitucionales en algunas de las modalidades de decomiso —v. gr., en el decomiso ampliado y en el decomiso sin condena³— y, por otro, *negativo* desde la óptica de la técnica normativa empleada, aseveración que efectuamos a partir de hechos como los siguientes:

a) En el campo legislativo penalistas y procesalistas, como también pasa en demasiadas ocasiones en la Academia, parecen *siameses unidos por la espalda*, puesto que en sus trabajos no se generan los adecuados vasos comunicantes generadores de unidad de criterio que eviten que los textos finales aprobados en el Parlamento puedan ser calificados de incoherentes, redundantes, insuficientes y, en ocasiones, contradictorios.

b) No se tiene claro si el decomiso es una institución penal o procesal. Y esto es algo que va más allá de un prurito disciplinar por ser determinante para saber en qué cuerpo legal tiene que estar ubicado el grueso de su regulación y cuáles son sus relaciones y sinergias con otras instituciones, mecanismos y procedimientos. Al fin y a la postre, el resultado de la *mezcolanza* de preceptos de ambos cuerpos legales es más que mejorable; incluso, en la tramitación parlamentaria, se produjeron vaivenes poco explicables a la hora de *sacar* por un código u otro alguna previsión relevante.

c) Estamos ante reformas escudadas en lo que *se dice que dicen* las obligaciones internacionales asumidas por España, fundamentalmente procedentes de la Unión Europea, cuando estudiadas en detalle podemos comprobar cómo el legislador español va *mucho más allá* de lo esperable en un procedimiento de implementación de los compromisos legislativos internacionales. A ellos se les *echa la culpa* del porqué de las modificaciones operadas, una técnica de escapismo de las responsabilidades propias a la que estamos acostumbrados y que ya hemos sufrido en ocasiones

² Por ejemplo, el “Protocolo de actuación en causas complejas por corrupción” del Consejo General del Poder Judicial.

³ Vid. BLANCO CORDERO, I. (2008): “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, PUENTE ALBA, L.M.; ZAPICO BARBEITO, M.; RODRÍGUEZ MORO, L. (coords.): *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada: Comares, págs. 69 y ss.; BLANCO CORDERO, I. (2012): “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)”, FABIÁN CAPARRÓS, E.A.; ONTIVEROS ALONSO, M.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (edits.): *El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*, México D. F.: INACIPE-Ubijus, págs. 337 y ss.

precedentes, como cuando cinco años antes se introdujo en nuestro sistema penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴.

d) Se han llevado a cabo unos cambios que, sin más explicación, en unos casos toman como elemento referencial fundamental lo que en esta materia se había trabajado y articulado en la Propuesta de Código de Proceso Penal y, en otros casos —como en el procedimiento de decomiso autónomo— se aleja.

e) Se mezclan normas de carácter imperativo con otras de *soft law*, sin mucha explicación.

f) Obliga a tener que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil en determinadas materias, como con relación medidas cautelares o la declaración de rebeldía.

g) Como en ocasiones al legislador le *da vértigo* —o eso parece— de las facultades concedidas en esta materia a los órganos jurisdiccionales, trata de *calmar su conciencia* incluyendo válvulas escapatorias con base, por ejemplo, en el principio de proporcionalidad.

h) Exige entender trámites procesales penales engarzados con otros regidos por normas procesales civiles, como acontece con el procedimiento autónomo de decomiso.

i) Al recoger un instrumento jurídico de actuación preferente frente a la actividad delictiva transnacional, obliga a no descuidar los compromisos internacionales del Estado español en materia de cooperación jurídica internacional.

j) En fin, el legislador, en la Exposición de Motivos de las normas reformadoras del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se empeña en explicar lo *inexplicable* con un detalle y meticulosidad que no encuentra fácil relación con el articulado posterior.

3. Con el cambio de siglo el decomiso se ha convertido en una institución de la máxima actualidad a consecuencia de la realidad criminológica imperante con fenómenos criminales como el narcotráfico, el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de armas o el crimen organizado. Pero siendo todos ellos importantes, los más actuales y que más alarma social han generado son la corrupción, el blanqueo de capitales y los delitos socioeconómicos, tradicionalmente vinculados con el *sector público* pero que cada vez más alcanzan al *ámbito privado*. Ahí están los Papeles de Panamá, o los casos Noos, Gürthel, EREs, Taula, Púnica, Campeón, Patos, Pokemon, Pujol, tarjetas black, etc.

