

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL

PROGRAMA PROBLEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL. DOGMÁTICA

PENAL Y PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL

TESIS DOCTORAL

The seal of the University of Salamanca is a large, circular emblem. It features a central shield divided into four quadrants, each containing a different heraldic symbol. The shield is surrounded by a decorative border with the university's name in Latin, 'UNIVERSITAS SALAMANCAENSIS', and a crown at the top. The seal is rendered in a light gray, semi-transparent style.

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

ELABORADA POR:

PATRICIA VARGAS GONZÁLEZ

DIRIGIDA POR EL PROFESOR DOCTOR:

EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

SALAMANCA, 2012

“Las confiscaciones ponen un precio a las cabezas de los débiles, hacen sufrir al inocente la pena del reo, y colocan a los mismos inocentes en la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Qué espectáculo más triste que el de una familia arrastrada a la infamia y a la miseria por los delitos de un jefe, la sumisión al cual - ordenada por las leyes- les impediría evitar aquellos, aun cuando tuvieran los medios para hacerlo!” BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas.

ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA	21
I. Primera aproximación al concepto de comiso.....	21
II. Desarrollo histórico del comiso en los Códigos Penales españoles (del CP de 1822 a la LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del CP).	24
CAPÍTULO II. POLÍTICA CRIMINAL SUPRANACIONAL SOBRE EL COMISO DE LOS ACTIVOS CRIMINALES	35
I. Normativa de las Naciones Unidas.....	36
A. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988).	36
B. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000).	40
C. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida, 2003).....	42
II. Normativa del Consejo de Europa.....	46
A. Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990).....	46
B. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 2005).....	49
III. Normativa de la Unión Europea.....	52
A. Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.....	53
B. Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.	54
C. 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.	55
D. Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.....	66
E. Decisiones Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada y DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo. Concepto de organización criminal de cara a la DM 2005/212/JAI del Consejo.	67
IV. Comiso: notas comunes en la normativa supranacional.....	69

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

V.	Transposición de la normativa supranacional a la legislación española.....	73
CAPÍTULO III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL, LO 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS DE 2003 Y 2010 (LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE Y LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO)		
.....		84
I.	El artículo 127 del Código Penal y sus reformas.	84
II.	De la pena a la consecuencia accesoria: la transformación del comiso.	88
III.	Clases de comiso.	97
A.	Comiso de efectos e instrumentos.....	97
1.	Concepto de efectos.	98
2.	Concepto de instrumentos.	104
2. a.	Preparación o ejecución de un delito o falta.	109
2. b.	Carácter esencial del instrumento.	115
3.	El comiso de los efectos e instrumentos en el Derecho comparado.	117
4.	Fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos en la legislación española.....	126
B.	Comiso de ganancias.....	136
1.	Concepto de ganancias.	137
2.	Ganancias netas o brutas.	141
3.	El comiso de ganancias en el Derecho comparado.	152
4.	Fundamento y orientación teleológica del comiso de ganancias en la legislación española.	160
C.	Naturaleza jurídica del comiso de efectos e instrumentos y del comiso de ganancias.	174
1.	Criterios en torno a este tema.	174
2.	Toma de posición.	182
IV.	Figuras jurídicas que tienen algún parecido con el comiso.	195
A.	Comiso y confiscación.	195
B.	Comiso, fianza y embargo de bienes.....	201
C.	Comiso, incautación o intervención de bienes.....	202
D.	Comiso y receptación civil.	205
E.	Comiso y expropiación forzosa.	208

ÍNDICE SISTEMÁTICO

CAPÍTULO IV. APLICACIÓN DEL COMISO. REGLAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 127 DEL CÓDIGO PENAL Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	211
I. La pena: principal presupuesto del comiso.	211
II. Comiso sin responsabilidad criminal, asociado con una situación patrimonial ilícita.....	213
III. Comiso como pérdida de derechos que integran un patrimonio.....	228
IV. Momento en que debe darse la titularidad del derecho afectado por el comiso.	234
V. Decomiso de bienes objeto de derechos cuyo titular es un tercero.	236
A. Pertinencia a un tercero: derecho de propiedad sobre el bien decomisado.	240
B. Tercero de buena o mala fe.....	240
C. Responsabilidad del tercero en el delito.....	246
D. Adquisición legal del bien.....	248
E. Doctrina del levantamiento del velo.	250
F. Copropiedad o titularidad de derechos compartida.	256
G. El comiso de bienes de terceros en otros ordenamientos jurídicos.	259
H. Toma de postura en relación con el comiso de bienes de terceros.	262
VI. Comiso de primer o segundo grado.	263
VII. Comiso por valor equivalente.	267
VIII. Comiso y delitos imprudentes.....	276
IX. Destino de los bienes sometidos a comiso.....	279
X. Algunos principios constitucionales relacionados con la figura jurídica del comiso.....	285
A. Principio de legalidad.	286
B. Principio de proporcionalidad. Artículo 128 del Código Penal.....	287
C. Principio de culpabilidad.	294
D. Presunción de inocencia.....	296
E. Principio acusatorio, derecho de defensa y fundamentación de la sentencia.....	298
CAPÍTULO V. FORMAS ESPECIALES DE COMISO CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PENAL Y EN OTRAS LEYES	303
I. Comiso ampliado (art. 127.1 párrafo 2 del Código Penal).	303
A. Delincuencia organizada, terrorismo y comiso ampliado.	303
B. El comiso ampliado en el Derecho comparado.....	312

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

C.	El comiso ampliado en la jurisprudencia del TEDH.....	319
D.	Examen del párrafo 2 del artículo 127.1 CP.	325
1.	Objeto del comiso ampliado. Uso del verbo <i>ampliar</i>	325
2.	Sobre las <i>actividades delictivas</i> y los <i>ingresos legales</i>	327
3.	Organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo.....	330
4.	Presunción legal sobre el origen ilícito de los bienes.....	335
4. a.	Sobre las presunciones y la inversión de la carga de la prueba.	336
4. b.	Estudio de la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP.	345
1°	Presunción <i>iuris tantum</i> o <i>iuris et de iure</i>	345
2°	Problemas constitucionales del comiso ampliado.	346
3°	El acuerdo de la Sala de lo Penal del TS, de fecha 5 de octubre de 1998 y su relación con el comiso ampliado.	362
5.	Comiso ampliado y otros tipos penales que contemplan el fenómeno de las organizaciones y grupos criminales.	366
6.	Comiso ampliado sobre bienes de terceros y en casos donde no se ha impuesto una pena y se demostrado una situación patrimonial ilícita.	371
7.	Naturaleza jurídica de esta forma de comiso.	373
8.	Otras reflexiones sobre el comiso ampliado contenido en el art. 127.1 párrafo 2 CP.	374
II.	Comiso y delitos contra la seguridad vial (artículo 385 bis del Código Penal).....	380
III.	Regulación del comiso en los delitos relacionados con el tráfico de drogas (artículo 374 del Código Penal).....	386
A.	Examen de artículo.....	386
B.	Algunos datos estadísticos sobre el comiso de bienes por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.....	397
IV.	Comiso y blanqueo de capitales (artículo 301, apartados 1 y 5 del Código Penal).....	400
V.	Decomiso en delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319.3 del Código Penal).....	405
VI.	Cohecho y tráfico de influencias (artículo 431 del Código Penal).....	408
VII.	Comiso aplicable al delito de contrabando (artículo 5, LO 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando).....	411
VIII.	Otras normas sobre el comiso contenidas en leyes penales especiales.....	415
CAPÍTULO VI. EL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE COSTA RICA		419

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I.	Antecedentes históricos del comiso. Del Código General de 1841 al Código Penal de 1941.	419
II.	El comiso en el Código Penal de 1970.....	420
	A. El comiso en el proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica.....	421
	B. Artículo 110 del Código Penal.....	424
	C. Artículo 103 del Código Penal. Naturaleza jurídica del comiso.	433
	D. Artículo 96 del Código Penal.....	436
III.	Ley N° 8204 de reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.....	439
IV.	Comiso previsto en la Ley N° 8754 contra la delincuencia organizada.....	445
V.	Principios constitucionales que son aplicables al comiso.	452
	A. Principio de legalidad.	452
	B. Principio de culpabilidad.	453
	C. Presunción de inocencia.....	454
	D. Derecho de defensa, principio acusatorio y fundamentación de la sentencia.	455
	E. Principio de proporcionalidad.....	461
CAPÍTULO VII. UNA PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> PARA ESPAÑA Y COSTA RICA.....		467
I.	Sobre la necesidad de un proceso accesorio y uno autónomo para resolver sobre el decomiso.....	467
II.	Una propuesta de <i>lege ferenda</i> en materia de comiso.....	471
CONCLUSIONES.....		491
BIBLIOGRAFÍA.....		507

ADPCP Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AFDUC Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

AP Actualidad Penal

Art. Artículo

Arts. Artículos

ATC Auto del Tribunal Constitucional

BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)

BIMJ Boletín de Información del Ministerio de Justicia

BMJ Boletín del Ministerio de Justicia

BOE Boletín Oficial del Estado

Cap. Capítulo

CC Código Civil

CDF Cuadernos Digitales de Formación

CDJ Cuadernos de Derecho Judicial

CE Constitución Española

CEDH Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Cfr. Compárese

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

Comp. Compilador (es)

Coord. Coordinador

Coords. Coordinadores

CP Código Penal

CPP Código Procesal Penal de Costa Rica

Dir. Director

Dirs. Directores

DM Decisión Marco

DOCE Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DOUE Diario Oficial de la Unión Europea

DPPG Derecho Penal. Parte General

EDJ Estudios de Derecho Judicial

EPC Estudios Penales y Criminológicos

et ál. et álii (lat.: 'y otros')

FGE Fiscalía General del Estado

ICD Instituto Costarricense sobre Drogas

LCDO Ley contra la Delincuencia Organizada

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím Ley de Enjuiciamiento Criminal

LH Ley Hipotecaria

LO Ley Orgánica

Nº Número

NU Naciones Unidas

NUE Noticias de la Unión Europea

ONU Organización de Naciones Unidas

RAE Real Academia Española

RDP Revista de Derecho Penal

RDPP Revista de Derecho y Proceso Penal

RECPC Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

REP Revista de Estudios Penitenciarios

RGDP Revista General de Derecho Penal

RGLJ Revista General de Legislación y Jurisprudencia

RJA Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

ABREVIATURAS

RP Revista Penal

SC Sala Constitucional de Costa Rica

SS. Sigüientes

SSC Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica

SSSC Sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica

SSST Sentencias de la Sala Tercera de Costa Rica

SST Sentencia de la Sala Tercera de Costa Rica

SSTC Sentencias del Tribunal Constitucional

SSTCP Sentencias del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica

SSTS Sentencias del Tribunal Supremo

ST Sala Tercera (Sala de Casación Penal) de Costa Rica

STAS Sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia de Costa Rica

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STCP Sentencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

StGB Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)

STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

StPO Strafprozeßordnung (Código de Procedimiento alemán)

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TCP Tribunal de Casación Penal de Costa Rica

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TS Tribunal Supremo

Vid. Véase

Vol. Volumen

El comiso es una figura jurídica que se encuentra prácticamente en todos los Códigos Penales españoles. Pese a esto, es en las últimas décadas donde ha adquirido mayor relevancia, sobre todo por la aparición de grupos criminales estables y organizados, que actúan cada vez más a nivel transnacional y cuyo propósito medular es obtener beneficios económicos por medio de la comisión de delitos. Para evitar que esos activos ilícitos sean aprovechados, los encargados de elaborar la política criminal supranacional han redimensionado el comiso, dotándolo de características que son completamente novedosas y en algunos casos, inconciliables con los principios y garantías consagrados en el CEDH y en la CE. Acorde con lo anterior, España ha sometido su legislación, en particular el art. 127 CP, a varias reformas, cuya constitucionalidad, nuevamente, se puede someter a duros cuestionamientos, máxime si se considera que prácticamente todos los instrumentos supranacionales también invitan al legislador a respetar los derechos fundamentales contemplados en su derecho interno.

En el caso de Costa Rica la situación es similar, sin embargo, la Asamblea Legislativa, en lugar de reformar la regulación general sobre el comiso contenida en el CP, ha hecho algunos cambios en leyes especiales, p. ej., las que abordan los problemas asociados con el narcotráfico y la delincuencia organizada.

En el contexto antes reseñado se desarrollará la presente investigación, misma que tiene como objetivos elementales los siguientes:

- Determinar la naturaleza jurídica del comiso, su fundamento y orientación teleológica, según sea de efectos, instrumentos o ganancias.
- Examinar los instrumentos supranacionales vigentes en España que tratan el tema del comiso y la forma en que han sido incorporados a la legislación interna.
- Analizar a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, la legislación penal española sobre el comiso, en particular el artículo 127 del Código Penal y su más reciente reforma (LO 5/2010, de 22 de junio).
- Analizar a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, la legislación penal costarricense sobre el comiso, en particular los arts. 96, 103 y 110 del Código Penal.
- Valorar la regulación legal sobre el comiso, tanto la española como la costarricense, desde una óptica constitucional.
- Estudiar las formas especiales de comiso que prevé la legislación penal española en diversos tipos penales del Código Penal y en leyes especiales.
- Estudiar las formas particulares de comiso previstas en las leyes costarricenses N° 8204 de 26 de diciembre de 2001 y N° 8754 del 22 de julio de 2009.
- Elaborar una propuesta de *lege ferenda* en materia de comiso.

Para cumplir con estos objetivos, la investigación se dividirá en siete capítulos, de los cuales los cinco primeros estarán dedicados al caso español.

En el primer capítulo, tras brindar un concepto elemental del comiso, se abordará la evolución que ha experimentado esta figura jurídica en los diversos Códigos penales españoles (en concreto, del Código Penal de 1822 a la LO 17/1994, de 23 de diciembre, *sobre modificación de diversos artículos del Código Penal*).

El segundo capítulo estará destinado al estudio de la política criminal supranacional en materia de comiso y la manera en que se ha dado la incorporación de los instrumentos supranacionales al ordenamiento jurídico interno. De gran importancia será el último acápite, pues se expondrán los excesos en los que ha incurrido el legislador español al hacer esa transposición, lo que a su vez demuestra el deseo de transformar en auténticas sanciones medidas como el comiso, que al menos en el plano del *deber ser*, no tienen tal carácter.

En el tercer capítulo se abordará la transformación del comiso, de pena a consecuencia accesoria. Del mismo modo, se profundizará en el comiso de efectos e instrumentos y en el comiso de ganancias, entendidos como dos figuras independientes entre sí, e independientes de las medidas contempladas en el art. 129 CP. Además, se tratará el fundamento y la orientación teleológica de cada modalidad de comiso, así como su naturaleza jurídica. Este último extremo será esencial para determinar la sintonía o no que se pueda predicar entre el comiso y los principios contenidos en la CE.

Las reglas sobre el comiso contenidas en el art. 127 CP, así como los principios constitucionales que se relacionan con esta figura jurídica serán analizados en el capítulo IV. En concreto, se estudiarán los presupuestos del comiso (la pena y la situación patrimonial ilícita); el comiso como pérdida de derechos (y no únicamente como pérdida del derecho real de propiedad); el decomiso de bienes objeto de derechos cuyo titular es un tercero; el comiso de primer y segundo grado; el comiso por valor equivalente, el comiso tratándose de delitos imprudentes y el destino de los bienes sometidos a comiso. De la misma manera, se examinará la relación que se articula entre el comiso y los principios de proporcionalidad (art. 128 CP); culpabilidad y legalidad; la presunción de inocencia; el principio acusatorio; el derecho de defensa y la fundamentación de la sentencia.

En el capítulo V, el último que se dedica al caso español, se estudiarán las formas particulares de comiso contenidas en el Código Penal y en otras leyes. En primer término, se profundizará en el comiso ampliado, figura que si bien está contenida en la disposición general (en concreto, en el art. 127.1 párrafo 2 CP), por estar referida únicamente al fenómeno de la criminalidad organizada y el terrorismo, se puede catalogar como una forma especial de comiso. También se estudiará el comiso contemplado en relación con los delitos de seguridad vial (art. 385 bis CP); los delitos asociados con el tráfico de drogas (art. 374 CP); el blanqueo de capitales (art. 301. 1 y 5 CP); los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319. 3 CP); el cohecho y el tráfico de influencias (art. 431 CP) y el delito de contrabando (art. 5 de la LO 12/1995 de 12 de diciembre). Finalmente, se tratará la referencia al

comiso contenida en el Código Penal Militar y en las legislaciones sobre navegación aérea y sobre régimen jurídico de control de cambios.

Según comprobará el lector, en este capítulo tendrá mayúscula importancia el examen sobre las presunciones legales como categoría teórica y las consecuencias que desde una rigurosa técnica jurídica se asocian a estas presunciones, en contraposición con las presunciones judiciales. Definido esto, se profundizará en los elementos que integran la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP y su sintonía con los principios básicos que inspiran el ordenamiento jurídico penal español.

A lo largo de los anteriores capítulos también se hará un estudio de Derecho comparado. El acento se pondrá en la regulación penal alemana, suiza y portuguesa, sin perjuicio de los comentarios hechos con base en la normativa de otros países, p. ej., la italiana, británica, brasileña, colombiana, peruana y mexicana. Aunque mi conocimiento de idiomas distintos al español es bastante elemental, considero indispensable hacer este ejercicio comparativo, pues los ordenamientos jurídicos que mencioné antes, en particular el alemán y el suizo, contemplan las figuras que recientemente se incorporaron en España (p. ej., el comiso ampliado) y en ese tanto, las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto son más maduras. Evidentemente, se trata de un estudio que por la misma razón (mis limitaciones en el manejo de otras lenguas), no será tan profundo como hubiese deseado.

Igualmente, en el desarrollo de cada tema se hará referencia a algunas resoluciones de los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones tienen mayor trascendencia en el país, a saber, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. También se examinarán algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo en lo que al comiso ampliado se refiere.

En el capítulo VI analizaré la regulación costarricense sobre el comiso. Inicialmente, se trabajará la evolución histórica del comiso en los Códigos Penales costarricenses. Luego se estudiará el Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica, mismo que da origen al Código Penal costarricense de 1970 vigente en nuestros días. La referencia al Proyecto de Código penal mencionado será elemental para comprender por qué el comiso fue catalogado como una consecuencia civil del delito.

Asimismo, en este acápite se dará importancia al tema de la naturaleza jurídica del instituto, fundamental, como ya indiqué, para determinar si se satisfacen o no los requerimientos que la Constitución Política de 1949 impone para la materia sancionatoria. Se explorarán los artículos 96, 103 y 110 CP, definiendo igual que se hará para el caso español, los elementos característicos del comiso ahí regulado, así como su fundamento y orientación teleológica. También se abordará la situación del tercero afectado con la medida.

A lo largo de esta apartado existirán abundantes referencias jurisprudenciales. Se mencionarán y trabajarán sentencias dictadas por los órganos de casación penal (Sala Tercera y Tribunales de Casación) y la Sala Constitucional. Aunque en

menor medida, de la misma manera se aludirá a algunas resoluciones emitidas por los recién creados Tribunales de Apelación, encargados de conocer el recurso de apelación contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Juicio. Al igual que con el caso español, se circunscribirá el estudio jurisprudencial a las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales que tienen mayor trascendencia, sea porque sus decisiones tienen carácter vinculante (como sucede con la Sala Constitucional), o porque resuelven en última instancia (este sería el caso de la Sala Tercera, o de los Tribunales de Casación).

En el séptimo capítulo, tras valorar la necesidad de crear un procedimiento independiente para discutir sobre el comiso, formularé una propuesta de *lege ferenda*. En primer término, se hará una propuesta de carácter general, que por tratar los extremos más elementales del comiso y por las semejanzas existentes entre los ordenamientos jurídicos penales de ambos países, se podrá aplicar tanto en España como en Costa Rica. Del mismo modo, se harán varias propuestas específicas para cada país que también se circunscribirán a los aspectos que desde mi óptica, son los de mayor relevancia. En suma, aunque la proposición no será exhaustiva (pues esto solo se conseguirá con una reforma integral que, p. ej., abarque también la normativa procesal penal), sí será de profundidad en los temas que se traten.

La investigación es innovadora, pues se abordará una figura que en el Código Penal español ha experimentado reformas recientes de gran envergadura, en especial la referida al comiso ampliado. En el ámbito costarricense la investigación tiene igual carácter, ya que el estudio de las disposiciones sobre el comiso, sean las contenidas en el Código Penal o en otros cuerpos normativos, no ha sido una prioridad. Incluso en España, si bien hay monografías en torno al comiso de enorme trascendencia (las obras de Manzaneres Samaniego, o de Aguado Correa, por ejemplo), tras la LO 5/2010 de 22 de junio, las obras publicadas al respecto tienen un carácter más general, lo que es comprensible, pues ha pasado poco tiempo desde que entró en vigencia la reforma del art. 127 CP. Finalmente, la elaboración de una propuesta de *lege ferenda* es un elemento más por el cual puedo anticipar que este trabajo es novedoso.

En cuanto a su elaboración, se empleará la siguiente metodología:

Método histórico. Estudio de la evolución histórica que ha tenido la figura del comiso.

Método comparativo (Derecho comparado en torno a la figura del comiso).

Método argumentativo.

En cuanto a la técnica empleada, se acudirá básicamente a la búsqueda y examen de doctrina, normativa y jurisprudencia. En relación con los textos editados por La Ley, he hecho un esfuerzo por consultar su versión impresa y solo cuando esa consulta no ha sido posible (p. ej., porque no hay un ejemplar disponible en las bibliotecas de la Universidad de Salamanca), he acudido a la versión digital, señalando en cada cita el apartado específico de la obra al que hago referencia. Mi pre-

INTRODUCCIÓN

tensión, con esto, es que el lector se pueda ubicar en el texto que se encuentra en internet cuando éste carece de número de páginas. Siempre en relación con los documentos que se encuentran en internet, sean los de la editorial La Ley a los que acabo de aludir, o cualquier otra publicación, en la bibliografía se indica la fecha en la que accedí por última vez a los mismos. La constante actualización de ese dato tiene el propósito de confirmar que los textos siguen disponibles para el lector que desee consultarlos.

Finalmente, quiero agregar que mis estudios doctorales y la presente tesis que los culmina los he podido realizar gracias a una beca concedida por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). Además de a dicha institución, deseo agradecer a quienes de una u otra manera han hecho posible la realización de este trabajo: mi director, Prof. Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós; mi familia, Erick y mis bebés, Sofía y Mariana y mis amigos, los salmantinos y los de mi tierra. A todos, muchas gracias.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Antes de examinar la evolución que ha experimentado el comiso en la legislación penal española, es necesario ofrecer al lector un concepto elemental de esta figura jurídica que sirva como punto de partida en esta investigación.

I. Primera aproximación al concepto de comiso.

En términos generales, la doctrina española lo define como la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva.¹ La pérdida del dominio como efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo, así como el correlativo cambio en la titularidad de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción que tiene lugar *ipso iure*.² En tanto que algunos contemplan tanto la pérdida del título como su traslado directo e inmediato a favor del Estado,³ otros ponen el acento

¹ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada, Editorial Comares, 2004, p. 5. En igual sentido, otros autores sostienen que el comiso “*Consiste en la pérdida de los efectos provenientes del delito o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como de las ganancias obtenidas “cualquiera sea las transformaciones que hubieren podido experimentar” (artículo 127 CP).*” BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Ediciones Experiencia S.L., 2004, p. 546. García-Pablos de Molina lo entiende como el acto mediante el cual se priva al delincuente “*...de los instrumentos, efectos y ganancias derivados del delito...*” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 3ª edición, 2005, p. 147. Para Manzanares Samaniego el comiso consiste “*...en la pérdida de la propiedad de cosas concretas relacionadas con una infracción criminal.*” MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1983, p. 251. En igual sentido, Gascón Inchausti señala: “*El decomiso de bienes –a menudo denominado también comiso o confiscación– consiste en la privación definitiva de un bien o derecho, padecida por su titular, derivada de su vinculación con un hecho antijurídico.*” GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes.” En: *Cuadernos Digitales de Formación. Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Vol. 6, 2010, p. 1; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea.” En: ARMENTA DEU, Teresa; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.). *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*. Madrid, Colex, 2006, p. 210.

² Así lo señala AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Madrid, EDERSA, 2000, pp. 38-39. Para Manzanares Samaniego es redundante acentuar el carácter definitivo de la transmisión que se da con el comiso, pues versa sobre un derecho real de dominio. MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.*, p. 251. Esta opinión como explicaré luego, debe ser examinada, ya que con ocasión del comiso también se pueden perder a favor del Estado derechos diversos al derecho real de propiedad.

³ Por ejemplo, Prats Canut y Morán Mora son dos de los autores que al dar un concepto de comiso, acentúan tanto la pérdida del título dominical como su traslado inmediato a favor del Estado. PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 3ª edición, 2004, p. 646.

en el primero de esos elementos⁴ y entienden el cambio de titularidad como la consecuencia del decomiso.⁵

En este momento es necesario hacer una observación que debe tomarse en cuenta a lo largo de toda esta investigación. El comiso es una figura que aunque está presente en la legislación de muchos países, muestra diversos límites y contenidos. Por ese motivo su concepto, naturaleza jurídica y fundamento dependerá precisamente de las características asumidas por cada ordenamiento jurídico. Además, tratándose de la regulación española, los estudiosos del tema no pueden desconocer los cambios que ha experimentado ésta con el paso de los años, de ahí que también sus criterios hayan variado. P. ej., mientras que algunos autores al definir el comiso mencionaban solo los instrumentos con que se ha ejecutado la infracción,⁶ otros (valorando un texto legal diverso), incluyeron además los bienes con que la misma se ha preparado.⁷

Siempre en esta línea de ideas, nótese que ni el art. 127 CP, ni las restantes normas que regulan el instituto del comiso brindan expresamente un concepto de éste.⁸ Pese a esto, el mencionado art. 127 nos da la información necesaria para construir una definición. En una primera aproximación, el comiso se puede conceptualizar como la pérdida a favor del Estado del derecho que tiene el condenado o un tercero (en ciertas circunstancias), sobre los efectos procedentes de un delito o falta dolosos, o de un delito imprudente cuya pena sea superior a un año de prisión; de los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes de aquel delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.⁹

⁴ Para Muñoz Conde y García Arán el comiso es el acto por el cual se priva al responsable de los efectos provenientes del delito, los bienes utilizados en su comisión y las ganancias obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan sufrido. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 8ª edición revisada y puesta al día, 2010, p. 621.

⁵ Gascón Inchausti considera que es consecuencia del decomiso que el Estado adquiera la titularidad del bien decomisado. GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF, op. cit.*, p. 1.

⁶ Este es el caso de MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8ª edición, p. 621. Desde mi óptica, este libro contiene un error pues hablamos de su octava edición, revisada y puesta al día en 2010, año para la cual el art. 127 CP ya contemplaba el comiso de los instrumentos empleados en la preparación de la infracción.

⁷ V.g., Muñoz Cuesta define el comiso como "...la pérdida de los efectos del delito, los bienes, medios o instrumentos utilizados en la preparación o ejecución del mismo y de las ganancias que se hubieran podido derivar de la comisión del delito o falta..." MUÑOZ CUESTA, Javier. "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2004*. Navarra, Editorial Aranzadi, Vol. Nº 6, Tomo LXX, 2005, p. 293.

⁸ Al respecto, apunta Fernando Gascón: "...además de una regulación general del decomiso de bienes contenida en los arts. 127 y 128 CP-, existen también varios regímenes especiales, tanto en la parte especial del Código Penal como en la legislación penal especial; y... en todas estas sedes el legislador español regula el decomiso de bienes sin ofrecer una definición expresa del mismo, aunque dándola por supuesta." GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid, Editorial Colex, 2007, p. 16.

⁹ "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 transforma-

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Una definición tan elemental es insuficiente si se considera que los términos *efectos*, *instrumentos* y *ganancias* tienen diferentes significados (tanto que en otros países se regula su comiso separadamente);¹⁰ que el art. 127 CP contempla el comiso por valor equivalente y el comiso ampliado (figura que desplaza la carga de la prueba tratándose del comiso del patrimonio de quienes han sido condenados por terrorismo, o por realizar actividades delictivas en el seno de organizaciones o grupos criminales o terroristas), así como el comiso en casos donde no se ha declarado responsabilidad criminal alguna, aunque sí la presencia de una situación patrimonial ilícita (entiéndase, un hecho típico y antijurídico). No obstante, con el propósito de que esta exposición sea clara, de momento se trabajará con un concepto básico, a saber, el comiso como acto por medio del cual el Estado despoja al autor o partícipe de la infracción, o inclusive a un tercero (lo anterior bajo ciertos requisitos), de algunos de los derechos que integran su patrimonio y cuyo objeto tienen una relación estrecha con la infracción.¹¹

ciones 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.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. 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.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.”

Art. 127 CP. Texto dispuesto en la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 152, 23 de junio de 2010, pp. 54836-54837.

¹⁰ Así sucede p. ej., en Alemania o en Suiza. La doctrina alemana considera que esto se debe a la diferente orientación teleológica que tienen ambas figuras: “*En un primer plano se trata de la exacción de ventajitas patrimoniales obtenidas ilícitamente y con ello, también mediatamente, de la prevención del delito (“crime doesn’t pay”); pero junto a ello también la colectividad debe ser protegida frente a objetos peligrosos (por ejemplo, armas, drogas, moneda falsa).*” JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel. Granada, Editorial Comares, S.L., 5° edición renovada y ampliada, 2002, p. 850.

¹¹ De la relación que hay entre el objeto de comiso y la conducta constitutiva de delito o falta se desprende que esa figura jurídica afecta a determinados objetos concretos y no a todo el patrimonio. Según Teresa Aguado Correa, así funciona el comiso en la mayoría de países. AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 16.

II. Desarrollo histórico del comiso en los Códigos Penales españoles (del CP de 1822 a la LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del CP).

El Código Penal de 1822, considerado una mejora en la situación penal española,¹² incluyó en el catálogo de penas pecuniarias la pérdida de los efectos e instrumentos con los que se cometió el delito. Señala el artículo 90: “*Las armas, instrumentos ó utensilios con que se haya cometido el delito, y los efectos en que éste consista, ó que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos ó inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos, a no ser que pertenezcan á un tercero, á quien se hubieren robado ó sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirán íntegra y puntualmente.*”¹³ De esta norma se extrae que el comiso era considerado una pena aplicable únicamente en relación con los delitos (y no con respecto a otras conductas contrarias al ordenamiento jurídico, como las faltas). También se preveía la situación del tercero titular, impidiéndose el comiso de los bienes solamente cuando le hubiesen sido robados o sustraídos sin su culpa. Del mismo modo, se reguló el destino que debía darse a los objetos decomisados (destruirlos, inutilizarlos o aprovecharlos económicamente, en cuyo caso el importe obtenido se aplicaría como multa¹⁴).

Tratándose del Código Penal de 1848,¹⁵ el artículo 24 contemplaba como pena accesoria (es decir, que siempre se impone unida a la principal¹⁶), la “*pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito*”.¹⁷ Sobre esta sanción la ley agregaba: “*Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de*

¹² A diferencia de lo que sucedía con las normas penales vigentes a inicios de siglo en España, según Joaquín Francisco Pacheco éste es un código científico, en donde “*La ciencia del derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones...*”. Considera que a pesar de su dureza, “*...mejoraba inmensamente la situación penal de la nación.*” PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 6º edición corregida y aumentada, Tomo I, 1888, p. 53.

¹³ Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Madrid, Imprenta Nacional, 1822, p. 18.

¹⁴ Sobre este extremo concreto, Cerezo Domínguez sostiene que la norma en estudio contemplaba el comiso impropio, al permitir el cobro de una cantidad de dinero equivalente al valor de los objetos para los supuestos en que éstos ya no se encontrasen a disposición del sujeto. CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., p. 17. No comparto esta opinión, pues la norma no prevé el cobro de una cantidad de dinero equivalente al valor de los bienes, sino la aplicación como multa del importe que se obtenga de ellos, cuando se considere inconveniente inutilizarlos o destruirlos.

¹⁵ Tras su entrada en vigencia, el Código Penal de 1848 sufrió numerosos cambios, entre los que destaca la reforma operada en 1850 (a través del decreto de 7 de junio de 1850). Así, VICENTE Y CARAVANTES, José. *Código Penal Reformado; comentado novísimamente*. Madrid, Librerías de Don Ángel Calleja, editor, 1851, p. V. Según Juan Antonio Hidalgo García, el 30 de junio de 1850 se publicó otra edición del Código de 1848, que intercala y refunde las modificaciones que por decreto le habían sido introducidas desde que empezó a regir el 19 de marzo de 1848. HIDALGO GARCÍA, Juan Antonio. *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, Tomo II, 1908, p. 1066.

¹⁶ IÑESTA PASTOR, Emilia. *El Código Penal Español de 1848*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 561.

¹⁷ PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, op. cit., p. 309; VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente*, op. cit., p. 141.

él provengan y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán de-comisados, á no ser que pertenezcan á un tercero no responsable del delito.”¹⁸

Al usar la palabra delito, el artículo no abarcaba las conductas constitutivas de faltas. No obstante, la pena de comiso se les podía aplicar, toda vez que el legislador así lo contempló en las disposiciones comunes a las faltas,¹⁹ lo que constituyó una novedad en relación con la normativa de 1822.

El artículo en examen guardó silencio sobre el destino que se le debía dar a los bienes; suprimió la multa a la que aludía el texto legal anterior y proscribió el comiso cuando el propietario del bien fuese un tercero no responsable del delito, salvaguardando sus derechos.²⁰ Además de esto y aunque sin usar expresamente la palabra *ganancias*, contempló su comiso, en concreto, tratándose de las dádivas obtenidas en el delito de cohecho.²¹ Esto también fue novedoso, pues aunque el Código de 1822 señalaba que lo entregado en soborno o regalo no sería devuelto al sobornador, disponía que su importe se debía aplicar como multa.²²

En el Código Penal de 1870²³ el tema se abordó de la misma forma, al catalogar “*la pérdida ó comiso de los instrumentos ó efectos del delito*” como pena acceso-

¹⁸ Artículo 59. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, ibídem*, p. 174.

¹⁹ En los arts. 502 y 503 (antiguos 490 y 491), se indicaba:

“Artículo 502. Caerán siempre en comiso:

1º Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño ó inferir una injuria, si las hubiere mostrado.

2º Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados ó pervertidos siendo nocivos.

3º Los efectos falsificados, adulterados ó averiados que se expendieren como legítimos o buenos.

4º Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad ó calidad.

5º Las medidas ó pesos falsos.

6º Los enseres que sirvan para juegos ó rifas.

7º Los efectos que se empleen para adivinaciones ú otros engaños semejantes.

Artículo 503. El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresados en el artículo anterior, lo decretarán los tribunales á su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias...”

PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado, op. cit.*, p. 467, 468. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, op. cit.*, pp. 474-475; Llama la atención la falta de sintonía entre ambas normas, pues en tanto el art. 502 señala que los bienes allí descritos caerán *siempre* en comiso, el art. 503 deja en manos de los tribunales esa decisión.

²⁰ Vicente y Caravantes, al comentar la última parte de la norma señaló: “*Este párrafo tiene por objeto evitar que se menoscabe la propiedad particular bajo el pretexto de un delito; de suerte, que si la escopeta o la espada con que se cometió un crimen, pertenecían a una persona que no tuvo parte ninguna en él, no caerán en comiso estas armas, sino que deben ser devueltas a su dueño.*” VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, ibídem*, pp. 174-175.

²¹ Artículo 317 (antiguo 308), en relación con los arts. 314 a 316 (antiguos 305 a 307). VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, ibídem*, pp. 369-370.

²² “Art. 89... Lo dado en soborno ó regalo no se restituirá nunca al sobornador, sino que se aplicará también su importe como multa. Si lo prometido en soborno no consistiere en cantidad ú otra dádiva determinada, sino en ofrecimiento de alguna colocación ó en otras esperanzas de mejor fortuna, graduarán los jueces de hecho prudencialmente la utilidad ó rendimiento que en tres años produciría lo prometido, si se hubiera realizado; y el importe de lo que gradúen como suma de estos tres años será el que deba triplicarse como multa.” Código Penal de 1822, p. 18.

²³ Según Hidalgo García, “*Por ley de 18 de junio de 1870 se autorizó al Ministro de Gracia y Justicia para que el proyecto de reforma presentado por el Gobierno a las Cortes Constituyentes fuese planteado como ley provisional, y así se mandó observar por decreto de 30 de Agosto del propio año, viendo á ser este Código como una tercera edición del publicado en 1848.*” HIDALGO GARCÍA, *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, p. 1066. En igual sentido, señala Suárez-

ria.²⁴ Para la doctrina²⁵ este Código se caracterizó por regular el destino de los bienes en términos similares a los contenidos en la normativa actual: “*Toda pena que se impusiere por un delito, llevará consigo la pérdida de los efectos de que él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren á un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado o se inutilizarán si son ilícitos.*”²⁶

En esta regulación también se contempló expresamente el comiso del dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego o rifa (que en aquel entonces era delito);²⁷ la aplicación de esta pena accesoria tratándose de las faltas²⁸ y el comiso de las dádivas o presentes en materia de cohecho.²⁹

El Código Penal de 1928 introdujo un cambio notable, pues tras suprimir como regla general las penas accesorias, ubicó el comiso “*de los instrumentos o efectos del delito o falta*” entre las medidas de seguridad, que pueden acordarse “*como*

Mira Rodríguez y otros: “*El Código de 1850 a nadie satisfizo y la tesis política lo hacía insostenible... El 30 de mayo de 1870, el Ministro de Justicia y Gracia -Montero Ríos- lee en las Cortes por sorpresa un Proyecto que es discutido y aprobado en dos sesiones (15 y 17 de junio de 1870), y que se publica el 30 de agosto. Su técnica es tributaria del texto de 1848 cuya estructura conserva, significando un importante progreso en lo político... Fue desproporcionadamente criticado en su época... y, superando el carácter de “provisional” con que se promulgó, estuvo vigente 58 años.*” SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., Tomo I, 5º edición, 2008, pp. 88-89.

²⁴ GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, Manuel. *Código Penal de 1870. Copiosamente anotado con los extractos de las más interesantes y recientes sentencias del Tribunal Supremo: corregido según las posteriores disposiciones publicadas hasta el día, que modifican sus preceptos y ampliado con varias leyes y disposiciones complementarias*. Madrid, Fernando Fé Editor, 1902, art. 26, p. 69.

²⁵ AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 24. En igual sentido, Cerezo Domínguez apunta que el destino de lo decomisado se prevé en términos parecidos a los actuales, al distinguir entre bienes de lícito e ilícito comercio. CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., p. 18.

²⁶ GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, *Código Penal de 1870*, op. cit., art. 63, pp. 80-81.

²⁷ GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, *Código Penal de 1870*, *ibídem*, art. 360, p. 237.

²⁸ El comiso en materia de faltas se siguió regulando en una norma aparte, específicamente, en el artículo 622, que señalaba:

“Caerán siempre en comiso:

1º Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño ó inferir una injuria, si las hubiere mostrado.

2º Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados ó pervertidos, siendo nocivos.

3º Las monedas ó efectos falsificados, adulterados ó averiados que se expendieren como legítimos ó buenos.

4º Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad ó calidad.

5º Las medidas ó pesos falsos.

