

EL COMISO DE BIENES PROPIEDAD
DE «TERCERO»: ANÁLISIS DEL RESPETO
DE LAS REGLAS SOBRE TITULARIDAD
POR LAS SENTENCIAS PENALES
(A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

I. PLANTEAMIENTO.—II. LA REGULACIÓN DEL COMISO DE BIENES DE TERCEROS: EL ART. 127 CÓDIGO PENAL Y SU INTERPRETACIÓN.—III. LA BUENA O MALA FE DEL TERCERO TITULAR DE LOS BIENES.—IV. LAS GARANTÍAS PROCESALES. INTERVENCIÓN DEL TERCERO EN EL PROCESO PENAL: DERECHO A SER OÍDO Y LEGITIMACIÓN ACTIVA.—V. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS.—VI. ¿«EL COMISO PENAL NO PREJUZGA LA EVENTUAL TITULARIDAD QUE PUEDA Oponer UN TERCERO Y QUE HA DE HACER VALER EN LA VÍA CIVIL»?—VII. LA CONDICIÓN DE «TERCERO» Y LA TITULARIDAD APARENTE. COMISO FRENTE AL TITULAR REGISTRAL. LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURÍDICA.—VIII. BREVE ANÁLISIS DEL RIGOR QUE UTILIZAN LOS TRIBUNALES PENALES PARA CONSIDERAR ACREDITADA LA TITULARIDAD DEL ACUSADO SOBRE EL BIEN A DECOMISAR.

RESUMEN

El comiso o confiscación penal tiene un carácter personal-punitivo que impide su imposición sobre bienes que no pertenecen al responsable penal. El art. 127.1 CP, deja a salvo del comiso los bienes pertenecientes o adquiridos por tercero, pero exigiendo rigurosos presupuestos para ello. No son infrecuentes los recursos planteados por terceros que han visto decomisados bienes de su propiedad por una sentencia penal. En varias ocasiones se ha utilizado la vía del amparo ante el Tribunal Constitucional. El TS utiliza la teoría del levantamiento del velo para legitimar comisos incluso frente a un "titular registral" considerado tercero aparente. En todo caso, el estudio de las decisiones judiciales muestra una satisfactoria ponderación de las pruebas sobre la titularidad y un considerable respeto de los derechos de terceros.

PALABRAS CLAVE: Comiso, propiedad, prueba, audiencia de terceros, indefensión, titular registral, apariencia, levantamiento del velo.

ABSTRACT

Confiscation has a personal-punitive nature that just allows its imposition on goods owned by the responsible of a crime. Art. 127.1 CP leaves save of con-

fiscation the goods owned or acquired by third person, but requiring rigorous conditions for it. Legal actions lodged by third persons that have seen confiscated their property by a criminal sentence are not infrequent. In several occasions the protection from Constitutional Court has been claimed. The Supreme Court utilizes the “disregard of the legal entity” to allow confiscations even set against an owner registered in the Land Register not considered true third. In any case, the study of the judicial decisions shows a satisfactory analysis of the proofs of ownership and a considerable respect of the third persons rights.

KEY WORDS: Confiscation, property, proof, audience of third parties, registered property, disregard of the legal entity.

I. PLANTEAMIENTO

El comiso, supuesto de privación del derecho de propiedad y de transferencia forzosa al Estado, es considerado por el Código Penal vigente como una «consecuencia accesoria» al delito (art. 127), consecuencia que tiene carácter penal, pero que no es propiamente una pena. Es un instrumento útil, en el caso del comiso de efectos e instrumentos del delito, por razones de seguridad para prevenir riesgos. El comiso de las ganancias provenientes del delito, sirve para restablecer el orden económico, pues como señala la Sentencia TEDH de 9 febrero 195 (asunto Welch c. Reino Unido), nadie puede enriquecerse por medio de un hecho antijurídico, sin perjuicio de que con esta medida también se persigan fines preventivos.

El comiso está conociendo en los últimos años una notable expansión, tanto en su consideración legal como, sobre todo, en su aplicación judicial, al ser una medida muy eficaz en la lucha contra los aspectos económicos del narcotráfico, y la delincuencia económica y organizada en general.

Pero no hay que olvidar que el comiso y la confiscación, según la que es todavía apreciación general, tienen en nuestro Derecho carácter de sanción punitiva, no son una simple medida reparatoria objeto de un procedimiento civil, sino que tienen carácter penal y le son de aplicación los principios jurídico-constitucionales que rigen las sanciones penales. Así, dado el carácter personalísimo de las sanciones penales, el comiso —al menos el de efectos e instrumentos del delito— sólo puede recaer sobre cosas que son propiedad del que haya sido condenado como responsable criminal (1); salvo que apareciendo un tercero como ti-

(1) Cfr. entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el Código penal español. Tras la Ley Orgánica 8/1983*, Barcelona 1983; AGUADO CORREA, T., *El comiso*, Madrid 2000, p. 33. En cambio, GRACIA MARTÍN, L.(coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 2004, p. 491 ss., sostiene que con la nueva con-

tular de los bienes utilizados u obtenidos con el delito haya razones para cuestionar tal titularidad o para hacer prevalecer la medida penal. Al valorar los presupuestos del comiso, no hay que olvidar que se trata de una medida que se dirige *ad personam*, vinculada a la responsabilidad del autor de un hecho punible, y no meramente *in rem* o hacia el objeto, lo que tiene trascendencia en cuanto a las reglas de la prueba, y en cuanto a la posibilidad de aplicar la medida contra el tercero no responsable penalmente por el hecho (2).

Por otro lado, caracterizado por su accesoriedad respecto a la pena, la imposición del comiso ha exigido tradicionalmente dos requisitos: que haya un responsable penalmente, y que se acredite que la cosa decomisible es de su propiedad. Aunque el primer requisito esté hoy en cuestión, ese carácter accesorio del comiso hace que no deba recaer sobre bienes de tercera persona, considerando tercero a aquel que no ha sido condenado como responsable penal en cualquier concepto. Pero ha de reconocerse que este planteamiento ya ha sido superado incluso a nivel legal (art. 127.3). En todo caso, la actual redacción del art. 127.1 CP, deja a salvo del comiso los bienes pertenecientes o adquiridos por tercero, pero exigiendo rigurosos presupuestos para que conserve la adquisición, tratando de evitar todo asomo de conducta reprochable.

Además, cuando los objetos a decomisar son las ganancias obtenidas por la actividad delictiva, hay coincidencia en que su fundamento y fines son distintos al comiso de instrumentos y efectos, y por tanto, los principios a aplicar han de ser diversos. Se ha dicho incluso que el comiso de las ganancias, más que una medida propia del Derecho penal, es una medida de Derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento injusto (3).

figuración, las consecuencias accesorias, y entre ellas el comiso, son consecuencias del delito que no pertenecen en rigor al Derecho penal, pues sus presupuestos no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal: «se trata más bien de medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales... Para su aplicación debería bastar con la previa realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico de probabilidad de que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquel».

(2) Así, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid 2001, p. 29. Considera que la naturaleza penal de una medida confiscatoria que se deriva de un procedimiento criminal aparece clara a partir de la STEDH de 9 febrero 195 (asunto Welch c. Reino Unido).

(3) GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 505.

Lo cierto es que se viene generando una interesante problemática en los casos no infrecuentes en que la sentencia condenatoria que acuerda el comiso resulta cuestionada en este aspecto por un tercero ajeno a la causa penal que alega ser el titular dominical del bien sobre el que el comiso recae (4). En esta problemática se mezcla la cuestión penal con lo civil y procesal. Y puede ser susceptible incluso de amparo constitucional: están en juego los derechos fundamentales que para el proceso penal recoge el art. 24 CE; además del art. 33.1 (5).

Esta es la problemática que reproduce, en toda su intensidad, el Auto TC 125/2004, de 19 de abril, que acuerda no admitir el recurso de amparo contra la STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002, en la que se desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que acuerda el comiso de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad recurrente, la cual no había sido oída a lo largo del procedimiento penal. En este Auto aparece, además, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo al valorar la posición de la titular registral como «tercero». Sobre la relación entre el comiso de bienes titularidad de terceros y la tutela judicial efectiva, ya se había pronunciado el TC en la Sentencia 151/2002, de 15 de julio, pero tenía menor trascendencia en cuanto que lo decomisado era un bien mueble (un vehículo).

Pretendemos revisar el ordenamiento y, sobre todo, la jurisprudencia en la materia, para analizar los aspectos en juego más directamente implicados en la protección de la propiedad: si antes de dictar la sanción del comiso, los tribunales toman alguna precaución relativa a la titularidad de los bienes decomisados; y si esos titulares tienen oportunidad de personarse en el proceso penal en defensa de sus intereses. Ello servirá, fundamentalmente, para comprobar en qué medida los tri-

(4) Han prestado especial atención a la cuestión de la titularidad de tercero de los bienes decomisados: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *Actualidad Penal*, 1997-1, pp. 521 ss.; VILATA MENADAS, S., «Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. Comentario a la STC 151/2002, de 15 de julio», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 18/2002; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, cit., p. 55 ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, Madrid 1997, pp. 429 ss. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., p. 47 ss.

(5) MANZANARES SAMANIEGO, «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», cit., p. 538, considera que además resulta aplicable la doctrina mantenida por el TC en su Sentencia 131/1987, de 20 de diciembre, concediendo el amparo por vulneración de la presunción de inocencia a un tercero afectado por una medida de cierre de establecimiento o local conforme al entonces art. 452 bis d) Código Penal.

bunales penales al aplicar el comiso son respetuosos con las reglas civiles sobre adquisición y tutela de la propiedad, tanto mobiliaria como inmobiliaria.

II. LA REGULACIÓN DEL COMISO DE BIENES DE TERCEROS: EL ART. 127 CÓDIGO PENAL Y SU INTERPRETACIÓN

En el art. 127 CP se establece el régimen general del comiso, que resulta también aplicable a los casos concretos de comiso que se prevén en la Parte especial o en otras leyes. Respecto a la cuestión que aquí nos interesa, establece lo siguiente:

«1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, *a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*».