Llegados a este punto, nos podemos cuestionar cuáles son los denominadores comunes a estas conductas delictivas. Y en su identificación encontramos, al menos, las siguientes:

a) La comercialización de bienes y servicios ilegales, de manera tal que coexisten un mercado *legal* de bienes, productos y servicios con otro *ilegal*, y ambos intencionadamente se confunden y mezclan buscando siempre hacer crecer exponencialmente los resultados económicos de sus operaciones.

b) El ánimo de lucro, puesto que con hechos ilegales como los referenciados se obtienen bienes y recursos que sirven no sólo para el enriquecimiento y disfrute personal de sus responsables sino también para aumentar la capacidad operativa de los grupos delictivos en los que se suelen organizar para actuar. Esta situación es la que justifica en materia de decomiso el empeño del legislador para que alcance a las “ganancias” del delito.

⁴ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2015): “Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Revista Penal*, núm. 35, págs. 139 y ss.

c) El empleo de una *lógica empresarial*, impulsada por un más que positivo análisis coste/beneficio: del lado de la oferta, son muchos los riesgos, físicos y personales —penas—, que asumen los infractores, que tratan de ser compensados colocando *precios* mucho más elevados por sus *bienes* o *servicios* que los que se dan en un *mercado legal*, en el entendido de que no solo se *tráfico* con drogas o con armas, sino también con información, con influencias y con decisiones —políticas, administrativas y judiciales—; del lado de la demanda, los *clientes*, que lejos de rechazar al hacedor de esas conductas lo buscan y pagan precios muy elevados por esos *bienes, servicios y prácticas*. Y algo que afecta a su persecución: lo hacen en silencio, sin dejar —en principio— rastro de sus actuaciones, lo que, por un lado, es un problema desde el punto de vista probatorio, de ahí que haya que acudir a la prueba indiciaria y a las presunciones, y ratifica la impresión ciudadana de que las *cifras negras* en este tipo de conductas delictivas son altísimas.

d) La alarma social que producen, y por eso son tan buscados los efectos *preventivos* —generales y especiales— de las normas que se adopten. Así se refleja en los cambios habidos en los últimos años en materia de blanqueo de capitales, de financiación del terrorismo y de corrupción: catálogo de sujetos obligados —entre ellos los abogados—, programas de cumplimiento... También a consecuencia de ello el legislador está preocupado por mejorar con los cambios la *percepción* sobre la Administración de Justicia, acusada de *lenta e ineficaz*, lo que para él es motivo bastante para adentrarse en las versiones más duras del *populismo punitivo*. Siendo así, es un denominador común en las reformas penales y procesales —tanto en las nacionales como en las supranacionales e internacionales— hablar de *mejora de la eficiencia*. Aquí, cada vez más, tienen cabida los estudios de los expertos en análisis económico del Derecho y las políticas públicas.

e) Los efectos para la integridad institucional, y el desarrollo económico, político y social de los países. Así, basta leer cuatro ideas contenidas en las principales convenciones de Naciones Unidas en la materia:

- Son conductas que afectan a la estabilidad y seguridad de las sociedades, al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética, la justicia, y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, razón que amerita un enfoque inter y multidisciplinar en su prevención y represión;
- La existencia de un vínculo directo entre diversas formas de delincuencia, en particular la corrupción, la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, idea que estuvo presente en la reformulación competencial de lo que es ahora nuestra Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada⁵;
- La delincuencia grave genera y mueve vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, de ahí que en los últimos lustros la preocupación de los países se ha focalizado no sólo en la condena de los criminales sino también a recuperar los activos obtenidos de las actividades ilícitas;
- La corrupción ha dejado de ser un problema al interior de cada país para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenir y luchar contra ella, y ejecutar las políticas de recuperación de activos⁶; y

⁵ En efecto, esta Fiscalía Especial investiga y conoce de los procesos penales de especial trascendencia relativos a los delitos económicos u otros cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos relacionados con el fenómeno de la corrupción, y además también tiene atribuida la investigación de los delitos económicos cometidos por grupos organizados, a excepción de todos aquellos que sean de la competencia específica bien de la Fiscalía de la Audiencia Nacional bien de la Fiscalía Especial Antidroga.