6º Los enseres que sirvan para juegos ó rifas.

7º Los efectos que se empleen para adivinaciones ú otros engaños semejantes.”

El art. 623, por su parte, indicaba: “El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresadas en el artículo anterior, lo decretarán los tribunales á su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias.”

GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, *Código Penal de 1870*, *ibídem*, artículos 622-623, pp. 385-386.

²⁹ Véase GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, *Código Penal de 1870*, *ibídem*, art. 404 en relación con los numerales 396 a 403, pp. 255-259.

consecuencia de los delitos o faltas, o como complementos de pena” (art. 90, apartado 9º).³⁰

Al igual que su antecesor, este Código reguló el destino de los bienes decomisados en términos similares a los actuales, al indicar en su art. 136: “Los objetos decomisados se venderán, si son de lícito comercio, aplicando el producto a cubrir las responsabilidades civiles del reo, o se inutilizarán si fueren ilícitos, salvo que los reclame un Museo oficial, y no hubiese inconveniente legal para entregárselos”.³¹ Asimismo, previó en su art. 134 el comiso de los bienes de uso prohibido o comercio ilícito, “incluso en los casos en los que no se declare la existencia del delito o falta, o cuando no pertenezcan al acusado.” Como se aprecia, la diferencia entre bienes de lícito e ilícito comercio era medular para determinar su destino, e inclusive la imposición del comiso, pues si los bienes pertenecían a la segunda categoría (ilícitos), la medida procedía con independencia de quien fuese su propietario, o de la existencia de alguna conducta criminal. Entiendo que éste podría considerarse un antecedente de lo que hoy se prevé en el art. 127.4 CP (comiso en casos donde no se ha dado la imposición de una pena³²), aunque con una notoria divergencia, pues en tanto que el art. 134 mencionado se interesaba más por la naturaleza peligrosa del bien³³ (así, p. ej., hablaba de bienes de uso prohibido), el actual art. 127.4 se vincula con las ganancias, ya que exige como presupuesto del comiso la configuración de una situación patrimonial ilícita.

En este numeral se incluyó el comiso de las ganancias, en concreto, las dádivas o presentes entregados en los delitos de cohecho.³⁴ Finalmente el Código señaló que para los delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, “sólo se considerarán como instrumentos o efectos del delito los ejemplares del escrito o stampa publicado, y el molde que no pueda ser inmediatamente descompuesto para aplicar sus piezas a otros fines lícitos.”³⁵

³⁰ Biblioteca Oficial Legislativa. Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928. Madrid, Editorial Reus S.A., Vol. XC, 1928, p. 34.

³¹ Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928, p. 47.

³² El art. 127.4. CP indica:

“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.”

³³ Aunque la norma se refiere a bienes de uso prohibido o de comercio ilícito, es claro que su propósito era evitar el empleo de bienes intrínsecamente peligrosos para cometer nuevas infracciones. El error que cometió el legislador (y sigue cometiendo), es confundir la peligrosidad de un bien con su licitud comercial, o con la existencia de requisitos de orden administrativo para su uso.

³⁴ “El comiso de los efectos aprehendidos con ocasión de una infracción se acordará respecto de los que sean de uso prohibido o comercio ilícito, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o falta perseguidos o no pertenezcan al acusado. También se decretará el comiso de las bebidas o comestibles falsificados, adulterados, averiados o faltos de peso; las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieran; o estuvieren destinados a expendirse como legítimos o buenos; las dádivas o presentes entregados en los delitos de cohecho; las medidas o pesos falsos; los enseres que sirven para juegos o rifas y los efectos que se empleen para adivinaciones o engaños semejantes.”

Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928, p. 47.

³⁵ Artículo 135, Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928, p. 47.

El de 1928 fue el único Código Penal que contempló el comiso como medida de seguridad. Además de este texto normativo, solamente la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 asumió dicha posición.³⁶

El Código Penal de 1932 supuso el regreso del comiso a las penas accesorias,³⁷ al señalar que: “*Toda pena que se impusiere por un delito, llevará consigo la pérdida de los efectos de que él proviniesen y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado o se inutilizarán si son ilícitos.*”³⁸

En este Código se incluyó el comiso de los efectos e instrumentos que provienen de las faltas;³⁹ el de las dádivas o presentes en el delito de cohecho⁴⁰ y el del dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego o rifa, en los delitos de juegos y rifas.⁴¹ Nótese que si bien en estos textos normativos no se empleó el término *ganancias*, se contempló su comiso en lo relacionado con el cohecho.

³⁶ Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, Título I, Capítulo II, art. 5 apartado 16: “Son medidas de seguridad y rehabilitación social: Incautación en favor del Estado, del dinero, efectos e instrumentos que procedan.” BOE N° 187, 6 de agosto de 1970, p. 12553. Según algunos autores esta ley, que vino a sustituir la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, tomó como punto de partida para aplicar las medidas de seguridad un presupuesto no penal, a saber, la peligrosidad social, que es mucho más amplio que la peligrosidad criminal. Se trata de un texto que al igual que la Ley de Vagos y Maleantes vulneró los límites que el Estado Derecho impone al Derecho Penal en ese ámbito. Así: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; *et ál.*, *Curso de DPPG, op. cit.*, p. 149.

³⁷ Bajo la denominación Penas accesorias, se incluye la “Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito.” Biblioteca Oficial Legislativa. Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932. Madrid, Editorial Reus S.A., Vol. XC, 1932, p. 47.

³⁸ Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932, artículo 48, p. 51.

³⁹ “Artículo 597. Caerán siempre en comiso:

1° Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño o inferir una injuria, si las hubiere mostrado.

2° Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.

3° Las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.

4° Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad o calidad.

5° Las medidas o pesos falsos.

6° Los enseres que sirvan para juegos o rifas.

7° Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes.

Artículo 598. El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresadas en el artículo anterior, lo decretarán los tribunales a su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias.”

Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932, arts. 597 y 598, pp. 184-185.

⁴⁰ Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932, art. 398 en relación con los arts. 390 a 397, pp. 130-131.

⁴¹ Código Penal reformado con arreglo en las bases establecidas en la Ley de 8 de setiembre de 1932. Gaceta de Madrid, N° 310, 5 de noviembre de 1932, art. 355, p. 843.

El Código Penal de 1944 como la mayoría de sus predecesores, consideró el comiso una pena accesoria (art. 48),⁴² aplicable también a las faltas (art. 602).⁴³ El comiso de las dádivas y presentes también se contempló en relación con el cohecho,⁴⁴ el del dinero o efectos, instrumentos y útiles destinados al juego ilícito,⁴⁵ el comiso facultativo de la imprenta en algunos delitos cometidos por medio de ella y finalmente el comiso imperativo de la imprenta cuando fuese clandestina.⁴⁶ Estas reglas se mantienen incólumes en el texto revisado de 1963 (aprobado por Decreto 691/1963, de 28 de marzo y modificado parcialmente por la Ley 3/1967 de 8 de abril); así como en el texto refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre (aprobado por Decreto 3096/1973 de 14 de setiembre). En ambos, la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito sigue figurando entre las penas accesorias;⁴⁷ se proscribe el comiso cuando los bienes pertenecen a un tercero no responsable del delito y se determina el destino de los bienes basándose en su licitud comercial.⁴⁸

⁴² “Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, y si no lo fueren, se les dará el destino que dispongan los Reglamentos o, en su defecto, se inutilizarán.”

Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE, N° 13, 13 de enero de 1945, p. 433.

⁴³ “Caerán siempre en comiso:

1° Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño o inferir una injuria, las hubiere mostrado o no.

2° Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados o pervertidos.

3° Las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.

4° Los comestibles con que se defraudare al público en cantidad o en calidad.

5° Las medidas o pesos falsos.

6° Los enseres que sirvan para juegos prohibidos.

7° Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes.”

Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, p. 472.

⁴⁴ Art. 393, Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, p. 456.

⁴⁵ Art. 350: “El dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego caerán en comiso, cualquiera que sea el lugar en que se hallen.”

Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, p. 454.

⁴⁶ Art. 213: “En los delitos cometidos por medio de la imprenta, comprendidos en los Capítulos anteriores de este Título y en el Título primero de este Libro, el Tribunal podrá decretar el comiso de la imprenta cuando lo estime procedente y lo decretará siempre cuando fuere clandestina.”

Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, p. 445.

⁴⁷ Código Penal, Texto revisado de 1963, modificado por Ley 3/1967, de 8 de abril. Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Boletín Oficial del Estado, 1970, art. 27, p. 87; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de setiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Madrid, Editorial García Enciso, 1974, art. 27, p. 18.

⁴⁸ El art. 48 de ambos textos legales señala: “Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su produc-

Asimismo se prevé la imposición de esta pena para las faltas⁴⁹ y se contempla el comiso de las ganancias en lo relacionado con el cohecho.⁵⁰ Es importante destacar que la norma usa la palabra *delitos*, sin distinguir entre dolosos e imprudentes, con lo cual habría que concluir que el comiso también debía imponerse en relación con estos últimos.⁵¹ Finalmente, en ambos textos se contempló el comiso de los bienes destinados al juego,⁵² como el de la imprenta, esto en los delitos cometidos por medio de ella que están previstos en el título I del libro II, llamado el primero *Delitos contra la seguridad exterior del Estado*, así como en algunos tipos penales previstos en el Título II y cuyo nombre es *Delitos contra la seguridad interior del Estado* (a saber, los cometidos contra el jefe del Estado, altos organismos de la Nación, forma de gobierno y leyes fundamentales -capítulo I-, así como los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes -capítulo II-).⁵³ Con esta norma se amplió el ámbito de aplicación del comiso, pues según la LECrim “No se considerarán como instrumentos o efectos del delito más que los ejemplares impresos del escrito o estampa y el molde de ésta.”⁵⁴

En el año 1983, mediante la LO 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, se produce una modificación en la materia. El comiso, que sigue regulándose en el artículo 27, es sometido expresamente al principio de proporcionalidad, lo anterior al incorporarse en el artículo 48 un segundo párrafo que

to a cubrir las responsabilidades del penado, y si no lo fueren, se les dará el destino que dispongan los Reglamentos, o en su defecto, se inutilizarán.”

Código Penal, Texto revisado de 1963, p. 94; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 22.

⁴⁹ En ambos cuerpos legales, el Título V, denominado “De las disposiciones comunes a las faltas”, indica en su art. 602:

“Caerán siempre en comiso:

1º Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño o inferir una injuria, las hubiere mostrado o no.

2º Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados o pervertidos.

3º Las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.

4º Los comestibles con que se defraudare al público en cantidad o en calidad.

5º Las medidas o pesos falsos.

6º El dinero, efectos, instrumentos y útiles que sirvan para juegos prohibidos.

7º Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes.”

Véase Código Penal. Texto revisado de 1963, pp. 363 y 364; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 177.

⁵⁰ En ambos textos legales el art. 393, contenido en el Capítulo IX, denominado “Del cohecho”, prevé el decomiso de “las dádivas o presentes”. Código Penal. Texto revisado de 1963, p. 246; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 112.

⁵¹ Fue con el CP de 1995 que se eliminó el comiso en delitos imprudentes. En igual sentido, MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8º edición, pp. 621-622.

⁵² “Artículo 350. El dinero, los efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego caerán en comiso, cualquiera que sea el lugar en que se hallen.” Código Penal. Texto revisado de 1963, p. 231; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 103.

⁵³ “Artículo 213. En los delitos cometidos por medio de la imprenta, comprendidos en los capítulos anteriores de este título y en el título primero de este Libro, el Tribunal podrá decretar el comiso de la imprenta cuando lo estime procedente, y lo decretará siempre cuando fuere clandestina.” Código Penal. Texto revisado de 1963, p. 164; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 67.

⁵⁴ Artículo 822, Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, N° 280, 7 de octubre de 1882, p. 55.

rezaba: “Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente.”⁵⁵ Se trata de una limitación importante al comiso, pues permite al órgano juzgador prescindir total o parcialmente de esta pena, cuando los bienes son de lícito comercio y su valor sea desproporcionado con la naturaleza o gravedad del hecho delictivo.⁵⁶ Hay autores que consideran que si bien en la Exposición de Motivos de la LO 8/1983 no se dedicó una sola línea al tema, es posible pensar que la reforma estuvo influenciada por la exigencia de la doctrina de acomodar el castigo a la medida del reproche que se debe hacer al responsable de la infracción, todo con el propósito de respetar los principios de culpabilidad y proporcionalidad.⁵⁷

En el año 1989, mediante la LO 3/1989, de 21 de junio, el art. 48 incorporó el término *faltas*, con lo cual el comiso por él regulado pasó a aplicarse a éstas, acabándose así con la regulación especial que existía en el art. 602.⁵⁸ En esta misma oportunidad y en relación con los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial, el vehículo a motor se pasó a considerar un instrumento en los términos previstos por el ya mencionado artículo 48,⁵⁹ convirtiéndose de forma expresa en un objeto

⁵⁵ LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. BOE N° 152, 27 de junio de 1983, p. 17912.

⁵⁶ En igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 4° edición, aumentada, corregida y puesta al día, 1994, p. 563.

⁵⁷ Para Prats Canut y Morán Mora, además del artículo 5 de la LO 7/1982, de Contrabando (y en el cual se preveía una excepción al deber de decretar el comiso de los medios de transporte cuando fuese desproporcionado en atención al valor del medio de transporte y el importe de los géneros objeto de contrabando), el reclamo doctrinal para que el castigo fuese acorde a la culpabilidad, influyeron en la inclusión por parte del legislador del segundo párrafo del artículo 48, “...permitiendo que el órgano jurisdiccional prescinda total o parcialmente del comiso el valor de los objetos no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción.” PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3° edición, 2004, p. 658.

⁵⁸ “El artículo 48 del Código Penal queda redactado como sigue: Toda pena que se impusiere por un delito o falta llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provinieren y de los instrumentos con que se hubieren ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, y, si no lo fueren, se les dará el destino que dispongan los reglamentos, o, en su defecto, se inutilizarán.

Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el juez o tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente.”

LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE N° 148, 22 de junio de 1989, p. 19356. De hecho, en esta misma ley se da al art. 602 un contenido completamente diverso.

⁵⁹ “La Sección Primera, del Capítulo II, del Título V, del Libro II del Código Penal, con la rúbrica “Delitos contra la seguridad del tráfico” queda redactada como sigue:

“Artículo 340 bis a).

Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años:

1. El que condujera un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

2. El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

...

susceptible de comiso. La LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia, trató de nuevo este tópico y mantuvo la consideración antes hecha.⁶⁰

Finalmente, en el año 1988, mediante LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, se añadió un art. 344 bis con diversos apartados, de interés en este momento el identificado con la letra e), que contemplaba una figura específica de comiso aplicable a los delitos relacionados con el tráfico de drogas y que abarcaba no solo los efectos e instrumentos, sino también las ganancias.⁶¹ Aunque ésta es la primera vez en la que el legislador con-

Artículo 340 bis d).

Será castigado con las penas de prisión menor, multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de dos a diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el número 2 del artículo 340 bis a).

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.

El vehículo de motor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 48 de este Código.”

LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, p. 19354.

⁶⁰ “El artículo 340 bis a) del Código Penal quedará redactado de la siguiente forma:

Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso o la licencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años:

1º El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

2º El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

...

El artículo 340 bis d) del Código Penal quedará redactado de la siguiente forma:

Será castigado con las penas de prisión menor, multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación del permiso o la licencia de conducción por tiempo de dos a diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el número 2º del artículo 340 bis a).

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.

El vehículo de motor o el ciclomotor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 48 de este Código.”

LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia. BOE N° 307, 24 de diciembre de 1994, pp. 38668 a 38669.

⁶¹ “Artículo 344 bis e) A no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.”

LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE N° 74, 26 de marzo de 1988, p. 9499. Según la doctrina, la aprehensión de las ganancias, junto con

templó de manera expresa el comiso de las ganancias,⁶² a riesgo de ser reiterativa debo repetir que antes lo había previsto, en concreto, al disponer el comiso de las dádivas o presentes en casos de cohecho.

El texto en cuestión sufrió reformas mediante la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas⁶³ y dentro de las cuales destaca la incorporación del comiso de las sustancias contempladas en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), sustancias que no son fácilmente catalogables como instrumentos, efectos o ganancias del delito, así como la imposición del comiso sobre bienes de terceros que no han sido condenados con una pena principal, o no han sido escuchados en el proceso⁶⁴ (lo

una multa elevada y la penalización del blanqueo fue la estrategia que siguió el legislador para reprimir las ventajas económicas de la delincuencia asociada con las drogas. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3º edición, 2004, p. 646.

⁶² En igual sentido, Manzanares Samaniego señala que con el artículo 344 bis e) del Código Penal, redactado conforme a la LO 1/1988 de 24 de marzo, "Por primera vez se previó expresamente el comiso de las "ganancias" como algo distinto de los bienes "provenientes" del delito." MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 24, semana del 9 al 15 de junio de 1997, p. 522. Vid. también REY HUIDOBRO, Luis Fernando. "Consideraciones sobre la nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas." En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, La Ley, Tomo 4, Doctrina, 1988, p. 940.

⁶³ "El artículo 344 bis e), tendrá la siguiente redacción:

1. A no ser que pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el artículo 344 bis g), los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar, asimismo, que mientras subsista el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado."

LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. BOE N° 308, 24 de diciembre de 1992, pp. 43861 a 43863.

⁶⁴ Al respecto, señala MANZANARES SAMANIEGO: "Años después, con la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, la preocupación por el tráfico de drogas hizo que en ese ámbito el legislador se distancie del concepto penal del comiso, que se mantuvo sin cambios en el artículo 48. Ahora el comiso de los instrumentos, los productos y las ganancias en relación con los artículos 344 a 344 bis b)- amén del de las sustancias del nuevo artículo 344 bis g), creado en esa misma ley- es preceptivo "a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito". Así, con tres palabras -"de buena fe"- se exige la imposición de la pena accesoria de comiso sobre cosas de terceros, es decir, personas que ni son condenadas con pena alguna principal, ni probablemente fueron oídas siquiera en la causa. Eso sí, se excluye el supuesto de que se acredite la "buena fe", pero invirtiendo la prueba, en perjuicio de quien puede ignorar la propia existencia de una petición del Fiscal en ese sentido. El legislador parece olvidar los artículos 24 y 33 de la Constitución Española. En aplicación de aquel precepto podría decomisarse incluso el automóvil robado y utilizado seguidamente por el ladrón para cometer otro delito en diferente ciudad. Toda reclamación ulterior del anterior dueño del vehículo tropezará, para empezar, con que su coche ya es propiedad del Estado..." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP*, op. cit., p. 522.

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

que es cuestionable si se considera que el comiso para aquel entonces, era una pena y por ende, estaba sujeto al principio de personalidad de éstas). Los cambios antes descritos hacen más visible el propósito que guiaba al legislador: decomisar *todos* los bienes que están relacionados con los delitos de narcotráfico.

CAPÍTULO II. POLÍTICA CRIMINAL SUPRANACIONAL SOBRE EL COMISO DE LOS ACTIVOS CRIMINALES

El incremento de los grupos organizados dedicados a la comisión de delitos y la internacionalización de sus actividades, constituye un fenómeno criminológico que por sus implicaciones se ha convertido en el centro de atención de la política criminal. A nivel supranacional existe un particular interés por llegar a acuerdos en tópicos elementales, de manera que la cooperación judicial entre los Estados para la persecución de esos grupos sea más ágil y eficaz. Uno de esos temas es el comiso, pues la captación del patrimonio ilícito es el punto de partida para acabar con la delincuencia, en particular aquella que cuenta con una estructura y vocación de permanencia y cuyo objetivo primario es la obtención de beneficios económicos.¹

El diseño de una política criminal centrada en la recuperación de los bienes relacionados con la comisión de infracciones penales está influenciada por el modelo norteamericano, en el cual el comiso deja de ser solo un medio (p. ej., para conservar pruebas) y se convierte en una sanción independiente.² Tal influencia no es directa, pues se produce a través de la inclusión de ciertas previsiones de ese mode-

¹ “Las tendencias que dominan en la actualidad en lo que se refiere a la lucha contra ciertos tipos de criminalidad, como el tráfico de drogas, la criminalidad organizada, el fraude y la corrupción, justifican no sólo un número importante de numerosos medios, sino también de nuevas sanciones. Uno de los medios más contundentes es el arsenal creciente de posibilidades procesales (penales) en el ámbito de la investigación centrada en el botín, el embargo y la confiscación del patrimonio criminal. La época en que la confiscación jugaba un papel importante sólo en la legislación aduanera ha sufrido una revolución... El acento se desplaza de la confiscación de objetos con el fin de conservar las pruebas, hacia las sanciones de confiscación dirigidas a obtener la propiedad de los bienes.” VERVAELE, John. “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos”. Traducción de BLANCO CORDERO, Isidoro. En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 14, semana del 5 al 11 de abril de 1999, p. 292. Sobre el tema, apunta Choclán Montalvo: “...la política criminal se dirige a fomentar instrumentos que permitan alcanzar el patrimonio criminal, fundamentalmente en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada, y particularmente en los casos de tráfico de drogas, fraude y corrupción, que contemporáneamente son expresión de manera frecuente del crimen organizado. Por tanto, puede decirse que la actual política criminal se orienta hacia la investigación, embargo y confiscación del patrimonio criminal. Ello constituye preocupación fundamental en la política legislativa de la Unión Europea, y en el contexto internacional.” CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000, p. 332. En igual sentido, véase BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002, pp.79-80 y VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. “El comiso ampliado. Consideraciones constitucionales.” En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (Dir.); CUERDA ARNAU, María Luisa (Coord.). *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009, p. 1990.

² Así lo indica VERVAELE, “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos”. En: *AP, op. cit.*, p. 292. Según este autor, en el modelo norteamericano se puede hacer un paralelismo entre la confiscación y otras formas de sanción, tales como las multas administrativas (*civil penalties*), que son impuestas por un juez civil, o en Europa y cada vez más en Estados Unidos, por la propia administración. No obstante, como señala Gascón Inchausti, el decomiso de bienes que no tienen relación directa con la infracción (entiéndase, el comiso por valor equivalente, el decomiso en caso de transformación y mezcla y el decomiso de bienes en poder de terceros), es original de ordenamientos como el alemán o el suizo. Posteriormente, al ser incorporado a textos supranacionales, se terminó por extender a los ordenamientos de los demás Estados. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 65.

lo en las normas supranacionales, que luego los Estados acogen en sus ordenamientos. Así sucede v.g., con la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) y el Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 1990).

A continuación examinaré los instrumentos supranacionales que abordan el tema del comiso. El estudio se centrará en los elementos materiales o sustantivos de la institución, pues son estos y no los procedimentales los de interés para la presente investigación. Finalmente, analizaré la trasposición que el legislador español ha hecho de esos textos al ordenamiento jurídico nacional.

I. Normativa de las Naciones Unidas.

Las Convenciones de Naciones Unidas son instrumentos de carácter general que en lo que al decomiso respecta, contienen normas pragmáticas vinculadas con la identificación de los bienes que constituyen el patrimonio criminal, su ubicación e inmovilización a través de medidas cautelares, la decisión de decomisarlos y claro está, su restitución. Para comprender estos instrumentos, también hay que tener presente que los bienes a decomisar pueden estar fuera de la frontera del Estado donde se tramita en proceso penal. Por eso se da un papel prioritario a la figura del decomiso transfronterizo, a la cooperación y a la asistencia recíproca en esas áreas.

A. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988).

Esta Convención puso de relieve la necesidad de disponer el comiso de las ganancias relacionadas con el tráfico de drogas, sobre todo aquel tráfico que se desarrolla a escala internacional, pues al ser enorme la cantidad de personas que consumen esa clase de sustancias, dicho delito se ha convertido en uno de los más rentables en los que participa el crimen organizado.³

El art. 1 apartado f) de la Convención define el decomiso como “... la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal u otra autoridad

³ En ese sentido, véase HUBER, Bárbara. “El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas.” En: *Actualidad Penal. Publicación técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, Actualidad Editorial S.A., 1990, p. 167.

competente”,⁴ redacción que se puede adelantar, es idéntica a la que emplea el art. 2 apartado g) de la Convención de NU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2008), y el art. 2 apartado g) de la Convención de NU contra la Corrupción (Mérida, 2003). Ninguna de las tres Convenciones indica si el comiso es una medida o una sanción, como sí sucede con otros instrumentos. Esto es comprensible ya que las normas de NU tienen carácter general y se deben aplicar en muchos Estados, cuyos ordenamientos jurídicos, no siempre concuerdan en cuanto a la naturaleza jurídica del instituto.

Aunque las tres Convenciones prevén que autoridades estatales diversas a las jurisdiccionales ordenen el comiso (nótese que se usa la expresión *tribunal u otra autoridad competente*), lo cierto es que a lo largo de sus textos se hace referencia a una serie de infracciones constitutivas de delito, con lo que se da un papel preponderante a las autoridades jurisdiccionales y en particular a las que actúan en el ámbito penal.

Esta Convención en su art. 1 apartado o), brinda un concepto de producto: “...los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”. Es una definición bastante amplia, que abarca tanto los bienes que son directamente producidos, manipulados o transformados desde la propia conducta criminal, como todos los beneficios que se obtienen o derivan de ésta, de manera directa o indirecta (p. ej., las ganancias obtenidas con la explotación de las ganancias directamente vinculadas con la infracción). Asimismo, en su inciso p) da contenido al vocablo bienes, indicando que son “... los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.” Se trata de conceptos idénticos a los contenidos en las Convenciones de Palermo (art. 2, apartados d -sobre los bienes- y e -sobre los productos-) y Mérida (art. 2, apartados d y e, en el mismo orden que la Convención de Palermo).

El comiso entonces, se define como la privación definitiva de un bien, concepto éste que a su vez abarca cualquier activo (v.g., puede ser corporal o incorporeal, tangible o intangible), sobre el cual pesa un derecho de propiedad u otro derecho. Al hablar de *privación definitiva* se alude a un cambio de titular de un determinado derecho que pesa sobre el bien que ha sido catalogado como producto de la infracción. Se trata en síntesis, de un cambio en la relación jurídica que se entabla con respecto a dicho bien y en el cual, el titular pasa a ser el Estado, en perjuicio de su titular anterior.

El art. 5 de la Convención enuncia los bienes sobre los cuales debe recaer el decomiso. En concreto, se prevé la obligación de los Estados de adoptar las medidas para que se autorice en relación con el producto de determinadas infracciones (apartado 1.a); los instrumentos empleados en su comisión o destinados para ello y

⁴ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 270, 10 de noviembre de 1990, páginas 33062 a 33074.

los estupefacientes y sustancias psicotrópicas (apartado 1.b). Recordemos que la Convención no se interesa por el comiso en general, si no por el comiso de bienes relacionados con el tráfico de drogas y algunas conductas asociadas a éste (y que van p. ej., desde el cultivo de plantas de cannabis o el blanqueo de capitales procedentes de esa clase de actividades, hasta la instigación para cometer esos delitos).⁵

Aunque no será objeto de estudio, cabe mencionar que la Convención prevé un régimen de naturaleza cautelar (en concreto, en el apartado 2 del mismo artículo, donde se hace alusión v.g., a la necesidad de que los Estados adopten las medidas necesarias para permitir la identificación, la detección y el embargo preventivo, o la incautación de los bienes que eventualmente serán sometidos a decomiso); así como todo un régimen procesal con miras a que la cooperación entre los Estados en esta materia sea efectiva.

Este instrumento también prevé el comiso de bienes cuyo valor sea equivalente al producto de los delitos que contempla (art. 5.1.a),⁶ no así el de bienes con valor equivalente al de los instrumentos. De igual forma, contempla el comiso de los bienes en los que el producto se haya convertido o transformado (art. 5.6.a).⁷

La Convención regula el comiso del producto que se ha mezclado con otros bienes adquiridos por medios lícitos (art. 5.6.b). Según la norma se podrán decomisar hasta su valor estimado.⁸ Todas las medidas citadas también se aplicarán a cualquier ingreso o beneficio derivado del producto; de los bienes en los que el producto haya sido transformado o convertido y de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto, en la misma medida de éste (art. 5.6.c).⁹

En su art. 5.7, la Convención contiene uno de los extremos más controversiales. Me refiero a la invitación que se hace los Estados Parte para que consideren invertir la carga de la prueba con respecto al origen lícito de los bienes sujetos a comiso.¹⁰ No obstante, la norma añade que solo será posible en la medida en que el De-

⁵ El apartado 1 del art. 5 remite al párrafo primero del art. 3 de la Convención, que en lo que interesa, enuncia las conductas que los Estados Partes deben tipificar como delitos en su derecho interno.

⁶ "Artículo 5

Decomiso

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;..."

⁷ "6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo."

⁸ "6. b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado."

⁹ "6. c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:

i) Del producto;

ii) de los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o

iii) de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que al producto..."

¹⁰ "7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos."

recho interno lo admita. El mismo art. 5.9 confirma lo anterior, al señalar que todas las medidas contenidas en el art. 5 deberán ser definidas y aplicadas de conformidad con la legislación de cada país.¹¹ La pregunta que deberá responderse es, si una medida como ésta, es conciliable con los principios y garantías que sustentan el ordenamiento jurídico español.

Finalmente, el art. 5.8 contiene una salvaguarda para los derechos de terceros de buena fe, señalando que lo dispuesto a lo largo de este numeral no puede interpretarse en su perjuicio.¹² Prácticamente todas los instrumentos supranacionales posteriores a éste recogen dicha salvaguarda.

En resumen, la Convención regula el decomiso de algunos bienes relacionados con ciertas conductas (que se solicita a los Estados tipificar como delitos), así como la cooperación y asistencia judicial recíproca que se deben prestar las Partes para alcanzar este propósito.¹³ Contiene normas que abarcan las actividades procesales que a juicio de la doctrina¹⁴ se relacionan con el decomiso en su dimensión transfronteriza. Hablamos de la investigación (identificación y localización de los bienes, cuando están en un Estado diverso a aquel en que se tramita el proceso penal); el aseguramiento de esos bienes a través de medidas cautelares; la adopción del decomiso y sus efectos (la privación de la titularidad) y por último, la enunciación del destino que se debe dar a esos bienes, a saber, el que señale el derecho interno y los procedimientos administrativos de cada Estado. Con relación al destino de los bienes, cabe agregar que si se actúa a petición de otro Estado, el requerido puede valorar la posibilidad de suscribir acuerdos para entregar todo o parte de lo decomisado a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, o para repartírselo con otros Estados Partes (art. 5.5).

¹¹ “9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes y con arreglo a lo dispuesto en él.”

¹² “8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.”

¹³ El tema de la asistencia judicial recíproca se contempla en el art. 7. Se busca que los Estados se brinden asistencia en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a ciertos delitos, en concreto, los tipificados en el art. 3 párrafo 1. De tal suerte, la colaboración no se circunscribe al tema del comiso.

¹⁴ Sobre este tema, véase GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 35; GASCÓN INCHAUSTI, “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes.” En: *CDF*, op. cit., p. 4.

B. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000).¹⁵

El propósito primario de la Convención es promover la cooperación para prevenir y luchar con mayor eficacia contra la delincuencia organizada que opera en el ámbito internacional. En relación con el comiso es muy similar a la de Viena. Le da el mismo contenido a los vocablos comiso, bienes y productos del delito,¹⁶ aunque tratándose del producto no remite a determinadas infracciones.

El art. 12 está dedicado al tema del decomiso.¹⁷ Según esa norma, las Partes deben adoptar las medidas que sean necesarias para autorizar su imposición sobre

¹⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 233, 29 de septiembre de 2003, páginas 35280 a 35297.

¹⁶ "Artículo 2. Definiciones...

d. Por bienes se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e. Por producto del delito se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;...

g. Por *decomiso* se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente."

¹⁷ "Artículo 12

Decomiso e incautación

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

el producto de los delitos mencionados en la Convención,¹⁸ o de bienes cuyo valor corresponda a ese producto (comiso por valor equivalente); el de los instrumentos empleados en la comisión o destinados para cometer esos delitos (art. 12, apartado 1, a y b); el de los objetos en que se hayan transformado o convertido parcial o totalmente el producto del delito (art. 12.3); el del producto del delito que se haya mezclado con bienes de origen lícito, hasta por su valor estimado (art. 12.4) y el de los ingresos o beneficios derivados del producto del delito, de los bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito, o de los bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito, en la misma manera y grado que el producto del delito (art. 12.5). Se trata de las mismas directrices contenidas en la Convención de Viena de 1988.

La Convención de Palermo contempla la inversión de la carga de la prueba en el art. 12.7. Sin usar expresamente las palabras *inversión de la carga de la prueba*,¹⁹ abre la puerta para que los Estados consideren la opción de exigir al delincuente demostrar el origen lícito de sus bienes, en la medida en que el ordenamiento jurídico interno lo permita. Como sucede con la Convención de Viena, prevé la necesaria protección de los derechos del tercero de buena fe (art. 12.8) y la garantía de que las disposiciones contenidas en ese numeral se aplicarán de conformidad con el Derecho interno de los Estados Parte (art. 12.9).

En relación con el destino que se debe dar a los bienes decomisados, esta Convención coincide con la de Viena al señalar que será determinado por el derecho interno y los procedimientos administrativos de cada Estado. No obstante, tratándose de bienes decomisados a raíz de la solicitud de otro Estado Parte, se busca que el requerido dé consideración prioritaria a la devolución del producto del delito, o de los bienes decomisados al requirente, a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito, o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos. Igualmente, se admite la celebración de acuerdos entre el Estado que formula la solicitud y el Estado requerido, para que los fondos total o parcialmente, se depositen en una cuenta destinada a satisfacer en los países en desarrollo o con economías de transición, las necesidades relacionadas con la aplicación de la Convención; se entreguen a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada; o simplemente se repartan entre ellos (art. 14).

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.”

¹⁸ Participación en un grupo delictivo organizado (art. 5); corrupción (art. 8); obstrucción de la justicia (art. 23); el blanqueo del producto del delito (art. 6) y los delitos graves (sancionados con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave), cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (arts. 2.b y 3.1.b).

¹⁹ Para Andrés Palomo del Arco, este instrumento tiene una mejor redacción que el de Viena pues evita aludir a la inversión de la carga de prueba que tan mal ha sido entendida. PALOMO DEL ARCO, Andrés. “Asistencia internacional en la delincuencia económica.” En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Estudios de derecho judicial. (Ejemplar dedicado a: El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 61, 2004, p. 120.

Este instrumento internacional ofrece toda una regulación sobre la cooperación internacional para fines de decomiso (art. 13) y la asistencia judicial recíproca de los Estados (que no versa únicamente sobre el decomiso, véase el art. 18). En lo que aquí interesa, lo que se busca es la cooperación de los Estados en todas las etapas vinculadas con el comiso de bienes, desde su ubicación y aseguramiento, hasta la decisión sobre su destino final.

Finalmente, este instrumento definió el grupo delictivo organizado como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” (art. 2. a). Como se desprende de esta norma, no cualquier asociación de personas para delinquir se puede considerar una organización criminal. En ésta, el elemento básico es el grupo estructurado, entendido como “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.” (Art. 2.c). Además se añaden otros requisitos, a saber, que el grupo estructurado esté integrado por tres o más personas; que sea estable en términos temporales y actúe concertadamente. Finalmente, el grupo debe tener el propósito de cometer uno o más delitos graves (a saber, conductas que constituyan un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave²⁰), o delitos tipificados en la Convención y debe buscar obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

C. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida, 2003).²¹

Ésta tiene por objetivo primario fortalecer las medidas para prevenir y combatir con mayor eficiencia y eficacia el fenómeno criminológico de la corrupción y la transferencia ilícita de capitales. Conocedores de que las arcas de los Estados son prácticamente saqueadas por los políticos corruptos que muchas veces les dirigen,²²

²⁰ “Por «delito grave» se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave...” Art. 2, apartado b.

²¹ Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 171, 19 de julio de 2006, pp. 27132 a 27153.

²² Hablamos de un problema muy frecuente. P. ej., el 4 de marzo de 2012 en *El País* se cuenta la historia de Teodoro Obiang Nguema Mangué, hijo y probable sucesor del dictador de Guinea Ecuatorial Teodoro Obiang Nguema Mbasogo. Obiang Nguema Mangué, a pesar de ser Ministro de Agricultura y Bosques de un país donde el 70% de los guineanos vive con un dólar al día; la mayoría de su población no cuenta con servicios básicos como agua o electricidad y la esperanza de vida se acerca a los 50 años, acumula una fortuna aproximada a los 700 millones de euros. Señala la nota periodística que el 23 de febrero, agentes de la Oficina Central para la Represión de la Delincuencia Financiera francesa se llevaron de la casa que Obiang Nguema Mangué tiene en París, bienes por un valor que supera los 40 millones de euros. La medida fue ordenada por los dos jueces que investigan desde 2010 la denuncia que interpusieron en 2008 las ONG anticorrupción Sherpa y Transparency Internacional contra tres jefes de Estado africanos por adquirir bienes obtenidos

se busca entre otros propósitos, promover la cooperación internacional y la asistencia judicial en materia de recuperación de activos, para que se garantice su devolución a los países de origen.²³

La Convención define los vocablos *bienes*, *producto del delito* y *decomiso* en los mismos términos que las antes examinadas.²⁴ Usa también las mismas fórmulas para prever el comiso del producto de los delitos o de otros bienes por su valor equivalente (art. 31.1.a); el decomiso de los instrumentos (art. 31.1.b); el del producto que haya sido transformado o convertido (31.4), o mezclado con otros bienes de origen lícito (art. 31.5) y el de los beneficios derivados de ese producto (art. 31.6). Con términos análogos regula el tema de la inversión de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes (art. 31.8), la situación de los terceros de buena fe (art. 31.9)

mediante el robo y la corrupción: el ecuatoguineano Obiang, el líder gabonés Omar Bongo (ya fallecido), y el congolés Denis Sassou-Nguesso. Mora, MIGUEL; IRUJO, José María. "El niño mimado saquea Guinea." En: *Diario El País*, 4 de marzo de 2012. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2012/03/04/actualidad/1330833751_310526.html

²³ La importancia de la recuperación de los activos ha sido examinada por autores como Blanco Cordero, que en lo que interesa apunta: "*Las organizaciones internacionales están poniendo el acento en la necesidad de recuperar los activos y bienes procedentes de los delitos de corrupción. Efectivamente, las Naciones Unidas y otras organizaciones recomiendan a los Estados que adopten medidas para recuperar los activos que obtienen los corruptos. Esto tiene su lógica, pues se ha demostrado que dirigentes de Estados expolían sin escrúpulos la riqueza de estos. Por dar algunas cifras, según la Declaración de Nyanga sobre la recuperación y repatriación de la riqueza de África de 2001 (Declaration on the Recovery and Repatriation of Africa's Wealth), se estima que durante décadas en los países más pobres del mundo, la mayoría de ellos en África, entre 20 mil y 40 mil millones de dólares han sido corruptamente objeto de apropiación por políticos, militares, hombres de negocios y otros dirigentes, y enviados al extranjero. No cabe duda de la necesidad de que los Estados de origen puedan recuperar estos bienes, que descansan muchas veces en cuentas de paraísos fiscales, de ahí que el fin esencial de algunas iniciativas internacionales sea conseguir la repatriación de tales activos a sus legítimos titulares. Sin embargo, la recuperación de activos no debe centrarse exclusivamente en la repatriación de los bienes derivados de la corrupción. Se ha de ampliar a los procedentes de cualquier delito, sobre todo a aquellos que generan importantes ganancias, normalmente cometidos por organizaciones criminales. Esta recuperación de los bienes procedentes de delitos sólo puede hacerse de acuerdo con los instrumentos contenidos en la legislación penal, y más en concreto con la sanción de comiso de los bienes. Una adecuada puesta en práctica de la misma precisa que los encargados de aplicarla -jueces y fiscales- dispongan de los medios para identificar tales bienes y establecer su conexión con delitos que los han originado.*" BLANCO CORDERO, Isidoro. "La aplicación del comiso y la necesidad de crear mecanismos de recuperación de activos." En: *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP/ e-RIAPL)*, 2007, A-01, p. 2. Disponible en: http://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=51&id_article=55. Valora positivamente la inclusión de este principio general de restitución a sus legítimos propietarios y a los Estados afectados de los bienes y activos derivados de la corrupción, ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords.). *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 404.