La reforma llevada a cabo por la L. O. 15/2003, de 25 de noviembre, ha suplido algunas carencias que venía apreciando la doctrina, pero no afecta al último inciso relativo a la pertenencia de los bienes a tercero. El art. 48 del Código Penal anterior, consideraba el comiso de efectos e instrumentos del delito como una pena accesoria, y lo ordenaba «*a no ser que pertenecieran a un tercero de buena fe no responsable del delito*».

Con la redacción actual, para que los efectos o ganancias provenientes del delito o los instrumentos delictivos «que pertenezcan a tercero» no sean decomisados, han de concurrir cuatro requisitos conjuntamente: que pertenezcan realmente a un «tercero»; que dicha pertenencia sea de «buena fe»; que el tercero los «haya adquirido legalmente»; y que no sea «responsable del delito». Suele admitirse que basta la ausencia de alguno de estos requisitos para que tales bienes sean decomisables (6). Por tanto, puede afirmarse que cuando los bienes pertenezcan a un tercero que no sea de buena fe o no los haya

(6) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «El comiso», *La Ley*, 2002-3, (5 marzo 2002), p. 1564.

adquirido legalmente, pueden ser decomisados aunque dicho tercero no sea responsable del delito, —o no pueda serlo por tratarse de una entidad con o sin personalidad jurídica—.

Ello permite concluir que, el comiso, aún siendo consecuencia de la pena, no siempre recaerá sobre quien ha cometido el delito o ha sido condenado a la pena, sino que puede alcanzar a terceros en los supuestos en que se considera que su adquisición no ha de ser protegida. En todo caso, conviene advertir que «con toda probabilidad los casos en que se utiliza a terceras personas para ocultar bienes o blanquear ganancias... van a dar lugar a responsabilidad penal independiente para éstas (receptación, blanqueo, encubrimiento, etc.), por lo que se abren nuevas perspectivas de decomisar en condición de autor y no de tercera persona» (7).

Si los efectos pertenecen a tercero y se dan las demás condiciones (buena fe y adquisición legal) no pueden ser decomisados. En cuanto a la necesidad de que los bienes se hayan adquirido legalmente, se plantea si ello significa que podrá haber comiso cuando no se den en la adquisición por tercero todos los requisitos legales para que las cosas sean irrevindicables. Una interpretación literal podría hacer concluir que si no es adquisición de propiedad con las formalidades para que no pueda ser reivindicada con éxito por quien se cree dueño —como en el caso del adquirente-poseedor de buena fe usucapiente—, tales bienes podrán ser decomisados. La similitud entre el art. 127.1 CP y el art. 111 CP podría llevar a esta conclusión. Pero también se ha señalado que tal exigencia sólo hace referencia a que no ha de tratarse de una adquisición penal o administrativamente ilegal (8). Como señala YZQUIERDO TOLSADA, la interpretación literal no es lógica, pues de lo contrario «se estaría dando drástica solución en el proceso penal a una cuestión prejudicial típicamente devolutiva», (9). Considera que ha de ponerse en relación con el art. 635 LECrim., el cual, al regular el sobreseimiento, ordena la retención de las piezas de convicción cuyo dueño fuere conocido «*si un tercero lo solicitare, hasta que se resuelva la acción civil que se propusiere entablar*». El tribunal que acceda a la retención fijará un plazo dentro del que se deberá acreditar que la acción se ha entablado, transcurrido el cual sin que tal cosa haya sucedido (o sin que nadie haya re-

(7) MAPELLI CAFFARENA, B., « Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *Revista Penal*, 1/1998, p. 52.

(8) GUINARTE CABADA, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, t. II, Valencia 1996, p. 661-662.

(9) YZQUIERDO TOLSADA, Aspectos civiles del Nuevo Código Penal, cit., p. 436.

clamado que continúe la retención) deberá ordenarse la devolución al dueño, reputándose por tal «*el que estuviere poseyendo la cosa al tiempo de incautarse de ella el Juez de instrucción*». Pero no hay que olvidar que estas reglas se dictan para determinar qué hacer con los bienes una vez sobreseída la causa, cuestión muy distinta a la situación de los bienes objeto de comiso o de restitución en los términos del art. 111.

En todo caso, aplicó este criterio la STS (Sala penal) 6 de abril de 1962 (RA. 1820/1962): en el caso, el recurrente fue estafado al transmitirle el vendedor un camión que no era de su propiedad, por lo que fue privado del mismo por la acción del primitivo titular, ante lo cual solicitaba en el proceso penal donde se castigó el delito de estafa, que se acuerde la devolución de lo que él había entregado como precio: varias letras de cambio y otro camión, el cual ya había sido transmitido por el vendedor a un tercero. Planteado el recurso con base en la infracción de los arts. 1305 y 464 C. civil, en relación con el art. 48 C. Penal (actual art. 127), es desestimado por el TS, que en cuanto al posible ejercicio de las acciones reivindicatorias dentro del proceso penal abierto para la persecución del delito, considera:

«debe resolverse en el sentido de respetar dentro de esta vía las adquisiciones legítimas de esos efectos hechas de buena fe por personas no participantes en los actos delictivos, aunque las adquisiciones no se verifiquen en la forma y modos establecidos en los C. Civil y de comercio para hacerlas irreivindicables, acciones de esta naturaleza que podrán ejercitarse por quien corresponda en el procedimiento adecuado, pero que en el entretanto no pueden alterar el estado posesorio creado por las transmisiones aparentemente legítimas, que la Ley penal se ve obligada a respetar para no hacer pronunciamientos ajenos a su competencia y sobre personas no sometidas a su imperio dentro del procedimiento abierto para depurar hechos extraños a esas transmisiones; por eso el art. 48 C. Penal, excluye del delito los efectos del delito que pertenecieran a un tercero no responsable; «*pertenencia*» que a estos efectos equivale a posesión legítima, como se comprueba con la simple lectura del art. 635 de la LECrim....; evidenciándose con ello que es dentro de esta vía (civil) donde deben resolverse las cuestiones de propiedad entre personas no responsables de los delitos, manteniendo mientras tanto la posesión legítima de quien la tuviera al iniciarse el proceso penal;.... Porque la nulidad de la venta del camión comprado por el recurrente por ilicitud de la causa, no produce ipso facto la nulidad de los contratos que sobre las cosas recibidas haya verifica-

do el culpable, sino que dota al contratante inocente para reclamar del otro lo que hubiere dado según el texto del art. 1305 Cc, y de acción reivindicatoria contra el poseedor de buena fe como se prevé en el art. 464 Cc; *acciones que deben ejercitarse dentro de la vía adecuada y no como secuela de un proceso penal donde no cabe hacer pronunciamientos de propiedad contra personas no responsables de los delitos perseguidos, y más cuando ni siquiera fueron parte en las actuaciones como ocurre con los tomadores de las letras de cambio*».

Esta sentencia permite entender que basta con que exista controversia sobre la pertenencia o no de los efectos a un no responsable penal, para que sea considerado dueño el poseedor que lo fuera al tiempo de la incautación, «sin que pueda tener lugar el comiso ni quepa hacer presunciones *pro-fisco* en ausencia de pruebas cumplidas por parte del poseedor sobre la legítima pertenencia (art. 448 CC). Si los efectos o instrumentos pertenecen a tercero de buena fe que los ha adquirido legalmente o *parece haberlo hecho*, no habrá comiso» (10).

Por otra parte, la LO 15/2003, de 25 de noviembre ha servido para introducir dos nuevos apartados en el art. 127 CP:

«2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita».

Con este último apartado, se relativiza la accesoriedad del comiso respecto a la responsabilidad penal, ya que sólo exige para que sea aplicado el que concurra una acción típica, que puede no ser antijurídica. Podrá imponerse el comiso sin la imposición previa de una pena, pero no sin que haya existido un delito o falta (11).

(10) YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, p. 437. Concluye que el que no exista propiamente pertenencia sino sólo posesión constituye suficiente impedimento para que se pueda proceder a una medida que, como toda confiscación, ha de administrarse con suma cautela.

(11) Sobre ello, MUÑOZ CUESTA, J., «El comiso: aspectos novedosos introducidos

III. LA BUENA O MALA FE DEL TERCERO TITULAR DE LOS BIENES

Tratándose de bienes que fueron utilizados como instrumento del delito, o bienes que proceden como ganancia del delito, y que han sido adquiridos por terceros con posterioridad a los hechos, es clave para establecer el carácter decomisible de tales bienes la mala fe de la adquisición, es decir si ese tercero conocía el carácter delictivo de tales bienes (12). Puede considerarse que concurre mala fe en el tercer adquirente en todo supuesto en que éste tenga conocimiento del origen delictivo de los bienes o ganancias, o de la condición de decomisible del bien de que se trate aunque no tenga un origen ilícito, o se haya representado la probabilidad de que así sea (13). Hay que advertir que el comiso no

en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núm. 23/2004; PUENTE ALBA, L. M., «La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica de 5 de mayo de 2003 por el que se modifica el código Penal», *Actualidad Penal*, octubre 2003, núm. 39, pp. 981 ss.

(12) Como establece el Auto AP Girona 8 octubre 2004 (RA 2004\310042) en modo alguno puede considerarse al propietario del vehículo recurrente, «que ostenta en la causa la condición de imputado, como un tercero de buena fe», habiendo sido adoptada la medida cautelar de comiso en virtud de unos indicios racionales de la existencia de un delito contra la salud pública.