⁶ Vid. JORGE, G. (2008): “Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito”, JORGE, G. (edit.): *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, págs. 157 y ss.

- Su represión tiene que tener límites, lo que determina que en los propios textos internacionales se reconozca de manera expresa la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles y administrativos sobre derechos de propiedad.

4. A consecuencia de todo lo señalado ha devenido perentorio el diseñar una nueva política criminal para atajar esta realidad, que tiene su reflejo en el proceso penal. Sin embargo, sabido el *qué* hay que centrarse el *cómo*.

En primer término, hay que superar la visión tradicional de un proceso penal que se *conforma* con perseguir y castigar al infractor, imponiendo penas privativas de libertad y multas —o medidas de seguridad— y decomisando bienes e instrumentos del delito, para evitar así la reiteración comisiva.

También es preciso avanzar hacia una regulación en la que se prive a las organizaciones criminales de los recursos y las ganancias que ingresan procedentes de sus actividades delictivas: prestar atención a las *consecuencias de carácter patrimonial* derivadas del delito⁷. De ahí la importancia que en los últimos años se da a la *investigación patrimonial* y a la *cooperación interinstitucional* del Poder Judicial y de la Fiscalía con organismos públicos y privados⁸, la cual es recordada en la regulación que se hace en el procedimiento de decomiso autónomo.

Entonces, ¿cuáles son las vías de actuación para intentar revertir esta situación? Entre ellas se encuentran las siguientes cinco:

1^a) Que las personas jurídicas sean responsables penalmente por sus actuaciones, de manera simultánea —o excluyente— de la que puedan tener las personas físicas que han actuado por medio de las mismas para cometer hechos delictivos⁹.

2^a) Abordar de manera integral el blanqueo de capitales, esto es, como un delito autónomo que trasciende al narcotráfico, para cuya prevención sea esencial el diseño de un sistema administrativo de control y denuncia en el que jueguen un rol esencial diferentes sujetos obligados, una política de doble actuación que tiene que ser seguida con el trabajo independiente y efectivo de las Unidades de Inteligencia Financiera¹⁰ —en el caso español, el SEPBLAC¹¹—.

3^a) Tipificar también como delito autónomo el enriquecimiento ilícito, posibilidad frente a la cual se esgrimen defensivamente la eventual vulneración de derechos y garantías procesales constitucionales: presunción de inocencia, derecho de defensa, derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, debido proceso¹².

4^a) Favorecer la cooperación jurídica internacional operativa en la investigación de los hechos, en su enjuiciamiento, en la ejecución de las resoluciones judiciales y en la recuperación de activos detraídos ilegítimamente de arcas públicas o privadas.

5^a) Generalizar el decomiso, privando a los investigados las ganancias que provienen de la actividad delictiva que se está enjuiciando en un proceso penal, incluso anterior —*decomiso*

⁷ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2010): *Circular 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, Madrid: Fiscalía General del Estado.

⁸ Vid. LUZÓN CÁNOVAS, A. (2010): *Delincuencia económica y cooperación institucional*, Madrid: Civitas.

⁹ Vid. BACIGALUPO SAGGESE, S.; LIZCANO ÁLVAREZ, J. (2013): *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Madrid: Programa EUROsociAL.

¹⁰ Vid. GLEASON, P.; GOTTSSELIG, G. (2004): *Unidades de Inteligencia Financiera. Panorama general*, Washington D. C.: International Monetary Fund.

¹¹ Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

¹² Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; ORSI, O.G. (2015): “El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: Tendencias y perspectivas”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 116, págs. 201 y ss.

ampliado—, aunque no haya sentencia penal *decomiso sin sentencia*—, y de manera efectiva — *decomiso por sustitución o valor equivalente*—.

Donde mejor se plasma estas líneas de actuación es en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que «el delito no resulte provechoso»”¹³. A partir de ella, podemos colegir como son premisas básicas para desarrollar una correcta actividad legislativa en este contexto criminológico el trabajar en clave de sistema penal; modernizar la legislación procesal penal superando la inercia imperante del *parqueo normativo*; encontrar un punto de equilibrio entre los anhelos de eficacia represora y las garantías previstas constitucionalmente; e implementar las iniciativas legislativas procedentes de organismos supranacionales e internacionales, pero haciéndolo con *espíritu crítico*.