²⁴ "Artículo 2. Definiciones...

d) Por «bienes» se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por «producto del delito» se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;...

g) Por «decomiso» se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente;

h) Por «delito determinante» se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la presente Convención..."

y por último, la supremacía del ordenamiento interno frente a estas disposiciones (art. 31.10).²⁵ Es una Convención que también se interesa por todas las facetas vinculadas con el decomiso transnacional, a saber, la investigación (identificación de los bienes susceptibles de decomiso y su localización), su aseguramiento a través de medidas cautelares (p. ej., el embargo preventivo), la adopción del decomiso a través de una resolución y el destino que los Estados deben dar a los bienes sometidos a esta figura jurídica.

Ahora, en tanto que la Convención de Viena prevé el comiso de bienes relacionados con el tráfico de drogas y la de Palermo el de bienes vinculados con la criminalidad organizada, en ésta el decomiso se contempla para las infracciones que se categorizan como corrupción, v.g., la obstrucción de la justicia (art. 25); la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17); el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16); el soborno de funcionarios nacionales (art. 15); así como el blanqueo del producto de estos y otros delitos que se consideren determinantes (art. 23).

²⁵ “Artículo 31. Embargo preventivo, incautación y decomiso.

1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.

9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.”

Como señalé antes, la recuperación de activos es uno de los puntos básicos de este instrumento internacional.²⁶ Se prevé en el art. 52 un elenco de medidas para prevenir y detectar en el ámbito financiero las transferencias de productos del delito, que en lo medular implica un escrutinio minucioso de las cuentas de los clientes. De igual forma, se busca frenar las operaciones de los bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación; así como que los Estados compartan con otros la información financiera de importancia para investigar, reclamar o recuperar los activos que son productos de un delito y controlar las actividades financieras de los funcionarios públicos.

Sobre la recuperación directa de activos por parte del Estado perjudicado, se pretende que los Estados reconozcan a otros su derecho a interponer una acción civil para determinar la titularidad o propiedad de los bienes adquiridos mediante la comisión de los delitos previstos en la Convención; que se faculte a los tribunales a ordenar a quienes los han cometido, a resarcir o indemnizar en daños y perjuicios al Estado que resulte perjudicado y que se permita a los tribunales u otras autoridades competentes, a reconocer en relación con el comiso, el derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes que se han adquirido mediante la comisión de un delito de los ya mencionados (art. 53). También se articulan mecanismos de recuperación de activos a través de la cooperación internacional para el decomiso,²⁷ así como medidas para la restitución y disposición de los activos.

En estas normas destaca el art. 54.1.c, que en lo que interesa, señala que cada Estado, de conformidad con su derecho interno, considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir un decomiso sin condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados. Se trata de un comiso autónomo, que como se dirá en su momento, es recomendable siempre y cuando se regule adecuadamente y se garantice su carácter excepcional.

En lo relacionado con la restitución y disposición de lo decomisado, el art. 57 contempla tres clases de bienes (a saber, los fondos públicos, el producto de los demás delitos contemplados en la Convención y los bienes decomisados en cualquier otro caso). De esa clasificación dependerá quién sea el beneficiado con la restitución. En concreto, cuando se trate de fondos públicos que han sido objeto de malversación, peculado o blanqueo, el Estado requerido los devolverá al Estado Parte requirente, pues éste es su titular. Cuando se trate del producto de cualquier otro delito previsto en la Convención (y en ese tanto, producto de la corrupción), los bienes decomisados serán devueltos al Estado requirente si éste demuestra su

²⁶ Véase al respecto el art. 51. Sobre el tema de la recuperación de activos, léase PALOMO DEL ARCO, *op. cit.*, p. 124; BLANCO CORDERO, Isidoro. "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid, LEX NOVA, S.A.U., 2010, pp. 370 y ss.; ROJAS AMANDI, Víctor. *Los tratados internacionales sobre corrupción*. México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 177. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2770/8.pdf>.

²⁷ Artículos 54 a 56, 58 y 59.

propiedad anterior sobre ellos, o si ha sufrido daños que deberán ser reconocidos por el Estado requerido. Finalmente, los bienes decomisados en cualquier otro caso deberán restituirse prioritariamente al Estado requirente, a sus propietarios legítimos anteriores, o se dedicarán a la indemnización de las víctimas del delito. Es importante señalar que el art. 57.2 prevé que el Estado requerido debe tener en cuenta la situación de los terceros de buena fe al resolver, con lo cual podría verse limitada la restitución de los bienes al Estado requirente en ciertos casos.

La Convención en suma, es una herramienta que además de articular medidas dirigidas a la prevención y la penalización de la corrupción, como señala la doctrina plantea un mecanismo viable para devolver los activos a su propietario legítimo, o al menos al país del cual proceden.²⁸

II. Normativa del Consejo de Europa.

De previo a analizar la normativa en relación con el comiso, es importante acotar que los Convenios del Consejo de Europa no se aplican automáticamente a todos los Estados miembros, sino solo a aquellos que los hayan ratificado y una vez que hayan entrado en vigor.

A. Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990).²⁹

El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito es el punto de partida en esta materia, pues incorporó buena parte de las ideas existentes en torno a la cooperación internacional y el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. Se trata de un instrumento con contenidos más concretos, lo que es comprensible si se considera que su aplicación es regional y que existe más homogeneidad en los ámbitos político y jurídico de los Estados miembros.³⁰

²⁸ ARGADOÑA, Antonio. "La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales." *Documento de Investigación*. España, IESE Business School-Universidad de Navarra, N° 656, octubre 2006, p. 12.

²⁹ Instrumento de ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Publicado en el BOE N° 252, 21 de octubre de 1998, pp. 34713 a 34726.

³⁰ En igual sentido se expresa GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 38.

El art. 1 del capítulo I es de particular interés, pues nos da una definición de los vocablos productos, bienes, instrumentos y confiscación.³¹ El producto se entiende como todo beneficio económico derivado de un delito y puede consistir en cualquier bien. El bien a su vez puede ser de cualquier naturaleza, corporal o incorporeal, mueble o inmueble, así como los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre él. Nótese cómo el *producto* se convierte en sinónimo de *ganancia*. Para que un bien sea considerado producto, no solo se debe derivar de la infracción penal, sino que también debe suponer un beneficio económico. Del mismo modo, se comprenden únicamente las ganancias *derivadas* de la infracción, entiéndase las directas y no las secundarias (estas últimas son p. ej., las obtenidas con la explotación de las ganancias directas). A esta conclusión se arriba tras considerar que la norma usa el verbo *derivar*, proveniente del latín *derivare*, que para la RAE, dicho de una cosa, significa traer su origen de otra.³²

Los instrumentos por su parte, son cualquier bien utilizado o destinado a ser utilizado, en cualquier forma, total o parcialmente, para cometer uno o varios delitos. Finalmente, la confiscación (el Convenio usa este término), es toda *medida o sanción* ordenada por un tribunal a raíz de un procedimiento en relación con un delito o delitos que tenga como consecuencia la privación definitiva de los bienes. Como se ve, con la inclusión de ambos vocablos el Consejo de Europa evita pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la figura.

En el art. 2 el Convenio prevé la obligación de los Estados de confiscar los ya conceptualizados instrumentos y productos, o bienes por el valor de esos productos (es decir, el comiso por valor equivalente). No obstante, también se contempla la facultad de cada Estado para señalar en cuáles delitos o categorías de delitos se aplicará dicha respuesta,³³ abriendo así un espacio para las reservas, lo que a su vez impide la armonización de las legislaciones internas. De forma similar, el art. 6 autoriza a los Estados a hacer reservas en materia de blanqueo de capitales, con lo cual

³¹ "Artículo 1. Términos utilizados.

A los efectos del presente Convenio:

a) Por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición del párrafo b) del presente artículo;

b) por «bienes» se entenderán los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en esos bienes;

c) por «instrumentos» se entenderá los bienes utilizados o que se pretenda utilizar en cualquier forma, en todo o en parte, para cometer uno o más delitos;

d) por «confiscación» se entenderá una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien;

e) por «delito principal» se entenderá todo delito penal que genere un producto que, a su vez, pueda ser el objeto de un delito en la forma establecida en el artículo 6 del presente Convenio."

³² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22^o edición. Disponible en: Disponible en <http://rae.es/rae.html>.

³³ "Artículo 2. Medidas de confiscación.

1. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos.

2. Cada parte podrá, en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa manifestar que el párrafo 1 del presente artículo sólo será de aplicación a los delitos o categorías de delitos especificados en dicha declaración."

solo se tipifica el blanqueo de bienes relacionados con los delitos o categorías de delitos por ellos indicados.³⁴

Al igual que buena parte de la normativa de NU, este Convenio contiene una regulación procesal exhaustiva sobre las condiciones en las que se debe prestar la cooperación internacional en lo relacionado con las indagaciones y procedimientos cuyo objeto es la confiscación.³⁵ Se regula el tema de la identificación y localización de los bienes que pueden ser sometidos a confiscación;³⁶ su aseguramiento a través de medidas provisionales³⁷ y la ejecución del comiso a través de la orden respectiva, sea porque el Estado ejecute la orden dictada por el tribunal del Estado solicitante, o la emitida por sus propias autoridades competentes.³⁸ Finalmente, el Convenio se refiere al destino de los bienes confiscados, al indicar que será el que señale la legislación nacional del Estado requerido, salvo que se acuerde por las Partes algo diverso.³⁹

³⁴ "Artículo 6. Delitos de blanqueo.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, si se cometieren intencionadamente:

a) La conversión o transmisión de bienes sabiendo que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

b) la ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos, sabiendo que dichos bienes son productos;

y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico;

c) la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos;

d) la participación, asociación o conspiración para cometer cualquiera de los delitos establecidos de conformidad con el presente artículo, así como las tentativas de cometerlo, y el auxilio, la complicidad, la ayuda y los consejos para que se cometa cualquiera de dichos delitos.

...

4. En el momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte podrá dirigir al Secretario general del Consejo de Europa una declaración en la que se establezca que el párrafo 1 del presente artículo sólo será de aplicación a los delitos principales o categorías de dichos delitos especificados en dicha declaración."

³⁵ Véase el art. 7.

³⁶ Arts. 3 y 4.

³⁷ Arts. 11 y 12.

³⁸ Arts. 13 y 14.

³⁹ Art. 15.

B. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 2005).⁴⁰

En términos generales sustituye el Convenio de Estrasburgo de 1990, pues hace suyo su contenido y lo completa, v.g., aplicando sus disposiciones a lo relacionado con la financiación del terrorismo (art. 2).⁴¹

En su art. 1 apartado d) define el comiso como “una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien”. Al igual que sucede con el anterior Convenio, usa las palabras sanción o medida, con lo cual se abarcan las no siempre coincidentes posturas que existen en los ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa y demás signatarios del Convenio. En lo relacionado con los vocablos productos, bienes e instrumentos, sigue la misma línea que el Convenio de Estrasburgo aunque con algunas leves variaciones, p. ej., define el producto como el provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente

⁴⁰ Instrumento de ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Publicado en el BOE N° 155, 26 de junio de 2010, pp. 56174 a 56215.

⁴¹ No obstante la semejanza, hay que aclarar que en él se salvan los problemas que originó el artículo 6 del Convenio de 1990 al admitir que los Estados hiciesen reservas. En concreto, el art. 9 del Convenio de 2005 señala:

“Delitos de blanqueo.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, cuando se cometan intencionadamente:

- a. la conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
- b. la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento, los derechos relativos a los bienes o la propiedad de los mismos, a sabiendas de que dichos bienes son productos;

y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

- c. la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos;
- d. la participación, asociación o conspiración para cometer cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo, así como las tentativas de cometerlos y el auxilio, la complicidad, la ayuda y el asesoramiento para su comisión.

...

4. Siempre que el apartado 1 del presente artículo se aplique a las categorías de delitos principales previstos en el anexo del Convenio, en el momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Estado miembro o la Comunidad Europea podrá dirigir al Secretario General del Consejo de Europa una declaración en la que se establezca que el apartado 1 del presente artículo será de aplicación:

- a. únicamente en la medida en que el delito principal sea punible con una pena de privación de libertad o medida de seguridad con una duración máxima de más de un año o, para las Partes cuyo ordenamiento jurídico prevea un umbral mínimo para los delitos, en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad con una duración mínima de más de seis meses; y/o
- b. únicamente a una relación de delitos principales especificados; y/o
- c. a una categoría de delitos graves según el derecho interno de esa Parte.”

de un delito,⁴² lo que desde mi óptica es una expresión de mayor alcance, pues comprende también las ganancias indirectas o secundarias.

Según el artículo 3.1, cada Estado debe adoptar las medidas para decomisar los instrumentos, bienes blanqueados, productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos. De esta manera se prevé el comiso por valor equivalente a los productos de la infracción, no así al valor de los instrumentos. Siempre en este orden de ideas, creo que mencionar los *bienes blanqueados* no era necesario, ya que según las propias definiciones que ofrece el Convenio, estos constituyen un producto del delito.

En plena sintonía con la inclusión de las ganancias indirectas en el concepto de *producto*, el art. 5 amplía el elenco de bienes susceptibles de comiso, al incluir los bienes en los que se ha transformado o convertido el producto; los adquiridos legítimamente si el producto se ha mezclado en todo o en parte con ellos, hasta por el valor estimado del producto; las rentas u otros beneficios derivados del producto, de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto, o de los bienes con los que se haya mezclado hasta por su valor estimado.⁴³ Nótese que el apartado c) no separa, v.g., a través de un signo de puntuación como la coma, los beneficios derivados del producto y los procedentes de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto. No obstante la comparación de este instrumento supranacional con otros (p. ej., las Convenciones de NU de Viena, Palermo y Mérida) permite concluir que hablamos de supuestos diversos.

Tratándose del blanqueo de capitales y las categorías de delitos previstas en el Anexo del Convenio, se autoriza a los Estados a limitar la aplicación del comiso. En concreto, pueden manifestar que esta medida únicamente procederá cuando el

⁴² Artículo 1. Utilización de los términos.

A los efectos del presente Convenio:

a) por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición de la letra b) del presente artículo;

b) por «bienes» se entenderá los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos jurídicos que demuestren algún título o participación en esos bienes;

c) por «instrumentos» se entenderá los bienes utilizados o que se pretenda utilizar en cualquier forma, en todo o en parte, para cometer uno o más delitos;

d) por «comiso» se entenderá una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien;

e) por «delito principal» se entenderá todo delito que genere un producto que pueda, a su vez, ser objeto de un delito según lo expresado en el artículo 9 del presente Convenio...”

⁴³ Artículo 5. Congelación, embargo y comiso.

Cada Parte deberá adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para garantizar que las medidas encaminadas a la congelación, el embargo y el comiso incluyan asimismo:

a) los bienes en los que se ha transformado o convertido el producto;

b) los bienes adquiridos legítimamente, si el producto se ha mezclado en todo o en parte con dichos bienes, hasta el valor estimado del producto mezclado;

c) las rentas u otros beneficios derivados del producto de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto del delito o de los bienes con los que se haya mezclado el producto del delito, hasta el valor estimado del producto mezclado, de la misma manera y en la misma medida que el producto.”

blanqueo o el delito en cuestión tenga una pena de privación de libertad o una medida de seguridad de duración máxima superior a un año, y/o que solo se aplicará a ciertos delitos.⁴⁴ Asimismo, las Partes pueden introducir el comiso con carácter obligatorio en ciertos delitos, entre los cuales pueden incluir el blanqueo, el tráfico de estupefacientes, la trata de seres humanos y otros delitos graves.⁴⁵

El art. 3.4 consagra el deber de los Estados de adoptar medidas para exigir en el caso de los delitos graves, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto, o en general de otros bienes que puedan ser objeto de comiso. Es una clara inversión en la carga de la prueba que Blanco Cordero vincula con el comiso ampliado⁴⁶ y que se impone a los signatarios de forma expresa, salvo que sea incompatible con los principios de su derecho interno.⁴⁷

⁴⁴ "Artículo 3.

2. Siempre que el apartado 1 del presente artículo se aplique al blanqueo de dinero y a las categorías de delitos especificados en el anexo del Convenio, cada Parte podrá, en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, manifestar que el apartado 1 del presente artículo se aplicará:

- a) Únicamente en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad de una duración máxima superior a un año. No obstante, cada Parte podrá realizar una declaración en relación con esta disposición respecto del comiso del producto de los delitos fiscales, con el único objetivo de que le esté permitido decomisar dicho producto, ya sea a escala nacional o en el marco de la cooperación internacional, en virtud de la legislación nacional e internacional en materia de cobro de deudas fiscales; y/o
- b) únicamente a una relación de delitos especificados."

"Anexo

- a) la participación en un grupo delictivo organizado;
- b) el terrorismo, incluida la financiación del terrorismo;
- c) la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes;
- d) la explotación sexual, incluida la de los menores;
- e) el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas;
- f) el tráfico ilícito de armas;
- g) el tráfico ilícito de bienes robados y otros bienes;
- h) la corrupción y el soborno;
- i) el fraude y la estafa;
- j) la falsificación de moneda;
- k) la falsificación y la piratería de productos;
- l) los delitos medioambientales;
- m) el asesinato y las lesiones graves;
- n) el secuestro, la detención ilegal y la toma de rehenes;
- o) el robo o hurto;
- p) el contrabando;
- q) la extorsión;
- r) la falsificación;
- s) la piratería y
- t) el uso indebido de información privilegiada y la manipulación de los mercados bursátiles."

⁴⁵ Art. 3.3.

⁴⁶ "...se alude aquí al comiso ampliado, en el que el Estado puede exigir al autor que pruebe el origen de los bienes que se presume proceden de un delito." BLANCO CORDERO, Isidoro. "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, Luz María (Dir.); ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*. Granada, Comares, 2008, p. 71.

⁴⁷ "Artículo 3...

Al igual que el de 1990, este Convenio contiene una regulación procesal exhaustiva sobre las condiciones en las que debe prestarse la cooperación internacional en lo relacionado con las investigaciones y procedimientos dirigidos a la confiscación de ciertos bienes.⁴⁸

III. Normativa de la Unión Europea.

Los Estados miembros de la Unión Europea han dado un paso importante al suscribir instrumentos normativos con mayor valor vinculante. Después del Tratado de Ámsterdam, en el cual se consagró el objetivo de ofrecer a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como mejorar la cooperación policial y judicial entre los Estados en materia penal, la Cumbre de Tampere de 1999 configuró el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales como la piedra angular de la citada cooperación.⁴⁹ Siempre al amparo de estas ideas, se aprueban algunas de las normas que veremos a continuación. Finalmente, nótese que aunque las Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea son obligatorias,⁵⁰ su eficacia depende de que cada Estado miembro las trasponga, o las incorpore en su propia legislación interna.⁵¹

4. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para exigir, en el caso de uno o varios delitos graves definidos por su derecho interno, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto o de otros bienes que puedan ser objeto de comiso, en la medida en que tal exigencia sea compatible con los principios de su derecho interno.”

⁴⁸ Art. 15.

⁴⁹ Al respecto véase MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco.” En: GALGO PECO, Ángel (Dir.). *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° XIII, 2003, pp. 386-387.

⁵⁰ “...esta modalidad legislativa es la que se suele utilizar para aproximar las normativas de los Estados miembros. Propuesta a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, debe ser adoptada por unanimidad. Vincula a los Estados miembros en cuanto a los resultados que deben alcanzarse y deja a las instancias nacionales la decisión sobre la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos.” DURBÁN SICILIA, Luis. “Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso). En: MARTÍNEZ LA-FUENTE, Antonio (Dir.). *Noticias de la Unión Europea*. No indica ciudad, Wolters Kluwer España, S.A., N° 316, Año XXVII, mayo 2011, p. 31.

⁵¹ MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. “Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.” En: BARRIENTOS PACHO, Jesús María (Dir.) *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: La nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 117, 2007, p. 170.

II. POLÍTICA CRIMINAL SUPRANACIONAL SOBRE EL COMISO DE LOS ACTIVOS CRIMINALES

- A. Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.⁵²

La Acción Común pretendió acabar con las reservas a los arts. 2⁵³ y 6⁵⁴ del Convenio de 1990. Se buscaba que no hubiese limitaciones a la confiscación cuando se tratase de delitos que tenían asociada una pena privativa de libertad o medida de seguridad cuyo máximo superase un año. De igual manera, que se tipificase el blanqueo de capitales vinculado con delitos graves, a saber, cualquier delito que tuviese aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad cuyo máximo sea superior al año, o cuyo mínimo sea de más de seis meses. Además, contempló la obligación de los Estados de incorporar el comiso de bienes cuyo valor corresponda al producto del delito (es decir, el comiso por valor equivalente).⁵⁵ Es importante señalar que los vocablos productos, bienes y decomiso mantuvieron por remisión expresa el mismo significado que se les dio en el Convenio de 1990.⁵⁶

La cooperación internacional fue uno de los temas medulares de esta Acción, pues se invitó a los Estados a tomar acciones legislativas para que ante la petición de otro Estado, fuese posible identificar y seguir el presunto producto de un delito. Asimismo, se les solicitó adoptar medidas para que esta asistencia se brindase con la

⁵² DOUE N° L 333, 09 de diciembre de 1998, pp. 1-3.

⁵³ Según el art. 2 del Convenio de 1990, las Partes podían definir el elenco de delitos o categoría de delitos en los que procedería la confiscación de instrumentos y productos o bienes cuyo valor correspondiera al de esos productos.

⁵⁴ El art. 6 del Convenio de 1990 como señalé páginas atrás, autorizaba a cada Estado a señalar en relación con cuáles infracciones o categorías de infracciones se sancionaría el blanqueo de capitales.

⁵⁵ La Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, señala en su art. 1:

“1. Con el fin de aumentar la eficacia de la actuación contra la delincuencia organizada, los Estados miembros velarán por que no se formulen ni mantengan reservas en relación con los siguientes artículos del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 1990 denominado en lo sucesivo «Convenio de 1990».

a) Artículo 2: En la medida en que los delitos lleven aparejada una pena de privación de libertad o medida de seguridad de un máximo de más de un año;

b) Artículo 6: En la medida en que se trate de delitos graves. Entre ellos deben incluirse en cualquier caso los delitos que lleven aparejada una pena de privación de libertad o medida de seguridad de un máximo de más de un año, o, en lo referente a los Estados en cuyo sistema jurídico existe un umbral mínimo para los delitos, los delitos que lleven aparejada una pena máxima de privación de libertad o medida de seguridad de un mínimo de más de seis meses...

2. Los Estados miembros velarán por que su legislación y procedimientos sobre confiscación de los productos del delito también permitan el decomiso de bienes cuyo valor corresponda a dicho producto, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero...”

⁵⁶ “Artículo 1.

2.

...Los términos «instrumentos», «bienes», «producto» y «decomiso» se entenderán en el mismo sentido que en el artículo 1 del Convenio de 1990.”

mayor celeridad.⁵⁷ También se previó la elaboración de una guía a nivel judicial europeo, en la cual fuese posible consultar información sobre la asistencia que se podía recibir en torno al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de instrumentos o productos del delito.⁵⁸ Del mismo modo, la iniciativa pretendió favorecer el contacto directo entre los investigadores, magistrados y fiscales; simplificar las peticiones de investigadores que eran adicionales o complementarias a otras ya formuladas y reforzar la formación de los jueces en este ámbito.⁵⁹

Los arts. 1 y 3, el apartado 1 del art. 5 y el 2 del art. 8 de esta Acción Común fueron derogados expresamente por la Decisión Marco 2001/500/JAI que se analizará a continuación.

- B. Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.⁶⁰

Esta Decisión parte de la certeza de que el blanqueo de capitales es un fenómeno criminológico vinculado con la delincuencia organizada. En lo medular tiene el propósito de reforzar la Acción Común antes reseñada, al imponer a los Estados la obligación de adoptar medidas para permitir el decomiso del producto del delito, o en su defecto, el de bienes cuyo valor corresponda al de los productos (comiso por valor equivalente), no así el de otra clase de bienes (por ejemplo, los instrumentos). Admite eso sí, que los Estados excluyan el comiso por valor equivalente cuando el valor del producto no supere los cuatro mil euros.⁶¹

Por ser normativa con carácter vinculante,⁶² ésta Decisión estaba en mejores condiciones de acabar con las reservas hechas en virtud del art. 2 del Convenio de

⁵⁷ Arts. 1.3 y 3.

⁵⁸ Art. 2.1.

⁵⁹ Arts. 4.1, 5 y 6.

⁶⁰ Publicada en el DOCE N° L 182, 5 de julio de 2001, pp. 1-2.

⁶¹ "Artículo 3

Decomiso del valor

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero. No obstante, los Estados miembros podrán excluir el decomiso de bienes de un valor que corresponda al producto del delito en los casos en que dicho valor sea inferior a 4 000 euros.

Los términos «bienes», «productos» y «decomiso» se entenderán en el mismo sentido que en el artículo 1 del Convenio de 1990."

⁶² Esta Decisión Marco fue afectada por la sentencia C-176/03 del 13 de septiembre de 2005, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre el reparto de competencias en materia penal entre la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea y en la cual se estimó que la citada Decisión se había adoptado sobre una base jurídica errada.

1990, cuando se tratase de delitos castigados con penas privativas de libertad o una medida de seguridad de duración máxima de más de un año y del art. 6, cuando se tratase de delitos graves, entiéndase, los que tienen prevista una pena privativa de libertad o una medida de seguridad de duración máxima superior a un año, o mínima de más de 6 meses. Asimismo, obligó a los Estados a que los delitos previstos en los puntos identificados con las letras a y b del apartado 1 del art. 6 ya mencionado,⁶³ no tuviesen penas privativas de libertad máximas inferiores a los 4 años.⁶⁴

En cuanto a los conceptos bienes, productos y decomiso, este instrumento también remitió a lo expuesto en el artículo 1 del Convenio de 1990.⁶⁵ Al mantener la tónica de asociar el provecho económico *derivado* de la infracción con el término *producto*, solo quedan comprendidas las ganancias *directas* del hecho, no así las *indirectas* y *los efectos* de la infracción.

- C. 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.⁶⁶

El Consejo de la Unión Europea, considerando que el objetivo principal que persigue la delincuencia organizada transnacional es obtener beneficios económicos, diseñó una estrategia de prevención que se centra en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. Los puntos medulares de esta Decisión son los siguientes:

A los vocablos decomiso, productos, bienes e instrumentos se les atribuyó un contenido similar, aunque no idéntico, a los expuestos en otros textos normativos supranacionales. El decomiso es toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien. Se trata de la definición co-

⁶³ El art. 6 del Convenio de 1990, en su apartado 1, letras a) y b), señala:
“Delitos de blanqueo.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, si se cometieren intencionadamente:

a) La conversión o transmisión de bienes sabiendo que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

b) la ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos, sabiendo que dichos bienes son productos; y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico;...”

⁶⁴ “Artículo 2. Sanciones

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias, coherentes con su sistema penal, para que los delitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 6 del Convenio de 1990, según se derivan de la letra b) del artículo 1 de la presente Decisión marco, sean sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima no puede ser inferior a cuatro años.”

⁶⁵ Art. 3.

⁶⁶ DOUE N° L 68, 15 de marzo de 2005, pp. 49-51.

mún, empleada tanto por NU como por el Consejo de Europa, aunque expresamente se atribuye la imposición de la medida a la jurisdicción penal. El producto, por otra parte, es concebido como todo beneficio económico *derivado* de una infracción penal y puede consistir en cualquier clase de bienes (materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes). Nuevamente se entiende el producto como sinónimo de ganancia, pues el bien procedente de la infracción debe suponer un beneficio económico. Aunado a esto, como la norma usa el término *derivar*, no se contempla el comiso de las ganancias indirectas o secundarias, sino solo el de las que están directamente vinculadas a la infracción.

El *instrumento* por su parte, es el bien utilizado o destinado a ser utilizado, de cualquier forma, total o parcialmente, para la comisión de una o varias infracciones penales.⁶⁷ Es decir, al igual que sucede con el vocablo *bienes*, el concepto de instrumento que se brinda en esta DM es idéntico al empleado en otros cuerpos normativos supranacionales.

Según esta Decisión el comiso se debe prever en cualquier infracción penal cuya pena privativa de libertad sea superior a un año (art. 2.1).⁶⁸ Los Estados también deben contemplar el comiso por valor equivalente, es decir, el de bienes cuyo valor corresponda al del producto de la infracción (artículo 2.1 ya citado). Importante decir que no se contempla el comiso por valor equivalente en relación con los instrumentos.

En comparación con los demás instrumentos supranacionales, esta Decisión Marco contiene una novedad: el comiso ampliado. Se trata de una figura que se ori-

⁶⁷ “Artículo 1

Definiciones

A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por:

- «productos», todo beneficio económico derivado de una infracción penal. Podrá consistir en cualquier clase de bienes, tal como se definen en el siguiente guión,
- «bienes», los bienes de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes,
- «instrumentos», todo bien utilizado o destinado a ser utilizado, de cualquier forma, total o parcialmente, para la comisión de una o varias infracciones penales,
- «decomiso», toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien,...

⁶⁸ “Artículo 2

Decomiso

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos.”

Autores como Gascón Inchausti afirman que esta Decisión Marco obliga a los legisladores internos a prever el decomiso respecto de ciertos delitos, incluidos los imprudentes. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 45. En realidad, lo que impone al legislador interno es el deber de prever el comiso en *cualquier* infracción penal que tenga prevista una pena de privación de libertad superior a un año, sin distinguir entre hechos dolosos y culposos.

gina en el ordenamiento alemán⁶⁹ y que es asumida por la Unión Europea como una herramienta para acabar con la delincuencia organizada y el terrorismo. Se impone a los Estados el deber de adoptar las medidas necesarias para proceder al decomiso, parcial o total, de los bienes que pertenecen al condenado por una infracción que reúna ciertos requisitos, a saber, que sea una infracción cometida en el marco de una organización delictiva según lo dispuesto en la Acción Común 98/733/JAI y que esté prevista en determinadas DM, o que se trate de una infracción contemplada en la DM 2002/475/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo. En cualquier caso, la infracción deben tener dos características: tener la capacidad de generar un beneficio económico y estar sancionada según dichas DM con determinadas penas de prisión. Si son infracciones distintas al blanqueo de capitales, la pena debe ser de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo. Si se relacionan con el blanqueo, la pena de prisión debe ser de al menos cuatro años en su grado máximo (artículo 3.1).⁷⁰

⁶⁹ Así lo indica GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; ORTELLS RAMOS, Manuel Pascual (Dir.). *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*. Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Vol. I, 2006, p. 592; GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 71.

⁷⁰ "Artículo 3

Potestad de decomiso ampliada

1. Cada Estado miembro adoptará como mínimo las medidas necesarias para poder proceder, en las circunstancias mencionadas en el apartado 2, al decomiso, total o parcial, de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción:

a) cometida en el marco de una organización delictiva tal como se define en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, cuando dicha infracción esté prevista en:

— la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro,

— la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito,

— la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos,

— la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares,

— la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil,

— la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas;

b) que esté prevista en la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, y siempre que la infracción a tenor de las mencionadas Decisiones marco:

— en relación con infracciones distintas al blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo,

— en relación con el blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo, y la infracción sea de tal naturaleza que pueda generar un beneficio económico."

En suma, son 4 requisitos o condiciones los que deben cumplirse para aplicar el decomiso ampliado. Que haya una persona (física o jurídica) condenada por una infracción penal, lo que supone un proceso penal en su contra que ha concluido precisamente con una sentencia condenatoria. Que la condena sea por terrorismo o determinados delitos contemplados en algunas Decisiones Marco (la falsificación de moneda; el blanqueo de capitales; la trata de seres humanos; la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; la explotación sexual de menores de edad; la pornografía infantil y el tráfico de drogas). Con excepción del terrorismo, el o los delitos deben haber sido cometidos en el marco de una organización delictiva, entendida ésta como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.” (Artículo 1 Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998).

En tercer lugar, se requiere que la pena prevista para la infracción cumpla ciertos requerimientos penológicos y por último, que pueda generar un beneficio económico. Para Gascón Inchausti incluir este último requerimiento sirve para dejar claro que el comiso ampliado solo se aplica a las ganancias, pero no a los efectos e instrumentos del delito,⁷¹ criterio que comparto tras considerar que con esta forma de comiso lo que se pretende es resolver los problemas que enfrenta el órgano jurisdiccional al tratar de relacionar las cuantiosas ganancias que genera el crimen organizado (y que para entonces ya están dotadas de cierto grado de autonomía, por ejemplo al haber sido transmitidas a un tercero), con un condenado y unos hechos concretos cometidos por él.

Para los casos antes expuestos, el decomiso cabrá como mínimo en las siguientes tres hipótesis. La primera, cuando un órgano jurisdiccional basándose en hechos concretos, esté convencido (hasta aquí hablamos de un *juicio de certeza*), de que los bienes provienen de actividades delictivas realizadas por el sentenciado durante un periodo anterior a su condena y que son de la misma clase que la que motivó esa condena. Para llegar a esa conclusión apunta la norma, basta con que el órgano jurisdiccional lo considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto (art. 3.2.a). La segunda hipótesis es idéntica a la primera, salvo en que las actividades delictivas previas son solamente similares a aquella que motivó la condena (art. 3.2.b). Por último, el decomiso deberá proceder cuando haya constancia de la desproporción que existe entre los ingresos legales del condenado y el valor de sus propiedades y un órgano judicial, basándose en hechos concretos, llegue a la certeza de que los bienes proceden de su actividad delictiva (art. 3.2.c).⁷²

⁷¹ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 73.

⁷² “Artículo 3.

2. Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando:

En los dos primeros supuestos, los órganos judiciales deben valorar las circunstancias del caso concreto para concluir razonablemente que los bienes a decomisar se originan en actividades delictivas previas y que pueden ser de la misma clase (primera opción), o similar (segunda opción), a la que motivó la condena. Es decir, mediante el examen de las circunstancias del caso que está siendo sometido a juicio, el órgano jurisdiccional puede alcanzar la certeza sobre el origen ilícito de los bienes, no así sobre la responsabilidad penal que le quepa al sujeto en esas actividades criminales anteriores, pues en relación con éstas no se ha instaurado proceso alguno.

La primera previsión resuelve los problemas que surgen al juzgar actividades criminales que se prolongan en el tiempo, lo que genera dudas acerca de si los bienes del imputado están relacionados con el marco fáctico que contempla la acusación o con hechos anteriores, siempre del mismo género.⁷³ La duda no impedirá el decomiso de esos bienes, pues ha quedado demostrado que el condenado se dedica a una actividad criminal y que los bienes se originan en ella, siendo intrascendente que sea previa a la que es reprochada con la condena.

a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada.”

⁷³ En un sentido similar, Gascón Inchausti señala: “...lo realmente innovador de esta modalidad de decomiso ampliado... es que mientras quede claro que se trata de bienes que proceden de actividades delictivas de determinada índole cometidas por el condenado, no resulta necesario demostrar que derivan del concreto hecho punible enjuiciado, si se dan ciertos elementos. A través de esta potestad de decomiso ampliada se resuelve, en efecto, un problema bastante concreto: no es infrecuente que un tribunal se enfrente a delitos que tienen una cierta permanencia, una cierta duración de tiempo (v.g., dedicarse al tráfico de drogas): el proceso penal, en estos casos, suele abrirse para enjuiciar la actividad delictiva desarrollada durante un periodo de tiempo, más o menos amplio, y surge la duda de si los bienes del imputado son el producto lato sensu de actividades desarrolladas durante el periodo de tiempo sometido a enjuiciamiento, o si tienen su origen en actividades cercanas, sea antes o después. Pues bien, cuando el margen temporal de duda no resulta excesivamente amplio («periodo anterior a la condena... que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto»), el decomiso de esos bienes será posible en el marco de ese proceso penal. En consecuencia, cabrá el decomiso, a pesar de que subsista la duda acerca de si los bienes podrían proceder o no proceder del delito enjuiciado, porque la persona condenada se ha dedicado a un cierto tipo de actividad delictiva homogénea durante más tiempo que el sometido a enjuiciamiento y, aunque hay datos para vincular los bienes con esa actividad, no existe certeza para ubicar cronológicamente su adquisición en el periodo sometido a enjuiciamiento.” GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 74. Léase también GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 592-593.

El segundo supuesto es más problemático pues la actividad criminal no es de la misma clase que la enjuiciada, sino similar a ésta y realizada durante un período anterior. La Decisión Marco lo que busca es aprovechar el proceso penal para decomisar los bienes originados en delitos diferentes a los que se están juzgando, pero que son claramente conexos en razón de su similitud y proximidad cronológica,⁷⁴ pues tanto unos como otros son cometidos en el contexto de la criminalidad organizada o el terrorismo y tratándose de estos fenómenos criminológicos es común la práctica de hechos criminales diversos pero vinculados entre sí, p. ej., el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales.⁷⁵

A la luz de esta segunda hipótesis, una sentencia que disponga el decomiso debe basarse en la certeza de que los bienes proceden de una actividad criminal diferente a la sometida a proceso. Lo anterior supone según Gascón Inchausti, dos posibles opciones. La primera, admitir que el sujeto fue condenado en el pasado por esas actividades similares y no se dispuso el decomiso de los bienes, caso en el cual podríamos estar ante un *bis in ídem*, donde la nueva sentencia permite corregir errores cometidos en el primer proceso en cuanto a ese punto, o en cualquier caso, se podía estar ante un quebranto de la cosa juzgada de la sentencia que no impuso el decomiso. La segunda opción consiste en no exigir una condena previa por las actividades similares, supuesto en el cual el órgano jurisdiccional solo se estaría pronunciado de manera incidental sobre ellas, para resolver el decomiso de los bienes. En este contexto el proceso penal se emplearía para sancionar de forma indirecta conductas diferentes a las que son objeto de persecución, lo que no es razonable, “... puesto que, en rigor, o bien podría abrirse el correspondiente proceso penal que tuviera por objeto esas actividades delictivas similares (y que podría decretarse el decomiso), o bien ya no procede hacerlo, por razones sustantivas o procesales, en cuyo caso la legitimidad del decomiso quedaría en entredicho.”⁷⁶

Entiendo que si en un primer proceso se resolvió sobre la existencia de determinados hechos y el decomiso de bienes relacionados con esos hechos, ninguna sentencia posterior aunque se pronuncie sobre otro marco fáctico, puede disponer con base en la potestad de decomiso ampliada el decomiso de los bienes que recién mencioné, pues se estaría resolviendo por segunda ocasión sobre un mismo punto (violentándose el *ne bis in ídem*) y en igual medida, se quebrantaría la cosa juzgada. Diferente será si en el primer proceso, a pesar de haberse tenido por demostrada la comisión de una infracción como mínimo típica y antijurídica⁷⁷ no se resolvió sobre el comiso de bienes, o si en relación con esos hechos anteriores no ha existido pro-

⁷⁴ Ambos elementos (similitud y proximidad temporal) son los que unen ambas actividades criminales (la enjuiciada y la que le precede). Así GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 74.