(13) Se ha considerado que no existe buena fe en el caso de la excompañera del acusado que conocía las actividades ilegales del mismo, y utilizaba recursos para la adquisición de bienes procedentes del tráfico de drogas (STS 15 julio 2003 —RA 1030—). En cambio, se ha considerado tercero de buena fe al adquirente de los cuadros que fue acusado pero absuelto en el proceso, al no tener conocimiento de la falsedad de los mismos (SAP Madrid 10 julio 2002 —RA. 278768—). La SAP Málaga 20 junio 2005 (BDA 186634), en delito de contrabando considera improcedente el comiso de las joyas intervenidas por ser de lícito comercio y haber sido adquiridas por tercero de buena fe, confiando en la libre apreciación de la prueba del juzgador a quo. En cambio, la SAP Málaga 27 julio 2000 (2001/3570), considera que no estamos ante un tercer adquirente de buena fe: «Toda vez que no consta que la mercancía sea propiedad de las personas señaladas por el condenado, pues tal afirmación se basa exclusivamente en sus propias manifestaciones careciendo de todo valor probatorio las facturas presentadas, al tratarse de documentos privados, ni siquiera originales siendo meras fotocopias e insuficientes para la adecuada identificación de los objetos en ellas relacionados. De otro lado, no puede olvidarse que se omitieron los trámites administrativos exigidos para la circulación e importación de las mercancías intervenidas, cuya observancia hubiera permitido demostrar la propiedad de los géneros, sin que la infracción de la norma pueda beneficiar al que la violó, de suerte que no puede establecerse una presunción de propiedad de las mercancías intervenidas», y aún aceptando «que el recurrente sea el propietario del género ocupado, faltaría el requisito de buena fe, pues no existe duda alguna conforme a la lógica que en tal hipótesis estaría en convivencia con el transportista para eludir los derechos aduaneros».

requiere la culpabilidad por el hecho principal, sino sólo la contribución del tercero con relación a los presupuestos mismos del comiso, aunque también puede haber incurrido ese tercero en un delito distinto, el de receptación o de blanqueo de capitales (14).

Puesto que la concurrencia de buena fe en la adquisición es una cuestión de Derecho privado, hay que considerar aplicable el art. 434 CC, en cuanto establece que «la buena fe se presume siempre, y al que afirme la mala fe de un poseedor corresponde la prueba», por lo cual, compete a la acusación la prueba de la mala fe en la adquisición del tercero para poder proceder al comiso del bien.

En el caso de que los bienes pertenezcan en el momento de los hechos al tercero y sean utilizados por el autor para su realización, no podrán ser decomisados si ello fue ignorado por el titular del bien y observó la diligencia debida y exigible en el caso particular (15). Aunque la omisión de los deberes de control del bien utilizado en el delito que incumbían al tercero haya facilitado el hecho, se considera que en nuestro Derecho no es posible extender la medida de confiscación frente a

Tratándose de delitos contra la propiedad industrial por comercialización de objetos falsificados, la medida de comiso tiene además soporte legal en la Ley de Marcas y la Ley de Patentes y carácter no penal o sancionatorio. Pero abundan las sentencias en que el material decomisado está siendo comercializado por tercero, dando lugar a decisiones dispares sobre la buena fe de ese tercero: La SAP Madrid 11 julio 2003 (BDA 783) concluye que «habiendo quedado probado que los efectos son falsificados, lo que es tanto como decir que son de ilícito comercio, el inciso final del art. 127 del Código Penal impide su devolución. En todo caso, de ser de lícito comercio, hubiera tenido que acreditarse que pertenecían a un tercero de buena fe no responsable del delito, lo que no sólo nadie ha acreditado en la presente causa, sino que difícilmente pudiera nadie acreditar, si, perteneciendo como pertenecían a I. E., ésta se encontraba regida por el propio acusado». También la SAP Zamora 16 junio 1998 (BDA 2356), y SAP León 29 septiembre 1995, que justifica la medida en evitar perjuicios a la marca defraudada y a los consumidores, a pesar de haber sido absuelto el procesado del delito. En cambio, la SAP Cantabria 8 octubre 1999, habiéndose intervenido las prendas en comercio cuyos dueños actuaron de buena fe, no acuerda el comiso sino la entrega de las prendas intervenidas a los recurrente, pero tras retirar previamente todo signo que pueda identificar la marca de las prendas.

(14) CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, cit., p. 56. Recuerda que aunque no haya habido mala fe del tercero, éste tiene obligación de restituir lo recibido a título lucrativo, conforme a lo dispuesto en el art. 122 CP. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 508, señala que, en todo caso, las ganancias ilícitamente obtenidas por una persona jurídica en virtud de los hechos delictivos cometidos por sus dirigentes, deberán considerarse siempre y sin excepciones decomisables, dado que la buena o mala fe de la persona jurídica se deduce precisamente de la de aquellos, que fueron precisamente quienes cometieron el delito.

(15) La STS 27 junio 2003 (RA 4365) considera tercero de buena fe al propietario del arma utilizada en homicidio, al no acreditarse negligencia alguna en su custodia.

tercero no responsable que haya contribuido de forma negligente al hecho punible: no puede hacerse una interpretación extensiva hasta considerar como mala fe del tercero supuestos de negligencia de éste, que no le convierten en responsable del delito (16).

IV. LAS GARANTÍAS PROCESALES. INTERVENCIÓN DEL TERCERO EN EL PROCESO PENAL: DERECHO A SER OÍDO Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

Una medida como es el comiso o confiscación sólo puede adoptarse con respeto a los derechos de defensa y contradicción del titular del bien afectado. En este sentido, se toma como punto de referencia la doctrina contenida de forma clara en la STS 20 de enero de 1997 (RA. 820), en supuesto en el que se había acordado el comiso de todos los bienes encontrados, aunque estuvieran indistintamente a nombre de la esposa o del hijo del acusado, por considerar acreditado que éste era el único que aportaba dinero al hogar. El recurso interpuesto por el acusado alega vulneración de derechos fundamentales al no haberse permitido a los titulares de los bienes defender convenientemente sus derechos e intereses legítimos sobre los mismos con las debidas garantías procesales. Tras dejar de lado «la cuestión referente a su discutible legitimación para defender los derechos de terceras personas —en el presente caso, de su esposa y de su hijo—», el TS opta por entrar en el fondo del asunto, precisando lo siguiente:

«No cabe la menor duda, por todo lo dicho y con independencia de lo que luego se dirá, que toda persona directamente afectada por un comiso ordenado por la autoridad judicial, en cuanto titular o propietaria de los bienes decomisados, tiene derecho —aunque no haya intervenido como parte en el proceso de que se trate— a impugnar en la forma permitida por las leyes de procedimiento la correspondiente resolución judicial, ejercitando personalmente los recursos pertinentes; pues, de otra forma, se

(16) CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, cit., p. 59. En contra, GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 500, defiende que tercero de buena fe en este contexto será únicamente el propietario de los instrumentos o efectos del delito legalmente adquiridos cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos.

vendrían a desconocer las exigencias inherentes a la interdicción de toda indefensión, proclamada en el art. 24.1 de la Constitución.

Con este punto de partida, parece obligado poner de manifiesto que, para evitar esa indefensión constitucionalmente proscribida, cuando se investiguen delitos en los que sea previsible la medida del comiso, el Juez Instructor deberá proceder, en primer término, a ordenar el depósito de los efectos e instrumentos del delito, como medida cautelar encaminada a asegurar la efectividad de la resolución que, en definitiva, pueda tomarse en la sentencia penal sobre los mismos. Tal depósito, que habrá de practicarse en la forma legalmente prevista en razón de la naturaleza de los bienes sobre los que recaiga, deberá notificarse a los interesados, que serán oídos sobre el particular —dado que el comiso no podrá afectar a los terceros no responsables del delito, a los que pertenezcan los bienes por haberlos adquirido legalmente de buena fe—. Y, desde ese momento, dichos terceros podrán intervenir en el proceso, nombrando Letrado y Procurador, si preciso fuere, para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto, tanto a su instancia como a instancia de las demás partes personadas en la causa —normalmente las acusadoras—; llegando su intervención, lógicamente, a la formulación de calificaciones provisionales o escrito de defensa, con la pertinente proposición de pruebas —bien que limitadas a la defensa exclusiva de sus derechos—. A falta de una concreta previsión legal sobre el particular, y por razón de analogía, podrían aplicarse, en lo procedente, las normas previstas en los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de «responsabilidad civil de terceras personas», formando «pieza separada», interpretadas aquéllas de conformidad con los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 LOPJ). Por su parte, los Tribunales de instancia podrían acordar, en su caso y por razones de analogía también, la suspensión del juicio oral y la práctica de la pertinente instrucción suplementaria, para subsanar las posibles deficiencias advertidas en la fase de instrucción, que afecten a la materia examinada (v. art. 746.6.º LECrim).

No cabe ignorar, finalmente, que la titularidad de los bienes que puedan ser objeto del comiso puede haberse adquirido con conocimiento de su ilícita procedencia y que, en tal caso, la investigación criminal debe encaminarse también a esclarecer tal extremo desde la perspectiva del delito de receptación, o, en su

caso, como posibles supuestos de participación criminal en el hecho delictivo de que se trate, sin perjuicio también de la posibilidad de participación a título lucrativo de los efectos del delito...

No cabe la menor duda de que el comiso ordenado en la resolución recurrida afecta directamente a personas a las que no se ha dado la posibilidad de defender con todas las armas legales sus derechos e intereses legítimos; siendo de destacar al respecto que, además, la esposa del recurrente manifestó reiteradamente que el dinero ingresado a su nombre en la cartilla a plazo fijo, intervenida en las actuaciones, se lo había dado para que se lo guardara una tercera persona —Felisa S.—, a cuyo marido le había tocado una importante cantidad de dinero en la lotería.

Es preciso concluir que, de acuerdo con la doctrina expuesta en el Fundamento de Derecho precedente, en el presente caso se han vulnerado los derechos fundamentales a que se refieren los motivos examinados, y que, por tanto, procede declarar la nulidad de la sentencia recurrida en el particular relativo al comiso decretado sobre bienes y efectos pertenecientes, al menos formalmente, a terceras personas, a las que se ha podido causar indefensión (v. arts. 238.3.º y 242.2 LOPJ)».

Tiene especial interés que esta misma resolución establezca el cauce procesal adecuado para tal audiencia en la fase de instrucción, utilizando las normas previstas en los arts. 615 y ss. LECrim para los supuestos de «responsabilidad civil de terceras personas», formando «pieza separada», normas aplicables por analogía ante la falta de una concreta previsión legal.