5. Esta actividad, si la referimos a la institución del decomiso, no está exenta de dificultades, lo que ha obligado a que el legislador de cada país haya tenido que intentar realizar un posicionamiento en muchos de los puntos clave de su régimen jurídico. En el caso de España:

a) En relación con su naturaleza jurídica, a una única institución única debería corresponderle una única naturaleza jurídica y, sin embargo, podemos verificar como:

- No es una pena, pese a que con carácter general se esté exigiendo para su imposición que haya una sentencia de condena firme;
- No es una consecuencia accesoria, pese a que se le ubique legalmente en los arts. 127 y ss. CP.;
- No es una medida de seguridad, aunque en ocasiones se pueda adoptar con carácter previo o cautelar, y aunque con relación a esos bienes —especialmente los de tráfico ilícito— se pueda llegar a acordar su destrucción anticipada o su realización; y
- Es una medida que se dice que trata de poner fin a una situación patrimonial ilícita.

b) Debido a su carácter limitativo del derecho a la propiedad, la actividad decomisiva tiene que estar sujeta a límites, no obstante lo cual se puede constatar como en algunas de las modalidades — *decomiso ampliado* o *decomiso sin sentencia*— pareciera que se está ante una confiscación (*depredación patrimonial*), prohibida como tal desde la Constitución de Cádiz.

c) También el ámbito de aplicación es merecedor de una atención específica, puesto que el carácter generalista de la aplicación del decomiso a todas las formas comisivas —dolosas y culposas— y a todos los delitos tiene que ser matizada en alguna de las modalidades, como en el *decomiso ampliado*.

d) También son objeto de controversia las posibles garantías afectadas por la imposición judicial del decomiso (derecho de defensa, presunción de inocencia, inversión de la carga de la prueba...), máxime cuando para mejorar la eficiencia se establecen presunciones legales para mejorar la eficiencia y se fijan legalmente indicios, incluso a título ejemplificativo.

e) Tampoco es pacífico determinar a quién, cuándo y hasta dónde atribuir el resultado de la realización de los bienes decomisados, sabiendo que de alguna forma hay que intentar cubrir, a partir de la resolución judicial que pone fin al procedimiento penal, los costes de conservar y administrar los bienes decomisados, los gastos derivados del procedimiento de su realización, las responsabilidades civiles, las costas, la reparación de las víctimas... Una decisión en la que, además, pueden llegar a confluir en su concreción la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, órganos del Ministerio

¹³ (COM(2008) 766 final). Vid. AGUADO CORREA, T. (2013): “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. «Garantizar que el delito no resulte provechoso»”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 05, págs. 1 y ss.

Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales, el Fondo de Bienes Decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados e, incluso, autoridades judiciales extranjeras cuando la realización del decomiso se ha producido en cumplimiento de una petición suya.

6. Llevado a cabo el proceso de reflexión señalado, la estrategia seguida para dar una respuesta adecuada en el plano legislativo ha partido por identificar y conocer los textos normativos fundamentales generados por los principales organismos internacionales y supranacionales (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa y Unión Europea) y, a partir de las obligaciones y sugerencias contenidas en los mismos, se han modificado el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial y se ha creado *ex novo* la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Y todo en el marco general de dos objetivos: por una parte, diseñar un sistema penal más ágil y coherente, y por ende más eficaz; y, por otro, intentar atender las demandas sociales que claman por tener una Administración de Justicia más confiable en la que se garantice que las resoluciones judiciales que se dicten sean previsibles y se perciban por la sociedad como justas.

En materia de decomiso ello ha obligado a intentar unificar su régimen jurídico; facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito; y mejorar y facilitar la gestión económica de esos activos.

El futuro inmediato nos empezará a decir si este *law in books* es seguido por un adecuado *law in action*, que es tanto como constatar cómo la jurisprudencia resuelve muchos de los interrogantes que se generan desde la regulación del decomiso de 2015, cómo empieza a funcionar la Oficina de Recuperación y Gestión de los Activos y, quizás lo más importante jurídicamente y difícil de medir: si tanto *esfuerzo represor*, tanta *búsqueda desenfrenada* del producto del delito por parte de las autoridades públicas tiene efectos preventivos que a corto y medio plazo generan menores cifras de criminalidad, menores sentimientos de impunidad y de inseguridad jurídica, y mayor fortaleza y credibilidad en las instituciones del Estado de Derecho, entre ellas, del Poder Judicial.