⁷⁵ Cree que el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales son actividades conexas o similares, PÉREZ CEBADERA, María-Ángeles. “Presunción de inocencia y decomiso: ¿Es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes? En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Dir.). *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Madrid, Editorial Colex, 2008, p. 77.

⁷⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pp. 74-75.

⁷⁷ Sobre esto volveremos luego, al analizar el comiso en casos donde no se ha declarado responsabilidad penal alguna aunque sí se ha tenido por demostrada la existencia de una situación patrimonial ilícita.

ceso penal alguno. En estos casos es plausible que en un proceso realizado por hechos posteriores se disponga el comiso de los bienes originados en otras actividades delictivas que aunque diversas son conexas con esos hechos y que han sido cometidas el condenado, pues al no haber sido objeto de pronunciamiento anterior no existirían los problemas antes apuntados.

Indispensable es destacar que tanto en el primer como en el segundo caso se exige al órgano juzgador un *grado de certeza* acerca del origen de los bienes a decomisar.⁷⁸ Algunos autores como González Cussac o Delgado López creen que la Decisión Marco, al usar la palabra *convicción*, requiere aplicar la doctrina de la íntima convicción o convicción subjetiva.⁷⁹ No comparto tal criterio por varias razones. La primera, el art. 3.2 no le está indicando a los Estados cuál sistema de valoración de prueba deben elegir, sino el grado de convencimiento que debe alcanzar el órgano jurisdiccional para resolver el tema y que es precisamente el de la *certeza*. Véase que la norma señala que ese órgano, basándose en hechos concretos, *debe estar plenamente convencido* de que los bienes provienen de actividades delictivas. En segundo

⁷⁸ Esta también es la opinión de Vittorio Manes, al hablar de una interpretación con efectos *in bonam partem*: “En efecto, se prevé que cada Estado adopte las medidas necesarias para permitir el decomiso, por un lado, cuando el juez nacional, sobre la base de hechos concretos, esté plenamente convencido de que el bien en cuestión proviene de actividades delictivas (let. a) o bien proviene de actividades delictivas similares (letra b) “cometidas durante un periodo anterior a la condena por el delito del párrafo 1 considerado razonable por el juez en las circunstancias del caso concreto”; por otro lado, y en cuanto a lo que aquí mayormente nos interesa, cuando el juez nacional, en relación a un bien cuyo valor es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada, esté de todos modos plenamente convencido -siempre sobre la base de hechos concretos - de que el bien en cuestión sea el producto de actividades delictivas de la misma persona condenada (letra c). Entonces, a la luz de semejantes indicaciones normativas, una interpretación comunitariamente orientada del art. 12 sexies, por un lado, debería sugerir una aplicación restrictiva de la peculiar hipótesis de decomiso circunscrito a una pertenencia cronológica de los bienes objeto de decomiso juzgada razonable respecto a la actividad criminal presupuesto de la misma medida (pareciendo tal límite operar, más en general, para toda medida confiscatoria); por otro, debería siempre subordinarse la aplicabilidad de la medida a un convencimiento pleno (“más allá de cualquier duda razonable”) acerca de la derivación en todo caso ilícita de los bienes de valor desproporcionado respecto a los ingresos legalmente obtenidos.” MANES, Vittorio. “La incidencia de las “Decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino).” En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 09-07, 2007, pp. 7-8. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf>. Cree también que el órgano jurisdiccional debe concluir razonablemente que los bienes provienen de actividades delictivas realizadas por el condenado durante un período anterior a la condena, VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P. “Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 6314, Sección Doctrina, 8 de septiembre de 2005, apartado VIII. Disponible en: laleydigital.laley.es.

⁷⁹ “...la propia DM, por sorprendente que parezca, emplea en sus dos primeras alternativas, la denostada expresión de la “convicción” del juez, lo que de lleno, y sin paliativo alguno, nos arroja ala prohibida doctrina de la “íntima convicción” o de la “convicción subjetiva.” GONZÁLEZ CUSSAC, José. “Decomiso y embargo de bienes.” En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán; CRESPO BARQUERO, Pedro (Coords.). *Boletín de Información. La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa*. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Suplemento al N° 2015, de 15 de junio de 2006, Año LX, p. 17. DELGADO LÓPEZ, Luis María. “El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas.” En: CIMÁS GIMÉNEZ, María del Carmen (Dir.). *Manuales de formación continuada (Ejemplar dedicado a: Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos.)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 37, 2006, p. 303-304.

lugar, la disposición también alude al carácter razonable⁸⁰ que deben tener las conclusiones del órgano jurisdiccional, lo que es claramente incompatible con un sistema de valoración de prueba ajeno a todo tipo de controles. Finalmente, la Decisión Marco no habla de convicción íntima o subjetiva, limitándose a usar la palabra *convencimiento* y este término por sí solo no excluye la valoración de la prueba conforme a la sana crítica racional. Tan es así que el verbo *convencer*, según la Real Academia Española, significa “*probar algo de manera que racionalmente no se pueda negar.*”⁸¹ Es decir, quien añade a las palabras *convencimiento* o *convicción* las palabras *íntima* y *subjetiva* es el autor González Cussac y no la DM. Ésta solamente brinda un marco general, que puede ser compatible con un sistema de valoración de la prueba conforme con las reglas de la sana crítica ya que reitero, a la palabra *convencimiento* se añade la alusión a la *certeza* y al carácter *razonable* de las conclusiones adoptadas.

En el último caso, además de verificar la desproporción entre el valor de los activos patrimoniales y los ingresos del condenado, los Jueces deben tener *certeza* de que los bienes proceden de su actividad delictiva (en concreto, de la misma actividad sometida a juicio⁸²). De esta forma la DM menciona dos circunstancias a tomar en cuenta por el órgano jurisdiccional para ordenar el decomiso: la desproporción y la certeza sobre el origen de los bienes. Repito, dos, no solamente una.⁸³ Por lo expuesto no se puede sostener que esta norma privilegia la inversión de la carga de la prueba sobre la certeza que se debe alcanzar en relación con el origen de los bienes. Creo que tampoco plantea o sugiere la creación de una presunción legal que incluya ese indicio.

Los tres supuestos del artículo 3.2 son los mínimos que deben ser traspuestos a la legislación interna⁸⁴ y no como señalan algunos autores, tres opciones den-

⁸⁰ La norma usa la palabra *razonabilidad*. Según el Diccionario de la Lengua Española, los vocablos *razonable* y *racional* son sinónimos, el primero se refiere a lo “*ajustado a la razón*” y el segundo a “*lo perteneciente o relativo a la razón.*” RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*

⁸¹ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, *ibídem*.

⁸² Para Pérez Cebadera, este supuesto se puede subsumir en el primero, porque la única diferencia entre ambos es que tipifica como indicio el valor desproporcionado del patrimonio. PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 77.

⁸³ A mi modo de ver, el criterio que expongo también es el de Gómez Bermúdez, que en lo que interesa, señala: “*En el supuesto más extremo, si el patrimonio de la persona condenada es desproporcionado con respecto a sus ingresos legales, el órgano jurisdiccional podrá acordar su decomiso si llega a la convicción de que dicho patrimonio procede de la actividad delictiva del condenado.*” GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier. “De lege ferenda.” En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006, p. 280. Véase que no bastará con la sola desproporción, sino que se requiere también un juicio de certeza sobre el origen de los bienes. Como indiqué *supra*, comparte esta tesis MANES, “La incidencia de las “Decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo.” En: *RECPC*, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁸⁴ En igual sentido RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “La política europea en materia de comiso.” En: TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.). *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. Monografía. Las sanciones penales en Europa*. Navarra, Editorial Aranzadi, N° 21, 2009, p. 404; GASCÓN INCHAUSTI, “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes.” En: *CDF*, *op. cit.*, p. 12; GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, p. 76. Para él, las tres modalidades se deben incorporar en la legislación interna si se desea cumplir con la Deci-

tro de las cuales cada Estado puede elegir.⁸⁵ Para llegar a esta conclusión valoro el texto del citado art. 3, que en su primer apartado excluye la disyuntiva, al señalar que el comiso deberá proceder como *mínimo* en las circunstancias mencionadas en el segundo apartado, con lo cual las comprende todas. Aunado a esto, al iniciar el apartado 2 reitera dicha afirmación. Por otra parte, los supuestos previstos en los apartados a, b y c del artículo 3.2 son diversos y en consecuencia carecería de sentido que el legislador pudiese optar solamente por uno de ellos y dejar por fuera los otros, haciendo del comiso ampliado una herramienta incapaz de alcanzar los objetivos político criminales para los cuales fue diseñada. A lo expuesto podemos añadir una observación de Gascón Inchausti. Para él, atentaría contra la armonización legislativa que persigue la Decisión Marco el que los Estados pueden incorporar en sus legislaciones hipótesis diversas para aplicar el decomiso ampliado.⁸⁶

Finalmente, aunque no se puede ignorar que los tres supuestos que contempla el apartado 2 del artículo 3 están separados por la expresión *o bien*, que es precisamente la que produce confusiones al dar la impresión de que estamos ante tres

sión Marco. Entiendo que ésta es también la posición de Blanco Cordero, pues dice que el comiso debe pronunciarse *como mínimo* en esas tres hipótesis. BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, op. cit., p. 72.

⁸⁵ Habla de tres *opciones*, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco. "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *Revista de Derecho Penal*. Valladolid, Lex Nova S.A.U., N° 34, Año XI, tercer cuatrimestre 2011, p. 100. Rueda García también considera que del artículo 3 se desprende que "...la legislación nacional de cada Estado miembro ha de permitir, como mínimo, el decomiso de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una de las infracciones descritas en su primer apartado cuando, según alguna de las alternativas previstas en el segundo, procedan de su actividad delictiva... la Decisión marco establece un volumen mínimo de bienes susceptibles de decomiso: los que pertenezcan al condenado y procedan de su actividad delictiva." RUEDA GARCÍA, Luis. "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.); ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.). *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 223. Como se aprecia, este autor emplea la palabra *alternativas*. En igual sentido, Cereijo Soto habla de "tres mecanismos" por medio de los cuales se puede realizar el decomiso ampliado. CEREIJO SOTO, Antonio. "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7457, Sección Doctrina, 30 de julio de 2010, Año XXXI, p. 6. González Cussac habla de 3 fórmulas alternativas. GONZÁLEZ CUSSAC, "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO; *et ál., BIMJ*, op. cit., p. 18. Finalmente, también lo entiende así MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. "El decomiso: Regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España." En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid, LEX NOVA, S.A.U., 2010, p. 391.

⁸⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 76. De hecho, este ha sido el resultado que se ha dado en la práctica. Como señala Blanco Cordero, con base en el Informe de la Comisión con arreglo al art. 6 de la DM 2005/212/JAI, los Estados han adoptado medidas diversas en este campo. De acuerdo con dicho informe: "De forma directa o indirecta se prevé la modalidad a) en Bulgaria, Alemania, Finlandia y Portugal... Estonia prevé, directa o indirectamente, la medida prevista en la letra c)... La República Checa, Francia, Dinamarca y los Países Bajos prevén, directa o indirectamente, las medidas previstas en las letras a), b) y c)... Bélgica y Bulgaria prevén, directa o indirectamente, las medidas previstas en las letras a) y b)." BLANCO CORDERO, "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., p. 356.

opciones o alternativas, la lectura integral de la norma permite concluir que lo que pretende la Unión Europea es que cada Estado incorpore en su legislación las tres hipótesis mencionadas, y tome las medidas necesarias para que el comiso ampliado se ordene si se presenta cualquiera de ellas. La alternativa que prevé la DM es para la autoridad que debe decidir sobre el comiso ampliado (de manera que lo pueda ordenar cuando se dé cualquiera de las tres circunstancias) y no para el legislador interno, que solamente cumplirá con la DM cuando introduzca en su ordenamiento los tres supuestos reseñados atrás.

A pesar de que este instrumento tiene como uno de sus objetivos que todos los Estados regulen el decomiso de los productos del delito y la carga de la prueba en relación con el origen de los bienes que posea un condenado por infracciones cometidas al amparo de la delincuencia organizada,⁸⁷ no llega al extremo de recomendar expresamente la inversión de esa carga probatoria, como sí sucede con otros instrumentos internacionales (p. ej., la Convención de las NU de Viena, Palermo y Mérida). Ahora, innegable es que el decomiso de bienes originados en hechos que aunque pueden ser de la misma clase, no son los que está siendo objeto de discusión en el juicio, supone un relajamiento del rigor probatorio que ha rodeado la imposición de esa medida, pues deja de ser una consecuencia jurídica que solo procede una vez que se demuestren los hechos acusados, así como el vínculo entre esos hechos y los bienes, para convertirse en una medida que cabe en relación con bienes procedentes de hechos que no han sido imputados y menos aun demostrados en sentencia. Aunque ciertamente, también puede cuestionarse la importancia que la DM concede a la desproporción entre el valor del patrimonio del condenado y sus ingresos lícitos, pues aunque no lo diga expresamente, impone al condenado el deber de demostrar que no hay tal desbalance, debo subrayar que no basta esa desproporción para imponer el comiso. Según el artículo en examen, también es necesario que el órgano jurisdiccional esté convencido de que los bienes proceden de la actividad delictiva del condenado.

A diferencia de lo que sucede con el art. 3.2, donde se prevén formas de comiso ampliado que los Estados obligatoriamente deben incorporar en sus ordenamientos internos, el art. 3.3 y 3.4 de la DM prevé algunas modalidades opcionales. En concreto, en el art. 3.3 se pide a los Estados valorar la posibilidad de incorporar en los casos ya mencionados (que se relacionan con la criminalidad organizada y el terrorismo), el comiso ampliado extensible a terceros,⁸⁸ sean personas físicas o jurídicas. En concreto, el comiso total o parcial de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate, así como de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona en cuestión o sus allegados ejercen control, o de la que dicha persona recibe una parte considerable de ingresos (artículo 3.3).⁸⁹ En este comi-

⁸⁷ Décimo considerando de la DM.

⁸⁸ Así lo llama CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley*, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁹ "Artículo 3.

3. Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes

so ampliado extensible a terceros, lo básico es que los bienes a decomisar no pertenecen al condenado, sino a un tercero que es allegado al condenado, o a una persona jurídica que éste o sus allegados controlan. Dichos bienes proceden de las actividades que realizó el condenado con anterioridad a la que fundamenta la condena y que puede ser de la misma naturaleza o similar a ésta. Finalmente y para el caso en que la citada actividad sea de la misma clase que la juzgada, el órgano jurisdiccional puede considerar para resolver, la desproporción entre activos e ingresos legítimos del condenado, o en este caso entre activos e ingresos del tercero que es el titular aparente de los bienes.

Nótese que esta Decisión Marco, que sugiere extender el comiso ampliado a terceros, no dispone lo mismo tratándose del comiso ordinario o común, entiéndase el que recae sobre los bienes relacionados con la infracción sometida a juicio. Los casos en los que un tercero tiene la titularidad del derecho, o la tiene al menos en apariencia, no son objeto de regulación en esta normativa (ni en ninguna otra de carácter supranacional).

Por su parte, el art. 3.4 plantea la posibilidad de que los Estados acudan a procedimientos distintos al penal para privar al autor de la infracción de sus bienes, lo que implica prescindir de las garantías propias del proceso penal.

Finalmente, la DM no impide a los Estados aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías, sobre todo en lo relacionado con la presunción de inocencia y los derechos de propiedad (Considerando 11 de la DM y art. 5).⁹⁰ Según Gascón Inchausti, el art. 5 mencionado no puede ser una excusa para no aplicar este instrumento supranacional. Al contrario, debe obligar al legislador interno a incorporar los 3 supuestos previstos en materia de decomiso ampliado de manera cuidadosa, para que no haya roces con las garantías fundamentales del proceso penal.⁹¹

transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados.

La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.

4. Los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate.”

⁹⁰ Considerando 11: “La presente Decisión marco no impide a ningún Estado miembro aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías procesales, en particular la presunción de inocencia, los derechos de propiedad, libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en otros medios de comunicación.”

“Artículo 5

Garantías

La presente Decisión no tendrá el efecto de modificar la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales, incluida en particular la presunción de inocencia, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.”

⁹¹ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 77.

- D. Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.⁹²

En ésta se establecen las normas para el reconocimiento y la ejecución directa por parte de un Estado de las resoluciones finales de decomiso dictadas por las autoridades jurisdiccionales de otro Estado. Se trata de un claro impulso a la cooperación internacional a través del reconocimiento mutuo de resoluciones.⁹³

Aunque es una Decisión cuyo contenido es eminentemente procedimental, en ella se brindan una serie de definiciones de interés que se aproximan a las expuestas en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo. El decomiso es *la “sanción o medida impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes.”* Al hablar de bienes, se hace referencia a cualquier clase de ellos, *“ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado de emisión haya decidido”*. Dentro del concepto de bienes susceptibles de decomiso se incluyen los que son producto de una infracción penal (entendido éste como cualquier beneficio económico resultante de la infracción), o que equivalen al valor de ese producto (comiso de valor equivalente); los instrumentos de la infracción (bien utilizado o destinado a utilizarse en la comisión de la infracción) y finalmente, los que puedan ser decomisados con base en la potestad de decomiso ampliada (es decir, se prevé el decomiso ampliado).⁹⁴ Como en otras regulaciones, el comiso por valor equiva-

⁹² Publicada en el DOUE N° L 328, 24 de noviembre de 2006, pp. 59-67. Esta Decisión Marco sufrió algunas modificaciones (que no son de interés en esta investigación) por medio de la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. DOUE N° L 81 de 27 de marzo de 2009.

⁹³ Véase JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *RDP, op. cit.*, p. 101. Para Gascón Inchausti, con esta Decisión Marco “se consagra... la normalidad del decomiso transfronterizo en el contexto europeo.” GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 43. En igual sentido, Durbán Sicilia señala que esta DM instaure un sistema de reconocimiento mutuo y ejecución prácticamente automática de resoluciones que implican la privación definitiva de bienes considerados instrumento o producto de un delito. DURBÁN SICILIA, “Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso).” En: MARTÍNEZ LAFUENTE, *NUE, op. cit.*, p. 32.

⁹⁴ “Artículo 2

Definiciones

A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por:

- a) «Estado de emisión»: el Estado miembro en el que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de decomiso en relación con una causa penal;
- b) «Estado de ejecución»: el Estado miembro al que se transmita una resolución de decomiso para su ejecución;

lente es únicamente aplicable al producto de la infracción y no a otras categorías de bienes susceptibles del comiso (p. ej., los instrumentos).

- E. Decisiones Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada⁹⁵ y DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo.⁹⁶ Concepto de organización criminal de cara a la DM 2005/212/JAI del Consejo.

Aunque la DM 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, que derogó la Acción Común 98/733/JAI de 21 de diciembre de 1998, no reguló el tema del comiso, brindó un concepto de organización criminal que es de importancia en el examen del comiso ampliado. En su art. 1.1 define la organización como *“una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material...”* Asimismo, en el art. 1. 2 habla de la asociación estructurada como *“una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que ne-*

c) «resolución de decomiso»: la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes;

d) «bienes»: cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado de emisión haya decidido:

i) que constituyen el producto de una infracción penal o equivalen total o parcialmente al valor de dicho producto, o

ii) que constituyen los instrumentos de dicha infracción, o

iii) que pueden ser decomisados con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifican en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Decisión marco 2005/212/JAI, o

iv) que pueden ser decomisados a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión;

e) «producto»: todo beneficio económico resultante de infracciones penales. Podrá tener forma de cualquier tipo de bien;

f) «instrumentos»: cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales;

g) «bienes culturales pertenecientes al patrimonio cultural nacional»: los bienes definidos de conformidad con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro;

h) la infracción penal prevista en el artículo 8, apartado 2, letra f), será la infracción principal, cuando las diligencias conducentes a una resolución de decomiso impliquen una infracción principal y blanqueo de capitales.”

⁹⁵ DOUE N° L 300 de 11 de noviembre de 2008 pp. 0042 - 0045.

⁹⁶ DOCE L 164 de 22 de junio de 2002, pp. 3-7.

cesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada.”

Al igual que sucede con la Convención de Palermo de NU, en esta DM el primer elemento de la organización criminal es el denominado *grupo estructurado* o *asociación estructurada*. Lo que se procura erradicar a través de las medidas contempladas en este instrumento, son precisamente las organizaciones criminales y no uno de sus componentes (la asociación estructurada), lo anterior sin perjuicio de que los Estados tipifiquen como organización delictiva otros grupos de personas.⁹⁷

En lo relacionado con el terrorismo, la situación es similar. La DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo, entiende el grupo terrorista como *“toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo.”*⁹⁸ La organización estructurada, a su vez, se detalla como

⁹⁷ Así se desprende del apartado IV de la exposición de motivos que contiene la citada DM.

⁹⁸ Son delitos de terrorismo, según la DM:

“Artículo 1

Delitos de terrorismo y derechos y principios fundamentales

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;
- a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;
- b) atentados graves contra la integridad física de una persona;
- c) secuestro o toma de rehenes;
- d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;
- e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;
- f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;
- g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
- h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
- i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)...”

“Art. 2...

2. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales siguientes:

- a) dirección de un grupo terrorista;
- b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista.

Artículo 3

Delitos ligados a las actividades terroristas

II. POLÍTICA CRIMINAL SUPRANACIONAL SOBRE EL COMISO DE LOS ACTIVOS CRIMINALES

“una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada.”⁹⁹

De lo expuesto se extrae que la *organización estructurada* es únicamente uno de los componentes del grupo terrorista y no un fenómeno independiente que también pretenda erradicarse.

IV. Comiso: notas comunes en la normativa supranacional.

Tras el examen de los instrumentos supranacionales destacan las siguientes conclusiones:

En el diseño de una política criminal supranacional para acabar con la delincuencia grave, la destrucción del patrimonio ilícito y en particular el comiso, es una pieza fundamental.

La cooperación entre los Estados, necesaria para que prospere el decomiso transfronterizo, debe empezar por la armonización legislativa. Por esa razón es indispensable llegar a consensos sobre los elementos básicos que contienen los instrumentos supranacionales y que abarcan tanto lo sustantivo como lo procedimental.

La normativa supranacional no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del comiso (tan es así que usa indistintamente las palabras sanción y medida para referirse

Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos ligados a actividades terroristas las conductas siguientes:

- a) el hurto o robo con agravantes cometido con el fin de llevar a cabo cualesquiera de los actos enumerados en el apartado 1 del artículo 1;
- b) el chantaje con el fin de proceder a alguna de las actividades enumeradas en el apartado 1 del artículo 1;
- c) el libramiento de documentos administrativos falsos con el fin de llevar a cabo cualesquiera actos enumerados en las letras a) a h) del apartado 1 del artículo 1 y en la letra b) del apartado 2 del artículo 2.”

Tras los atentados ocurridos el 11 de marzo de 2004 en Madrid y el 7 de julio de 2005 en Londres, la DM sufrió modificaciones. A través de la DM 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 se amplió el elenco de conductas punibles.

⁹⁹ “Artículo 2

Delitos relativos a un grupo terrorista

1. A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por "grupo terrorista" toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por "organización estructurada" se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada.”

a él). A pesar de esto, se brinda un concepto que permite articular una respuesta uniforme por parte de los Estados. Comiso es la privación definitiva de un bien que está relacionado con una infracción penal y que es ordenada por un tribunal u otra autoridad competente.

Los bienes que deben estar sometidos a comiso, al menos en principio, son los *instrumentos* y los *productos* de la infracción. Ahora, en tanto que en algunos cuerpos normativos se habla del *producto* en sentido amplio (abarcando lo que en la legislación penal española serán tanto los efectos como las ganancias de la infracción, p. ej., en las Convenciones de NU de Viena, Palermo y Mérida), en otros se le considera sinónimo de provecho económico (v.g., en el Convenio de Estrasburgo; el Convenio de Varsovia; o la DM 2005/212/JAI del Consejo), equiparándose así *producto* y *ganancia*. De la misma manera, aunque en algunos instrumentos supranacionales se contempla solo el producto directamente *derivado* de la infracción (p. ej., el Convenio de Estrasburgo; o las DM 2001/500/JAI y 2005/212/JAI del Consejo), en otros se abarca también aquel derivado indirectamente; los productos que han experimentado transformaciones; que se han mezclado con otros bienes de origen lícito y los beneficios derivados de esos productos¹⁰⁰ (p. ej., en las tres Convenciones de NU ya mencionadas o el Convenio de Varsovia), con lo que se comprenden sobradamente las *ganancias indirectas*.

Los *instrumentos* son los bienes empleados o destinados a ser empleados en la comisión de delitos. Se trata de un concepto que comprende tanto los utilizados para cometer una infracción, como aquellos a los que sin darles ese uso, están dispuestos para ese fin.

Como regla general, la normativa supranacional reconoce el comiso por valor equivalente tratándose del producto, pero no en relación con los instrumentos. Como veremos en los próximos acápite de esta investigación, se trata de una posición correcta ya que el comiso de instrumentos encuentra su razón de ser en la peligrosidad de los objetos y en el propósito de prevenir su empleo en la comisión de nuevas infracciones. Ante este panorama, si el bien no es peligroso (p. ej., ha dejado de existir), o no existe el riesgo de que se use nuevamente para cometer un delito, no hay justificación para el comiso de otros bienes cuyo valor sea equivalente al de ese instrumento que está directamente vinculado con la infracción.

En relación con los delitos en los que se debe aplicar el decomiso, la normativa de las NU es sectorial (la Convención de Viena lo prevé sobre bienes relacionados con el tráfico de drogas, la de Palermo sobre los asociados con la delincuencia organizada y la de Mérida sobre los que atañen a la corrupción).¹⁰¹ Por su parte, la del Consejo de Europa permite a los Estados hacer algunas reservas (arts. 2.2 párrafo 1

¹⁰⁰ Se prevé el comiso de los bienes en los que el producto se haya convertido o transformado; el decomiso del producto que se ha mezclado con bienes de origen lícito, hasta por su valor estimado; así como cualquier ingreso o beneficio derivado del producto; de los bienes en los que el producto haya sido transformado o convertido y de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto, en la misma medida de éste.

¹⁰¹ Corrupción, criminalidad organizada y tráfico de drogas, según lo entienden esos mismos instrumentos internacionales.

del Convenio de 1990 y el art. 3.2 del Convenio de 2005). Como se aprecia, nos encontramos ante instrumentos que no conducen a una armonización en este plano. La situación cambia en el espacio de la Unión Europea, pues en primer término, la DM 2001/500/JAI prohibió a los Estados mantener o hacer reservas al Convenio de 1990, en lo relativo al decomiso de bienes vinculados con delitos que contemplasen una pena privativa de libertad o una medida de seguridad de duración máxima superior a un año (con excepción de los delitos fiscales). No obstante, el paso decisivo se dio con la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, pues a diferencia de la anterior (que solamente pretendía evitar una reducción en el espacio de aplicación del Convenio de 1990), exigió contemplar el decomiso en todas las infracciones penales que tengan prevista una pena privativa de libertad superior a un año.

La normativa de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea prevé algunas formas de comiso que deben contemplar los Estados. Hablo del comiso por valor equivalente (se menciona prácticamente en todos los instrumentos supranacionales que examiné) y el comiso ampliado (DM 2005/212/JAI y 2006/783 JAI del Consejo). Igualmente, es común la alusión al tercero de buena fe y la necesidad de proteger sus derechos.

Aunque en algunos se hace de forma categórica y en otros solapada, prácticamente en todos los instrumentos se contempla la necesidad de invertir de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes.¹⁰² Ésta también es la línea planteada por el Plan de Prevención y Control de la Delincuencia Organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio, que considera preciso estudiar la posibilidad de que una vez dictada la condena contra un delincuente por un delito grave, pueda mitigarse la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de los activos en su posesión.¹⁰³ De la misma manera, es característico de los instrumentos de NU, el Consejo de Europa y la Unión Europea el hacer depender esta opción de lo dispuesto en el derecho interno de cada Estado. Es decir, un Estado podrá exigir al condenado demostrar el origen legítimo de su patrimonio siempre y cuando eso no contravenga los principios que sustentan su ordenamiento jurídico.

La Decisión Marco 2005/212/JAI, que incorpora el tema del comiso ampliado, no menciona expresamente la inversión en la carga de la prueba. Solamente expone tres hipótesis en las que debería proceder esa clase de comiso. Si bien dos no están

¹⁰² Hay autores que valoran positivamente la inversión de la carga probatoria recomendada en estos instrumentos. P. ej., Aguado Correa señala: *“El comiso de ganancias en el ámbito de la delincuencia organizada debe regirse por unos principios parcialmente distintos, sobre todo, en lo que se refiere a la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada. No estaría de más que para estos casos se previese una especie de inversión de la carga de prueba de la certificación de origen, de manera que correspondiese al autor acreditar la procedencia lícita de los bienes. En definitiva, una facilitación de la prueba muy cercana a una inversión parcial de la carga de la prueba.”* AGUADO CORREA, Teresa. “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 05, 2003, p. 11. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05.html>.

¹⁰³ *“Esta mitigación haría que sea la persona condenada quien tenga que demostrar que ha adquirido dichos activos lícitamente. Si el tribunal no queda convencido, se puede declarar que dichos activos son productos ilegales del delito y confiscarlos.”* DOCE N° C 124 de 03/05/2000.

exentas de polémica (pues en una se prevé el decomiso de bienes procedentes de hechos anteriores que no son de la misma clase, sino solamente similares a los que motivan la condena y en la otra se da importancia a la desproporción entre los ingresos legítimos del condenado y el valor de sus activos, lo que supone hacer recaer sobre él la carga de demostrar que no hay tal desproporción), la DM contempla dos extremos que atemperan los riesgos que puedan presentarse. En primer lugar, exige que el órgano jurisdiccional *tenga certeza* sobre el origen de los bienes para disponer su decomiso. Veamos. Tratándose del supuesto previsto en el artículo 3.2.c, la simple desproporción no bastaría para imponer la medida. Se ocupa que órgano juzgador, con base en el examen de las circunstancias del caso concreto, esté convencido de que los bienes se originan en la misma actividad criminal del condenado. Esto también sucede en el caso del artículo 3.2.b, pues el tribunal debe tener certeza acerca de que los bienes proceden de una actividad delictiva del condenado similar a la que motivó la condena. En segundo lugar, la DM hace un llamado a los Estados para hacer prevalecer su normativa en materia de presunción de inocencia, con lo cual ninguna trasposición podría (o mejor dicho, debería) efectuarse, sin considerar previamente los requerimientos que establece el ordenamiento interno en materia de derechos y garantías.

El comiso ampliado, según la DM 2005/212/JAI, no se prevé para el común de las infracciones penales, sino solo para las que se asocian con ciertos fenómenos, en concreto, la criminalidad organizada y el terrorismo. Asimismo, la normativa supranacional (tanto de NU -Convención de Palermo-; como de la Unión Europea -DM 2002/475/JAI Y 2008/841/JAI del Consejo), explican la organización criminal o terrorista como un fenómeno con características determinadas (hablamos v.g., de un grupo estructurado que tiene permanencia en el tiempo y actúa de manera concertada). Según esos cuerpos normativos, el grupo estructurado es solamente el primer componente de la organización criminal o terrorista y no un sinónimo de ésta.

Aunque a nivel de NU se acepta que el comiso pueda ser ordenado por autoridades distintas de las judiciales (lo que es comprensible pues sus instrumentos están dirigidos a países que tienen regulaciones jurídicas muy diversas), en el ámbito europeo, con apego a los derechos y garantías consagradas en el Convenio de Roma de 1950 se descarta esta opción.¹⁰⁴ Ahora, hay instrumentos donde se considera viable que el comiso pueda ser resuelto en vías distintas a la penal (v.g., en la Decisión Marco 2005/212/JAI se invita expresamente a los Estados a considerarlo), lo que supone aceptar que la resolución de este tema pueda estar desprovista de las garantías propias del mencionado proceso.

¹⁰⁴ Así ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA, FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica*, op. cit., pp. 402-403.

V. Transposición de la normativa supranacional a la legislación española.

Para que se aplique en cada Estado lo expuesto por los instrumentos supranacionales examinados no basta con trasladar sus normas a la legislación interna. Cada Estado debe regular la figura jurídica del comiso de forma tal que no desconozca los principios fundamentales que se consagran en sus ordenamientos jurídicos, tarea que tiene mayor importancia si se considera que muchas de las ideas contenidas en esos cuerpos normativos no están exentas de polémica, p. ej., el comiso ampliado en relación con actividades criminales que no son las sometidas a juicio y condena, la inversión de la carga de la prueba y el comiso ampliado de bienes propiedad de terceros.

Tratándose del caso español, muchos de los requerimientos expuestos en los acápites anteriores ya habían sido satisfechos a través de la reforma introducida al Código Penal mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre.¹⁰⁵ En concreto, el comiso se extendió a los instrumentos con que se ha preparado la infracción y a las ganancias provenientes de los delitos, con el único límite que supone la adquisición legal del bien por parte de un tercero de buena fe no responsable del delito (a *contrario sensu*, si ese tercero, que puede ser una persona física o jurídica, no reúne ciertas condiciones, el comiso de sus bienes es plausible). No menos importante es el comiso subrogatorio (que recae sobre los bienes en los que se han transformado o convertido los que estaban relacionados directamente con la infracción) y que permite extender la aplicación de la figura en los términos que planteaban las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida, así como el Convenio del Consejo de Europa del año 2005.

Ahora bien, en tanto la normativa supranacional contempló el comiso de los bienes *destinados a cometer la infracción*, el legislador español dispuso el comiso de los que se *hayan empleado en su preparación*, hipótesis que no siempre son coincidentes. V.g., el instrumental de laboratorio empleado para preparar un veneno no necesariamente está destinado a cometer el hecho típico posterior (el homicidio), toda vez que no tendrá presencia alguna en la fase de ejecución. De igual forma, un arma de fuego destinada a cometer un homicidio no es un bien que se haya empleado en preparar la infracción.

En la LO 15/2003, igualmente, se previó el decomiso de bienes por un valor equivalente al de los efectos, instrumentos y ganancias cuando no hubiese sido efectiva la medida sobre estos.¹⁰⁶ Hablamos de un comiso por valor equivalente de

¹⁰⁵ Para González Cussac, al menos en lo relacionado con el decomiso común, la mencionada ley da cumplimiento en un grado elevado a la Decisión Marco 2005/212/JAI. GONZÁLEZ CUSSAC, "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO; et ál., *BIMJ*, *op. cit.*, p. 15. Curiosamente, hablamos de una ley que es anterior a la Decisión Marco.

¹⁰⁶ Según Rodríguez Sol, la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre y que en lo que interesa, incorpora el comiso por valor equivalente, supone la trasposición de la obligación contenida en ese sentido por la DM 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001. RODRÍGUEZ SOL, Luis. "La investigación de la delincuencia económica en el espacio judicial europeo." En: *Diario La Ley*. N° 6278, 21 de junio de 2005, Año XXVI, apartado VI. 2. Disponible en:

mayor alcance que el regulado en la normativa supranacional, pues en ésta solo se contempló para el producto de la infracción. Finalmente, en la citada ley se incorporó el comiso cuando a pesar de no haber sido impuesta una pena (por exención o extinción de la responsabilidad penal), se ha demostrado una situación patrimonial ilícita.

Con el propósito de satisfacer los requerimientos de la DM 2005/212/JAI,¹⁰⁷ en el año 2010 el legislador español incorporó al Código Penal el comiso ampliado y el comiso de bienes relacionados con cualquier delito cuya pena privativa de libertad fuese superior a un año. En la Exposición de Motivos contenida en el Anteproyecto de LO por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, se indicó: “Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella. Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso permitiendo a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividad delictiva cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de la organización criminal. Asimismo, en cumplimiento de las precitada Decisión Marco se faculta a los jueces y tribunales a acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.”¹⁰⁸

Como se extrae del texto antes transcrito, los impulsores de la reforma creían que como el comiso solo se aplicaba en relación con infracciones dolosas, España estaba incumpliendo la DM 2005/212/JAI del Consejo. Así las cosas, para adecuarse a ésta, se incorporó el comiso en relación con los delitos imprudentes que tuviesen aparejada una pena privativa de libertad superior a un año.¹⁰⁹ Sin embargo,

<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>. No se omite indicar que este autor trata como sinónimos el comiso de valor y la potestad de comiso ampliada, lo que desde mi óptica es incorrecto.

¹⁰⁷ HAVA GARCÍA lo confirma, al manifestar que “...el objetivo fundamental perseguido con la modificación de la regulación del comiso es su adaptación a lo dispuesto en 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. Así se reconoce expresamente tanto en el Preámbulo de la Ley como en su Disposición final sexta, en la que se enumeran todas las normas europeas que se incorporan al derecho español mediante la reforma.” HAVA GARCÍA, Esther. “Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 160.

¹⁰⁸ DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Comp.). *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*. Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2009, p. 9.

¹⁰⁹ Algunos autores creen que esa reforma logró armonizar la norma española con la europea. Así, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. “Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias.” En: GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Curso de Derecho Penal. Par-*

la lectura de la DM nos demuestra que la misma no distingue entre dolo e imprudencia,¹¹⁰ limitándose a señalar que el decomiso debía proceder en cualquier infracción penal que tuviese aparejada una determinada pena.

Con respecto al comiso ampliado, la DM 2005/212/JAI lo que contempla son las condiciones mínimas en las que debería aplicarse esa clase de comiso. A saber, cuando se trate de infracciones cometidas en el contexto de una organización delictiva que están previstas en determinadas Decisiones Marco; o cuando se trate de una infracción contemplada en la DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y en ambos casos (organizaciones delictivas y terrorismo), cuando se trate de infracciones capaces de generar un beneficio económico y que estén castigadas con penas de cierta gravedad. Con un mayor alcance, el legislador español admitió el comiso ampliado para cualquier infracción

te General. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2011, p. 975. Esta también es la opinión de Cereijo Soto, para quien la introducción del decomiso en los delitos imprudentes era necesaria “...no solo para lograr una efectiva armonización con la normativa europea, sino, especialmente, por la desprotección en que se colocaba a la víctima en algunos tipos delictivos (así, por ejemplo, en los homicidios imprudentes o lesiones de los arts. 149 ó 150 del CP cometidos con vehículos a motor, donde se excluía la posibilidad del decomiso de dicho vehículo). Ciertamente, desde el punto de vista de la prevención especial, resulta más eficaz la privación del derecho a conducir vehículos a motor, pero, desde el punto de vista de las víctimas, supone un elemento más para obtener la reparación del daño causado.” CEREIJO SOTO, “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso.” En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 7. En este mismo sentido, véase también lo expuesto en el Informe del Consejo Fiscal, contenido en DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, op. cit., p. 147.