Con gran paralelismo, la STC 92/1997, de 8 de mayo, estimó el recurso de amparo interpuesto tanto por el condenado como su esposa contra SAP San Sebastián 16 diciembre de 1994, la cual había ordenado el comiso de dos vehículos que figuraban en el permiso de circulación a nombre de la esposa del imputado, sin que hubiera sido oída en juicio ni acusada. En cuanto a la cuestión de si resultó vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24 CE, hace las siguientes consideraciones, que si bien estaban referidas a la regulación del comiso del CP 1973 vigente en el momento de los hechos, son extrapolables en lo sustancial a la regulación actual:

«De la configuración del comiso como una sanción penal accesoria, en el ordenamiento penal citado, se derivaba, debido a las exigencias del principio de culpabilidad, entre otras conse-

cuencias, la de que sólo podría imponerse al sujeto responsable del ilícito penal y, por ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad. En modo alguno, como precisaban los preceptos transcritos, podrían ser decomisados los instrumentos del delito que, aun habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran a un tercero no responsable de la infracción penal.

Sin embargo, el proceso penal en cuestión... nunca se dirigió contra la esposa, frente a la cual no se ejerció acción penal alguna, no siendo siquiera llamada a declarar como testigo. De ahí la indefensión que alega haber padecido y que, a la vista de lo expuesto, debe reconocerse en esta sede como violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Al disponer la sentencia impugnada el comiso de los vehículos propiedad de la recurrente, le impuso, *de facto*, una pena sin previa acusación, sin sometimiento al principio de contradicción y, además, sin que quedara acreditada ni fuera declarada en la sentencia su participación penal en los hechos enjuiciados, presupuesto necesario, según la legislación penal entonces vigente, para el comiso de los instrumentos del delito.

Procede, pues, la anulación de la sentencia impugnada únicamente en el extremo de la condena a la pena accesoria de comiso de los vehículos ya citados, sin que quepa la retroacción de las actuaciones interesada por el Fiscal. Según se ha subrayado, el comiso tenía —y tiene— la consideración de sanción penal accesoria, cuya imposición exige la previa declaración de la responsabilidad penal de la propietaria de los bienes en cuestión».

Con la regulación actual del comiso en el art. 127, su imposición ya no exige la declaración de la responsabilidad penal del afectado, como establecía el TC. Pero sí cabe seguir defendiendo que la adopción de la medida requiere la citación del propietario de los instrumentos utilizados para la comisión del delito, en su caso en calidad de tercero no responsable del hecho, y someter a contradicción los presupuestos fácticos que autorizan el comiso (17). Al tercero ha de dársele un tratamiento similar al de las partes: a los meros efectos de delimitar lo relativo a la procedencia o no del comiso de los bienes de los que aparentemente es

(17) CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, cit., p. 33 ss.

titular una persona diferente de aquellos contra los que se dirige la acción penal, ha de considerarse a la misma como parte en sentido procesal, dándole la posibilidad real de intervenir en esa causa penal y defenderse, asimilando su postura procesal a la del tercero responsable civil (18).

La STS 19 julio 2002 (RA. 8003), estimó el recurso del no condenado en la sentencia recurrida por ver menoscabada su esfera jurídica patrimonial pese a que «no había sido parte en el juicio, y que no había tenido oportunidad de defenderse en el mismo ante la pretensión de comiso». En cambio, la STS 19 febrero 2002 (RA .3721) consideró con plena lógica que no había indefensión por el hecho de que apareciera como titular de la finca decomisada la hija del condenado, menor de edad: «porque aunque tal menor no fue parte en el proceso, sin embargo sus intereses quedaron materialmente defendidos por su padre, el procesado D., que era representante de tal hija menor en cuanto titular de la patria potestad sobre ella», y queda demostrado además que la titularidad era aparente, siendo el titular real el acusado.

En todo caso, hay que advertir que para que puedan aplicárseles estas garantías procesales, ha de tratarse de verdaderos «terceros» que no han tenido oportunidad de defenderse frente a una medida que les afecta. Es decir, han de ser titulares reales de los bienes afectados, no meramente aparentes, pues es difícil concebir que se ha producido indefensión cuando se ha omitido la audiencia al testafarro o sociedad meramente formal, dominados fáctica y económicamente por el acusado oído en el juicio (19).

Problema vinculado al anterior es el de la legitimación activa para ejercitar la pretensión de que se deje sin efecto el comiso y, en su caso, para acceder al recurso de amparo constitucional.

Se ha señalado que cuando el objeto a decomisar se encuentra en poder de tercera persona distinta del acusado, se produce un fenóme-

(18) Así, GARCÍA VICENTE, F./ SOTO NIETO, F./ LAMO RUBIO, J./ GUILLÉN SORIA, J. M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales*. Barcelona 1998, p. 367.

(19) CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, cit., p. 37, añade que si levantar el velo de una persona jurídica supone desenmascarar la verdadera realidad, servirá para poner de manifiesto que la audiencia del titular real se ha producido en el juicio, aunque el administrador formal de esa sociedad no haya podido ser localizado.

En la STS 18 octubre 2004 (RA. 2005/1114) se acredita que el titular registral aparente de los bienes, fue, en todo caso debidamente citado al proceso, y si no intervino como parte en la instancia fue debido a su exclusiva voluntad.

no de legitimación procesal de ese tercero para actuar en el proceso (20). Cuando se ha dictado la resolución judicial adoptando la medida de comiso sin audiencia del afectado, en todo caso se acepta que éste conserva la posibilidad de impugnar por medio del correspondiente recurso la medida acordada. En este sentido, la STS 20 enero 1957 afirmó que toda persona afectada por un comiso, en cuanto titular o propietario de los bienes decomisados tiene derecho a impugnar la correspondiente resolución, ejercitando personalmente los recursos correspondientes, aunque no haya intervenido como parte en el proceso de que se trate.

Pero se plantea la duda de si aquel que ha sido condenado puede solicitar el alzamiento del comiso bajo la argumentación de que el bien decomisado pertenece a un tercero, o por el contrario deberá ser dicho tercero quien sostenga la petición directamente y en defensa de intereses propios. Ambas soluciones se pueden encontrar en nuestra jurisprudencia. Por un lado, hemos visto que en la STS de 20 de enero de 1997 (RA. 820), el recurso fue interpuesto por el acusado, ante lo cual el TS optó por dejar de lado «la cuestión referente a su discutible legitimación para defender los derechos de terceras personas», que califica como dudosa, para entrar a conocer del fondo del asunto.

En cambio, ha prevalecido el criterio de atribuir legitimación exclusivamente al titular de los bienes afectados por el comiso. La STS de 20 de febrero de 2001 (RA 2307), opta por reconocer legitimación para recurrir en casación a aquel que se ha visto privado de su bien en cuanto que la resolución judicial incorpora un pronunciamiento que le es desfavorable. También la STS de 29 de abril de 1995 (RA 3540), establece que no está legitimado el recurrente para reclamar al no ser titular del alegado derecho de propiedad, sino que el legitimado es el tercero propietario legal (no personado). Para la STS 19 julio 2002 (RA 8003), «la legitimación para recurrir en casación le vendría otorgada (al titular de los bienes) por el art. 854 de la LECrim, que la establece para los que sin haber sido partes resultasen condenados en la sentencia». La STS 18 octubre 2004 (RA. 2005/1114) establece que si realmente las fincas decomisadas fueran propiedad de los titulares registrales aparentes como pretende el recurrente, este carecería de legitimación para representar los intereses de quienes dicen haber sufrido perjuicio por la medida acordada, y más, cuando son parte en esta instancia procesal. Con cri-

(20) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal Comentado*, t. I, Barcelona 2004, p. 401.

terio más radical, la SAP Barcelona de 17 septiembre 2002 (RA 2003/80005), desestima el recurso de queja interpuesto por el imputado contra la sentencia de instancia por decretar el comiso provisional de los vehículos que utiliza habitualmente, alegando que la titular formal es su madre, tal como consta a efectos administrativos, argumentando que «el quejadante, que no es titular del vehículo, no puede alegar perjuicio ninguno que para él represente la resolución que se impugna. No existiendo para el quejadante perjuicio, carece de causa petendi (pues «Cada cual puede reclamar por su propio derecho, no por el ajeno»). No habiéndose impugnado por el quejadante el comiso de los vehículos de su titularidad, carece de acción para impugnar el comiso de bienes cuya titularidad no ostenta, y respecto de los cuales, el titular legítimo no ha ejercitado acción ninguna, aquietándose a la resolución dictada, procediendo, en consecuencia, la íntegra confirmación de la resolución que se impugna».

En cuanto a la posibilidad de acceso al recurso de amparo constitucional, la ya citada STC 92/1997, de 8 de mayo, ante la alegación del Abogado del Estado, rechaza la legitimación activa del condenado por delito de contrabando que sostiene que el comiso se ha verificado sobre bien propiedad de tercero, admitiendo en cambio el recurso del tercero (esposa del anterior):

«como ha declarado este Tribunal en múltiples ocasiones [SSTC 258/1988 (RTC 1988\258), 25/1989 (RTC 1989\25), 123/1989 (RTC 1989\123), 25/1990 (RTC 1990\25), 47/1990 (RTC 1990\47) y 293/1994 (RTC 1994\293), y AATC 558/1983, 524/1984, 134/1985 y 1151/1988, entre otras], el haber sido parte en el proceso antecedente no es suficiente para comparecer como parte actora en el recurso de amparo, sino que es necesario que concurra la exigencia del art. 162.1 b) de la Constitución, consistente en poseer un interés legítimo, propio y específico. Las pretensiones deducidas por los recurrentes y los argumentos que en su apoyo esgrime la demanda de amparo demuestran por sí mismos la falta de legitimación activa de don José María G. por carecer de un interés legítimo en la reparación de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados. Si bien el marido resultó condenado en la sentencia recurrida, de ésta tan sólo se impugna el pronunciamiento relativo al comiso de los automóviles, cuya propietaria se afirma en la demanda y así se reconoce en el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de San Sebastián de 8 de junio de 1992, es exclusivamente doña María

Jesús I. El pronunciamiento judicial combatido afecta sólo a esta última.

Por el contrario, no cabe duda de la legitimación en este proceso constitucional de doña María Jesús I.U., a pesar de que, a diferencia de lo que ocurría con su esposo, no fue parte en el proceso judicial previo. Esto es así porque precisamente en el hecho de no haber adquirido la condición de parte se centra la queja esgrimida, que invoca el derecho fundamental a la no indefensión del art. 24.1 CE...»

En cuanto al momento o fase procesal en la que el tercero puede hacer valer su derecho, la STS 7 de abril de 2004 desestima el recurso contra el comiso interpuesto por el imputado basado en que el vehículo utilizado para la comisión del delito pertenece a tercero de buena fe, pero advirtiendo: «sin perjuicio de que en ejecución de la sentencia recurrida, que ahora se confirma, pueda acreditar la esposa del recurrente que es titular de buena fe del vehículo decomisado como pudo intentarlo, como tercería de dominio, en la pieza de responsabilidad civil durante la tramitación de la causa». En el mismo sentido, la STS 23 de julio de 1997 (RA 6076).

V. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS

La STC 92/1997, de 8 de mayo, estimó el recurso de amparo interpuesto por el tercero que alegaba ser titular de vehículo decomisado, al entender que se le había producido indefensión ya que ni se le había notificado, oído, ni había tenido participación alguna en el proceso penal que acordó el comiso.

Pero al no concurrir tales circunstancias, en las otras dos ocasiones en que se ha acudido al TC, el pronunciamiento ha sido desestimatorio.

En la causa que dio lugar a la STC 151/2002, de 15 de julio, el amparo se interpone contra la SAP Alava 10 de marzo 1998, alegando la recurrente ser titular privativa del automóvil decomisado en la sentencia que condena penalmente a su esposo, por lo que considera lesionado su derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión, pues le ha supuesto, *de facto*, la imposición de la pena de comiso sin haber sido previamente acusada ni declarada responsable del hecho delictivo que ha dado lugar a la condena, desconociendo, así, su carácter de tercero de buena fe no responsable del delito. Pero en este

caso, el tercero había intentado su personación en la causa y, sosteniendo su carácter de titular dominical, solicitó el alzamiento de las medidas acordadas, y había interpuesto los recursos pertinentes frente las resoluciones del Juzgado (21). Tras advertir que la cuestión de si la recurrente era o no titular privativa del automóvil es de pura legalidad y, por tanto, no revisable constitucionalmente, el TC señala:

«Desde luego, en el caso presente, hemos de descartar cualquier tipo de vulneración constitucional que pretendiera anudarse al hecho de no haber tenido conocimiento de la actuación judicial. Basta la lectura de los antecedentes de esta Sentencia para constatar que la recurrente, desde el momento mismo de su intervención (y sin duda a través de la relación con su cónyuge), conoció la intervención del vehículo, pues se le privó de su uso. Además, como se ha dicho ya, en tres ocasiones solicitó expresamente al Juzgado su devolución, lo que le fue motivadamente denegado, aunque finalmente fuera designada depositaria del mismo. Es más, dado que durante algún tiempo la recurrente estuvo judicialmente imputada en la fase de investigación de los hechos, se le exigió el afianzamiento de eventuales responsabilidades pecuniarias (Auto de 30 de mayo de 1996), y, al no ser prestada fianza, se trabó embargo sobre el automóvil reseñado (diligencia de 18 de febrero de 1997), lo cual le fue personalmente notificado, pues, de nuevo, fue designada depositaria del mismo. Por ello, a diferencia del supuesto analizado en la STC 92/1997, ha de descartarse cualquier atisbo de indefensión por desconocimiento de la actuación judicial».

«...La realidad es que, ni le ha sido impuesta una pena a la recurrente, ni tan siquiera, en el momento de interponerse la demanda de amparo, la pena impuesta a su marido había supuesto, de hecho, una afectación definitiva a su derecho de copropiedad».

En la decisión, también tiene un peso considerable el hecho de que la sentencia impugnada había establecido el carácter ganancial del bien decomisado, frente al carácter privativo que le atribuía la recurrente:

(21) Para más detalle sobre esta sentencia, vid., VILATA MENADAS, «Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. Comentario a la STC 151/2002, de 15 de julio», cit., pp. 2 ss.

«...Al igual que en un caso similar tuvimos ocasión de señalar en la STC 36/2000, de 14 de febrero (RTC 2000, 36), F. 5 (en aquel supuesto se trabó embargo sobre bienes gananciales para hacer frente a sanciones tributarias impuestas exclusivamente a uno de los cónyuges), hemos de poner de relieve que, si la sanción de comiso impuesta a su marido se extendió al vehículo matrícula SS-...-AM, fue por su condición de bien ganancial, que, como tal, de acuerdo con la normativa civil (art. 1373 Código civil), está afecto a la satisfacción de las «deudas» propias de cada uno de los esposos, pues tal es el carácter de las sanciones de contenido económico, de acuerdo con el art. 1366 CC... Y precisamente esta última reflexión refuerza la conclusión desestimatoria que aquí se acuerda. Como se ha señalado antes, en el momento de interponer la demanda de amparo la Sentencia condenatoria no había sido ejecutada, es decir, no se había procedido a la adjudicación al Estado del bien decomisado... Por ello la recurrente aún podía, como de hecho hizo después (folios 914 y siguientes de las actuaciones), poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial para limitar la ejecución a la cuota de su cónyuge, evitando así cualquier efecto reflejo de la condena penal sobre su propio patrimonio» (22).

(22) Con cierto paralelismo, versando también sobre el comiso de bienes hallados en el domicilio familiar pertenecientes al matrimonio, la STS 19 julio 2002 (RA. 8003) sí estimó, en cambio, el recurso del esposo no condenado en la sentencia recurrida por ver menoscabada su esfera jurídica patrimonial pese a que «no había sido parte en el juicio, y que no había tenido oportunidad de defenderse en el mismo ante la pretensión de comiso», que es el dato relevante y diferenciador para estimar que aquí sí hubo indefensión. Concluye que procederá «reducir el comiso acordado a aquellos bienes respecto a los que hubiera podido prestar su conformidad Soledad V. A. consistentes en los bienes privativos de ella, y en la parte que le correspondiera en los que le pertenecieran en comunidad con su marido».

En el supuesto de la STS de 10 febrero de 2003 (RA. 2071), las ganancias derivadas del tráfico de drogas se habían invertido en la construcción de una parte del restaurante propiedad de la imputada, ante lo cual se establece que «el comiso de las ganancias procedentes del delito habrá de decretarse parcialmente en los casos de titularidad compartida con persona ajena al hecho delictivo (véase STS de 16 de junio de 1993 [RJ 1993, 5160]), por lo que tampoco aparece obstáculo legal alguno para que se disponga tal medida cuando las ilícitas ganancias se invierten en un bien indivisible, parte del cual se ha generado con fondos lícitos y otra parte con dinero procedente del tráfico de drogas, de suerte que, conociéndose el importe de esta segunda aportación, habrá de disponerse el comiso de dicho bien en la parte que en ejecución de sentencia se determine proporcional a los 50.000.000 de pesetas invertidas en la construcción del inmueble en cuestión».

El supuesto que da lugar al Auto TC 125/2004 es algo más complejo, destacando por ser uno de los pocos que han llegado a los tribunales en el cual el bien decomisado es un inmueble que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de un tercero que no aparece imputado ni condenado penalmente (23); con la particularidad de que ese tercero es una sociedad. Curiosamente, a pesar de que se trata de un Auto de inadmisión del amparo, su contenido guarda suficiente relevancia, si bien su aportación es escasa con relación a lo establecido en la STS recurrida. El amparo se solicita frente a la STS de 29 de julio de 2002 que desestimó el recurso de casación contra la Sentencia AN de 31 marzo 2000 que acordó el comiso de finca inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de la recurrente. La causa penal condena por diversos delitos, entre ellos apropiación indebida, a un miembro del Consejo de Administración de Banesto, decidiendo el comiso de la finca en cuestión por haber sido costeada con fondos provenientes del delito. La Sentencia AN razonó que la conclusión de que el acusado utilizó parte del dinero en la adquisición de dos fincas en Ibiza, a través de sociedades que controlaba por personas interpuestas, se derivaba del seguimiento de los cheques realizados por la Policía judicial, según constaba en el informe elaborado al respecto y ratificado en el juicio oral. La sociedad recurrente, en su condición de titular de la finca decomisada, interpuso recurso de casación que fundamentó en la aplicación indebida del art. 127 CP, en cuanto se decomisaba una finca a un tercero a quien no se atribuye por la Sentencia su adquisición con mala fe; y alegando que desde el año 1993 la finca no es propiedad de la sociedad citada en la Sentencia, pues fue vendida luego a una sociedad portuguesa, quien, a su vez, la aportó como pago de la suscripción de acciones en el acto de constitución de la recurrente (Inversiones Cajatambo), y que dicha titularidad está inscrita en el Registro de la Propiedad desde antes de que se inicie el procedimiento.

La STS desestimó el recurso utilizando como argumentos más relevantes: a) si el acusado conocía que una de las fincas pertenecía a la entidad recurrente debía haberlo puesto en conocimiento de los órganos judiciales y que, en todo caso, la apariencia formal de las operaciones de adquisición de la titularidad por la recurrente se mantiene en las mismas condiciones de dominio del acusado, por lo que el comiso estaba justificado. b) Su posición formal de titularidad la podía ejercer en el proceso civil correspondiente. c) Si bien la existencia de la recurrente no

(23) El supuesto también se da en las SSTS 19 de febrero de 2002 (RA .3721) y 18 de octubre de 2004 (RA. 2005/1114).

aparecía en el proceso, existían datos para considerar que se trataba de una cobertura formal más de las varias que ha utilizado el acusado, apreciando de manera motivada las afirmaciones fácticas y valoraciones probatorias realizadas. d) En relación con las vulneraciones del art. 24 CE, se reitera que había que distinguir entre la apariencia formal que se desprende de la existencia de una entidad societaria y la realidad subyacente en torno al verdadero dominio y capacidad de decisión de la misma, por lo que se remite a la doctrina del levantamiento del velo. Recuerda que si bien en los casos en que se acredite la pertenencia de la cosa a terceros se ha de debatir la procedencia del comiso, «ha de aplicarse la teoría del levantamiento del velo cuando de la realidad procesal y de las pruebas practicadas se desprenda que la titularidad de las fincas es un mero decoro que se utiliza para presentar una realidad que no se corresponde con la verdadera situación de los bienes. Por ello, al evidenciarse de la instrucción de la causa que los efectos procedentes del delito habían sido registrados por los imputados a nombre de personas jurídicas, con la finalidad de sustraerlos a la acción de la justicia, resultaría un contrasentido afirmar, al mismo tiempo, que la titularidad es ficticia y que, no obstante serlo, atribuye derechos a ese titular, ya que la condición de testafierro no puede generar ningún derecho legítimo que el Ordenamiento deba reconocer como tal. e) «De ese modo, las posibilidades de defensa de los que dicen ser titulares de los bienes no quedan cercenadas al no haber sido partes en el proceso ya que la Sentencia penal no tiene para ellos la eficacia de cosa juzgada, pueden ejercitar las acciones civiles al amparo del art. 996 LECrim, sin perjuicio de que, además, en este caso han tenido la oportunidad de acceder al recurso de casación y reproducir los argumentos que ya fueron esgrimidos y suficientemente debatidos en la anterior instancia. Por ello tampoco habría infracción del derecho de defensa, ya que la entidad recurrente no puede ser considerada como imputada de un derecho punible y la verdadera realidad procesal es la que se desprende de la imputación realizada al acusado por lo que era suficiente escuchar al mismo y proporcionarle todos los derechos de defensa y prueba, que ha ejercitado, para tratar de acreditar que las fincas no eran realmente de su propiedad».