¹¹⁰ El Consejo General del Poder Judicial indicó que: “... dicha Decisión Marco sólo dice en su artículo 2º lo siguiente: “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de las infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos.” Dado que el derecho español solo prevé hasta el momento el comiso para los delitos dolosos... parece que el Anteproyecto ha entendido que la Decisión Marco obliga a ampliarlo a los delitos imprudentes cuya pena privativa de libertad sea superior a un año. Sin embargo, la definición que hace la propia Decisión Marco de los conceptos “producto” (“beneficio económico derivado de una infracción penal”) e “instrumento” (“bien utilizado o destinado a ser utilizado [...] para la comisión de una o varias infracciones penales”) no indica que esté dirigida a delitos imprudentes. Por el contrario, parece cortada a medida de las infracciones dolosas, y, además, si la anulación del beneficio económico tiene la función preventivo general de eliminar el estímulo motivador del delito, parece claro que su función se dirige a los delitos dolosos. Y, en cuanto a los instrumentos, pese a que cabe hablar de elementos materiales con los que se cometen los delitos imprudentes (por ejemplo, un automóvil en relación con unas lesiones imprudentes por atropello), no obstante el término instrumento parece apuntar también a una cierta intencionalidad.” DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, op. cit., pp. 67-68. En igual sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords.). *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 116: “...no es difícil demostrar cómo en realidad tal decisión político-legislativa no venía impuesta por la Decisión Marco de referencia... Es evidente que la referencia a delitos con pena superior a un año, en absoluto significa que estos deban ser imprudentes.”

cometida en el marco de una *organización* o *grupo* criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo.¹¹¹ En concreto, el párrafo 2 del art. 127.1 indica:

“El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.”

Como se extrae de este texto legal, el comiso ampliado no solo se contempló en relación con determinadas infracciones, sino con respecto a *cualquier delito* en tanto esté asociado con terrorismo y criminalidad organizada. Además se incorporó el comiso ampliado sobre el patrimonio de los condenados por delitos realizados al amparo de un *grupo criminal*, entendido éste como una forma de concertación que si bien comparte con la organización criminal el número de integrantes (tres o más personas) y los fines perseguidos (comisión de delitos o faltas de manera reiterada), o carece de estabilidad temporal, o carece de concertación y coordinación en el reparto de tareas o funciones (entiéndase, de una estructura organizacional), o carece de ambos (art. 570 ter CP).

En lo vinculado con la organización criminal los problemas no son menores. En tanto que la normativa supranacional contiene un concepto cuidadosamente delimitado de ese fenómeno (así p. ej., la DM 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008), el legislador español adoptó uno mucho más extenso en el art. 570 bis CP y en el cual no hay límites en cuanto a la naturaleza o la gravedad de los delitos que realizan esas organizaciones o grupos, llegando al extremo de contemplar la comisión reiterada de faltas.¹¹²

Los mismos cuestionamientos caben en relación con el tema del terrorismo, ya que en la LO 5/2010, de 22 de junio, además de considerarse típicas algunas conductas que no necesariamente coinciden con la DM 2008/919/JAI,¹¹³ se elaboró un concepto de *organización* y *grupo terrorista* que parte de los conceptos de *organización* y *grupo criminal* contemplados en los arts. 570 bis y 570 ter CP,¹¹⁴ lo anterior

¹¹¹ González Cussac sugirió en su momento crear un nuevo apartado en el art. 127 que contemplase el decomiso ampliado previsto en el punto c) del artículo 3.2 de la Decisión Marco, pero limitado a las actividades delictivas cometidas en el seno de organizaciones criminales y a los delitos recogidos en la misma Decisión Marco. GONZÁLEZ CUSSAC, “Decomiso y embargo de bienes.” En: ARROYO ZAPATERO; *et ál.*, *BIMJ*, *op. cit.*, p. 19.

¹¹² Para Jiménez-Villarejo Fernández, la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia es uno de los propósitos político-criminales de la reforma. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *RDP*, *op. cit.*, p. 98.

¹¹³P. ej., en esta DM no se habla de adoctrinamiento.

¹¹⁴ Para el terrorismo, a los conceptos de organización y grupo criminal se añade un elemento subjetivo adicional, a saber, el propósito de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública a través de la comisión de los delitos de terrorismo. El artículo 571.3 CP dice que serán “*organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden consti-*

pese a que, ni para el fenómeno de la delincuencia organizada, ni para el terrorismo, la normativa supranacional exigió al legislador español tipificar la *asociación estructurada* o el *grupo estructurado*. Simplemente los definió pues son un elemento (el más importante) de lo que luego se entenderá por *organizaciones criminales* o *terroristas*,¹¹⁵ que son las que se pretende erradicar.

El art. 127 CP incorporó el comiso ampliado en relación con los instrumentos, efectos y ganancias, a pesar de que la Decisión Marco 2005/212/JAI lo restringió al producto, o para ser más precisos, a las ganancias, lo anterior al hacer referencia al provecho económico que deben suponer los bienes a decomisar. Finalmente, en tanto la DM habla de un comiso total o parcial de bienes del condenado, el art. 127 CP excluye la opción de un comiso parcial.

Es claro que la regulación del comiso ampliado en el ordenamiento jurídico español excedió sobradamente lo indicado en los instrumentos supranacionales. Sin embargo, esto no supone un irrespeto de los compromisos adquiridos por el Estado, ya que la Decisión Marco lo que establece son mínimos, de allí que nada impida al legislador interno prever otras hipótesis en las que cabe aplicar dicha potestad.

La legislación española no contempló el comiso ampliado extensible a terceros, o sea el de bienes adquiridos por terceros allegados a las personas cuyo patrimonio es sometido a decomiso ampliado, ni el de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que el condenado o sus allegados ejercen control efectivo, o de la cual recibe buena parte de sus ingresos,¹¹⁶ lo que tampoco supone un problema en términos de acatamiento de compromisos comunitarios, pues como indiqué en su momento, era una potestad de los Estados (y no un deber) regular esos supuestos. Aunque algunos creen que hubiese sido conveniente hacer eco de dicha norma supranacional en la legislación interna,¹¹⁷ pues es común el empleo de testaferreros,

tucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente."

¹¹⁵ En igual sentido, Velasco Núñez considera que ni la DM 2008/841/JAI, de 24 de octubre, sobre lucha contra la delincuencia organizada, ni la DM 2002/745/JAI, sobre lucha contra el terrorismo, pretende la clasificación dual del binomio «organización-grupo» que de modo diferenciado incorpora el CP. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010." En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, N° 86, Sección Estudios, Octubre 2011, apartado II. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>.

¹¹⁶ Comparte esta misma opinión, MORÁN MARTÍNEZ, "El decomiso: Regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., 394.

¹¹⁷ Este es el caso de Cereijo Soto, quien reclama la introducción de dicho supuesto en la ley 4/2010. Indica: "Finalmente, en cuanto a la exclusión de los allegados, familiares o amigos es, quizás, la omisión más criticable. La existencia en las organizaciones criminales de un entramado de personas intermedias que el responsable del delito controla o son sus amigos o parientes y donde cabrá demostrar su pertenencia a la organización delictiva y su mala fe en la adquisición del bien, desvirtúan enormemente la eficacia del decomiso en estas organizaciones y resulta sorprendente que el legislador no haya entrado ya en su regulación penal, más aún, cuando la armonización europea no solo lo permite, como se ha analizado anteriormente, sino que parece «exigirlo» a los Estados miembros. Por otra parte, el Tribunal Supremo en su sentencia número 55, Sala Segunda, de 26 de enero de 2010..., ya ha recogido los requisitos para que este decomiso sea respetuoso con el principio acusatorio (...)." CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la

sean personas físicas o jurídicas, que adquieren los bienes de mala fe con el único propósito de evitar que sean objeto de decomiso, el tema debe examinarse con cuidado, toda vez que el comiso ampliado está diseñado para bienes que no se relacionan directamente con la actividad criminal que se está discutiendo en el proceso, de allí que sea un riesgo admitirlo sobre bienes de terceros, que por su titularidad guardarán mayor distancia con los hechos sometidos a juicio. Aunado a lo anterior, hoy en día el comiso ordinario (por llamarlo de alguna forma que permita distinguirlo del ampliado), se puede imponer sobre bienes de terceros cuando no cumplan con alguna de las tres condiciones que apunta el art. 127 CP (buena fe, ausencia de responsabilidad en el delito y adquisición legal del bien) y como veremos en el próximo capítulo, el testaferrero como mínimo, carece de buena fe.

Como indiqué en el anterior acápite, según la Decisión Marco 2005/212/JAI, en el supuesto más estricto los Estados pueden exigir que en el sujeto pasivo del comiso ampliado concurren las siguientes tres condiciones: ser el condenado, el autor de las actividades delictivas de las que proceden los bienes y el titular de estos. El legislador español asumió esta postura tan solo en parte, al exigir que el condenado y el titular de los bienes sea la misma persona. En concreto, el art. 127.1 párrafo 2 CP señala que serán considerados como provenientes de la actividad delictiva “...el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.” Es el patrimonio del condenado (y no el de terceros), el que puede ser alcanzado por el comiso ampliado, cuando su valor sea desproporcionado con sus ingresos.

A pesar de que la DM contiene tres hipótesis en las que debe proceder el comiso ampliado, el legislador español solo incorporó la expuesta en el art. 3.2.c. Además la adoptó solo en parte, ya que como requisito para ordenar el comiso, a la desproporción entre el valor del patrimonio y los ingresos del condenado no añadió la necesidad de que el órgano jurisdiccional alcance un juicio de certeza sobre el origen de los bienes, como sí lo contempla dicho instrumento supranacional.

Las hipótesis que el art. 127.1 párrafo 2 no incorporó son las expuestas en los apartados a) y b) del artículo 3.2 de la Decisión Marco, en las que el órgano jurisdiccional con base en el examen de las circunstancias del caso concreto (es decir, con apego a las reglas de la sana crítica racional), llega al convencimiento (certeza), de que los bienes del condenado proceden de la misma actividad delictiva o de otra similar cometida por él, con anterioridad al delito que está siendo sometido a examen. No coincido con quien sostiene que el art. 127 CP incorpora las 3 hipótesis,¹¹⁸

ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso.” En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 7.

¹¹⁸ Gascón Inchausti considera que el texto sí satisface los requerimientos de la Decisión Marco, pues según él, contempla los 3 supuestos que menciona ésta: “A nuestro juicio, sin embargo, la redacción del nuevo art. 127.1 II CP también da cobertura a las otras dos modalidades de decomiso ampliado, y de hecho lo hace con creces. En efecto, la regla general del precepto, sentada en su primer inciso, es justamente la de que el tribunal podrá ampliar el decomiso a los bienes «procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal»: no se exige, por tanto, que la

pues aunque en efecto, el legislador no señaló las características de la actividad criminal que da origen a los bienes (con lo cual puede ser o no de la misma naturaleza que la sometida a condena, abarcando sobradamente los supuestos previstos en los apartados a) y b) citados atrás), al señalar expresamente cuáles bienes se deben considerar de procedencia delictiva (*el patrimonio de los condenados cuyo valor sea excesivo frente a los ingresos legítimos*), creó un límite que solo se puede desconocer haciendo una interpretación extensiva de la norma. De esta manera, se excluye la posibilidad de decomisar bienes en otros casos, p. ej., cuando a pesar de no configurarse la mencionada desproporción patrimonial, hay certeza sobre el origen ilícito (supuesto que es precisamente el contemplado en los apartados a) y b) del art. 3.2 de la Decisión Marco), lo que es un despropósito. Para fundamentar esta conclusión puedo añadir dos argumentos. El primero, consiste en que la descripción de los bienes que se tachan de origen ilícito se introduce con la frase *A estos efectos*, lo que pone en evidencia que se trata de una única disposición y no de dos, como sostiene algún sector de la doctrina, al señalar que el comiso de los bienes procedentes de actividades delictivas anteriores es la regla general y la desproporción patrimonial es solamente una regla probatoria especial, que sirve para facilitar la acreditación de dicho origen. El segundo argumento se relaciona con el comiso de bienes cuyo titular aparente es un tercero. Si interpretásemos que la regulación del decomiso ampliado prevista en el art. 127.1 párrafo 2 contiene dos partes (una premisa general y una disposición de orden probatorio), tendríamos que concluir que el decomiso ampliado se puede aplicar sobre los bienes de terceros, ya que los activos procedentes de actividades criminales anteriores a los hechos sometidos a debate pueden estar bajo su titularidad. Si esto fuese así, también deberíamos concluir que en la legislación española se introdujo el supuesto previsto en el art. 3.3 de la Decisión Marco 2005/212/JAI, con las graves consecuencias que esto supone en términos de garantías y derechos fundamentales.

Lo antes planteado tiene un problema adicional. El legislador, al dejar de lado toda mención a *la certeza* que debe alcanzar el órgano jurisdiccional sobre el origen de los bienes, también dejó de lado que la DM, así como prácticamente todas las demás regulaciones supranacionales, le invitaban a privilegiar su ordenamiento nacional en materia de presunción de inocencia.

En relación con el tercero de buena fe, la normativa supranacional impone a los Estados la única obligación de proteger sus derechos frente a las decisiones que se adopten en materia de decomiso. Así lo hizo el Estado español, sometiéndolo eso sí, a que el tercero cumpla con tres condiciones (buena fe, irresponsabilidad en la infracción y adquisición legal del bien).

*actividad delictiva de la que procedan los bienes sea la misma, sino que basta que tanto el delito enjuiciado en el proceso, como la actividad delictiva de la que proceden los bienes decomisados, se inserten en el marco de la actuación de una organización criminal. De este modo, caben tanto el decomiso ampliado del art. 3.2 a) DMD, como el del art. 3.2 b) DMD, pues la amplitud del precepto da cabida a actividades delictivas «similares» a la enjuiciada como origen de los bienes decomisados. La especial regla probatoria del segundo inciso se añade a lo anterior y sirve sólo para facilitar la acreditación de la procedencia ilícita de los bienes decomisados, pero no restringe en modo alguno el amplio alcance de lo dispuesto en el inciso anterior.» GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 79.*

Siempre sobre la trasposición de la normativa supranacional al ordenamiento jurídico español, en España no se acogió la sugerencia contenida en la Decisión Marco de contemplar procedimientos diversos al penal para privar al autor de la infracción de los bienes relacionados con ella. Tal decisión me parece acertada, ya que el comiso es una medida de carácter sancionatorio conexas con la comisión de una infracción penal, o como mínimo de una conducta típica y antijurídica. Por ese motivo, su imposición no debe estar exenta de las garantías que caracterizan el proceso penal.

Para concluir este capítulo debo referirme a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso.¹¹⁹ Se trata de una ley con la que se pretende incorporar al ordenamiento jurídico español la DM 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, así como la modificación que de esta norma efectuó la DM 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Esta ley regula el procedimiento a seguir por las autoridades judiciales españolas para transmitir a las autoridades competentes de la Unión Europea una resolución de decomiso firme impuesta por la comisión de una infracción penal, o para reconocer y ejecutar en España, una resolución emitida por las autoridades competentes de otro Estado miembro de la Unión Europea.¹²⁰

Aunque es una regulación eminentemente procesal (al igual que lo son las Decisiones marco que incorpora); hay algunos elementos que conviene destacar. En primer lugar introduce en la legislación nacional el concepto de decomiso que emplean los instrumentos supranacionales mencionados y la misma Decisión Marco 2005/212/JAI. En concreto, se entenderá por resolución de decomiso “*la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes.*” (Art. 3.1). Hablamos de una sanción o medida firme (entiéndase, con carácter ejecutorio); consistente en la pérdida definitiva de bienes, impuesta por un tribunal -un órgano jurisdiccional- en un proceso penal,¹²¹ pues solamente en esta vía se discute lo relacionado con las infracciones penales. Además, al usar las palabras sanción y medida como sinónimos, dejó de lado toda la polémica que hay en torno a la naturaleza jurídica del comiso.

¹¹⁹ BOE N° 61, 11 de marzo de 2010, pp. 24473 a 24495.

¹²⁰ Art. 1 de la Ley. En igual sentido, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *RDP, op. cit.*, p. 105.

¹²¹ Según Antonio Cereijo, la resolución de decomiso prevista en la ley 4/2010, debe gozar de tres requisitos: “...debe ser una sentencia o medida firme, impuesta por un órgano jurisdiccional en un procedimiento penal y que contenga una condena de privación definitiva de bienes.” CEREIJO SOTO, “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso.” En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 2. Léase también DURBÁN SICILIA, “Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso).” En: MARTÍNEZ LAFUENTE, *NUE, op. cit.*, pp. 33-34.

II. POLÍTICA CRIMINAL SUPRANACIONAL SOBRE EL COMISO DE LOS ACTIVOS CRIMINALES

La Ley 4/2010 de 10 de marzo, enunció también los bienes que pueden ser sometidos al comiso: los productos de la infracción o su valor equivalente y los instrumentos de la infracción. No obstante, no da una definición de lo que se debe entender por productos e instrumentos.

Entre los bienes a decomisar, comprende los que pueden serlo “... con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifican en el artículo 3, apartados 1 y 2, de 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.” Hablamos del comiso de bienes efectuado con base en la citada Decisión Marco en el Estado de emisión (sea España o cualquier otro). Como en el ordenamiento jurídico español no se incorporaron todas las hipótesis previstas en el art. 3 de la citada Decisión Marco, la aplicación de esta norma se deberá limitar al único supuesto en que el comiso ampliado fue reglado (en concreto, aquel en el que hay desproporción entre los activos y los ingresos legales del condenado). Dicho en otras palabras, cuando España sea el Estado de emisión, solamente en el caso mencionado *supra* el comiso ampliado estará permitido.¹²²

La ley también habla de los bienes que “... pueden ser decomisados a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión.”¹²³ Valen aquí las consideraciones antes expuestas. Siendo que en el ordenamiento jurídico español el decomiso ampliado se contempló solo en un caso, cuando España sea el Estado de emisión la

¹²² Entiendo que Jiménez-Villarejo Fernández es también de este mismo criterio, pues aunque no lo dice expresamente, señala que la Ley 4/2010 alude a aquellos bienes que puedan ser objeto de decomiso en virtud de los supuestos de potestad de decomiso ampliada prevista en los supuestos alternativos del art. 3.2 de la DM de 2005, cuya incorporación a la legislación interna se produjo mediante la LO 5/2010, “...en donde opta por la presunción de procedencia de actividades delictivas en supuestos de patrimonio desproporcionado respecto a los ingresos legales.” JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *RDP*, *op. cit.*, p. 105.

¹²³ “Artículo 3. Resolución de decomiso.

1. Se entenderá por resolución de decomiso la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes.

2. A los efectos de esta Ley, la resolución de decomiso podrá afectar a cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado de emisión haya decidido:

- a. Que constituyen el producto de una infracción penal o equivalen total o parcialmente al valor de dicho producto.
- b. Que constituyen los instrumentos de dicha infracción.
- c. Que pueden ser decomisados con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifican en el artículo 3, apartados 1 y 2, de 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.
- d. O que pueden ser decomisados a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión.”

aplicación de la Ley 4/2010 también debe limitarse a él. Distinto es que no sea el Estado de emisión, pues ahí sí deberá ejecutar la resolución.¹²⁴

Autores como Cereijo Soto consideran que la Ley 4/2010 es un paso más en la armonización que los Estados miembros deben alcanzar para luchar eficazmente contra la criminalidad, en especial la organizada, sin embargo, cuestiona que no se aproveche la oportunidad para incluir otras figuras contenidas en la regulación comunitaria, p. ej., el decomiso de bienes de los allegados de los responsables criminales y el decomiso ampliado para los supuestos en lo que no actúe una banda organizada.¹²⁵ En sentido diverso, Jiménez-Villarejo Fernández señala que a través de la previsión contenida en el art. 3.2.d) de la Ley 4/2010 se abrió paso al decomiso de bienes de allegados en materia de criminalidad organizada y terrorismo.¹²⁶ Aunque en efecto, el art. 3.2.d) autoriza el decomiso de bienes “... a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión”, entiendo que si el Estado de emisión es el español no procederá el decomiso de bienes de allegados, pues no se incorporó ese supuesto en la legislación interna. Si, por el contrario, el Estado de emisión es cualquier otro de la Unión Europea que contemple en su ordenamiento el supuesto previsto en el art. 3.3 de la DM 2005/212/JAI (entiéndase, el comiso total o parcial de bienes adquiridos por los allegados de la persona que se trate, así como bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona en cuestión o sus allegados ejerce control, o de la que dicha persona recibe una parte considerable de ingresos, esto en casos de criminalidad organizada y terrorismo¹²⁷), el comiso por parte de las autoridades españolas no necesariamente procederá, ya que según el artículo 19 g) de la misma Ley 4/2010, la ejecución puede denegarse “Cuando el Juez considere incompatible con los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución la resolución adoptada en aplicación de las disposiciones sobre la potestad de decomiso ampliada a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 3”. Decomisar bienes que tienen una relación tan lejana con la infracción que motiva la

¹²⁴ Así se desprende del artículo 19. g) de la Ley 4/2010. También señala la doctrina: “Se advierte que no existe mención alguna a la previsión contenida en el artículo 8.3 de la Decisión Marco en relación con la posible denegación por el juez de la ejecución de decisiones de decomiso ampliado, que se correspondan con otras opciones del artículo 3.2 DM 2005/212/JAI no recogidas en el Código Penal español. La inexistencia de motivo de denegación basado en este apartado obliga al Juez español a ejecutar cualquier decomiso acordado en atención a las posibilidades de decomiso ampliado que plantea la DM de 2005 en el apartado 2 del artículo 3.” JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *RDP, op. cit.*, p. 113.

¹²⁵ CEREIJO SOTO, “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso.” En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 7.

¹²⁶ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *RDP, op. cit.*, p. 105.

¹²⁷ “Artículo 3.

3. Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados.

La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.”

condena, como sucede con los bienes que se pretenden abarcar con el comiso ampliado sobre bienes de allegados, puede ser cuestionable desde una perspectiva constitucional (p. ej., por quebrantar el derecho a la propiedad), razón por la que estimo dudoso que las autoridades españolas puedan aplicar esa figura jurídica.

Para concluir este acápite, es necesario señalar que la Ley 4/2010 se relaciona con la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la LO 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.¹²⁸ Ambas son regulaciones de carácter procesal, orientadas como su nombre lo apunta, a asegurar provisionalmente los bienes que luego pueden ser decomisados.

¹²⁸ Ambas en el BOE N° 134, 6 de junio de 2006.

CAPÍTULO III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL, LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS DE 2003 Y 2010 (LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE Y LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO)

A través de la LO 10/1995 de 23 de noviembre, nació a la vida jurídica el Código Penal actual. En él se consideró el comiso una consecuencia accesoria, categoría completamente novedosa, pues en los Códigos Penales anteriores se le había catalogado como pena pecuniaria, pena accesoria y medida de seguridad.

Posteriormente, mediante las LO 15/2003 de 25 de noviembre¹ y 5/2010 de 22 de junio,² esa figura sufrió reformas importantes que serán descritas a continuación.

I. El artículo 127 del Código Penal y sus reformas.

El texto original del artículo 127 contenido en la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, rezaba:

*“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 instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, 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. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.”*³

Según este artículo de un único párrafo, el comiso es una consecuencia accesoria de la pena impuesta por un delito o una falta dolosos; es de aplicación preceptiva y recae sobre los efectos provenientes del delito o la falta y los instrumentos con que se haya ejecutado la infracción (no así aquellos con los que se haya preparado). El comiso de las ganancias, antes reservado para algunas infracciones,⁴ se convierte en una medida aplicable a cualquier delito, sin embargo, no sucede lo mismo con la faltas.

¹ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003.

² LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 152, 23 de junio de 2010.

³ LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 281, 24 de noviembre de 1995, p. 34003.

⁴ Delitos de tráfico de drogas y cohecho.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

La norma prevé el comiso subrogatorio (entiéndase el que recae sobre los bienes en los que se hayan transformado o convertido los que estaban relacionados directamente con la infracción) y el comiso de bienes propiedad de terceros. La excepción requiere que el bien sea de un tercero que cumpla simultáneamente tres condiciones: haber actuado de buena fe, no ser responsable del delito y haberlo adquirido legalmente.

Como se ve, el cambio de pena a consecuencia accesoria supuso el abandono del rigor asociado a la figura del comiso. No solamente se amplió el ámbito de aplicación en términos objetivos (se incluyeron las ganancias); sino también en términos subjetivos (pues se admitió el comiso de bienes de terceros en ciertas circunstancias).⁵

Con el propósito de evitar cualquier enriquecimiento de los intervinientes en el delito y mejorar su represión, en especial la del blanqueo de capitales y el tráfico de drogas,⁶ mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se reformó el art. 127 CP. Éste se dividió en cuatro apartados que incorporaban múltiples novedades.⁷ En concreto, se desvinculó el comiso de la pena. Se autorizó al órgano jurisdiccional para decretar la medida en los casos donde no habiéndose impuesto una pena (sea porque la persona fue eximida de responsabilidad criminal, o porque esa responsabilidad se extinguió), se ha demostrado una situación patrimonial ilícita. De esta manera, aunque en la primera parte del art. 127 la pena se mantuvo como presupuesto para la aplicación del comiso, ya no lo era con carácter imprescindible. También se amplió el ámbito de aplicación del comiso, al incluir los instrumentos con los que se ha preparado la infracción (y no únicamente los empleados en su ejecución, como lo

⁵ En igual sentido, RAMÓN RIBAS, Eduardo. "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, N° XXIV, 2002-2003, pp. 528-529.

⁶ Así se indica en la Exposición de Motivos de la LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003, p. 41843.

⁷ "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.

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.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán."

LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003, pp. 41851-41852.

hacia el texto original). Tratándose del objeto del comiso, se incluyeron los vocablos *bienes y medios*, así como las ganancias provenientes de las faltas. Finalmente, se incorporó el comiso de bienes por valor equivalente, entiéndase el que recae sobre otros bienes que son parte del patrimonio de los responsables del hecho, lo anterior cuando no es posible aplicar el comiso directamente sobre los instrumentos con que se preparó o ejecutó el delito o falta doloso, o sobre los efectos y las ganancias procedentes de dicha conducta.

A través de la LO 5/2010, de 22 de junio, se han introducido los cambios más recientes a la figura jurídica. El texto del art. 127 ha quedado redactado de la siguiente manera:

“Artículo 127.

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.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. 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.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.”⁸

La norma extiende el ámbito de aplicación del comiso al exigir (usa el término *deberá*) al órgano juzgador ordenar su imposición sobre los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. Igualmente se contempla una presunción,⁹ pues se debe entender como proveniente de esa actividad el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista, o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de cada una de dichas personas.

Además, la reforma incorpora el comiso potestativo de los efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias en materia de delitos imprudentes, siempre y cuando estén sancionados con una pena privativa de libertad superior a un año. Es decir, la regulación del comiso aplicable a hechos dolosos se traslada a los imprudentes que tengan aparejada una pena superior al año de privación de libertad, aunque con carácter potestativo.

Según Muñoz Conde y García Arán, el comiso en delitos imprudentes fue suprimido en el Código Penal de 1995, básicamente porque es difícil pensar en alguno que produzca un enriquecimiento ilícito a su autor y porque al no existir intención de delinquir, la pena impuesta ejerce suficiente efecto admonitorio para prevenir la comisión de nuevos delitos imprudentes.¹⁰ A pesar de estas observaciones, ha vuelto a la vida jurídica con la reforma indicada, con el propósito de cumplir con la Decisión Marco 2005/212/JAI que como indiqué en el anterior capítulo, sin distinguir entre dolo e imprudencia, exige a los Estados contemplar el comiso en cualquier infracción que tuviese asociada una pena superior al año de privación de libertad. En todo caso, no parece insólito admitir el decomiso en infracciones imprudentes, ya que, contrario a lo que mencionan dichos autores, es plausible que éstas generen ganancias (piénsese p. ej., en un blanqueo de capitales imprudente). Del mismo modo, por las características del bien, el comiso de efectos o instrumentos puede devenir necesario (v.g., el decomiso del instrumento intrínsecamente peligroso con que se comete un homicidio, o unas lesiones imprudentes -veneno o armas prohibidas-).

Finalmente, con la LO 5/2010 se abrió la puerta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consecuencia de esto también la del comiso (en todas las variantes que ofrece el art. 127 CP) sobre los efectos, instrumentos y ganancias de las infracciones cuya autoría pueda atribuírseles.

⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 152, 23 de junio de 2010, p. 54836.

⁹ En el preámbulo de la ley se admite expresamente que, para facilitar la aplicación de la medida, se estableció una presunción en torno a la procedencia del patrimonio de actividades delictivas. LO 5/2010, BOE N° 152, 23 de junio de 2010, p. 54815.

¹⁰ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG*, *op. cit.*, 8° edición, pp. 621-622.

II. De la pena a la consecuencia accesoria: la transformación del comiso.

Imponer la pena de comiso, como cualquier otra pena, se supeditaba al cumplimiento de ciertos requisitos. Era necesario que un órgano jurisdiccional declarase al titular (o titulares) de los bienes a decomisar, responsable de haber cometido una conducta típica, antijurídica culpable y punible.¹¹ Además, como el sistema estaba regido por el principio *societas delinquere non potest*, el ámbito de aplicación subjetiva del comiso se reducía a las personas físicas, o expuesto de otra manera, era una medida proscrita en relación con bienes propiedad de personas jurídicas o colectivos a los que no se les reconocía capacidad criminal.¹²

En el Código Penal de 1995 el comiso se convirtió en consecuencia accesoria. Tal y como lo pretendía el legislador español,¹³ al dejar de estar sometido a los principios que rigen la imposición de las penas (v.g., personalidad y culpabilidad), perdió el rigor que lo caracterizaba. Se abrió la puerta al comiso de bienes pertenecientes a terceros (pues ya no se requería demostrar que el condenado era el propietario de los efectos, instrumentos o ganancias); el decomiso de bienes de personas jurídicas o entes colectivos (a los que en aquel entonces no se les reconocía capacidad penal y en ese tanto, no se les podía imponer penas)¹⁴ y el decomiso en los casos en los que a pesar de no haberse aplicado una pena principal, se había demostrado la existencia de una situación patrimonial ilícita (o en otras palabras, un hecho típico y anti-jurídico).¹⁵

¹¹ Así lo indican GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.); BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 444; RAMÓN RIBAS, Eduardo. "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4ª edición, 2005, p. 660.

¹² Con esta orientación GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, *op. cit.*, p. 444; RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 527; RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 660. En ambas obras Ramón Ribas apoya sus afirmaciones en la opinión de Gracia Martín en torno a este tema.

¹³ De esta opinión RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 532. RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 661. Para este autor el objetivo no se consiguió por completo, pues la figura mantuvo buena parte de su rigidez.

¹⁴ Es con la LO 5/2010, de 22 de junio, que se reconoce la capacidad penal de las personas jurídicas.

¹⁵ Sobre la transformación del comiso en consecuencia accesoria, señala Ramón Ribas: "Es importante subrayar que los cambios introducidos por la Ley Orgánica 10/1995 nacieron precisamente con la pretensión, en parte conseguida, de hacer más flexible, más ágil, un instrumento hasta entonces... excesivamente rígido como consecuencia de su configuración como pena accesoria. Por una parte, era preciso acreditar plenamente que la cosa sobre la cual iba a recaer el comiso pertenecía a una determinada persona cuya responsabilidad penal era necesario declarar previamente; por otra, esto último, resultaba imposible, como hemos visto, cuando el titular del bien era una persona jurídica, pues ésta siempre será considerada un tercero, dada su incapacidad criminal, en relación con el delito o falta; además, la concurrencia de causas de inculpabilidad, de eximentes, por tanto, de naturaleza personal que, sin embargo, no eliminan la antijuricidad del comportamiento, anulaba la operatividad del comi-

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

No obstante simplificar la labor a los operadores jurídicos, la transformación del comiso no está exenta de polémica en el ámbito doctrinario, sobre todo porque el debate en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias sigue sin resolverse.¹⁶

Aunque el Código Penal no se pronuncia con respecto a este tema¹⁷ nos da algunas claves para iniciar su estudio. La primera es la ubicación sistemática del comiso. La figura fue incluida en el Título VI, denominado *De las consecuencias accesorias*. El nombre de este acápite, a pesar de incluir el término *accesorio*,¹⁸ es independiente de los destinados a regular las penas, las medidas de seguridad y la responsabilidad civil derivada de las infracciones penales. Es decir, para el legislador español el comiso es una consecuencia jurídica diferente de las ya mencionadas. Por otra parte, bajo la denominación consecuencias accesorias el comiso fue equiparado con una serie de medidas que estaban previstas en un primer momento para los delitos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas¹⁹ y con las que tenía en común su problemática naturaleza.²⁰ Esta situación no cambió tras la LO 5/2010, pues si bien

so, pues su accesoriidad lo era respecto de una pena principal, dependiendo su imposición de la previa comisión, de forma responsable, de un injusto individual. RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, pp. 532-533.

¹⁶ Véase AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁷ Aguado Correa considera la posibilidad de que el legislador español de manera consciente no se haya pronunciado sobre la naturaleza de las consecuencias accesorias, al no corresponderle resolver los debates doctrinales. AGUADO CORREA, *El comiso, ibídem*, p. 31.

¹⁸ Autores como Manzanares Samaniego critican esa denominación, por imprecisa, pues no estamos ante una consecuencia accesoria de la pena. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*. Granada, Editorial Comares, Tomo I, Parte General (Artículos 1 a 137), 2010, p. 923.

¹⁹ El artículo 129, antes de la reforma introducida mediante LO 5/2010, rezaba:

"1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a. Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b. Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c. Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d. Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e. La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma."

²⁰ La doctrina debatió ampliamente sobre la naturaleza jurídica de las medidas contempladas en el art. 129 anterior a la reforma introducida por LO 5/2010, de 22 de junio. Según Tamarit Sumalla, algunos autores las consideraban simplemente inclasificables o peculiares y otros una tercera vía sancionatoria en el seno del Derecho penal. Había quienes les negaban el carácter penal y las estimaban medidas de carácter administrativo. Tamarit Sumalla menciona también a los autores que las catalogaban como medidas coercitivas de carácter no sancionador y como auténticas penas.

las disposiciones contenidas actualmente en el art. 129 CP tienen el mismo alcance que las penas que se imponen a las personas jurídicas, al estar destinadas a colectivos que carecen de dicha personalidad²¹ siguen sin poder considerarse, o al menos no sin obstáculos, dentro de las clásicas consecuencias de la infracción penal.²²

Finalmente, para él (Tamarit Sumalla) las medidas del 129 eran el germen de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. TAMARIT SUMALLA, Josep. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003, pp. 1158-1160, 1164. Sobre el tema señala Mapelli Caffarena: "El nuevo Código Penal ha incorporado un Título dentro del que el legislador decide incluir el comiso y otras consecuencias de diversa naturaleza que se encontraban dispersas a lo largo de la parte especial y que tenían como destinataria inmediata la persona jurídica. Su intención se ha limitado a mejorar la sistemática del texto legal. Más allá es imposible encontrar una respuesta firme a las dudas sobre la naturaleza jurídica del comiso y estas otras medidas... En la doctrina encontramos una rica variedad de propuestas sobre la cuestión que prácticamente agotan todas las que son imaginables, y en todos los casos hay una pacífica coincidencia en que resulta más fácil decir lo que no son las consecuencias accesorias que lo que son. Los esfuerzos dirigidos a encontrar una naturaleza común a todas estas otras consecuencias del delito resulta baldío. La doctrina no alcanza a buscar elementos positivos comunes a todas ellas, sino tan solo a destacar cuales son los obstáculos que impiden incluir las reacciones aquí recogidas en cualquier de las categorías clásicas." MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *Revista Penal*. Barcelona, Editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Año 1, N° 1, 1998, pp. 46-48.

²¹ En lo medular, el art. 129 del Código Penal vigente señala que tratándose de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, el órgano juzgador les podrá imponer a éstas una o varias de las consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito y que están previstas en los apartados c) a g) del artículo 33 apartado 7 del Código Penal:

"Artículo 129. 1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7.

Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7."

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 152, 23 de junio de 2010, pp. 54836-54837. Según Muñoz Conde y García Arán, aunque el contenido de las medidas en este caso es idéntico al de las penas previstas para las personas jurídicas, se denominan consecuencias accesorias toda vez que se considera que a los colectivos sin personalidad jurídica no se les puede imponer una pena. MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG*, op. cit., 8° edición, p. 633. Por su parte, Morales Prats indica: "A la vista de la introducción del artículo 31 bis, el artículo 129 CP pasa a asumir una función residual. Lo que antes era el estatuto de consecuencias accesorias para las personas jurídicas ahora pasa a ser un estatuto de responsabilidad penal residual para infracciones penales cometidas en el seno, con la colaboración o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Con independencia de la posición que adoptemos en torno a la recién creada responsabilidad penal de las personas jurídicas; las penas previstas para éstas y las medidas que prevé el art. 129 para los colectivos que carecen de esa personería (temas que no son objeto de examen en esta investigación), en el Título VI del Libro I del Código Penal continúan agrupándose disposiciones cuyo nexo cardinal es la dificultad para poder ser consideradas penas, medidas de seguridad o medidas dirigidas a la reparación de las consecuencias civiles derivadas de la infracción. Incluso, si concluyésemos que las medidas del actual art. 129 CP son básicamente penas aunque con otro nombre (pues se aplican a colectivos sin personalidad jurídica),²³ esta circunstancia sería intrascendente a efectos de determinar la naturaleza jurídica del comiso, pues tratándose de este instituto, hay argumentos de peso para descartar que se trate de una pena.

Así las cosas, para definir la naturaleza jurídica del comiso como consecuencia accesoria, en primer lugar es indispensable reconocer su autonomía frente a las

*personas que carecen de personalidad jurídica. La definición del ámbito del artículo 129 se efectúa en negativo, por exclusión de lo que no cabe en el artículo 31 bis CP. El artículo 129 prevé que a estas empresas o entes sin personalidad jurídica se podrán imponer las penas, ahora denominadas consecuencias accesorias, previstas en las letras c) a g) del artículo 33.7 CP.” MORALES PRATS, Fermín. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas.” En: En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010, p. 67. También Ramón Ribas señala: “El artículo 129,... ya no podrá aplicarse a las personas jurídicas, pues,... aun orientadas sus consecuencias a sujetos o entes colectivos, éstos deben carecer de personalidad jurídica.” RAMÓN RIBAS, Eduardo. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo I, 6ª edición y 1º con este título, 2011, p. 764. Sobre este tema, véase también NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias.” En: GIL GIL, et ál., *Curso de DPPG, op. cit.*, pp. 970-971.*

²² P. ej., Ramón Ribas considera que el reconocimiento de la capacidad criminal de las personas jurídicas evidencia que la falta de personalidad impide extender a esos entes colectivos dicho reconocimiento, de ahí que el legislador se conforme con prever un conjunto de medidas que permitan actuar contra ellas. RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 770.