Hay que advertir que la recurrente había interpuesto demanda de tercería de dominio, que fue inadmitida basándose en que la Sentencia que ordenaba el comiso parte del reconocimiento formal de las fincas a las sociedades demandantes, por lo que no existe ninguna duda sobre su titularidad y no se embargan bienes que pertenecen a personas distintas, sino al acusado, aun cuando sea a través de personas interpuestas.

La demanda de amparo, además de alegar el derecho a la presunción

de inocencia y el derecho a la tutela judicial efectiva, se fundamenta principalmente en la vulneración del derecho de audiencia y de defensa con base en: que, a pesar de ser la titular registral de un bien decomisado, no ha sido citada ni ha participado en la fase de instrucción ni en la de juicio oral, contraviniéndose de esa manera el art. 118 LECrim y causándosele indefensión; que dicha vulneración no queda enervada por la afirmación de que el acusado actuó de mala fe procesal al no poner en conocimiento el hecho de que la finca era titularidad de la recurrente, ya que ello parte del prejuicio de entender que la entidad recurrente era propiedad del acusado; y que tampoco resultaría enervada la vulneración por la consideración de que quede expedita la vía de la tercería de dominio en ejecución de Sentencia, toda vez que no es un medio apto para defender la propiedad sino tan sólo para evitar el embargo; además de que ya fue una vía intentada y que el juzgado no admitió a trámite. Por último, en que tampoco resultaría relevante el hecho de que se permitiera la personación de la recurrente en casación, pues la vía de defensa en dicho trámite resulta limitada por la propia naturaleza del recurso de casación.

Hay que destacar que el TC considera acreditado, como aspectos más relevantes: a) que la Sentencia de instancia argumentó que se planteaba un supuesto de decomiso de un bien realmente perteneciente a una de las personas declaradas responsables del delito, a través de una sociedad instrumental y, de hecho, se practicó la debida prueba sobre el origen ilícito del dinero utilizado para la adquisición del bien y sobre el carácter instrumental de dicha sociedad; b) que la sentencia de casación justificó que se estaba ante una situación de apariencia formal de las operaciones por lo que el comiso estaba justificado: «que en el momento de acordarse el comiso en la instancia concurrían los presupuestos legales para entender que el bien decomisado pertenecía a uno de los acusados, a través de una sociedad instrumental, sin que hubiera ningún dato del que pudiera derivarse que eventualmente pudiera pertenecer a una tercera sociedad, por lo que ninguna irregularidad se derivaría de su falta de citación».

El TC considera que no hay suficiente contenido constitucional que justifique una decisión sobre el fondo, con dos argumentos:

a) Si bien la entidad recurrente fundamenta la vulneración del derecho de audiencia y a la defensa en que con el comiso se ha visto privada de un bien de su propiedad, sin embargo, «no ha quedado acreditado el extremo de su titularidad sobre dicho bien en la vía judicial previa, ya que, en primer lugar, no puede afirmarse que en vía judicial haya habido un pronunciamiento sobre la existencia de dicha titularidad civil a favor de la recurrente».

b) «La pena de comiso no implica ni prejuzga eventuales titularidades civiles que puedan oponer terceros y, por tanto, tampoco se ha negado que la recurrente no sea titular civil legítima... La Sentencia de casación ha hecho explícito que ese eventual derecho de titularidad civil sobre el bien decomisado puede hacerse valer en la vía civil correspondiente...». Por ello, no cabe apreciar «que se haya generado en la recurrente una indefensión constitucionalmente relevante, pues la Sentencia penal ha mantenido incólumes las posibilidades de defensa de sus pretensiones de titularidad sobre el bien remitiéndolas a la vía judicial procedente. A esta última conclusión no puede ser óbice lo alegado por la recurrente de que la vía de la tercería de dominio ya fue intentada cuando el bien fue embargado cautelarmente, ya que la inadmisión de aquella tercería fue fundamentada, precisamente, en que faltaba un presupuesto ineludible de la misma como era la ejecución forzosa, pues se había interpuesto contra una medida cautelar».

VI. ¿«EL COMISO PENAL NO PREJUZGA LA EVENTUAL TITULARIDAD QUE PUEDA OponER UN TERCERO Y QUE HA DE HACER VALER EN LA VÍA CIVIL»?

La afirmación de este epígrafe la realiza el TS y luego la suscribe el TC en el Auto analizado, pero no deja de resultar sorprendente y merece algún comentario. El argumento que se utiliza es que aunque los titulares de los bienes decomisados no intervengan en el proceso penal, no importa, ya que no se juzga sobre la titularidad de tales bienes, teniendo abierta la vía civil para defenderla.

La afirmación sorprende, ya que la doctrina penal considera el comiso como un supuesto de pérdida definitiva de la propiedad, con un efecto sustantivo y definitivo, frente a la provisionalidad e instrumentalidad de las medidas cautelares que se pueden adoptar en el proceso penal o las de aseguramiento en el orden civil. Fuera del comiso quedan todas las medidas provisionales, tanto las de función profiláctica (secuestros y embargos), como las que se agotan en la ejecución de las sanciones propiamente dichas (24).

La afirmación del TS supone otorgar al comiso la misma provisionalidad que al embargo, medida de aseguramiento que no exige certi-

(24) Sobre el carácter definitivo de la pérdida del dominio, cfr.: AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., pp. 38-39; MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, cit. p. 254.

dumbre respecto al dominio del deudor sobre los bienes a embargar, pues se prevé que en caso de pertenecer el bien a un tercero no deudor, puede ejercitar una acción específica —la tercería de dominio—, cuyo único fin es el levantamiento de la traba de embargo que afecta al bien, no la recuperación del bien, función que corresponde a la acción reivindicatoria (25). Pero esta solución no parece fácil extrapolarla al comiso, pues no hay una acción específicamente prevista para los terceros, y además se entremezclan la medida penal con las acciones civiles. Supone mezclar dos ámbitos, penal y civil, creando una complejidad en la cuestión que puede perjudicar más que beneficiar al tercero propietario.

Por otro lado, no deja de sorprender que los tribunales penales que aplican la medida del comiso de bienes, ante la duda respecto a la titularidad del acusado, ya sea por sus afirmaciones o por la intervención del tercero titular, sólo aplican la medida si consideran que hay pruebas suficientes para atribuir tal dominio al condenado, no procediendo al comiso en caso contrario. Con ello se aprecia que, con notable frecuencia como hemos visto, las sentencias penales, tras la oportuna valoración de la prueba, se pronuncian sobre la titularidad de los bienes antes de ordenar su comiso.

Además, hay que recordar lo que ya parece una sólida doctrina establecida tanto por el TS como por el TC, en el sentido de que se incu-

(25) Así, la STS (Sala Penal) 20 de abril de 2004, en relación con la alegación de indefensión por haber sido acordado el embargo de la cantidad depositada en cuenta de la que son titulares el acusado y su hijo, aclara: «Se debe resaltar que el dinero del que aparece como cotitular el ahora recurrente no fue objeto de decomiso sino de embargo, por lo que no era preciso acreditar que era procedente de conductas delictivas, y ese embargo aparece coherente en cuanto es resultado de las resoluciones acordadas en la pieza correspondiente, sin que tal medida aseguradora resultase improcedente por el hecho de que apareciera asimismo como titular un hijo del acusado, titularidad en principio formal en cuanto no viene corroborada por acreditamiento alguno, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia pueda ejercitar las tercerías de dominio que considere pertinentes». En la STS (Sala Penal) 17 mayo 2002 (RA. 5962), en supuesto en que se deja sin efecto el comiso de ciclomotor por considerar que no fue utilizado para la comisión del delito, pero que queda embargado para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, el imputado alega en casación que no le pertenece: El TS desestima el recurso argumentando que no hay prueba alguna de ello, y «en todo caso, si realmente el ciclomotor fuera propiedad de otra persona, como esta persona no ha sido parte en el presente proceso, no habría de afectarle lo aquí resuelto sobre la propiedad del ciclomotor. La eficacia de cosa juzgada material de una sentencia se limita a quienes hayan sido parte en el proceso en que tal sentencia se dicta. Si hay una tercera persona propietaria del ciclomotor que aquí se embarga como de la propiedad del acusado, tendrá abierta la vía de la acción de tercería de dominio en ejecución de sentencia (arts. 595 y ss. LECiv en relación con el 614 LECrim)».

rrirá en indefensión si se ordena el comiso de bien que pertenezca a un tercero al menos en apariencia, si no se destruye tal apariencia —mediante levantamiento del velo—, o se le notifica, se le considera como parte y se le da audiencia, a efectos de que pueda defender su titularidad. No se entendería que hubiera indefensión del tercero titular por no haber podido participar en el proceso penal en el que se decomisa su bien, si, como señala ahora la STS 29 julio 2002, el comiso penal no prejuzga la titularidad sobre el bien y sigue teniendo expedita la vía civil. Las dos doctrinas no nos parecen congruentes, y será necesario una ulterior aclaración por parte del TS o del TC, ya que parece haber hecho suyo aquél criterio.