²³ Sobre el vínculo que hay entre las actuales medidas del artículo 129 y las penas dirigidas a las personas jurídicas, Fernando de la Fuente Honrubia señala: “Con motivo de la anterior regulación de estas medidas se había planteado la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica no existiendo consenso pues se defendió que se trataba de penas, de medidas de seguridad o incluso de medidas de carácter administrativo impuestas en un proceso penal. Sin embargo, un núcleo doctrinal importante defendía que se trataba de un “*tertium genus*” de las consecuencias jurídicas del delito, diferentes de las penas y de las medidas de seguridad, impuestas sobre el instrumento utilizado en la comisión del delito con efectos fundamentalmente inocuidadores o de control de la peligrosidad delictiva. Con la nueva regulación, sin embargo, dicha conceptualización ha de cambiar necesariamente, al menos desde un punto de vista formal. El legislador ha pretendido que las consecuencias accesorias tengan el mismo alcance y el mismo fundamento que las penas que se imponen a personas jurídicas, con la diferencia de que exclusivamente pueden imponerse a entidades sin personalidad jurídica. Por tanto, el aspecto distintivo no es la medida en sí, sino los sujetos destinatarios de las mismas quienes, en este caso, no pueden ser penalmente responsables y no pueden imponérseles estas medidas como consecuencia de su propia acción (lo que sí sucede en el caso de personas jurídicas) sino como consecuencia de la acción de personas físicas que operan en el tráfico jurídico a través o por cuenta de aquéllas.” DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando. “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 163-164.

medidas previstas en el art. 129 del Código Penal.²⁴ No menos importante es saber que el art. 127 contiene diferentes clases de comiso cuyo fundamento, naturaleza jurídica y orientación teleológica también es diverso.²⁵

A pesar de reconocer estas diferencias, un sector de la doctrina ha hecho un esfuerzo por hablar de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias como si se tratase de un grupo homogéneo (o al menos así sucedió hasta antes de la reforma introducida por la LO 5/2010).²⁶ La misma situación se ha dado con respecto al

²⁴ Son muchos los autores que reconocen esta circunstancia. Por ejemplo, Tamarit Sumalla estima las consecuencias accesorias constituyen una especie de cajón de sastre en el que se encuentra por una parte el comiso y por otra, las sanciones previstas en el art. 129. TAMARIT SUMALLA, "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: DIEZ RIPOLLÉS, *et. ál.*, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, *op. cit.*, p. 1164. Sobre la autonomía del comiso frente a las medidas del artículo 129, véase también AGUADO CORRERA, *El comiso*, *op. cit.*, p. 35; MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG*, *op. cit.*, 8^o edición, p. 621 y FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, p. 946.

²⁵ Luz María Puente Aba lo señala expresamente: "En el ordenamiento español podemos distinguir dos tipos diferentes de comiso, en función de los elementos sobre los que recae (art. 127 CPE): el comiso de los efectos e instrumentos procedentes de un delito o falta, y el comiso de las ganancias derivadas de estos últimos. Cada una de las dos modalidades posee un fundamento diferente..." PUENTE ABA, Luz María. "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional)*. Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, N^o 10, 2006, p. 853.

²⁶ García-Pablos de Molina, v.g., entiende que: "La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias ha dado lugar a una viva polémica en la doctrina española. Prescindiendo de quienes no toman postura al respecto por estimarlas inclasificables, peculiares; o restan interés al problema, puede observarse un rico abanico de opiniones: unos autores...mantienen la naturaleza penal de estas consecuencias accesorias, si bien advirtiendo que no se trata de penas ni de medidas de seguridad sino de una tercera vía sancionatoria en el seno del Derecho Penal; otros, por el contrario, afirman que son medidas de carácter administrativo, medidas de carácter asegurativo basadas no en el poder punitivo sino en el poder coercitivo del Estado y orientadas a la defensa preventiva de bienes jurídicos; no faltan opiniones a favor de la tesis que equipara las consecuencias accesorias a las propias penas; o a las medidas de seguridad..." GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 150-151. Nótese que este autor habla en términos generales de las consecuencias accesorias. Sin embargo, al examinar las obras que él a su vez menciona, descubro que Cerezo Mir, para concluir que las consecuencias accesorias son medidas de carácter administrativo, centró su estudio en las medidas contempladas en el art. 129 CP, que para ese entonces se dirigía a los colectivos con personalidad jurídica (y a los que este autor no les reconocía capacidad en términos penales). Es decir, no examinó la figura del comiso. Véase CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos, 2^o reimpresión de la 6^o edición, Tomo II, 2005, p.73. De igual manera Zugaldía Espinar, al sostener que las consecuencias accesorias merecen la consideración de penas, no valoró el comiso, limitando su análisis a las medidas contempladas en el art. 129 (texto anterior a la reforma de 2010). ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coords.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2001, p. 896. Finalmente, si bien López Garrido y García Arán dijeron en su momento que las llamadas consecuencias accesorias constituían una categoría en ocasiones cercana a las sanciones de tipo administrativo, al ejemplificar esta afirmación citaron solamente el caso de la clausura de empresas, medida contenida en el art. 129 CP. LÓPEZ GARRIDO, Diego; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, no indica editorial, 1996, p. 82. En síntesis, al hablar de la naturaleza de las consecuencias accesorias, en ningún caso los autores men-

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

comiso, pues no siempre se marca la distinción entre el comiso de efectos e instrumentos y el de ganancias.²⁷ Hecha esta aclaración, abordaré los planteamientos que se han hecho en relación con el comiso como categoría unitaria.

Para algunos autores se trata de una medida *sui generis*,²⁸ que por no encontrar un lugar dentro de las tradicionales consecuencias jurídicas del delito, constituye una *tercera*²⁹ o *cuarta*³⁰ categoría. De manera prácticamente unánime se descarta que el comiso sea una pena, pues no guarda proporción con la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor, con lo cual no se puede individualizar adecuadamente (así, v.g., Muñoz Conde y García Arán,³¹ Saavedra Ruiz,³² Manzanares Samaniego,³³

cionados (y a los que remite García-Pablos de Molina), abordaron el tema del comiso. Creo que la búsqueda de respuestas unitarias para la categoría de las consecuencias accesorias lo único que ha causado son confusiones. Cito un ejemplo: Gracia Martín sostiene que para López Garrido y García Arán las consecuencias accesorias son medidas de carácter administrativo o civil (GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, *op. cit.*, p. 447). Sin embargo, como acabamos de ver, cuando estos dos autores hablan de medidas próximas a las sanciones administrativas no están mencionando el comiso, sino una de las medidas contempladas en el artículo 129 CP.

²⁷ V.g., para García-Pablos de Molina, el fundamento del comiso en términos generales, es “*privar al delincuente de los instrumentos, efectos y ganancias derivados del delito, de acuerdo con exigencias político-criminales particularmente sentidas en determinadas parcelas de la delincuencia.*” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 147.

²⁸ P. ej., MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal.” En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*. Madrid, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Volumen 1, Enero/Diciembre, 37/40, 1983, p. 244; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 148 y PUENTE ABA, Luz María. *La regulación del comiso en el Código Penal Español*. Buenos Aires, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico, 24 de marzo de 2009, p. 5. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/>.

²⁹ V.g., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; *et ál.*, *Curso de DPPG*, *op. cit.*, p. 545; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Universitas S.A., 3ª reimpresión de la 1ª edición, 2004, p. 57 y RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC*, *op. cit.*, p. 540.

³⁰ Hay autores como Borja Mapelli Caffarena que hablan de las consecuencias accesorias como “cuarta vía”, pues no son ni penas, ni medidas de seguridad, ni consecuencias reparatorias derivadas del delito. MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP*, *op. cit.*, pp. 48-49.

³¹ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG*, *op. cit.*, 8ª edición, p. 620.

³² Según Saavedra Ruiz el comiso no se compagina con los principios de proporcionalidad y divisibilidad propios de la aplicación de las penas, incluso a pesar de que el art. 128 ya introdujo ambos, permitiendo que los jueces o tribunales no lo decreten, o lo hagan parcialmente. SAAVEDRA RUIZ, Juan. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.); LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, Editorial Bosch, S.A., Tomo II, 2007, p. 843.

³³ MANZANARES SAMANIEGO, “Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal.” En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, *op. cit.*, pp. 244-245; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal.” En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXV, Fascículos II y III mayo-diciembre, MCMLXXXI, p. 614. En relación con la entonces pena de comiso, este autor señaló: “... si los ordenamientos jurídicos recogen en su arsenal de penas la confiscación especial como mal a sufrir por el delincuente, no por su peligrosidad, sino de acuerdo con la entidad del injusto y la culpabilidad del reo, tropezarán con el

Choclán Montalvo³⁴; Prats Canut y Morán Mora³⁵). Mapelli Caffarena plantea similares observaciones, indicando que su imposición no depende de criterios relacionados con la culpabilidad del infractor, ni está sometida a las reglas de determinación de las penas, en cuyo catálogo además no se incluye.³⁶ El comiso no es una pena, pues de serlo no cabría decomisar los bienes propiedad del inimputable, o de terceros ajenos a la infracción.³⁷

El tema de las finalidades de la pena también ha sido tratado por algunos autores para negar al comiso tal carácter. Mir Puig estima que este instituto ni se prevé como una amenaza dirigida a disuadir de cometer el delito, ni como un castigo merecido por éste. Agrega que no responde a ninguna de las finalidades de la pena, ni a la prevención mediante la motivación, ni a la retribución.³⁸ Esta también es la opinión de Saavedra Ruiz³⁹ y de Antonio García-Pablos de Molina, autor que hace suyos los razonamientos de Mir Puig.⁴⁰

Al comiso también se le niega el carácter de medida de seguridad toda vez que no busca abordar la peligrosidad del sujeto. Así lo estiman Choclán Montalvo;⁴¹ Mir Puig,⁴² Muñoz Conde y García Arán⁴³ y Manzanares Samaniego, según el cual los fines de mejora y reeducación que inspiran las medidas de seguridad solo se alcanzan mediante medidas personales en sentido estricto.⁴⁴ Finalmente, Mapelli Caffa-

obstáculo insalvable de la individualización..." MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La pena de comiso." En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. Madrid, Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Escuela de Estudios Penitenciarios, Año XXXIII, N° 216-219, enero-diciembre 1977, p. 36.

³⁴ El comiso no es un instrumento de reacción frente a la culpabilidad por el hecho. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid, Dykinson, 2001, p. 28.

³⁵ Según ambos autores el comiso tiene problemas para ajustarse a los principios de proporcionalidad y divisibilidad, lo que dificulta su correcta individualización. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3° edición, 2004, p. 647.

³⁶ MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP*, op. cit., p. 48.

³⁷ MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP*, *ibidem*, p. 50.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Editorial Reppertor, reimpresión de la 7° edición, 2005, p. 767. En otra obra, indica: "Hay que señalar que, aunque el comiso se consideraba en el CP anterior como una pena, lo cierto es que no encajaba bien con esta denominación, pues su finalidad no es punitiva, esto es, imponer un mal que sea sentido como tal y con alguna de las finalidades que pueden darse a una verdadera pena: retribución, prevención general o prevención especial. La finalidad del comiso no es más que privar al delincuente de los medios por los que cometió el delito o de los efectos económicos del delito." MIR PUIG, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 06-01, 2004, p. 3. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>.

³⁹ Saavedra Ruiz se limita a señalar que el comiso no es conciliable con los principios de prevención de la pena. SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 843.

⁴⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., pp. 148-149.

⁴¹ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 28.

⁴² MIR PUIG, *DPPG*, op. cit., p. 767.

⁴³ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG*, op. cit., 8° edición, p. 620.

⁴⁴ MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del*

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

rena estima que a diferencia de lo que sucede con el comiso (que puede alcanzar bienes que no pertenecen al responsable de la infracción), las medidas de seguridad tienen un carácter personal.⁴⁵

La jurisprudencia también reconoce que el comiso es difícilmente conciliable con la pena y su fundamento. En concreto, porque ha sido excluido del catálogo de las penas;⁴⁶ porque no responde a los fines preventivos de éstas y porque su aplicación no atiende a los principios de proporcionalidad y divisibilidad que caracterizan su imposición, incluso a pesar de que el art. 128 CP abre la puerta a la aplicación de tales principios, autorizando a los operadores jurídicos a no decretar el comiso o hacerlo parcialmente.⁴⁷ Aunado a esto, el Tribunal Supremo le considera una tercera clase de sanción penal, al margen de las penas y las medidas de seguridad.⁴⁸

Como se aprecia, son abundantes las coincidencias en relación con lo que el comiso no es (una pena o una medida de seguridad, entendidas como consecuencias jurídicas clásicas asociadas a una infracción), sin embargo la situación es diversa cuando hablamos de lo que sí es, entiéndase, cuando se trata de determinar su naturaleza jurídica. Creo que esto solo se puede dilucidar separando los diversos tipos de comiso existentes y estudiándolos de manera individual.

Lo que en este momento podemos descartar es que el comiso sea una pena. El art. 128 le otorga un carácter facultativo en ciertas circunstancias (lo que no sucede con las penas, cuya imposición es preceptiva) y en su imposición se desconocen principios básicos de la materia, v.g., el de culpabilidad y personalidad. Según el primero, la pena solo se puede fundar en la constatación de que un determinado hecho se puede reprochar a su autor. Es decir, la pena supone culpabilidad, de allí que quien actúa sin ella no puede ser sancionado.⁴⁹ De manera distinta el comiso puede alcanzar bienes que no pertenecen al responsable de la infracción, e inclusive, puede imponerse en casos donde no se ha decretado alguna pena. Al ser admi-

Nuevo Código Penal, op. cit., p. 245. Según este autor, "Por lo que hace a la medida de seguridad, conviene recordar las palabras de Florián acerca de que ninguna medida patrimonial, incluido el comiso, puede cumplir un fin de reeducación y mejora. Ciñéndonos a los "instrumenta" y "producta sceleris", cabe admitir que su peligrosidad objetiva devenga en peligrosidad del sujeto, pero ello no significa que la pérdida de tales cosas constituya una medida de seguridad en sentido estricto... la medida de seguridad sólo puede proponerse o la readaptación del peligroso (medidas de curación, educación y corrección) o su segregación física (medidas de seguridad propiamente dichas)... En definitiva, el comiso tal vez disminuya la peligrosidad del sujeto, al privarle de sus instrumentos físicos de actuación, pero no lo reeduca ni segrega." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, pp. 37-38. Vid. también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 924.

⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.*, p. 50.

⁴⁶ A manera de ejemplo, se pueden consultar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: N°397/2008 de 1 julio; N° 314/2007 de 25 abril y N° 94/2006 de 10 febrero.

⁴⁷ STS N° 32/2009 de 7 enero.

⁴⁸ STS N° 16/2009 de 27 enero.

⁴⁹ Sobre la noción de culpabilidad por el hecho como base de la individualización de la pena, véase CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. Madrid, Colex, 1997, p. 86.

sible el comiso de bienes de terceros, también se ignora el principio de personalidad de las penas, según el cual no es posible castigar a alguien por un hecho ajeno. No menos importante es que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido, precepto que no siempre se respeta al imponer el comiso. P. ej., cuando el titular del bien decomisado no es el autor de la infracción, sino únicamente un partícipe, o un tercero ajeno a la infracción que no adquirió el bien legalmente. Si bien el art. 128 consagra el principio de proporcionalidad, lo cierto es que su aplicación solo se prevé en ciertas hipótesis y no como regla general.

El comiso tampoco puede ser considerado una medida de seguridad, pues se impone sobre determinados bienes (los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción) y no sobre la persona que la comete y cuya peligrosidad (entendida como la posible comisión a futuro de conductas contrarias al ordenamiento jurídico)⁵⁰ es intrascendente. Aunque en algunos casos, el comiso de bienes intrínsecamente peligrosos, o que son peligrosos en la medida en que están a disposición de una persona determinada, puede evitar la comisión de nuevas infracciones penales, eso no significa que nos encontremos ante una medida de seguridad, ya que a diferencia de lo que sucede con éstas, el comiso no se interesa por la peligrosidad criminal del autor de la conducta⁵¹ y en ese tanto, no tiene como objetivo su readaptación o reinserción social.⁵² En síntesis, el comiso no busca evitar que el individuo que ha demostrado su peligrosidad mediante la comisión de una infracción penal cometa una nueva infracción en el futuro.⁵³ Finalmente, el comiso suele asociarse a la sanción que se impone a imputables, lo que no sucede con algunas de las medidas de seguridad. Éstas también son susceptibles de revisión y cese, mientras que el comiso resuelve de manera definitiva sobre la titularidad.

⁵⁰ "La peligrosidad hay que entenderla como la probabilidad de delinquir que, para el futuro, manifieste quien ya haya cometido un hecho previsto como delito (peligrosidad postdelictual). A este respecto, el artículo 6º establece que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan." LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. Valencia, Tirant lo Blanch, 6º edición, 2005, p. 318.

⁵¹ Así lo indican GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 37.

⁵² Para Manzanares Samaniego, el comiso no persigue ni la reeducación ni la segregación del peligroso, como sí sucede con las medidas de seguridad. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, pp. 37-38. Sobre las palabras de Manzanares Samaniego es importante hacer dos observaciones. La primera, el autor escribió esta obra antes de la entrada en vigor de la actual Constitución Política que en su art. 25.2, señala que las medidas de seguridad deberán estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social. La segunda, la doctrina actual admite que dicha norma no excluye la aplicación de medidas de seguridad que tengan un fin predominantemente asegurativo. Para ampliar sobre este tema, consúltese GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, p. 438.

⁵³ Según Mir Puig, las medidas de seguridad "No se imponen como reacción frente al delito cometido, sino para evitar otros en el futuro, pero se entiende que la peligrosidad del sujeto sólo queda suficientemente comprobada cuando el mismo ya ha cometido un delito. Un ejemplo de medidas de seguridad postdelictuales lo ofrece la regulación prevista para el enfermo mental que comete un delito, según el cual éste podrá ser ingresado en un establecimiento psiquiátrico o sometido a un tratamiento ambulatorio. El sentido de estas medidas no es infligir un mal al enfermo mental por el delito cometido, sino sustraerle del estado psíquico que pudo llevarle a delinquir, para que no vuelva a hacerlo. El delito anterior se considera, sin embargo, la prueba necesaria—aunque no sea por sí sola bastante— de que el enfermo mental encierra suficiente peligrosidad criminal." MIR PUIG, *DPPG, op. cit.*, p. 54.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Los argumentos antes expuestos confirman la decisión del legislador de separar el comiso de las restantes consecuencias jurídicas de la infracción, a través de su ubicación bajo una rúbrica diversa. No obstante, también es evidente que llamarlo consecuencia accesoria no es lo idóneo, pues la accesoriedad del comiso con la pena es limitada. Lo deseable sería dotar a esta figura de autonomía, pues tiene características que lo diferencian de las penas, las medidas de seguridad, la responsabilidad civil derivada de la infracción y las medidas previstas en el art. 129 CP. Según explicaré más adelante, es necesario regular de forma separada cada clase de comiso, ya que su naturaleza jurídica, fundamento y orientación teleológica varía considerablemente.

III. Clases de comiso.

Para clasificar el comiso tomaré como punto de referencia el objeto sobre el que puede recaer el mismo. Tenemos el comiso de los efectos que provienen de un delito o falta, de los bienes, medios o instrumentos empleados en su preparación o ejecución y de las ganancias provenientes también de un delito o falta.

El listado de bienes sobre los que puede imponerse esta medida es mayor si se considera que el art. 127 CP incluye el comiso de los bienes en los que se hayan podido transformar los efectos, los instrumentos y las ganancias de la infracción (comiso subrogatorio), el comiso de bienes por un valor equivalente a esos efectos, instrumentos y ganancias (comiso por valor equivalente) y el comiso ampliado (que recae sobre el patrimonio de los condenados por infracciones relacionadas con la criminalidad organizada y el terrorismo). Los motivos por los cuales se priva al titular de los derechos patrimoniales que tiene sobre estos bienes, varía según se trate del comiso de efectos, instrumentos o ganancias, de ahí que sea indispensable hacer un análisis pormenorizado de las distintas clases de comiso.

A. Comiso de efectos e instrumentos.

En primer término, corresponde determinar qué se debe entender por efectos provenientes del delito o falta y por instrumentos empleados en su comisión o preparación. Luego examinaré la regulación de otros países sobre el comiso de efectos e instrumentos, así como el fundamento y naturaleza jurídica que éste tiene en la legislación española. A lo largo de estas páginas, también expondré mi posición sobre el tema.

1. Concepto de efectos.

De manera unánime, la doctrina considera efectos provenientes del delito o falta, los bienes producidos, transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción (v.g., el dinero falsificado). A partir de este punto encontramos las discrepancias, pues en tanto algunos autores optan por una interpretación restrictiva que se ajusta a lo antes expuesto, otros prefieren darle un contenido más extenso.

Mapelli Caffarena señala que la doctrina dominante excluye de la categoría de los efectos, los objetos de la infracción penal.⁵⁴ Sin embargo no es tan extraño leer obras recientes en las que sus autores (incluido el mismo Mapelli Caffarena⁵⁵) abogan por una interpretación extensiva en este ámbito. P. ej., Gallego Soler habla de efectos como “... todos los bienes o cosas que se encuentran en poder del delincuente -mediata o inmediatamente- como consecuencia de la infracción.”⁵⁶ También es de este criterio Zaragoza Aguado⁵⁷ y Saavedra Ruiz, quien cree en un concepto que abarque tanto el objeto de la infracción y “... todos los bienes y objetos obtenidos por el sujeto a partir del hecho delictivo, ... de lo que se trata es de anular cualquier ventaja obtenida a partir del hecho ilícito. Así un automóvil, o cualquier otro objeto adquirido con el dinero procedente del delito es susceptible de comiso porque se trata de un supuesto de transformación.”⁵⁸ Como se ve, la interpretación de Saavedra Ruiz es tan amplia que, además del objeto de la infracción, puede alcanzar las ganancias, a pesar de que el art. 127 ya contempla el comiso de éstas de manera autónoma. En un sentido similar aunque más comedido, Prats Canut y Morán Mora,⁵⁹ Peris Riera y Plá Navarro;⁶⁰ así como Gascón Inchausti,⁶¹ señalan que bajo la categoría efectos, se pueden comprender los objetos de la infracción. Es éste también el criterio de la Fiscalía General del Estado (Circular N° 2/2005, de 31 de marzo)⁶² y de Mapelli Caffa-

⁵⁴ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, op. cit.*, p. 51; CUELLO CONTRERAS, Joaquín; MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos, 2011, p. 372.

⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 5ª edición, 2011, pp. 413-414.

⁵⁶ GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Art. 127.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 299.

⁵⁷ ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, pp. 415-416.

⁵⁸ SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 844.

⁵⁹ En este sentido, PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3ª edición, 2004, p. 649.

⁶⁰ PERIS RIERA, Jaime Miguel; PLÁ NAVARRO, Cristina. “Artículo 127.” En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, p. 962.

⁶¹ Por efectos “...pueden entenderse los objetos producidos o derivados de la infracción, incluidos a veces los bienes que son en sí objeto de la infracción: así, v.g., son efectos los documentos falsificados, los alimentos adulterados o las drogas elaboradas.” GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 63.

⁶² “Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos). Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

rena, quien como adelanté, considera que interpretar el vocablo efectos de manera que se entienda referido solo a lo producido o transformado por la infracción excluyendo su objeto, “*da lugar a una imposibilidad de decomiso de las armas en un contrabando de las mismas, de las cosas sustraídas cuando no se conoce el dueño o de un paquete de acciones que han sido puestas a la venta fraudulentamente. Solo la específica referencia a los objetos, en algunas ocasiones como en los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, permite que pueda decomisarse la droga.*”⁶³ Igual es la opinión de Choclán Montalvo, para quien cabe el comiso del objeto del delito cuando se trate de bienes de tenencia ilícita y que por ende, son objetivamente peligrosos para la colectividad.⁶⁴

Otros autores que siguen el criterio más restrictivo, entienden que los efectos constituyen una categoría diversa de los objetos de la infracción. Este es el caso de Aguado Correa;⁶⁵ González Cussac;⁶⁶ García Arán⁶⁷ y Gracia Martín. Éste último indica que el vocablo efectos “...comprende a los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva, como por ejemplo los alimentos adulterados o la moneda o documentos falsificados. Según la opinión dominante, no pueden tener la consideración de efectos del delito y no podrán ser por ello decomisados, las cosas materiales que constituyen el objeto del delito, como por ejemplo las cosas que hayan sido hurtadas o robadas. Esta exclusión parece lógica y obligada en la mayor parte de los casos en

la institución determina que se consideren como efectos todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc.).” FGE. Circular N° 2/2005 de 31 de marzo, sobre la Reforma del Código Penal en relación con los Delitos de Tráfico Ilegal de Drogas. Disponible en: <http://www.fiscal.es>.

⁶³ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, op. cit.*, p. 51.

⁶⁴ “...además cabe el comiso del objeto del delito, pero en este último caso sólo cuando se trata de bienes de tenencia ilícita, aunque respecto de ello no hay referencia expresa en la regulación general y la regulación especial es parcial (drogas -art. 374-, géneros de contrabando -art. 5 Ley de Contrabando-) y no alcanza de manera expresa a todos los bienes que deberían ser decomisados (armas prohibidas, explosivos, etc.). La jurisprudencia ha manejado un concepto amplio de “efectos del delito”, comprensivo de los objetos de ilícita tenencia, para tratar de paliar esta oscuridad del legislador, en la que ha insistido el Código penal de 1995. La ilicitud de determinados objetos como las drogas o los explosivos deriva precisamente de su peligrosidad objetiva para la colectividad, por lo que no hay obstáculo para entender comprendidas en la relación del art. 127 las cosas poseídas ilícitamente, sin que ello suponga merma del principio de legalidad al ser compatible esta conclusión con el tenor literal, y respecto de las cuales los tribunales deben restablecer la seguridad debida.” CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.*, p. 41.

⁶⁵ AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC, op. cit.*, pp. 14-15.

⁶⁶ Para este autor, los efectos son “los objetos creados, transformados o manipulados desde la propia conducta delictiva (v.gr. los documentos falsificados), pero no las cosas que constituyen el objeto de la infracción misma (dinero, joyas).” GONZÁLEZ CUSSAC, José. “Decomiso y embargo de bienes.” En: ARROYO ZAPATERO; *et ál., BIMJ, op. cit.*, p. 14.

⁶⁷ Ella considera que si el objeto pertenece a la víctima, está excluido del comiso por razones de especialidad normativa, ya que corresponderá restituirlo de conformidad con el art. 110 CP. Si pertenece al autor y procede del delito (es efecto de éste), cabe su decomiso por el enriquecimiento ilícito que suponen. En otros casos, p. ej., la tenencia de armas, cabrá su comiso por ser bienes peligrosos objetivamente. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 953.

que el objeto material está representado por una cosa que será perteneciente a la propia víctima. Esto no es, sin embargo, siempre así, pues en algunos delitos el objeto material es propiedad del mismo autor; así por ejemplo sucede con las armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de armas o explosivos, con la droga en el delito de tráfico de drogas... Para que el objeto material del delito pueda decomisarse, por ello, será preciso que se incluya una regulación específica que excepcione la regla general. Así lo hace nuestro Derecho con respecto a la droga (art. 374 CP) y con respecto a las mercancías que sean objeto de contrabando (art. 5.a Ley de Contrabando).⁶⁸ En esta misma línea de ideas encontramos a Manzanares Samaniego, quien desde hace muchos años (inclusive desde antes de que se contemplase el comiso de las ganancias como una regla general en la legislación española), ha sostenido que la categoría de los efectos debe interpretarse restrictivamente, tal y como lo hace la doctrina alemana para su propia legislación.⁶⁹ Según él, con el término efecto se alude al producto o resultado de la infracción criminal, "... el fruto de ella en el sentido de que se obtiene algo que no se tenía antes."⁷⁰ Dentro de los efectos, incluye los *producta sceleris* en sentido estricto, o sea, los bienes producidos por la acción típica (p. ej., el documento falsificado, la moneda falsificada o la droga, cuando resultan de la propia mecánica comisiva)⁷¹, pero no los *scelere quaesita*, o en otras palabras, lo obtenido por medio de la acción criminal, sea adquirido directamente por ella (*scelere quaesita* en sentido estricto, p. ej. el botín del hurto), o bien obtenido mediante un *productus sceleris* (el llamado *fructus sceleris*, v.g., lo comprado con dinero falso, o el dinero recibido por el receptor al vender la cosa). Tampoco son *producta sceleris* los objetos del delito (p. ej., los explosivos o armas poseídos sin licencia), o los simples medios de prueba.⁷² El criterio restrictivo también es secundado por Vizqueta

⁶⁸ GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, op. cit., pp. 450-451.

⁶⁹ MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP*, op. cit., pp. 51-52. En otra obra, este mismo autor señala: "... las normativas italiana, de un lado, y suiza y alemana de otro, favorecen la interpretación restrictiva de lo que sean los productos del delito, y eso porque en los tres ordenamientos -con uno u otro nombre- el comiso tiene una triple proyección, sobre los instrumentos, sobre los productos y sobre el provecho o ganancia. El panorama se ensombrece cuando la proyección solo tiene dos términos: los instrumentos y los efectos provenientes del delito... Para nosotros los efectos provenientes del delito sólo comprende con seguridad los *producta* en sentido estricto, tal y como aparecen en la doctrina alemana. Las ganancias o provecho deberán ser mencionadas expresamente junto a los instrumentos y productos..." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP*, op. cit., pp. 630-631. Vid. también MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. N° 1342, 25 Marzo 1984, p. 5. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es>.

⁷⁰ Véase además MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Comentarios y jurisprudencia, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 927.

⁷¹ MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP*, op. cit., p. 524; MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 246.

⁷² "No constituye instrumento o producto del delito las cosas a las que aquél solo "se refiere", como ocurre con la pistola poseída sin autorización administrativa o la utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Así lo reconoce indirectamente el Código Penal español al considerar el vehículo de motor o el ciclomotor en su artículo 385 como instrumento de los delitos imprudentes del artículo 381 (la ampliación no se debe a que en el artículo 127 sólo se recoja el comiso para infracciones criminales dolosas, sino al deseo de abarcar lo que no es instrumento en sentido propio). Tampoco son decomisables en ninguno de ambos conceptos el precio de venta de las cosas receptadas o el botín del cazador

Fernández. Éste considera que los efectos deben provenir de la infracción; ser producidos por ella, con lo cual se abarcan "... tanto aquellos que son originados por el delito, esto es, cuya existencia se debe a la comisión del delito, como aquellos otros que si bien preexisten a la infracción penal, su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización de ésta."⁷³ A pesar de esta apreciación, Vizueta Fernández no excluye todos los objetos de la acción típica de la categoría de los efectos, pues para él lo importante no es que sean la cosa material sobre la que recae esa acción, sino que encuadren o no en una determinada definición del vocablo efectos. Un ejemplo según él, es el siguiente: "Las sustancias alimenticias destinadas al consumo de una colectividad de personas de las que habla el artículo 365 del Código penal, constituyen el objeto de la acción típica (consistente ésta en adulterar con sustancias infecciosas), pero al mismo tiempo el alimento adulterado con tales sustancias infecciosas constituye un efecto del delito, pues su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización del mismo."⁷⁴ Finalmente, Aguado Correa estima que el término efectos abarca los objetos que sean producto directo de la infracción, los producidos por ésta, excluyéndose aquellos objetos sobre los que recae la acción típica. Según esta autora, si el legislador hubiese empleado el término efectos de manera

furtivo. No hay que confundir los instrumentos o productos del delito, de un parte, y los objetos de la acción delictiva o los medios de prueba, por otro. Ha de evitarse también la inclusión en los producta sceleris de lo que sólo es ganancia, o precio como modalidad de ésta." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 524; MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, pp. 51-52. En esta última obra Manzanares Samaniego examina la doctrina alemana en relación con los bienes que pueden considerarse productos, a efectos de aplicarles la *Einziehung*. Tratándose de la normativa alemana, autores como Maurach consideraban que el comiso era aplicable a los *producta sceleris* e *instrumenta sceleris*, excluyendo los objetos simplemente obtenidos por el hecho (ej., la cosa en el hurto), o que han sido objeto del mismo (v.g., sustancias explosivas y armas tenidas ilegítimamente). MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*. Traducido por CORDOBA RODA, Juan. Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo II, 1962, p. 523. En otra obra, Manzanares Samaniego apunta: "La conclusión es que no son producta sceleris los scelere quaesita en sentido estricto (así, el botín, aparte de la dificultad que para el comiso supondría la propiedad de tercero), ni los objetos de la infracción, ni el fructus sceleris conseguido a través del producto original, ni la ventaja patrimonial lograda. Tampoco son objetos provinientes del delito —ni instrumentos, como se verá más adelante— lo que simplemente «se refiere» al mismo, como sucede con el arma tenida ilícitamente. Los únicos objetos incluidos en el artículo 48 del Código penal español son, a nuestro entender, los provinientes directamente de la infracción criminal, como producidos mediata y materialmente por ella." MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Comiso. Artículo 5." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público*. Madrid, Edersa, Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando, 1984, p. 418.

⁷³ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 13-02, 2011, p. 16. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Comentarios y jurisprudencia, *op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 926. En esta obra Manzanares Samaniego cree afortunado que se haya incluido el término ganancias en el art. 127, pues evitará forzar el entendimiento de lo que es efecto de la infracción, para incluir los *producta scaeleris*; los *scelere quaesita* y el *fructus scaeleris*, aunque sigue el riesgo de incluir el objeto.

⁷⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.*, p. 19. Léase también VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos." En: *Revista General de Derecho Penal*. Nº 6, noviembre 2006, p. 11. Disponible en: <http://www.iustel.com>.

extensa, no habría mencionado, p. ej., las drogas como objeto de comiso en el art. 374 CP.⁷⁵

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se decanta por un criterio amplio, con el propósito de privar al condenado de cualquier ventaja que pueda obtener por el delito.⁷⁶ Así, en las SSTs 398/1999 de 11 de marzo y 1002/2004 de 16 de septiembre se definen los efectos como “*todos los bienes o cosas que se encuentran, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción.*” Se trata de una interpretación tan dilatada, que alcanza tanto el objeto de la infracción como las ganancias con independencia de las transformaciones que hayan podido experimentar. Finalmente y a modo de ejemplo, pues hay muchas otras sentencias en igual sentido,⁷⁷ en la sentencia N° 11/2011 de 1 de febrero, el Tribunal Supremo corroboró esta postura, al incluir expresamente el objeto de la acción típica cuando esté en poder del delincuente como consecuencia de la infracción. En concreto, la resolución señala: “*Por efectos se entiende, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.).*”

Desde mi óptica, el término *efectos* comprende únicamente los bienes producidos por medio de la acción típica (ej., el dinero falsificado). El término no abarca los bienes obtenidos por medio de la acción criminal (v.g., el dinero hurtado o el vehículo comprado con dinero falsificado), pues estos entran en la categoría de las ganancias, expresamente prevista en el artículo 127 CP. Prueba de esto es que a pesar de que el comiso de los efectos estaba contemplado como regla general en la normativa penal anterior a la LO 10/1995, el legislador consideró necesario prever el comiso de las dádivas y presentes en el delito de cohecho.⁷⁸ Desde entonces tenía claro que esos bienes (las ganancias) formaban una categoría ajena a la de los efectos y es precisamente, en la LO 10/1995, que introdujo su comiso como una regla de aplicación general.

⁷⁵ AGUADO CORREA, Teresa. “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 503.

⁷⁶ El Tribunal Supremo ha interpretado con amplitud el término *efectos* desde que el comiso era catalogado como pena accesoria. Por ejemplo, en la STS 430/1995 de 22 de marzo, la Sala de lo Penal señaló que los efectos “*se identifican con las consecuencias originadas, también con los objetos producidos o derivados de la infracción. El problema surge a la hora de determinar su exacta definición y concretamente si como efecto del delito ha de comprenderse igualmente al «objeto» de la infracción. Si la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito, se debe entender que los efectos son todos los bienes o cosas que se encuentren, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción.*”

⁷⁷ SSTs N° 430/1995 de 22 marzo; 77/2007 de 7 febrero; 483/2007 de 4 de junio; N° 397/2008 de 1 julio y N° 16/2009 de 27 enero. En estas sentencias la Sala de lo Penal del TS interpretó ampliamente el término efectos e incluyó los objetos de la infracción.

⁷⁸ Véase por ejemplo, el art. 393 del Código Penal, Texto revisado de 1963, p. 246 y del Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 112. Una vez que el legislador introdujo el comiso de ganancias como regla genérica, la disposición que regulaba el comiso de las ganancias en el cohecho deviene innecesaria. Lamentablemente, el legislador la ha mantenido para el cohecho y el tráfico de influencias. El art. 431 del texto actual del Código Penal, señala: “En todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en comiso.”

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Tratándose del objeto de la infracción, entiéndase, el bien sobre el que recae la conducta típica, la situación debe plantearse cuidadosamente. Lo determinante no es que tenga esa característica, sino que además de eso pueda ser catalogado como un efecto de la infracción, caso en el cual su comiso tiene asidero en el art. 127 CP. Expuesto en otras palabras, la condición de objeto sobre el que recae la conducta no excluye per se la inclusión de un bien en la categoría de los efectos.

El art. 127 habla no solo de efectos, sino de efectos que *proviene* de la infracción, verbo éste (*provenir*) que circunscribe el ámbito de lo decomisible, pues solamente se puede considerar efecto lo que se origina con la infracción (porque nace con la infracción, o porque con la infracción es sometido a transformaciones).⁷⁹ Al igual que cualquier otro bien, el objeto puede ser considerado efecto cuando provenga de la conducta criminal (p. ej., el documento público que es sometido a alteraciones en sus elementos esenciales, es el objeto sobre el que recae la acción típica prevista en el art. 390.1 CP y a su vez, el producido con ésta) y por ende, no puede negarse su comiso.

En síntesis, el vocablo *efectos* debe interpretarse restrictivamente. Solamente es efecto el bien proveniente de la infracción (el originado o transformado por ella), con independencia de que sea a su vez el objeto sobre el que recae la conducta típica. Así las cosas, la condición de objeto no impide catalogar el bien simultáneamente como un efecto.⁸⁰

No obstante lo expuesto, si se estima necesario contemplar el comiso de los objetos sobre los que recae la conducta como regla general, de manera que se eviten problemas con el comiso de los bienes que, teniendo tal carácter, no pueden considerarse simultáneamente efectos (o incluso instrumentos o ganancias de la infracción), lo que corresponde es reformar el art. 127 ya mencionado. Se debe incorporar el objeto de la infracción y a la vez exigir su peligrosidad, pues solamente cuando se dé esa circunstancia (sea porque el objeto sobre el que recae la conducta típica es peligroso intrínsecamente, o porque lo es encontrándose a disposición de alguien), tendrá sentido el comiso. Este es el caso, p. ej., de las drogas o las armas poseídas sin autorización. Otra respuesta podría ser ampliar el elenco de tipos penales de la Parte Especial que prevén el comiso de los objetos sobre los que recae la acción típica, lo anterior cuando no tienen simultáneamente la condición de instrumentos, efectos o ganancias. El legislador lo puede hacer p. ej., en el delito de te-

⁷⁹ El vocablo *provenir* según la Real Academia Española, tiene el siguiente contenido: “*Dicho de una persona o de una cosa: Nacer, originarse, proceder de un lugar, de otra persona, de otra cosa, etc.*” RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.

⁸⁰ Entiendo que ésta opinión la comparte Fernández Pantoja, que en cuanto a los efectos e instrumentos de la infracción, cree que el examen del caso concreto será lo que determine cuáles bienes se puedan calificar de esa manera, sin que sea admisible “...el encorsetamiento del término a una relación tasada e inmodificable.” FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “Artículo 127.” En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, p. 980. Es decir, *prima facie* no se puede descartar que el objeto de la infracción, p. ej., sea también efecto o instrumento de ésta.

nencia de un arma prohibida,⁸¹ o en la misma receptación. Pensemos v.g., en alguien que con ánimo de lucro y con conocimiento de un delito contra el patrimonio en el que no intervino, oculta los efectos de ese delito (art. 298.1 CP). En esta hipótesis fáctica, el objeto material sobre el que recae la conducta (ocultar) está integrado por los efectos del delito previo, que en relación con la receptación, no son efectos, ni instrumentos, ni ganancias.

2. Concepto de instrumentos.

El legislador ha hecho dos reformas en relación con el comiso de los instrumentos. Incluyó el comiso de aquellos con los que se preparó la infracción e incorporó en el art. 127 los términos *bienes y medios*.

Hecha esta observación, diré que los instrumentos son los objetos materiales e inmateriales de los que se sirve el autor para preparar o ejecutar la infracción. Para la doctrina, son “*aquellos objetos usados para la realización de la acción delictiva*”;⁸² “*los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal*”;⁸³ “*... los útiles para cometer el robo o la falsificación, las armas empleadas en el atraco, el capital con que se monta el negocio del narcotráfico, el vehículo de motor usado para el contrabando o para trasladar a la víctima que después será violada...*”;⁸⁴ o “*...aquello de lo que se sirve el autor o el partícipe para la ejecución de un delito...*”.⁸⁵ Gracia Martín habla de los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan sido útiles para su ejecución, v.g., “*... las armas con que se hayan ejecutado la muerte o las lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de que se haya servido el falsificador.*”⁸⁶ Aunque todas estas definiciones se centran en la ejecución del delito no son igualmente correctas, pues en tanto algunos autores analizaron el art. 127 del CP anterior a la reforma de 2003, otros tuvieron a su disposición el texto legal reformado y en el cual se incluyó el comiso de los instrumentos que han sido utilizados en la *preparación del hecho*.⁸⁷ Aunado a

⁸¹ Dice Ayo Fernández: “*...no existe ninguna previsión al respecto para los delitos de tenencia ilícita de armas en los artículos 563 y ss. del nuevo Código Penal...*” AYO FERNÁNDEZ, Manuel. *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*. Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 1997, p. 274.

⁸² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál.*, *Manual de DPPG, op. cit.*, p. 468.

⁸³ PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3º edición, 2004, p. 649.

⁸⁴ MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 523.

⁸⁵ CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG, op. cit.*, p. 373.

⁸⁶ GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.*, p. 450.

⁸⁷ P. ej., la obra de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál.*, *Manual de DPPG, op. cit.*, es del año 2008. De igual forma la obra de PRATS CANUT; MORÁN MORA, denominada “Título VI. De las consecuencias accesorias”, que se encuentra en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3º edición, es del año 2004, con lo cual no se justifica que hayan omitido, al hablar de los instrumentos de la infracción, aquellos con los que se ha preparado ésta. Igual sucede con la obra de Gallego Soler, pues habla de los instrumentos como “*...los útiles empleados para la ejecución del delito.*” GA-

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

esto, el art. 127, desde sus orígenes, ha contemplado las faltas, de ahí que no se encuentre explicación a la insistencia de buena parte de la doctrina por aludir únicamente a los delitos.

Aunque algunos autores creían necesario añadir a los instrumentos los términos *bienes y medios*,⁸⁸ otros autores se mostraron disconformes, pues desde su óptica el término instrumento es bastante amplio.⁸⁹ Esta última postura me parece correcta. El instrumento, según la Real Academia Española, es “aquello de que nos servimos para hacer algo”, “aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin”. Bienes, al menos en la acepción que aquí interesa, se define como “cosas materiales e inmateriales en cuanto objetos de derecho”. Finalmente, el término medios se define como “cosa que puede servir para determinado fin.”⁹⁰ Tras examinar esos conceptos, concluyo que la palabra instrumento también abarca los medios (pues incluye las cosas empleadas para hacer algo). Ahora, si admitiésemos que los vocablos medios y bienes no tienen la misma relación (pues este último está referido a las “cosas” y

LLEGO SOLER, “Art. 127.” En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.*, p. 299.

⁸⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál.*, *Manual de DPPG, op. cit.*, p. 467. Aunque ellos señalan que el comiso de efectos e instrumentos debe extenderse a los bienes y medios, no dan las razones de su posición.

⁸⁹ “...la inclusión de esta nueva fórmula no añade nada nuevo al objeto del comiso que ya quedaba perfectamente delimitado con el empleo del omnicomprendivo término “instrumentos”. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003.” En: PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 3ª edición, 2004, p. 652. Véase también FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 113; AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC, op. cit.*, p. 4; AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 503; GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 954. De igual forma, señala Muñoz Cuesta: “... el término instrumentos ya supone todo material, enseres o cosas en general que al responsable le posibilitan su acción delictiva, quizás el instrumento pueda tener una acepción más limitada a cosa singular, técnica o no, pero siempre mueble y en cambio la consideración de medios o bienes supone todo tipo de cosas, incluidas las inmuebles, que sean las adecuadas para cometer la infracción criminal, en cualquier caso la intención del legislador es clara, que todo aquello que es utilizado para cometer el delito o la falta lo pierda el autor o cómplice...” MUÑOZ CUESTA, “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *RJA 2004, op. cit.*, p. 294. Lamentablemente, en su obra Muñoz Cuesta no da a conocer las razones por las cuales considera que con la palabra instrumento se alude a una cosa mueble, singular además y con las palabras medios o bienes, a las inmuebles. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 928; PUENTE ABA, Luz María. “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.” En: *Actualidad Penal*. Madrid, La Ley, Nº 39, Tomo 2003-3 (correspondiente a los Números 31 a 47-48), 2003, p. 991; PUENTE ABA, “La regulación del comiso en el Código Penal Español”, op. cit., p. 13 y FGE, Circular 1/2005, Sobre aplicación de la reforma del código penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte). Disponible en: <http://www.fiscal.es>.

⁹⁰ RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

éstas a su vez se definen como objetos materiales, “en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales”), la situación es distinta con la palabra instrumento, pues no hace referencia a la materialidad de la cosa, con lo cual también los comprende.

En la búsqueda del significado que se le debe atribuir al término *instrumentos*, igualmente es importante analizar el caso del comiso en las infracciones imprudentes. En el pasado, la legislación penal española contemplaba el comiso en términos generales, sin profundizar en la naturaleza dolosa o culposa de la infracción. A raíz de esto, parte de la doctrina señaló que si bien tratándose de los delitos imprudentes podía hablarse de *producta sceleris* en sentido estricto (v.g., el documento en una falsedad cometida por imprudencia) y de ganancias, no se podía hablar de *instrumenta sceleris*, pues no hay una relación intencional entre el objeto y el resultado. En suma, se consideraba que el concepto de *instrumenta sceleris* pasaba por la intencionalidad del autor al emplear el objeto para ejecutar la infracción.⁹¹ Esta discusión acabó con el Código Penal de 1995, pues en él se circunscribió la aplicación del comiso a las infracciones dolosas. Es ahora con la LO 5/2010, de 22 de junio, que se introdujo nuevamente el comiso en relación con las infracciones imprudentes, sin embargo no hay lugar para la polémica, ya que con la reforma queda claro que *los instrumentos son simplemente los bienes empleados en la preparación o ejecución de la infracción sin que sea necesario que exista la relación de medio a fin que se describió antes, entendida como sinónimo de intencionalidad*. Y es que no puede negarse, p. ej., que el arma de fuego empleada para cometer un homicidio imprudente es tan instrumento de la infracción como la que se emplea para cometer un homicidio doloso.

Autores como Vizqueta Fernández son del criterio que la incorporación del término *bienes* en el art. 127 CP acaba con el problema de los instrumentos en hechos imprudentes, ya que a diferencia de lo que sucede con las palabras instrumen-

⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP*, op. cit., pp. 46-47, 56 y 69. En otra obra, Manzanares Samaniego señala: “*Pensamos que la instrumentación recogida en el repetido artículo carece de sentido en la infracción culposa, porque encierra necesariamente una relación intencional con el resultado. A mayor abundamiento esta interpretación -respetuosa con el texto legal- evita hasta cierto punto que la vulneración del principio de proporcionalidad se extienda como mancha de aceite desde las infracciones de dolo directo hasta las imprudencias leves.*” MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP*, op. cit., p. 626. Es importante aclarar que estas observaciones de Manzanares Samaniego se realizan con base en una legislación que no contemplaba de forma expresa el comiso de instrumentos en las infracciones imprudentes. En sentido contrario, CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; DEL TORO MARZAL, Alejandro; CASABÓ RUIZ, José-Ramón. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo II, 1972, p. 197: “*Un segundo problema que también aquí se plantea es el de si toda clase de delitos, o únicamente los dolosos, deben dar lugar al comiso de los instrumentos de la infracción. La solución radica, a nuestro juicio, en el primer extremo de la alternativa: instrumentos para la ejecución del delito, pueden ser empleados tanto en los hechos dolosos como en los culposos. La palabra “instrumentos” encierra, sin duda, un requisito de preordenación de medio a fin, pero la disposición del artículo 48 no refiere, en absoluto, tal preordenación a un resultado típico, sino, según hemos ya indicado, a la ejecución del delito. Téngase en cuenta que, conforme ha sido expuesto, también los delitos culposos requieren la existencia de una voluntad, aunque no dirigida al resultado típico.*”

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

tos y medios, aquel término está exento de todo carácter instrumental⁹² (pues no alude a una relación medio-fin que es buscada por el autor de la conducta). Desde mi óptica la inserción de dicho vocablo no tiene la importancia que Vizueta Fernández le atribuye. Es un término innecesario, pues queda abarcado por el término *instrumentos*. Lo relevante, repito, es la inclusión del comiso en delitos imprudentes y el cambio que a raíz de esto debe operarse en el significado que se otorga al instrumento, desprovoyéndolo de todo contenido intencional.

Siempre en relación con estos temas, me parece cuestionable que el legislador haya mencionado en el art. 127 CP los instrumentos con que se ha *preparado* la infracción imprudente, pues la preparación supone precisamente esa intencionalidad que caracteriza a los hechos dolosos. Además, tratándose de las infracciones imprudentes, no es posible sancionar conductas anteriores a la consumación de la infracción. A diferencia de lo que sucede con los delitos dolosos, donde cabe punir la tentativa, e incluso algunos actos preparatorios cuando así lo ha señalado el legislador, en las infracciones imprudentes tal opción se descarta, de allí que cuando hablemos de instrumentos en este contexto, necesariamente serán los empleados en la ejecución de la infracción y no en su preparación, con lo cual dicha referencia es innecesaria.

Sobre los objetos de la infracción (v.g., la droga en un delito de tenencia) y aquellos que se mencionan o describen en el tipo penal (p. ej., la pistola poseída sin autorización administrativa), Manzanares Samaniego entiende que hay que diferenciar entre estos y el objeto que sirve para preparar o ejecutar la infracción (que recibiría el calificativo de instrumento).⁹³ Según él, prueba de que constituyen una categoría diversa a los instrumentos es la presencia de normas en el ordenamiento jurídico penal que contemplan su comiso.⁹⁴ Añade que los objetos *a los que se refiere* la infracción carecen de una ordenación finalista, pues no es el autor de la infracción quien elige un determinado bien para ejecutar el hecho, sino que esa relación viene predeterminada legalmente.⁹⁵ Como señalé, la ordenación finalista en los

⁹² VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.*, p. 18.

⁹³ Véase el art. 564 del CP de 1995. En este sentido se manifiesta MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 524; MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, pp. 56-57. En otra obra de mayor antigüedad, este mismo autor indicó la necesidad de diferenciar entre lo que sirve para ejecutar el delito y aquello que únicamente se refiere al mismo. Por ej., el arma poseída sin autorización. MANZANARES SAMANIEGO, "Comiso. Artículo 5." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público, op. cit.*, p. 419. Vid también MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ, op. cit.*, p. 6.

⁹⁴ "Así lo reconoce indirectamente el Código Penal español al considerar el vehículo de motor o el ciclomotor en su artículo 385 como instrumento de los delitos imprudentes del artículo 381 (la ampliación no se debe a que en el artículo 127 sólo se recoja el comiso para las infracciones criminales dolosas, sino al deseo de abarcar lo que no es instrumento en sentido propio." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 524.

⁹⁵ "... la conducción ilegal es precisamente de un vehículo de motor, la tenencia ilícita de arma exige el arma y no otra cosa. No todo elemento material del delito es instrumento para la comisión del mismo. Así sucede con el objeto de la infracción. Sostener que en la conducción ilegal de automóviles éste

términos en que la describe Manzanares Samaniego ha dejado de ser necesaria desde que se incluyó el comiso de bienes en infracciones imprudentes. De la misma manera, el hecho de que el tipo penal describa un bien, o determine la relación que debe tener ese bien con la infracción, al punto de exigirla en ciertos casos, no excluye *per se* su condición de instrumento.⁹⁶ Ésta deberá determinarse casuísticamente, a la luz de la norma concreta. P. ej., los mecanismos instalados para cometer una defraudación de fluido eléctrico y que son uno de los medios que prevé el art. 255 CP para que se configure el tipo, no pierden la condición de instrumentos del delito por esa sola circunstancia. En resumen, el hecho de que el legislador haya contemplado expresamente un bien en la norma, o incluso llegue a exigir su empleo para que la infracción se entienda configurada, no nos dice nada sobre su condición instrumental, que en última instancia es lo que debería considerarse para decidir sobre su comiso. Esto también es aplicable al tema del objeto de la infracción, ya que si bien está claro que el vocablo instrumento no es sinónimo del vocablo objeto, entendido como bien sobre el que recae la acción típica, afirmar lo contrario (a saber, que nunca un objeto será un instrumento) es igualmente incorrecto, pues dependerá de cada hipótesis fáctica que se analice. V.g., la acción prevista en el art. 379 CP (conducir un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad excesiva), recae precisamente sobre el vehículo y éste en ese caso en particular, es el instrumento con que se realiza la conducta típica.⁹⁷ Otro ejemplo se extrae del art. 566 CP. Allí se sanciona el comercio de armas no autorizadas. La acción (comerciar) recae sobre las armas y por esa razón se entiende que son el objeto de la infracción. Y a la vez, son el instrumento empleado por el autor para cometer el tráfico. Todo esto para argumentar que la condición de objeto de la acción no excluye su condición de instrumento y menos lo hace el hecho de que el legislador se haya referido a un bien de manera expresa. Por tanto, *lo que es o no instrumento dependerá de cada caso.*

En el plano jurisprudencial, antes de la entrada en vigencia de la LO 10/1995, el Tribunal Supremo definía los instrumentos como “*los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal.*”⁹⁸ Este concepto sigue empleándose con posterioridad a la LO 15/2003, a pesar de que en ésta se incorporó el comiso de los ins-

constituye su instrumento, porque sin él no se concibe la figura delictiva, equivale a afirmar que en la falsificación de documentos el documento mismo en el que realiza la alteración de la verdad posee carácter instrumental. No se puede conducir ilegalmente un vehículo de motor sin vehículo de motor, como no se puede falsificar un documento previo si no existiera éste.” MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso.” En: *REP, op. cit.*, p. 57.

⁹⁶ En igual sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, “Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal.” En: *RECPC, op. cit.*, p. 18.

⁹⁷ Tan es así que algunos autores al examinar los delitos contra la seguridad vial no dudan en atribuir a los vehículos el carácter de instrumento. Este es el caso, p. ej., de MARTÍNEZ ASENSIO, Gabriel. “El delito de conducción temeraria.” O de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El delito de conducción a velocidad excesiva.” Ambas obras publicadas en: OLMEDO CARDENETE, Miguel; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (Eds.). *Delitos e infracciones contra la seguridad vial*. Granada. Editorial Alea Blanca, 2010, pp. 81 y 21, respectivamente. Ésta no es una posición unánime. P. ej., para Trapero Barreales, a través del apartado 3 del art. 381 CP en su versión anterior, el legislador reconoció que el vehículo a motor o ciclomotor no es un instrumento de delito, de ahí que estimase necesario aclarar que *se considerará* como tal. TRAPERO BARREALES, María. *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 586.

⁹⁸ STS 430/1995 de 22 de marzo.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

trumentos con que se ha *preparado* la infracción. A modo de ejemplo, véanse las SSTs 398/1999 de 11 de marzo; 1002/2004 de 16 de septiembre;⁹⁹ 314/2007 de 25 abril¹⁰⁰; 483/2007 de 4 de junio y 11/2011 de 1 de febrero¹⁰¹ Aunque en algunas de esas sentencias el error fue intrascendente, pues no estaba discutiéndose el tema de los instrumentos con que se ha preparado la infracción, su constante reiteración no se justifica, ya que supone desconocer el texto legal vigente.

En resumen, el término instrumentos alude a los bienes con que se preparó o cometió la infracción dolosa, o con se cometió la infracción imprudente. El hecho de que un bien sea objeto de la infracción o esté descrito en la norma penal, a mi modo de ver no excluye *prima facie* su condición de instrumento, que debe determinarse en cada caso. De *lege ferenda*, sería deseable suprimir la mención a los bienes y medios contenida en el art. 127, así como la mención a los bienes con que se preparó la infracción imprudente. Todo esto también contribuirá a la unificación de términos en el ámbito supranacional, pues a ese nivel se emplea el vocablo *instrumentos* solamente.

2. a. Preparación o ejecución de un delito o falta.

La norma original incluía únicamente los instrumentos con que se hubiese ejecutado el delito o falta. El empleo del término *ejecución* provocó dudas sobre la procedencia del comiso en los casos donde no se había consumado la infracción. Para solventar los problemas, algunos autores aceptaron el comiso de los instrumentos empleados para ejecutar la infracción en grado de tentativa,¹⁰² pues consideraban que ésta ya se había cometido, como también los empleados para ejecutar actos preparatorios punibles.¹⁰³ Sin embargo, con esta respuesta no se logró abarcar los

⁹⁹ La STS 1002/2004 de 16 de septiembre, hizo suya la definición de instrumentos expuesta en la STS 398/1999 de 11 de marzo, a saber, “*los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal.*”

¹⁰⁰ En esta sentencia se indica: “*Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito.*”

¹⁰¹ Apunta el TS: “*Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito.*” La misma definición se cita en la STS N° 16/2009 de 27 enero.

¹⁰² En este sentido señala Guinarte Cabada: “*Se ha puesto de relieve, con buen criterio, que el texto legal refiere los instrumentos a una dinámica de ejecución del delito o falta (MANZANARES); por lo que, en buena lógica, entendemos que habrían de quedar al margen los instrumentos empleados en otras fases preparatorias del iter criminis. En todo caso, la referencia a delito «ejecutado» no debe llevar a la creencia errónea de estimar decomisables sólo los instrumentos del delito consumado, siéndolo igualmente los empleados en la comisión de un delito intentado, pues también ese delito ha sido ejecutado (en grado de tentativa).*” GUINARTE CABADA, Gumersindo. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: VIVES ANTÓN, Tomás (Coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 659-660.

¹⁰³ PUENTE ABA, “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.” En: *AP, op. cit.*, p. 992; AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC, op. cit.*, pp. 3-4. Gracia

instrumentos empleados en los actos preparatorios no punibles (pues repito, la norma circunscribía el comiso a los instrumentos con que se hubiese ejecutado la infracción).¹⁰⁴

Mediante la LO 15/2003, se incorporó el decomiso de los instrumentos con que se haya preparado el delito o falta. Existen dos maneras de interpretar esta reforma. La primera, entender que a pesar del cambio normativo sigue requiriéndose que el hecho llegue a ejecutarse (es decir, que el sujeto activo haya alcanzado la fase de ejecución, sea que consume la infracción o no), o que se trate de infracciones en relación con las cuales los actos preparatorios estén castigados,¹⁰⁵ pues de lo contrario no existiría una pena impuesta por una infracción,¹⁰⁶ presupuesto básico para que se dé el comiso, al menos en la primera parte del art. 127 CP. La segunda interpretación es más amplia. Si tomamos en cuenta que ya se admitía el decomiso de los instrumentos empleados en los delitos en grado de tentativa (y que en estricto sentido, ya han alcanzado la fase de ejecución), así como en los actos preparatorios punibles, la conclusión será que la reforma está dirigida a autorizar el decomiso de

Martín, por su parte, señala: “Para que un instrumento de ejecución sea decomisible bastará, según la opinión dominante, con que con él se hayan realizado actos ejecutivos del delito, aunque éste no haya llegado a la consumación. A mi juicio, sin embargo, dado el fundamento y la finalidad del comiso –la protección de la comunidad frente a la peligrosidad objetiva de los instrumentos– también procederá aquel cuando se hayan realizado actos preparatorios que sean punibles...” GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, op. cit., p. 450; MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP*, op. cit., p. 524.

¹⁰⁴ RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC*, op. cit., p. 562.

¹⁰⁵ Para Aguado Correa, la reforma acaba con la discusión doctrinal sobre la posibilidad de decretar el comiso de los instrumentos utilizados para cometer actos preparatorios punibles. AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC*, op. cit., p. 3.

¹⁰⁶ Muñoz Cuesta, p. ej., cree que la fase de preparación comprende “toda actividad individual del delincuente dirigida a la posterior ejecución del delito y también todos los actos de conspiración, proposición y provocación al delito, que son sin duda actos preparatorios punibles aunque no se ejecute el delito que se pretendía, punibilidad que por aplicación del art. 17.3 y 18.2 sólo lo será en aquellos supuestos expresamente determinados por la Ley... es evidente que debe proceder el comiso en los supuestos de preparación del delito, sin embargo si el mismo no llega a ejecutarse por no haber entrado el sujeto en la fase de ejecución, tentativa acabada o inacabada, o se trata de delitos en que los actos preparatorios antes citados no está expresamente previsto su castigo en el Código, el comiso no procederá por la simple razón de que la conducta preparatoria no es típica...” MUÑOZ CUESTA, “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *RJA 2004*, op. cit., p. 295. En este sentido, vid. también GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 955; SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 845: “Si no se ha traspasado la fase de preparación y ésta es impune, no procederá el comiso en la medida que faltaría una declaración judicial de condena.” Señala Fernández Teruelo que al hablar de preparación se abarcan las formas imperfectas de ejecución punibles, la tentativa y los actos de proposición, provocación o conspiración cuando sean punibles, la tentativa y los actos de proposición, provocación o conspiración cuando sean punibles, la tentativa y los actos de proposición, provocación o conspiración cuando sean punibles, la tentativa y los actos de proposición, provocación o conspiración cuando sean punibles. FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 113. Vid. también FGE, Circular 1/2005, *Sobre aplicación de la reforma del código penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte)*.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

objetos que han sido empleados en cualquier acto preparatorio, incluso los no punibles y aunque no fuesen empleados en la ejecución de la infracción. Esta es la posición que entre líneas expone Ramón Ribas¹⁰⁷ y que sin titubeos formula Puente ABA, autora que también agrega que aunque ajustada al texto de la ley, puede conducir a excesos.¹⁰⁸ Para paliar el riesgo, ella sugiere realizar un juicio de ponderación en los que se considere la naturaleza y gravedad del delito cometido o preparado, el nivel de peligrosidad objetiva de los bienes y la posibilidad de que puedan servir para la comisión de nuevas infracciones.¹⁰⁹ También es éste el criterio de Vizqueta Fernández, aunque él exige que el acto preparatorio no punible vaya seguido de un acto de ejecución en el que haya una participación ilícita del sujeto.¹¹⁰

Entiendo que la interpretación correcta es la primera que mencioné: el comiso de los instrumentos con que se haya preparado el delito requiere que estos hayan sido empleados en la comisión de *actos ejecutivos* que como mínimo, configuren un delito en grado de tentativa, o un acto preparatorio punible. Arribo a esta conclusión con base en los siguientes argumentos. La palabra ejecución, según el Diccionario de la Real Academia, significa “poner por obra algo.”¹¹¹ En el ámbito del Derecho penal, ese término alude precisamente a la *fase ejecutiva* del delito, fase en la cual la diferenciación entre la tentativa y la consumación es puramente de grado,¹¹² al pun-

¹⁰⁷ Sobre la reforma señala Ramón Ribas: “...mediante ella parece superarse ampliamente el alcance de la solución acogida con la normativa actual por un sector de la doctrina que se había mostrado favorable a aceptar el comiso de los instrumentos en aquellos supuestos en que pudiese considerarse cometida, pese a no haberse consumado, una infracción penal. Esta solución, capaz de abarcar los instrumentos utilizados en un acto preparatorio punible, no podía proyectarse, sin embargo, a los bienes empleados en actos preparatorios no punibles, aun cuando se hubiere consumado el delito, pues el artículo 127 limitaba el comiso a los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Aludiendo genéricamente a la preparación del delito o falta, el comiso adquiere una extraordinaria dimensión, sobre todo teniendo en cuenta su carácter imperativo.” RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 785.

¹⁰⁸ Así lo señala PUENTE ABA, “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.” En: AP, op. cit., p. 992. Léase también PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español*, op. cit., pp. 13-14.

¹⁰⁹ “En respuesta a las dudas sobre la conveniencia de ampliar el comiso a los bienes empleados en la preparación del delito, debe atenderse al fundamento justificador de la imposición del comiso y al principio de proporcionalidad que limita esta figura (art. 128 del CP). Si es la peligrosidad objetiva de los bienes, el riesgo de que se empleen en futuros actos delictivos, lo que fundamenta la imposición del comiso, no debería haber obstáculos para confiscar objetos que se han utilizado en la preparación del delito, siempre que presenten la mencionada peligrosidad y sean susceptibles de facilitar la comisión de posteriores delitos. De este modo, sería admisible tal comiso siempre que se demuestre tal peligrosidad objetiva y se respete asimismo la necesaria proporcionalidad entre la medida de comiso y la naturaleza y gravedad del delito cometido.” PUENTE ABA, “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.” En: AP, op. cit., pp. 992-993.

¹¹⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos.” En: RGDP, op. cit., p. 14.

¹¹¹ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.

¹¹² “La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito. Esta diferenciación repercute después en la determinación de la pena aplicable (cfr. arts. 61 y 62), y tiene su razón de ser en que la consumación es más grave que la tentativa porque en ella el desvalor del resultado no sólo es mayor, sino que, a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa. Piénsese en un delito contra la vida, en el que la consumación supone la muerte y la tentativa todo lo más una lesión

to que la primera tiene como uno de sus componentes que el sujeto activo haya comenzado a ejecutar la infracción, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado.¹¹³ Por esto considero que nunca ha existido impedimento para catalogar como instrumentos empleados en la ejecución de la infracción los bienes que han sido usados para cometer un delito en grado de tentativa. Los actos de ejecución siguen siendo tales incluso cuando el delito no se haya consumado y por tanto, los instrumentos empleados en esos actos son susceptibles de comiso.

Los actos preparatorios como su nombre lo señala, son actos que aunque externos son previos a la ejecución. Ahora, tal como se desprende de los arts. 15 y 16.1 CP, el ámbito de lo punible inicia cuando el sujeto activo da principio a la ejecución del delito por hechos exteriores. A contrario sensu, todo lo que no se pueda catalogar como un acto ejecutivo no puede ser sancionado como tentativa y por ende, es impune.¹¹⁴ Si el comiso es una consecuencia jurídica que, al menos en principio, se asocia a la pena, no puede aceptarse su imposición sobre los instrumentos vinculados con conductas que constituyen actos preparatorios impunes. Si el acto preparatorio no tiene relevancia jurídico penal (pues solamente las conductas ejecutivas la tienen), no cabe el comiso de los instrumentos involucrados con ese acto. Aunado a esto, el comiso si bien no es una pena, es una medida recubierta por el poder de imperio del Estado y por ende, sometida al principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE. El concepto formal de ejecución constituye un límite que no se puede desconocer sin vulnerar ese principio y la imposición del comiso no es la excepción.

o, a veces, ni siquiera eso (la bala pasa rozando el cuerpo del agredido). Pero ello no quiere decir que ambas instituciones sean diferentes o que el fundamento de su punibilidad responda a principios distintos, sino sólo que tanto en su percepción social como jurídica, la consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el desvalor del resultado de aquélla es siempre mayor que el de ésta, por más que el desvalor de la acción sea el mismo.” MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, DPPG, op. cit., 8º edición, pp. 413-414.

¹¹³ El art. 16 del Código Penal, apartado 1, señala:

“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”

Apunta Santiago Mir Puig: “El comienzo de ejecución necesario para la tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios (si los hay) de los actos ejecutivos.” MIR PUIG, DPPG, op. cit., p. 345. En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2º edición, 2007, p. 588 y CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFEARENA, *Curso de DPPG, op. cit.*, p. 127. Estos últimos señalan: “...El autor ha de haber realizado hechos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo delictivo directamente, lo que excluye la resolución delictiva sin hecho exteriores o que éstos estén muy remotamente conectados con la genuina realización del hecho típico.”

¹¹⁴ “...cabe distinguir dos grandes momentos externos: la fase de actos preparatorios y la fase de ejecución. Los actos preparatorios —no siempre concurrentes— suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto en la Parte Especial. Procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices, son ejemplos de actos preparatorios. Iniciar la acción de disparar sobre la víctima ya es, en cambio, un ejemplo de comienzo de la fase ejecutiva. Pues bien, ¿cabe castigar ya los actos preparatorios? ¿Hay que esperar a los actos ejecutivos? En el CP vigente se parte del principio de impunidad de los actos preparatorios. Se exceptúan algunos supuestos que se reputan especialmente peligrosos: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (arts. 17 y 18 CP), cuando expresamente se castiguen por la ley (actos preparatorios punibles).” MIR PUIG, DPPG, op. cit., p. 336.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Siempre en la formulación de argumentos que le den solidez a mi postura, puedo añadir que sancionar actos preparatorios impunes es incompatible con los principios elementales de un Derecho penal liberal. Tan es así que son los regímenes totalitarios quienes han adoptado esa línea, basándose en el argumento de que revelan la peligrosidad de quien las comete.¹¹⁵ Esta conclusión no cambia por el hecho de que la reforma del comiso que ahora examino se haya inspirado en la normativa supranacional,¹¹⁶ ya que según esa misma regulación, deben imperar los principios propios de cada país, en el caso español los de un sistema democrático.¹¹⁷ Situación

¹¹⁵ Este es el caso del Código Penal italiano de 1930 aprobado durante el régimen fascista y el Código penal ruso de 1926. También sancionan los actos preparatorios el Proyecto de nuevo Código penal de 1936 en la Alemania nacionalsocialista y el Código penal español en la reforma de 1944, durante el régimen franquista. Así lo señala CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*. Madrid, Editorial Tecnos, Adenda a la 1ª Edición, 2005, pp. 178-179. Señala Quintero Olivares: "La problemática de los actos preparatorios, históricamente, ha tenido trascendencia especialmente en cuestiones políticas. El afán de perseguir complots y conspiraciones ha sido el determinante de las actitudes legales en esta materia, y el mejor ejemplo es la evolución de los Códigos españoles. Los Códigos «liberales» (1848, 1870, 1932, y, ahora, el de 1995) fueron benevolentes en esta materia. Los pertenecientes a períodos más autoritarios (1850, 1928, 1944) establecieron la punición general de los actos preparatorios. En uno y otro caso la decisión obedeció a razones políticas y no a opciones político-criminales de otra índole. Por eso ha podido decirse que el sistema de punición de los actos preparatorios constituye el «termómetro» de las oscilaciones políticas de los Códigos españoles." QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 580. También véase MIR PUIG, *DPPG*, op. cit., pp. 339-340.

¹¹⁶ Como vimos en el segundo capítulo, en las Convenciones de Naciones Unidas, los Convenios del Consejo de Europa y la normativa de la Unión Europea se prevé el decomiso del instrumento destinado a ser empleado para cometer infracciones penales.

¹¹⁷ Entiendo democracia no como supremacía del interés popular, sino en el sentido constitucional que describe Luigi Ferrajoli: "Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor, una segunda dimensión de la "democracia" —no antitética, sino complementaria de la de "democracia política"— que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que connota a la democracia como "democracia constitucional" o "de derecho" y que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el campo emblemático de reflexión y elaboración: precisamente, el de la construcción del Estado constitucional de derecho. Esta esfera de lo "no decidible" —"lo que" no es lícito decidir (o no decidir) — no es otra cosa que aquello que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría.

¿Y qué es lo que las constituciones, esos contratos sociales en forma escrita que son los pactos constitucionales, establecen como límites y vínculos a la mayoría, presupuestos de la convivencia civil y al mismo tiempo razones del propio pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos —sean desviados o no desviados— y la garantía de sus derechos fundamentales, ante todo la vida y la libertad personal, que no pueden ser sacrificados a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público. Por consiguiente la garantía de los derechos de todos, que es lo que son, precisamente por su universalismo, los derechos fundamentales. De ahí el carácter "democrático" de las garantías —que hace referencia no ya a la mayoría, según el modelo de la democracia política, sino a la tutela del individuo, donde individuo significa "todos"— y al mismo tiempo la dimensión "sustancial" que estas introducen en la democracia política o formal: precisamente porque tienen que ver no con el "quién" o con el "cómo" de las decisiones, o sea con su fuente y su forma, sino con el "qué" de las mismas, o sea con su contenido o significado...No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable." FERRAJOLI, Luigi. "Garantías y Derecho penal." En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (Coord.). *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1996, pp. 8-9.

diversa es la de los actos preparatorios punibles,¹¹⁸ pues aunque son actos previos a la ejecución de otras conductas, al tener la categoría de delito también se pueden consumir y en esa medida se pueden apreciar en su mecánica actos ejecutivos.

En resumen, el art. 127.1 CP contempla como presupuesto del comiso la imposición de una pena. Desde esta perspectiva, habría que entender que para el comiso de los instrumentos con que se *preparó* la infracción sigue requiriéndose *la acción en sentido jurídico*. Un comportamiento de relevancia para el Derecho penal, uno que aunque no se haya consumado, rebase los actos preparatorios, o que suponga como mínimo la comisión de actos preparatorios que se tachen de punibles, ya que, sin estas conductas, no cabría pena y sin pena no cabe el comiso.

Los argumentos antes expuestos son también aplicables en materia de faltas. Si bien el art. 127 prevé el decomiso de los instrumentos con que se preparó la falta, la imposición de esta medida requerirá que esa infracción se haya consumado, pues de conformidad con el art. 15 del Código Penal y salvo excepciones puntuales (faltas cometidas contra las personas y el patrimonio, donde es punible la tentativa), solo entonces procederá su castigo.¹¹⁹ Admitir el comiso en otras circunstancias, supondría lesionar los derechos fundamentales del titular del bien por un hecho que, por expresa disposición legal, es impune.

No se puede desconocer que el art. 127 CP también contempla el comiso en los casos donde habiéndose demostrado una situación patrimonial ilícita, no se ha impuesto una pena (apartado 4). Sin embargo, según se indicará en el próximo capítulo de esta investigación, esta hipótesis requiere como mínimo la existencia de un injusto penal (una acción típica y antijurídica), que claramente se puede encasillar en la fase de ejecución de la infracción. Descartamos así los actos preparatorios que por regla general son impunes y nos centramos en los actos ejecutivos y en los actos preparatorios punibles, ambos que si bien no han dado pie a la imposición de una condena, constituyen en ciertas circunstancias (en concreto, cuando se demuestre una situación patrimonial ilícita), el presupuesto del comiso.

Hay un matiz no menos importante que quiero poner de relieve. El art. 127 del Código Penal español contempla el comiso de los instrumentos con que *se haya preparado la infracción* y no el de aquellos *destinados a cometer la infracción*. El comiso de los primeros es admisible cuando se hayan efectuado con tales instrumentos actos preparatorios punibles, pues si esos mismos instrumentos se han empleado en la ejecución de la infracción, su comiso procederá por esta última circunstancia. Por su parte, el comiso de los instrumentos *destinados a cometer la infracción*

¹¹⁸ Encontramos en el Código Penal algunos actos preparatorios que el legislador ha elevado a la categoría de delitos autónomos. Véanse v.g., los arts. 371 y 400. También encontramos las conductas previstas en los arts. 17 y 18 CP (la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir). Aunque la apología también se integra en el artículo 18, autores como Quintero Olivares le niegan a ésta el carácter de acto preparatorio punible. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 587.

¹¹⁹ "Artículo 15.

1. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

2. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio."

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

que no se han empleado en su ejecución no tiene fundamento legal y por ende, no es viable. Piénsese p. ej., en el arma de fuego *destinada* a cometer un homicidio. Si ésta no ha sido usada para preparar la infracción, o no al menos de una forma que interese al Derecho penal, su comiso solo procederá en caso de que el sujeto activo la emplee en actos ejecutivos. Asimismo, si un instrumento se ha utilizado para preparar la infracción pero no en su ejecución (v.g., el instrumental de laboratorio que usa el sujeto A para elaborar un veneno que luego destinará a dar muerte a B), su comiso no cabe, no a menos que esos actos preparatorios sean punibles.

Según Muñoz Cuesta la reforma era necesaria, pues en algunas infracciones es precisamente en la fase de preparación donde se emplean los instrumentos para la posterior ejecución.¹²⁰ Desde mi punto de vista, la reforma no añadió nada novedoso, pues ya se admitía el comiso de los instrumentos empleados en la comisión de delitos en grado de tentativa y en los actos preparatorios punibles (que como tales, han sido dotados de autonomía¹²¹). Los instrumentos relacionados con la práctica de actos preparatorios impunes están exentos de comiso, al igual que los instrumentos que, encontrándose destinados a cometer la infracción, no han sido empleados en su ejecución. Como señalé en el capítulo II, el legislador quiso adaptar el texto legal a la normativa supranacional, sin embargo en ésta lo que se contempla es el comiso de los instrumentos *destinados a cometer la infracción* y no el de aquellos con que se ha preparado la misma. Una diferencia tenue que tiene importantes repercusiones prácticas y que, en el caso español, se resolvió con la inclusión de una frase en el art. 127 CP que en realidad no aúna nada nuevo, lo que es afortunado, pues sería peligroso desde una perspectiva constitucional el admitir el comiso de bienes solamente porque se les ha asignado un determinado destino, máxime en casos donde bien puede ser que no lleguen a ser empleados (reitero, si lo han sido el comiso procedería por ese motivo), sea porque no se han desplegado actos ejecutivos relevantes en el ámbito penal, o porque se ha elegido otro instrumento.

2. b. Carácter esencial del instrumento.

Antes de la introducción del comiso en delitos imprudentes y con el propósito de evitar excesos, los estudiosos del tema del comiso y el mismo TS, abogaron por una interpretación restrictiva del comiso de instrumentos contenido en el art. 127 CP, de manera que la medida abarcara solamente los bienes que eran especial-

¹²⁰ MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.*, pp. 294-295.