En este sentido, puede utilizarse la STS (Sala 2ª) de 20 de enero de 1997, cuando argumenta que el comiso es cosa distinta de la responsabilidad civil *ex delicto*: «la responsabilidad civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su *carácter personalista* y el obligado cauce procesal penal para su imposición». La sentencia es clara a la hora de indicar que todo lo relacionado con el comiso ha de ventilarse en el proceso penal.

A pesar de ello, una posible interpretación de los términos que utiliza el Auto TC 125/2004, es entender que una cosa es establecer la sanción del comiso, asunto típicamente penal, y otra la titularidad de los bienes sobre los que puede recaer, titularidad que es típico asunto civil, y nada impide que el propietario haga valer las acciones oportunas en defensa de su derecho ante la jurisdicción civil. Ello supone que la adopción del comiso de los bienes obtenidos con el delito puede quedar en papel mojado, quedando en entredicho también el efecto de cosa juzgada de la sentencia penal en tal aspecto, lo cual desde luego no es fácil de entender.

VII. LA CONDICIÓN DE «TERCERO» Y LA TITULARIDAD APARENTE. COMISO FRENTE AL TITULAR REGISTRAL. LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURÍDICA

Cuando la titularidad del bien decomisible es puramente aparente no estamos ante un «tercero» en el sentido del art. 127.1 CP, por lo que no hay inconvenientes para el comiso si el titular real es el responsable

del delito. Se plantea una cuestión de prueba del dominio. Como se ha dicho, a diferencia de otros sectores del ordenamiento, el Derecho penal no se contenta con la verdad formal o aparential, con arreglo a determinados patrones, sino que busca la verdad material y deducir la forma real de participación (26).

La constancia del dominio en determinados Registros públicos, especialmente los de carácter administrativo, manifiesta una titularidad aparente que puede no corresponderse con la realidad (27). La matriculación del vehículo según la Jefatura Provincial de Tráfico a nombre de persona distinta del responsable del hecho delictivo, al tener un carácter administrativo, no es un obstáculo para el decomiso del mismo, si por algún otro medio de prueba se puede deducir que el vehículo pertenecía realmente al autor (28). El efecto legitimador de la posesión

(26) PRATS CANUT M./ MORÁN MORA, C., en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario al Nuevo Código penal*, Navarra 2001, p. 618.

(27) Como señalan PRATS CANUT M./ MORÁN MORA, C., en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario al Nuevo Código penal*, cit., p. 616, el hecho de la sola matriculación de un vehículo, no fundamenta una pertenencia o un dominio privativo sobre el vehículo, puesto que se trata de un trámite administrativo y no civil.

(28) La STS 10 abril 2000 (RA 2693) desestima el recurso frente al comiso de un camión que el acusado dice es propiedad de su hermano, pues «no consta que dicho camión fuera propiedad de una persona diferente de quien en los hechos de autos lo conducía y lo utilizó para transportar el hachís objeto de este proceso, J. L. V. La titularidad administrativa no es prueba del derecho de propiedad del vehículo correspondiente. Parece razonable que la Audiencia Provincial considerara propietario a José L. V. a la vista de las actuaciones practicadas». Entre otras, «ante el Juzgado de Instrucción de Figueras, a preguntas del Ministerio Fiscal, declaró que «... compró el camión hace aproximadamente un mes, y que se lo compró a su hermano. Que lleva el camión todavía a nombre de su hermano porque su hermano es transportista. Que pagó por el vehículo 1.500.000 ptas. y que ya lo ha pagado...».

La STS 27 noviembre 1998 (RA.8990) ante la alegación del recurrente de que el vehículo no es de su propiedad, sino que está a nombre de un hijo ya fallecido, señala que «con independencia de la incongruencia que representa el pretender atribuir titularidades dominicales a una persona ya fallecida, es lo cierto que ni se cita documento alguno que acredite dicha titularidad, ni serían suficientes para ello los datos obrantes en el permiso de circulación, pues como dispone el artículo 244.III del Código de la Circulación, los datos obrantes en el Registro Archivo de Vehículos, tienen un carácter «puramente administrativo» y «no prejuzgarán las cuestiones de propiedad». En el caso actual la Sala sentenciadora estima acreditado que, con independencia de la titularidad formal administrativa, el vehículo ZX utilizado por el acusado para el transporte de la droga era de su propiedad «teniéndolo y utilizándolo a título de dueño»..., y tal apreciación, obtenida de una valoración racional del conjunto de la prueba practicada, no se ha desvirtuado por prueba documental en sentido propio aportada por el recurrente que pudiese cumplir los requisitos anteriormente expresados».

En cambio, la STS 16 noviembre 1998 (RA. 8963) admite el recurso tomando como

de los bienes muebles —art. 464 CC—, también crea una apariencia de titularidad que será difícil destruir.

Más compleja se plantea la cuestión cuando estamos ante un bien inmueble que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad (o ante alguno de los bienes que aparecen en el Registro de Bienes Inmuebles), en cuanto tal inscripción genera efectos protectores respecto al titular registral. El principio de legitimación registral da lugar a una presunción de titularidad «a todos los efectos legales», en los términos del art. 38 de la Ley Hipotecaria. Pero se trata de una presunción *iuris tantum*, que podrá ser destruida mediante prueba suficiente, con audiencia del titular registral, en su caso.

Supuesto aparte son las situaciones en que la titularidad del bien se ha atribuido a un tercero pero con carácter meramente formal, incurriendo en fraude de ley, con la finalidad de evitar el comiso y ocultar la procedencia ilícita de los bienes. En esos casos en los que el negocio jurídico subyacente es nulo, por ser contrario a Derecho, cesa la correspondiente protección registral (art. 33 LH). Cuando se trata de un bien inmueble adquirido e inscrito por un tercero que se amparó en la titularidad que derivaba del Registro, su adquisición no podrá ser atacada si reúne los requisitos para ser considerado «tercero hipotecario» en los términos del art. 34 LH, «aunque después se anule o resuelva el (derecho) del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro», como pudiera ser el comiso de tales bienes. Pero para obtener esa protección, el art. 34 LH exige, en primer lugar, que se trate de un verdadero «tercero»: si la adquisición es sólo aparente por actuar como testafierro del anterior titular, no será «tercero». Y, en segundo lugar, aunque sea verdadero tercero, se exige que haya adquirido el derecho de buena fe, ignorando las circunstancias que afectan al título del transmitente: en los casos en los que le consta que quien aparece como titular registral es un mero titular aparente, conocerá la inexactitud registral, y no estará amparado por el art. 34 LH.

Además de en la ya vista STS 29 julio 2002 (que da lugar al Auto TC 125/2004), también se hace aplicación de la doctrina del levantamiento del velo habiendo titulares registrales de los inmuebles decomisados, en la STS 18 octubre 2004 (RA. 2005/1114), aunque curiosamente en este caso los terceros eran personas físicas. En esta sentencia, los recu-

elemento probatorio «el certificado emitido por la Jefatura Provincial de Tráfico en el que se hace constar que el propietario del vehículo decomisado es el hermano del acusado».

rrentes alegaban vulneración del art. 24 CE al acordarse el comiso de dos fincas pertenecientes a personas que no fueron parte en el proceso. Ante ello afirma el TS que «presumir legítimos propietarios a sus suegros, es contradecir, sin base alguna, los argumentos de la sentencia que..., razona detalladamente que las fincas, cuya titularidad registral aparece a nombre de los parientes de su esposa, es simple apariencia, habiendo actuado el Sr. J. como mero mandatario del recurrente. La sentencia combatida aplica la teoría del levantamiento del velo y prescindiendo del ropaje jurídico en la forma de adquisición trasciende de la realidad jurídica aparente a la real, declarando y poniendo al descubierto la verdadera situación en aras a la realización de la justicia material, en su dimensión patrimonial». Ante ello concluye que no pueden ampararse en el art 127 CP, «dados los términos contundentes de la sentencia que considera al suegro del recurrente como testafarro y, por ello, su posición ante los inmuebles no merece el calificativo de «tercero de buena fe, que los haya adquirido legalmente»». Probado que adquirió los bienes «con dinero proveniente de un delito; de ahí, que cualquiera que sean las transformaciones que experimenten (entre ellas la creación de una titularidad ficticia) no deben impedir su caída en comiso» (29).

La doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas servirá para desenmascarar entidades ficticias o reales, creadas o utilizadas para dar cobertura a situaciones patrimoniales ilícitas. Con base en ella, no puede alegarse la separación de patrimonios de una persona jurídica y una persona física cuando, en realidad, son lo mismo, si con el desdoblamiento de personalidades se persigue un fin fraudulento (30).

(29) Con menores explicaciones, la STS 19 febrero 2002 (RA. 3721), ante el decomiso de finca inscrita registralmente a nombre de la hija —menor de edad— del condenado, suscribe la conclusión «de que tal finca ..., actual domicilio del padre condenado, fue adquirida con los beneficios obtenidos por su actividad delictiva de tráfico de drogas» de forma que «la titularidad de la hija era sólo aparente y tendente a ocultar y asegurar la referida finca frente a posibles actuaciones judiciales, siendo el titular real el mencionado D.».

También la STS 2 abril 2004 (RA 3432) establece que, respecto al velero, vehículo y vivienda decomisados, con las pruebas practicadas «se pudo llegar a la conclusión de que las titularidades eran ficticias», se trata «títulos formales» a la vista de las fechas de adquisición, la ausencia de actividad lucrativa desde 1995 (certificado de la Seguridad Social), declaraciones de los agentes sobre el uso en concepto de dueño de esos bienes, etc.: «Todos los bienes anteriormente reseñados se adquirieron por el acusado citado con el producto obtenido con la venta de estupefacientes».

(30) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, cit., p. 62; DE ANGEL YÁGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid 1997; BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento*

Como ha admitido de forma reiterada la jurisprudencia, esta doctrina permite comprender que la persona jurídica creada por un sujeto como ente meramente aparente a través de la cual llevar a cabo sus hechos delictivos no tiene personalidad diversa a la de la persona física: en consecuencia, esa persona jurídica no puede ser considerada como un «tercero». Una vez acreditado que la sociedad no es real, sino que da cobertura fraudulenta al acusado, el patrimonio del que aparece como titular tal sociedad, puede ser decomisado si se demuestra suficientemente que en realidad pertenece al acusado, aunque la persona jurídica en cuestión, como tal, no haya sido traída a juicio, pues debe tenerse en cuenta que, conforme a la doctrina del levantamiento del velo, en realidad no tiene la condición de tercero a efectos procesales (31).

Nada hay que objetar a la aplicación que hace el TS de la teoría del levantamiento del velo a los supuestos de comiso de bienes que se puede acreditar se adquirieron con las ganancias de un delito, pero aparecen atribuidos a una sociedad por posteriores transmisiones. Es un claro supuesto en el que el levantamiento del velo sirve como instrumento para descubrir la identidad entre los intereses de una persona jurídica y los de un sujeto individual (32). Y al supuesto del comiso que analizamos es extrapolable la larga doctrina jurisprudencial en la que el TS ha aplicado esta teoría en supuestos de tercería de dominio para excluir la condición de «tercero» respecto al deudor.

Resulta esclarecedora, la Circular 2/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, aunque sea limitada al delito de tráfico ilícito de drogas:

del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español, Navarra 2000; CARBAJO CASCÓN, F., *La sociedad de capital unipersonal*, Navarra 2002, pp. 196 ss, sobre las exigencias para la aplicación de la doctrina.

(31) CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, cit., p. 64, que además establece como factores indicativos de la titularidad meramente aparente de la persona jurídica: el dominio fáctico de ésta, la posesión y uso de su patrimonio por parte del acusado, la administración en manos de persona de la confianza de éste, y otros similares.

En comiso de un buque, la STS 16 septiembre 1992 (RA 7160), tras un complejo y exhaustivo análisis de la relación que media entre la condenada y la sociedad recurrente, concluye que aparece «un contrato de fletamento en el que, la Compañía armadora conserva el control del equipaje y la posesión del buque y no puede ser considerada, de modo alguno, como tercero, a los efectos del comiso que decreta el art. 5.3 de la Ley de Contrabando (RCL 1982\2029 y ApNDL 2977)».

(32) DE ANGEL YÁGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica...*, cit. p. 59.

«En cuanto a las facultades de la jurisdicción penal en orden a delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente o, dicho en otros términos, a la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que nuestro ordenamiento jurídico dispone de suficientes mecanismos normativos para hacer frente a estas situaciones... No obstante el artículo 374.3 atribuye expresamente a los jueces y tribunales que conozcan de la causa, la potestad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en apartados anteriores. Con esta medida se refuerzan indudablemente las facultades de la jurisdicción penal para hacer frente a la ingeniería financiera que habitualmente es utilizada para ocultar patrimonios ilícitos y eludir las responsabilidades pecuniarias en los procesos penales.

Y como complemento de esta facultad, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, modificado por la Disposición Final 3ª de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, atribuye a las autoridades judiciales, en estos casos, la potestad para efectuar anotaciones registrales en relación con bienes inscritos a nombre de terceras personas. A tales fines se ha incorporado un nuevo párrafo final a dicho precepto en los siguientes términos:

«No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento».

También en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, contempla lo que denomina «decomiso ampliado» aplicable sólo a

ciertos delitos (33). Esta figura, que los Estados miembros han de introducir en sus legislaciones en el plazo de dos años, permite a los Estados, de manera facultativa, decomisar los bienes adquiridos por los allegados del culpable, y los bienes transferidos a una persona jurídica sobre la cual el condenado ejerza un control efectivo a título individual o junto con sus allegados. La misma regla se aplicará cuando el culpable reciba una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.

VIII. BREVE ANÁLISIS DEL RIGOR QUE UTILIZAN LOS TRIBUNALES PENALES PARA CONSIDERAR ACREDITADA LA TITULARIDAD DEL ACUSADO SOBRE EL BIEN A DECOMISAR

No encontraremos en esta materia una jurisprudencia que se caracterice por la uniformidad absoluta de las tesis defendidas, sino que, como es habitual, el propio TS —y las Audiencias Provinciales— de manera casuística decide lo procedente en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En todo caso, la valoración del respeto por parte de los tribunales a los derechos y bienes de terceros a la hora de aplicar el comiso es satisfactoria, y no resulta violentada la interpretación restrictiva que ha de hacerse de esta consecuencia sancionatoria. Salvo excepciones, si hay al menos una apariencia de que el bien no es propiedad de alguno de los imputados sino de un tercero, a la hora de resolver se trata de comprobar tal titularidad y, en su caso, se averigua si aún siendo propiedad de tercero se dan los presupuestos para que le alcance la sanción del comiso (34).

(33) Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 68 de 15 de marzo de 2005. Sobre ella, vid., VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *Diario La Ley*, n. 6314, 8 Sep. 2005.

Procederá únicamente respecto de los delitos de falsificación de moneda, blanqueo de capitales, tráfico ilegal de personas, corrupción de menores y pornografía infantil, tráfico ilícito de drogas y terrorismo. La persona condenada por alguno de estos delitos, excepto el de terrorismo, tiene que actuar en el marco de una organización delictiva.

(34) Puede decirse que no ha de extenderse a nuestra jurisprudencia la visión crítica que de la regulación del comiso hace MANZANARES SAMANIEGO, «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», cit., pp. 521 ss. Señala que el Código «arranca del comiso preceptivo de todos los instrumentos y productos del delito, así como de todas las ganancias provenientes del mismo... Es después cuando por vía de excepción se excluye lo perteneciente «a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente». Con otras palabras, no se parte de la exigencia de propiedad del reo para añadir luego supuestos concretos de extensión a la titularidad de derecho, sino

Si hacemos un repaso de la jurisprudencia, encontramos buenos ejemplos de ello. Tratándose de cantidad de dinero, la SAP Tarragona 25 de marzo de 1996, considera que procede decomisar el dinero encontrado el piso de los tres acusados, pero sólo tras establecer que no ha quedado suficientemente probado que el dinero fuese entregado por la madre de los hermanos S. V. el día anterior a la entrada y registro del piso, siendo lo más probable que el mismo fuese de las ganancias obtenidas por la venta de droga, tras analizar el régimen de ingresos y gastos habituales de los imputados según sus propias declaraciones. Y la STS 31 marzo 2005 (RA 3883), confirma el comiso de una cantidad de 60.000 euros de la cuenta a nombre de los hijos de un condenado, de 10 y 5 años —abierta un año antes de que también se escrituraran a su nombre otras propiedades—, figurando como autorizado o representante el recurrente. Tras cuestionar la legitimación del recurrente —que no era un condenado—, concluye que «no nos hallamos ante una adquisición regular del dinero hecha por dos niños, sino ante una titularidad fiduciaria, propiciada por los padres, que el Tribunal, en fundada inferencia, ha entendido que tal dinero tenía su origen en el tráfico de drogas por el que fue condenado su padre».

La SAP Barcelona 11 marzo 1996, entiende que no procede el comiso del cuchillo intervenido «ya que resulta ser propiedad de los padres del procesado a los que debe ser devuelto así como la navaja intervenida ya que ésta no guarda relación con los hechos de autos». Más discutible, pero sin perjuicio alguno para tercero, la SAP Barcelona 23 abril 2004, en supuesto de condena por falta contra los intereses generales, declara la improcedencia del comiso de unos perros por falta de acreditación de la propiedad de los perros, aunque su cuidador fuera la condenada, y por ser una pena probablemente excesiva por el valor sentimental.

Mención especial merece el comiso de vehículos, sin duda el supuesto de mayor litigiosidad. La STS 29 abril 1995 rechaza por inadmisible la impugnación del comiso de vehículo alegando que es propiedad de tercero de buena fe, pues «no se ha aportado la documentación del coche» y «la única base supuesta o real tercería es la manifestación verbal del conductor, sin aportación de prueba. En tanto no se demuestre otra cosa el vehículo estaba a su disposición y lo usó para transportar droga». El Auto AP Sevilla 27 mayo 2004 declara la proce-

que se arranca de un comiso indiscriminado en el que caben algunas excepciones atendiendo a la propiedad de terceros libres de todo reproche».

dencia del comiso de un automóvil Mercedes, a pesar de que la titular administrativa es la hija del condenado— de unos 20 años—, pues se prueba que éste lo utilizaba con frecuencia en sus operaciones de venta de estupefacientes, y existen sólidos indicios de que el verdadero propietario es el condenado, como es la falta de ingresos de la hija para la compra, y el que lo comprara con un crédito «a nombre de su padre». En caso muy similar, en el que la titularidad formal de automóvil lujoso corresponde a la hija del acusado recurrente, la STS 17 febrero 2004 (RA 2223) aunque tiene en cuenta que habría suficientes razones para el comiso, lo rechaza por falta de motivación o explicación de las razones que lo justificasen por parte del juzgador de instancia. La SAP Albacete de 22 de abril de 2004, a pesar de que el titular administrativo del vehículo era una tercera persona, toma en cuenta que es el acusado quien lo usa habitualmente y el tomador del seguro para declarar procedente su comiso. También la STS 25 noviembre 2003 (RA 9464) declara procedente el comiso de vehículo de lujo propiedad de una sociedad del padre del acusado, pero siendo usado y habiendo gestionado su adquisición el acusado. Igualmente, la STS 7 octubre 2003 (RA. 9563)

En cambio, la STS 23 junio 1994 (RA. 5383) estima el motivo de la recurrente que se atribuye la propiedad del vehículo en cuyo interior se ocultaba la droga, designando la carta de propiedad del vehículo como documento que lo evidencia y permiso de circulación a su nombre, por lo que se declara la improcedencia del comiso, al ser tercera que no viajaba en el coche ni ha sido condenada. También declaran improcedente el comiso de vehículo por falta de prueba de que el vehículo fuera propiedad del acusado, las SSAP Valencia 1 julio 2002, y SAP Girona 2 enero 2003. Y la SAP Córdoba 10 noviembre 2001 (BDA 2002/63) declara improcedente el comiso del vehículo perteneciente a la esposa del acusado, en el que se transportaba la droga, ya que aquella no ha sido acusada ni escuchada en el juicio.