¹²¹ Incluso en las hipótesis previstas en los artículos 17 y 18 CP cabe argumentar dicha autonomía. Aunque en efecto, si el delito proyectado se ejecuta, las formas de participación intentada previstas en esos dos artículos pierden su relevancia y quedan subsumidas en la calificación legal que se otorgue a los actos del autor (QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, p. 581), como su sanción se rige por el principio de accesoriedad limitada, no se exige que se realice el hecho proyectado, bastando con que éste constituya el tipo de injusto de un delito, aunque falte la culpabilidad (así lo señalan MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8º edición, p. 449).

mente idóneos para cometer la infracción y no los que tuviesen una naturaleza accesoria en el modo de comisión del hecho. También exigían que el destino de los bienes estuviese preordenado a esa comisión.¹²² Hablamos de dos extremos que debían demostrarse, sin que tuviesen cabida las presunciones en contra del procesado.¹²³ Por tanto, los instrumentos no son aquellos bienes que *potencialmente* se pueden emplear para preparar o ejecutar la infracción,¹²⁴ o los que solo guardan relación con ella, sino los elementos esenciales en su ejecución¹²⁵ y agregó, también en su preparación. Como apunta Borja Mapelli Caffarena, aunque se encuentren bienes que se pueda presumir han sido los instrumentos para cometer otras infracciones, solo cabe decomisar los empleados en la ejecución del delito que está siendo sometido a proceso,¹²⁶ así como los usados en su preparación (pues así lo dispone la reforma operada en el año 2003).

Estas consideraciones deben ser ajustadas tras la promulgación de la LO 5/2010, de 22 de junio. Aunque siempre podrá requerirse que el instrumento sea idóneo o para emplear un término más preciso, que sea *esencial* para ejecutar o preparar la infracción, la relación que debe plantearse entre ese instrumento y la infracción no necesariamente será entendida como sinónimo de *intencionalidad*. Como señalé antes, con la incorporación del comiso en los delitos imprudentes se

¹²² Vid. p. ej., PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3ª edición, 2004, p. 651; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 844-845; PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., Tomo IV, 2000; p. 964. Finalmente, Gascón Inchausti señala que el empleo de los bienes debe haber sido necesario para cometer el hecho punible. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 63.

¹²³ En ese sentido, SSTS Nº 1992/1993 de 15 septiembre; Nº 1375/1994 de 4 julio; Nº 94/2006 de 10 de febrero; Nº 77/2007 de 7 febrero; Nº 314/2007 de 25 abril; Nº 397/2008 de 1 julio; Nº 32/2009 de 7 enero y Nº 1274/2009 de 18 diciembre. En la STS Nº 1148/2010 de 12 diciembre, se indicó: "Y con respecto al comiso de vehículos con ocasión de la condena por un delito contra la salud pública, este Tribunal tiene afirmado en diferentes resoluciones que será instrumento, útil o medio para cometer el delito, cuando su utilización para este fin sea específica, por obedecer el vehículo en cuestión a características o aplicaciones especiales, y que no procede el decomiso cuando la finalidad atribuida al coche no era más que para realizar desplazamientos personales, función para la que habría servido cualquier otro móvil imaginable... En la misma línea, se ha afirmado que un vehículo no puede calificarse como instrumento del delito cuando falta la especificidad de su utilización para el fin delictivo. Se precisa, pues, que se declare probado que la principal finalidad del vehículo sea su empleo en la actividad delictiva, por lo que, cuando no existe motivación expresa sobre el particular no se considera justificado su comiso por falta de fundamentación de la decisión..."

¹²⁴ Vid. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 414.

¹²⁵ PUENTE ABA, "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." En: AP, op. cit., p. 990. Patricia Faraldo Cabana excluye de la categoría de instrumento aquel que sea accesorio en el modo de comisión del delito. FARALDO CABANA, Patricia. "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. A Coruña, Servicio de Publicacións Universidade da Coruña, Nº 2, 1998, p. 263. En igual sentido, habla de instrumentos solo como aquellos que son necesarios (entiéndase, insustituibles) para la realización del hecho punible, CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., pp. 42-43.

¹²⁶ "La utilización de la teoría de la equivalencia nos conduciría a un concepto de instrumento desorbitado (el local de negocios, la fábrica, la patente, los valores, etc.), en su lugar deben considerarse instrumentos solo aquellos que fueron utilizados o se encuentran vinculados con las acciones a las que son objetivamente imputables la comisión del delito." MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: RP, op. cit., p 51.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

descargó el término *instrumento* del contenido que hasta entonces se le había asignado. Si bien la relación medio-fin puede seguirse predicando del instrumento en los delitos dolosos, la situación será diversa en los imprudentes, pues aquí no puede argumentarse que ha existido una voluntad del sujeto activo dirigida al logro de una finalidad (la comisión del hecho típico), empleando un bien específico.

La jurisprudencia del TS nos da ejemplos que facilitan la comprensión de las anteriores afirmaciones. Veamos. En la STS N° 397/2008, de 1 de julio, se resolvió sobre un caso de tráfico de drogas (y no un delito de transporte de drogas, como el mismo TS subrayó). En la sentencia se indicó que el vehículo no había sido empleado de manera insustituible como instrumento para la ejecución del hecho, sino como un medio normal de transporte y desplazamiento (tenía por ende, un carácter accesorio), por lo cual no procedía su comiso.¹²⁷ Situación distinta se aprecia en la STS 753/2010, de 19 de julio. En ésta se confirmó la decisión de decomisar un barco empleado para transportar 2.722,6 kilogramos con riqueza del 75% y 4,5 kilogramos con riqueza del 76,47% de cocaína, por considerarlo el instrumento con que se cometió el delito.

A pesar de lo antes expuesto, no se puede desconocer que en algunas sentencias, sobre todo relacionadas con el negocio de las drogas, se ha dispuesto el decomiso del vehículo por el simple hecho de que fue el instrumento para facilitar el transporte o el tráfico,¹²⁸ postura que supone desconocer precisamente, lo señalado sobre el carácter esencial que debe tener el instrumento para ser considerado como tal.

3. El comiso de los efectos e instrumentos en el Derecho comparado.

En algunos ordenamientos jurídicos se distingue entre el comiso de seguridad cuya naturaleza es esencialmente preventiva y el comiso de las ganancias del hecho criminal.

En la normativa alemana p. ej., el comiso es una consecuencia jurídica del hecho que no tiene el carácter de pena, de medida de seguridad o incluso de consecuencia accesoria.¹²⁹ Es denominado sencillamente como *medida*¹³⁰ y se regula de manera

¹²⁷ Algo parecido se expone en la STS N° 522/1995 de 6 abril y en la 227/1998 de 23 febrero. En la primera, el TS señala que no puede afirmarse que “...el vehículo fuera instrumento para la comisión del delito porque la droga no se hallaba ubicada, con clandestinidad o sin ella, en lugares o cavidades del mismo, sino entre la documentación personal y en el interior de la cazadora del sujeto...”.

¹²⁸ STS N° 244/1995 de 23 de febrero y 195/2000 de 16 de febrero, por ejemplo.

¹²⁹ Los efectos accesorios se contemplan en el acápite destinado a regular las penas y son únicamente la inhabilitación para cargos públicos, para ser elegido y para votar. Al respecto, véase el §45 StGB. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 3 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Para Jescheck y Weigend también es una consecuencia accesoria la facultad prevista en algunos tipos penales de la

autónoma bajo la denominación *Verfall und Einziehung*. El comiso de los instrumentos y productos del delito recibe el nombre *Einziehung* (§74-§75), en tanto que el de las ganancias o provecho se conoce como *Verfall* (§73-§73 e).¹³¹

El primero según el §74 I,¹³² alcanza los objetos que han sido producidos por la comisión dolosa de un delito (*producta sceleris*), o los que fueron empleados para su ejecución, o estaban destinados a esa ejecución (*instrumenta sceleris*).¹³³ La doctrina alemana es clara al señalar que los *producta sceleris* no abarcan las ganancias (reguladas en el §73). Así, son únicamente los objetos cuya composición actual es atribuible al hecho, v.g., el dinero falso o el documento falsificado, pero no el dinero robado por el autor, o el precio de compra de la droga vendida. De igual manera, tratándose de los objetos empleados en la ejecución del hecho (*instrumenta sceleris*), se distingue entre estos y los que tan solo se refieren a la misma, pues su uso o presencia ya es presupuesta por el tipo penal respectivo.¹³⁴ Además, según el mismo §74 I, dentro de los *instrumenta sceleris* se incluyen los objetos empleados en la comisión del hecho, así como los destinados a producirlo o prepararlo, con lo cual se podría ordenar el comiso de bienes que finalmente no hayan sido utilizados, según Puente ABA, siempre que el hecho delictivo ya estuviese suficientemente concreta- do por el autor.¹³⁵

El §74 prevé dos formas de comiso, una de carácter punitivo (§74 II.1) y otra de aseguramiento (§74.II.2). La primera es en palabras de Jescheck y Weigend, una sanción adicional al autor o partícipe que ha cometido culpablemente un delito do-

Parte especial para la publicación de la sentencia (§103 II, §165, §200). JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 845.

¹³⁰ §11.8 StGB. Me parece claro que el legislador alemán decidió no pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del comiso.

¹³¹ Así, MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 246.

¹³² "§ 74 Voraussetzungen der Einziehung

(1) Ist eine vorsätzliche Straftat begangen worden, so können Gegenstände, die durch sie hervorgebracht oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, eingezogen werden.

(2) Die Einziehung ist nur zulässig, wenn

1. die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen oder

2. die Gegenstände nach ihrer Art und den Umständen die Allgemeinheit gefährden oder die Gefahr besteht, daß sie der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden.

(3) Unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 Nr. 2 ist die Einziehung der Gegenstände auch zulässig, wenn der Täter ohne Schuld gehandelt hat.

(4) Wird die Einziehung durch eine besondere Vorschrift über Absatz 1 hinaus vorgeschrieben oder zugelassen, so gelten die Absätze 2 und 3 entsprechend."

StGB.

¹³³ Según Manzanares Samaniego, el §74 contempla los instrumentos empleados en la ejecución del delito, así como los empleados en su preparación o destinados a la ejecución o preparación. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 524. Se trata de un ámbito de aplicación bastante más extenso que el previsto en la legislación española.

¹³⁴ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 857. Posición que encuentro discutible, según indiqué en páginas anteriores de esta investigación.

¹³⁵ PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 992.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

loso, hasta cierto punto inexplicable desde los fines de la pena.¹³⁶ Ciertamente, no se comprende por qué cabe disponer el comiso de los productos e instrumentos del delito por el hecho de pertenecer al autor o partícipe. Tal parece que, en este comiso, se impone el componente mítico que destaca Manzanares Samaniego¹³⁷ y según el cual, el objeto por su contacto con la infracción, pasa a estar impuro o manchado.¹³⁸ La naturaleza punitiva de este comiso también se revela con la existencia del comiso por valor equivalente,¹³⁹ consistente en el decomiso de una suma de dinero que sea equivalente al valor del bien en cuestión, cuando la medida no se pueda aplicar sobre éste.¹⁴⁰

¹³⁶ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 858. Para PUENTE ABA, el comiso previsto en el §74.2.I del CP alemán, por tener carácter punitivo, requiere que el sujeto haya actuado culpablemente. Por otra parte, el contemplado en el §74.2.II se dirige contra los bienes que por su naturaleza y características son peligrosos para la colectividad, o cuando existe peligro de que sirvan para la comisión de hechos antijurídicos, de allí que pueda ser aplicado aunque el sujeto no actúe de manera culpable. Así lo señala PUENTE ABA, "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." En: *AP*, p. 995.

¹³⁷ MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 245. En otra obra apunta este mismo autor: "... cabe situar, junto al comiso por la peligrosidad de la cosa, el eliminador del lucro ilícito y el que, como concesión a viejas concepciones y a veces con propósito de advertencia ejemplar, se construye sobre la simple relación con el delito cometido o proyectado." Así, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 41.

¹³⁸ Expresiones empleadas por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 858. Esta posición no ha sido de todo desechada por la doctrina. Así por ejemplo, Salas Carceller señala que el comiso busca "...evitar que los vestigios de la infracción penal representados por determinados bienes que guardan relación con la actividad delictiva en que se ha incurrido queden en posesión y beneficio del culpable o de terceros no legitimados por la norma para ello, por razón de la propia coherencia y lógica del sistema y del propio respeto a las víctimas del delito y a sus familiares, más que por el valor intrínseco de tales bienes que tantas veces es en la práctica inapreciable..." SALAS CARCELLER, Antonio. "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, María (Dir.). *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 326.

¹³⁹ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 859-860. Aunque sin indicar razones, Manzanares Samaniego señala que el comiso del valor por sustitución es el que tiene rasgos penales más definidos. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 525.

¹⁴⁰ § 74c Einziehung des Wertersatzes

(1) Hat der Täter oder Teilnehmer den Gegenstand, der ihm zur Zeit der Tat gehörte oder zustand und auf dessen Einziehung hätte erkannt werden können, vor der Entscheidung über die Einziehung verwertet, namentlich veräußert oder verbraucht, oder hat er die Einziehung des Gegenstandes sonst vereitelt, so kann das Gericht die Einziehung eines Geldbetrags gegen den Täter oder Teilnehmer bis zu der Höhe anordnen, die dem Wert des Gegenstandes entspricht.

(2) Eine solche Anordnung kann das Gericht auch neben der Einziehung eines Gegenstandes oder an deren Stelle treffen, wenn ihn der Täter oder Teilnehmer vor der Entscheidung über die Einziehung mit dem Recht eines Dritten belastet hat, dessen Erlöschen ohne Entschädigung nicht angeordnet werden kann oder im Falle der Einziehung nicht angeordnet werden könnte (§ 74e Abs. 2 und § 74f); trifft das Gericht die Anordnung neben der Einziehung, so bemißt sich die Höhe des Wertersatzes nach dem Wert der Belastung des Gegenstandes.

(3) Der Wert des Gegenstandes und der Belastung kann geschätzt werden.

(4) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42."

StGB.

En la legislación alemana también se regula el comiso de cosas o derechos de terceros no implicados en la infracción. Además de la remisión expresa al §74 a,¹⁴¹ ese comiso requiere que el tercero, al menos ligeramente, haya contribuido a que la cosa o derecho haya sido medio u objeto del hecho delictivo o de su preparación, o bien, que el tercero haya obtenido la cosa o derecho de forma reprobable, conociendo las circunstancias que puedan dar lugar a su comiso o destrucción.¹⁴² De darse estas circunstancias, el Estado no debe indemnizar al tercero.¹⁴³ También se prevé que el comiso alcance a los entes colectivos (v.g. personas jurídicas, asociacio-

¹⁴¹ V.g., §§ 92 b apartado 2; 286, 295, StGB.

¹⁴² “§ 74a Erweiterte Voraussetzungen der Einziehung

Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so dürfen die Gegenstände abweichend von § 74 Abs. 2 Nr. 1 auch dann eingezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen,

1. wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist, oder

2. die Gegenstände in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat.”

StGB.

Sobre esta norma, señala Manzanares Samaniego: *“Por lo que atañe a los instrumenta vel producta sceleris, el Derecho alemán sólo permite en dos supuestos el comiso de la cosa o derecho propiedad de un tercero al tiempo de la decisión judicial... en ambos casos sin indemnización... El primero es que éste haya contribuido al menos con grave imprudencia a que la cosa o el derecho haya sido medio o producto del delito, como ocurriría si se alquila un automóvil pese a las fundadísimas sospechas de que sería utilizado para una operación de contrabando. Es igual que la imprudencia grave se refiera a la conducta antijurídica del delincuente o se manifieste como una falta de cuidado sobre el uso de la cosa propia. Nótese que este comiso solo cabe en un delito doloso, de manera que la exigencia al menos de imprudencia temeraria de tercero no responsable criminal se halla plenamente justificada. La segunda previsión... se contrae a la adquisición del objeto en forma reprobable y conociendo las circunstancias que hubieran permitido el comiso respecto al delincuente. Así lo entendió, por ejemplo, el BGH cuando un comerciante de coches de segunda mano compró el automóvil usado para una caza furtiva sabiendo que el autor deseaba desprenderse de él por temor precisamente al comiso. Aquí ya no basta la imprudencia temeraria del supuesto anterior, antes bien, se requiere el conocimiento positivo de que la cosa estuvo implicada, antes de su adquisición, en una acción criminal que justificaría su comiso. Se exige, además, que el adquirente haya actuado de modo “reprobable”,... También este comiso de tercero tiene carácter cuasipenal lo que explica su conexión con un comportamiento cuasicalpable del tercero afectado.”* MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.”

En: *AP, op. cit.*, pp. 524-525.

¹⁴³ “§ 74f Entschädigung

(1) Stand das Eigentum an der Sache oder das eingezogene Recht zur Zeit der Rechtskraft der Entscheidung über die Einziehung oder Unbrauchbarmachung einem Dritten zu oder war der Gegenstand mit dem Recht eines Dritten belastet, das durch die Entscheidung erloschen oder beeinträchtigt ist, so wird der Dritte aus der Staatskasse unter Berücksichtigung des Verkehrswertes angemessen in Geld entschädigt.

(2) Eine Entschädigung wird nicht gewährt, wenn

1. der Dritte wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist,

2. der Dritte den Gegenstand oder das Recht an dem Gegenstand in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung oder Unbrauchbarmachung zulassen, in verwerflicher Weise erworben hat oder

3. es nach den Umständen, welche die Einziehung oder Unbrauchbarmachung begründet haben, auf Grund von Rechtsvorschriften außerhalb des Strafrechts zulässig wäre, den Gegenstand dem Dritten ohne Entschädigung dauernd zu entziehen.

(3) In den Fällen des Absatzes 2 kann eine Entschädigung gewährt werden, soweit es eine unbillige Härte wäre, sie zu versagen.”

StGB.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

nes), en concreto, cuando quien actúa lo hace en su representación y ha dado lugar a las condiciones que autorizan aplicar esa medida.¹⁴⁴

Por su parte, el comiso de aseguramiento está dirigido a los objetos que de acuerdo a su clase y las circunstancias de la colectividad, sean una amenaza para ésta (p. ej., venenos), o puedan servir para cometer acciones ilegales (v.g., documentos falsos).¹⁴⁵ Según Jescheck/Weigend, se busca proteger a la población frente a posibles riesgos, en particular la comisión de hechos punibles, de allí que su función sea preventiva.¹⁴⁶ Importante destacar que por esa orientación teleológica, es procedente incluso cuando el autor ha actuado sin culpa (§74 III), o cuando el tercero no ha actuado en los términos que mencionamos atrás (contribuyendo a que la cosa o derecho haya sido medio u objeto del hecho o de su preparación; u obteniendo esa cosa o derecho de modo reprobable, conociendo las circunstancias que dan paso a la confiscación o a la destrucción). Sin embargo, aquí sí procede indemnizarle, tomando en consideración el valor de mercado del objeto (§74 f I).

Situación distinta es que, de conformidad con prescripciones legales diversas a las del Derecho penal, quepa privar al tercero de ese bien de forma permanente sin el pago de dicha indemnización (§74 f II 3). En este contexto, a pesar del comiso, no cabe indemnizar.

Si bien el comiso de productos e instrumentos en términos generales es potestativo (§74 I), lo lógico es que se aplique de manera preceptiva cuando se persiguen fines de aseguramiento. Además, hay normas de la Parte especial que lo ordenan en ciertas circunstancias, v.g., el §150 II dispone la incautación del dinero y los títulos valores falsos.

¹⁴⁴ “§ 75 Sondervorschrift für Organe und Vertreter

Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,

3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,

4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder

5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,

eine Handlung vorgenommen, die ihm gegenüber unter den übrigen Voraussetzungen der §§ 74 bis 74c und 74f die Einziehung eines Gegenstandes oder des Wertersatzes zulassen oder den Ausschluß der Entschädigung begründen würde, so wird seine Handlung bei Anwendung dieser Vorschriften dem Vertretenen zugerechnet. § 14 Abs. 3 gilt entsprechend.”

StGB.

¹⁴⁵ § 74 II 2 StGB.

¹⁴⁶ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 860-861. En igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 525. Según Manzanares Samaniego, en el caso de los instrumentos y productos del delito que son un peligro para la comunidad o se corre el riesgo de que sean empleados en la comisión de hechos ilícitos (venenos, explosivos, billetes falsos, etc.), el derecho fundamental a la propiedad cede ante el bien general, con independencia de quién sea el propietario del objeto.

El §74 b prevé el principio de proporcionalidad en el comiso.¹⁴⁷ En los supuestos que contempla la norma (a saber, cuando no hay relación entre el comiso y la importancia del hecho cometido, así como con el reproche que afecta al autor o partícipe, o al tercero afectado por la confiscación), se puede prescindir de esa medida. Del mismo modo, se pueden aplicar medidas menos severas cuando a través de ellas, se pueda alcanzar la finalidad del comiso, por ejemplo, inutilizar los objetos o alterar sus características.¹⁴⁸

En el Código penal suizo el comiso también es considerado una medida ajena a las penas y las medidas de seguridad. Este cuerpo legal diferencia entre el comiso de seguridad que versa sobre los objetos peligrosos y el comiso de valores patrimoniales o ganancias. El primero, previsto en el art. 69, en lo medular señala que el juez, con independencia de la punibilidad de la persona acusada, debe ordenar el comiso de los objetos que han servido o estaban destinados a cometer un delito o son producto del delito, si tales objetos comprometen la seguridad de las personas, la moralidad, o el orden público. La norma agrega que el Juez puede ordenar que los objetos confiscados sean inutilizados o destruidos.¹⁴⁹ Nótese que hablamos de un comiso que no depende de la responsabilidad penal de la persona enjuiciada, lo que tiene sentido si se considera que este comiso se dirige contra objetos peligrosos, que guardan conexión con la conducta criminal. Además, por no tener el carácter de pena, tampoco es extraño que se prescinda de los elementos penales en su aplicación. Según Aguado Correa, en algunas sentencias del Tribunal Constitucional suizo se habla del carácter represivo del comiso y su cercanía a la pena,¹⁵⁰ criterio que

¹⁴⁷ La norma, estima Manzanares Samaniego, permite evitar la quiebra de dicho principio al ajustar la imposición del comiso a la importancia del hecho y el reproche que cabe hacer a sus responsables. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 525.

¹⁴⁸ "§ 74b Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

(1) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so darf sie in den Fällen des § 74 Abs. 2 Nr. 1 und des § 74a nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung betroffenen Täter oder Teilnehmer oder in den Fällen des § 74a den Dritten trifft, außer Verhältnis steht.

(2) Das Gericht ordnet in den Fällen der §§ 74 und 74a an, daß die Einziehung vorbehalten bleibt, und trifft eine weniger einschneidende Maßnahme, wenn der Zweck der Einziehung auch durch sie erreicht werden kann. In Betracht kommt namentlich die Anweisung,

1. die Gegenstände unbrauchbar zu machen,
2. an den Gegenständen bestimmte Einrichtungen oder Kennzeichen zu beseitigen oder die Gegenstände sonst zu ändern oder
3. über die Gegenstände in bestimmter Weise zu verfügen.

Wird die Anweisung befolgt, so wird der Vorbehalt der Einziehung aufgehoben; andernfalls ordnet das Gericht die Einziehung nachträglich an.

(3) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so kann sie auf einen Teil der Gegenstände beschränkt werden."

StGB.

¹⁴⁹ "Art. 69

1 Il giudice, indipendentemente dalla punibilità di una data persona, ordina la confisca degli oggetti che hanno servito o erano destinati a commettere un reato o che costituiscono il prodotto di un reato se tali oggetti compromettono la sicurezza delle persone, la moralità o l'ordine pubblico.

2 Il giudice può ordinare che gli oggetti confiscati siano resi inservibili o distrutti."

Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937. Texto disponible en italiano en: http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/.

¹⁵⁰ AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 117.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

ciertamente choca con la decisión legislativa de incluir el comiso de seguridad entre las medidas que desvinculan su imposición de la culpabilidad del sujeto activo.

Tratándose de los instrumentos de la infracción, en Brasil encontramos una regulación interesante. La figura del comiso está contemplada en el Capítulo VI, bajo la rúbrica los efectos de la condena,¹⁵¹ que a su vez se dividen en genéricos y específicos. Son genéricos la obligación de indemnizar el daño causado con el delito y la pérdida a favor del Estado, sin perjuicio de los derechos del perjudicado o de un tercero de buena fe: a) de los instrumentos del crimen, desde que consistan en cosas cuya fabricación, venta, uso, portación o disfrute sea ilícito y b), del producto del delito, o de cualquier bien o valor que constituya un beneficio obtenido por el agente con la práctica del acto criminal.¹⁵² Como se desprende de la norma, el comiso se reserva a aquellos instrumentos que son ilícitos, es decir, cuya portación, uso, disfrute, fabricación o venta está prohibido, p. ej., ciertas armas de uso exclusivo del Ejército, o las máquinas de fabricar dinero. No sucede lo mismo con los bienes que son lícitos, v.g., un automóvil, o un cuchillo de cocina.¹⁵³ Es importante apreciar que la norma no habla de la peligrosidad intrínseca del bien, sino de su carácter ilícito. Aunque podemos pensar que algunas de las prohibiciones con respecto a la portación, uso, disfrute, fabricación o venta de un objeto se relacionan con sus propias características, también puede suceder que se trate de restricciones de orden administrativo, con lo cual el tema de la peligrosidad podría pasar a un segundo plano.

Además del comiso de los instrumentos, se contempla el del producto y el provecho del delito. En el término *producto*, De Souza Nucci comprende lo directamente obtenido con la comisión del hecho, v.g., el dinero que ha sido sustraído de un banco y en el *provecho*, los bienes o valores en los cuales se ha convertido o transformado aquel *producto*.¹⁵⁴ Entiendo que De Souza Nucci o deja de lado que la

¹⁵¹ Este capítulo pertenece al Título V denominado *Das penas*. Véase el Código Penal de Brasil. Decreto-Lei N° 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponible en: <http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf>.

¹⁵² "Art. 91. São efeitos da condenação:

- I- tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
- II- a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:
 - a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
 - b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso."

Código Penal de Brasil.

¹⁵³ Ejemplos citados por DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código penal comentado*. Brasil, Editora Revista Dos Tribunais Ltda., 10° edição revista, atualizada e ampliada, 2010, p. 523. En la misma página, este autor cita también una sentencia en la cual, tratándose del ámbito penal, se dispuso no decomisar el dinero vinculado con un caso de tentativa de evasión de impuestos (el sujeto pretendía salir de Brasil rumbo a Paraguay con una importante cantidad de dinero), por no tratarse de cosa ilícita. Finalmente, señala que el comiso de determinados bienes previstos en la *Lei de Tóxicos* es una excepción a lo anterior, pues procede confiscar vehículos, embarcaciones, aeronaves o cualquier otro medio de transporte, así como instrumentos u objetos de cualquier naturaleza empleados para realizar los delitos contemplados en esa regulación.

¹⁵⁴ "Quanto ao produto do crime, trata-se daquilo que foi diretamente conquistado com a prática delituosa, tais como o dinheiro subtraído do banco ou coleção de armas retirada de um colecionador. Além do produto, é possível que o delinquente converta em outros bens ou valores o que auferiu por

ganancia y los efectos son distintos, o parte de un concepto amplio de producto, que abarca ambos. En cualquier caso, se echa en falta que, en relación con los efectos, el Código Penal no valore su peligrosidad, o como mínimo su licitud comercial, tal y como lo hace con los instrumentos.

Finalmente, nótese que el comiso se prevé como un efecto de la condena, con lo cual ésta se constituye en un presupuesto necesario para su imposición, lo que no tiene sentido si el instrumento a decomisar es peligroso. Si lo que se pretende es proteger a la sociedad de un objeto que entraña un riesgo, los elementos penales que rodean el hecho criminal no deberían considerarse relevantes. V.g., A posee una máquina de fabricar dinero que no se puede decomisar, pues al haber prescrito la acción penal, A no ha sido condenado.

El caso del Código penal portugués es similar, pues en su artículo 109 se prevé la pérdida, a favor del Estado, de *“los objetos que se hubieren servido o estuviesen destinados a servir para la realización de un hecho ilícito típico, o que hubieren sido producidos por éste, cuando, según su naturaleza o conforme a las circunstancias del caso, pusieren en peligro la seguridad de las personas, la moral o el orden público, u ofrecieran riesgo cierto de ser utilizados para la comisión de nuevos hechos ilícitos típicos.”*¹⁵⁵ El comiso de los efectos e instrumentos en consecuencia, dependerá de su peligrosidad, o del riesgo de que sean empleados para cometer nuevas infracciones. Tan es así que la misma norma agrega que esta medida se adoptará incluso en el caso de que *“ninguna persona determinada pueda ser castigada por el hecho.”*¹⁵⁶ En

conta do crime, dando margem ao confisco. Nesse caso, fala-se no proveito do crime. Ex.: o apartamento adquirido com o dinheiro roubado do estabelecimento bancário.” DE SOUZA NUCCI, *ibídem*, p. 523. Más adelante, este autor señala: *“...como regra, o produto do crime é objeto de apreensão. Assim ocorre quando a polícia, verificando que o agente esconde em sua casa o dinheiro levado de um banco, por exemplo, consegue mandado de busca e apreensão, invadindo o local para apropriar-se do produto do crime. Entretanto, no tocante ao proveito do delito; não cabe proceder à apreensão, pois normalmente já foi convertido em bens diversos, móveis ou imóveis, que possuem a aparência de coisas de origem lícita. O delinquente que, empregando o dinheiro subtraído do banco, compra imóveis e carros, v.g., deve ter esses bens sequestrados.”* DE SOUZA NUCCI, *ibídem*, p. 524.

¹⁵⁵ “Artigo 109

Perda de instrumentos e produtos

1 - São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.

2 - O disposto no número anterior tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto.

3 - Se a lei não fixar destino especial aos objectos perdidos nos termos dos números anteriores, pode o juiz ordenar que sejam total ou parcialmente destruídos ou postos fora do comércio.”

Código Penal Português. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf.

¹⁵⁶ Según Manzanares Samaniego, al enfatizar la peligrosidad de los instrumentos y productos, el Código penal portugués combina los rasgos cuasipenales de esta figura con los de las medidas de seguridad. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 526.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

palabras de M. Maia Gonçalves, se prescinde de la culpabilidad como requisito para la pérdida.¹⁵⁷

Importante aclarar que los productos contemplados en el art. 109, según la doctrina son los bienes que se originan con la conducta típica y que constituyen una categoría diversa a las ganancias.¹⁵⁸ Son lo que en la legislación española se denominan los efectos.

El art. 110 plantea la regla en relación con los objetos que pertenecen a terceros: la pérdida no tendrá lugar cuando al momento del hecho no pertenezcan a los autores o beneficiarios, o no les pertenezcan al momento en que la pérdida es decretada. La excepción a esta regla, también contenida en esta norma, es similar a la planteada en la legislación alemana:¹⁵⁹ la pérdida sí procederá cuando el tercero titular ha concurrido, de forma censurable, en su utilización o producción, o cuando del hecho hubiese obtenido ventajas, o ha adquirido el objeto por cualquier título después del hecho, conociendo su procedencia.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Así, GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português*. Coimbra, Livraria Almedina, 13 Edição, 1999, p. 375.

¹⁵⁸ "Mais problemática se afigura a definição de produto do crime. Ao contrário do que costuma pensar-se, «produto» não se identifica com vantagens retiradas do crime, mas com objectos criados ou produzidos pela actividade criminosa. Assim, por exemplo, os objectos furtados ou a soma obtida com a burla não consubstanciam o «produto» em sentido técnico, para efeito do art. 107.º; antes se trata ali de «vantagens» cabidas no âmbito do art. 109.º O conceito de produto abarca, ao invés, a moeda contrafeita, o documento falsificado, a arma fabricada em violação das regras ou autorizações legais, etc. Nestes casos, a vantagem (cabida no art. 109.º) consistirá no enriquecimento patrimonial conseguido com a respectiva venda ou utilização." DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra, Coimbra Editora, Tomo II, 2005, p. 618. En igual sentido, M. Maia Gonçalves habla de los productos como los efectos del hecho, los producidos con su comisión. GONÇALVES, *Código Penal Português*, op. cit., pp. 375-376.

¹⁵⁹ Manzanares Samaniego cree que esta norma tiene una indudable inspiración germana. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP*, op. cit., p. 526.

¹⁶⁰ "Artigo 110º

Objectos pertencentes a terceiro

1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a perda não tem lugar se os objectos não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada.

2 - Ainda que os objectos pertençam a terceiro, é decretada a perda quando os seus titulares tiverem concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiverem retirado vantagens; ou ainda quando os objectos forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo os adquirentes a sua proveniência.

3 - Se os objectos consistirem em inscrições, representações ou registos lavrados em papel, noutro suporte ou meio de expressão audiovisual, pertencentes a terceiro de boa fé, não terá lugar a perda, procedendo-se à restituição depois de apagadas as inscrições, representações ou registos que integrarem o facto ilícito típico. Não sendo isso possível, o tribunal ordena a destruição, havendo lugar à indemnização nos termos da lei civil."

Sobre este tema, véase DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 994-995.

4. Fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos en la legislación española.

La doctrina de manera prácticamente unánime, señala que el fundamento del comiso de efectos e instrumentos en la legislación española es el peligro asociado al bien (así v.g., Manzanares Samaniego¹⁶¹; Gracia Martín;¹⁶² Ocaña Rodríguez;¹⁶³ Ramón Ribas;¹⁶⁴ Faraldo Cabana;¹⁶⁵ Puente ABA;¹⁶⁶ Calderón Cerezo y Choclán Montalvo¹⁶⁷, entre muchos otros¹⁶⁸).

Tratándose de su orientación teleológica, sobresale el propósito de asegurar a la colectividad frente al peligro mencionado, en particular aquel que supone su em-

¹⁶¹ MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 246. Según él, el fundamento del comiso de los efectos está en la noción de peligro, que solamente tiene sentido en el caso de los efectos y en el de los *instrumenta sceleris*.

¹⁶² GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, op. cit., pp. 446-447.

¹⁶³ Para Ocaña Rodríguez, frente a la confiscación de la ganancia el comiso de seguridad debe estar referido a los instrumentos y efectos del delito, que son peligrosos para la colectividad, que solo excepcionalmente pueden si acaso circular o ser objeto de posesión o detentación; o que pueden ser usados para cometer otros hechos antijurídicos en el futuro. OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. "Una propuesta de regulación del comiso." En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, N° 14, Año 2005-2, p. 74.

¹⁶⁴ RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC*, op. cit., p. 542; RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 665.

¹⁶⁵ FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC*, op. cit., p. 255.

¹⁶⁶ PUENTE ABA, "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." En: *AP*, op. cit., p. 985. También véase PUENTE ABA, "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". En: *AFDUC*, op. cit., p. 853 y PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español*, op. cit., p. 6. En estas obras habla de la peligrosidad objetiva de determinados bienes como fundamento del comiso de efectos e instrumentos.

¹⁶⁷ CALDERÓN CERREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Editorial Bosch S.A., Tomo I, 1999, pp. 523-524, 527. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., pp. 29, 40. Para Choclán Montalvo este comiso también puede estar orientado a "sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho." Así CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 345.

¹⁶⁸ Hablan también de la peligrosidad objetiva de las cosas materiales como fundamento de este comiso: JORGE BARREIRO, Agustín. "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995." En: *Actualidad Penal*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 2000, p. 511; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; et ál., *Curso de DPPG*, op. cit., p. 973; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. "El comiso." En: *Diario La Ley*. Madrid, Editorial La Ley, N° 5495, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2002, Año XXIII, pp. 3-4; PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., Tomo IV, 2000, p. 952.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

pleo en la comisión de futuras infracciones (p. ej., Gracia Martín;¹⁶⁹ Peris Riera y Plá Navarro;¹⁷⁰ Puente ABA;¹⁷¹ Choclán Montalvo;¹⁷² Núñez Fernández;¹⁷³ Cerezo Domínguez;¹⁷⁴ Octavio de Toledo y Ubieta¹⁷⁵ y Ramón Ribas¹⁷⁶).

Definidos los puntos sobre los que hay acuerdo, es momento de abordar los distintos matices que, sobre este tema, existen en la doctrina, algunos de los cuales no pueden ser pacíficamente aceptados. P. ej., Muñoz Conde y García Arán señalaron que el comiso de los efectos pretendía evitar el enriquecimiento injusto de los responsables, al igual que el comiso de las ganancias.¹⁷⁷ Esta afirmación es incorrecta, pues supone confundir la categoría de los efectos con la de las ganancias provenientes del delito o falta. El error antes descrito, sin embargo, no lo cometen al hablar de los instrumentos. En relación con estos, indicaron que su comiso pretendía evitar la comisión de nuevas infracciones,¹⁷⁸ al contrarrestar su peligrosidad objetiva para evitar la repetición del delito.¹⁷⁹

¹⁶⁹ GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, *op. cit.*, pp. 446-447. En la página 450 de esta misma obra, Gracia Martín señala que el fundamento y finalidad del comiso es “...la protección de la comunidad frente a la peligrosidad objetiva de los instrumentos...”. Vid. también GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, pp. 564, 566.

¹⁷⁰ PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, “Artículo 127.” En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, Tomo IV, 2000, p. 952.

¹⁷¹ PUENTE ABA, “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.” En: *AP*, *op. cit.*, p. 985. Igualmente léase PUENTE ABA, “El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena”. En: *AFDUC*, *op. cit.*, p. 853.

¹⁷² CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, *op. cit.*, pp. 29 y 40.

¹⁷³ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias.” En: GIL GIL; *et ál.*, *Curso de DPPG*, *op. cit.*, pp. 973-974.

¹⁷⁴ “En efecto, como se ha apuntado supra, la peligrosidad, en el sentido de probabilidad de comisión de hechos delictivos, puede provenir no solo de las personas sino también de las cosas, situaciones objetivas o actividades determinadas con independencia de que las lleve a cabo una persona concreta. En estas situaciones de peligrosidad objetiva de una cosa se tienen que arbitrar medidas disuasorias que tendrán carácter de aseguramiento de la colectividad frente al peligro de que tales objetos sean utilizados de nuevo por el autor de la infracción delictiva o por otra persona para la comisión de futuros delitos.” CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El comiso.” En: *Diario La Ley*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷⁶ RAMÓN RIBAS, “Libro I: Título VI (Art. 127)”. En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, *op. cit.*, p. 663.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 7ª edición revisada y puesta al día, 2007, p. 607. MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG*, *op. cit.*, 8ª edición, p. 621. Véase también GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, *op. cit.*, pp. 953, 955-956. En esta última obra, la autora indica que el efecto es todo lo que se deriva o procede de algo, lo que conduce *prima facie* al concepto de enriquecimiento injusto; que el comiso de los instrumentos no se basa en el enriquecimiento injusto sino en su peligrosidad objetiva y que el concepto de ganancia es una ampliación del concepto de efecto.

¹⁷⁸ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG*, *op. cit.*, 7ª edición, p. 607.

¹⁷⁹ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG*, *op. cit.*, 8ª edición, p. 621.

Apoyándose en Gracia Martín, autores como Borja Mapelli Caffarena consideran que el comiso de efectos e instrumentos tiene por fundamento el peligro de que estos sean usados de manera peligrosa. La finalidad en consecuencia, es preventiva especial. Según este último autor, “... el fundamento del comiso está en la peligrosidad del uso peligroso que un cierto sujeto hace de ellos y cuando la titularidad de los mismos es de una tercera persona, el fundamento del comiso está en que el propietario no ofrece garantías suficientes de que el condenado acceda al uso peligroso de dichos bienes...”.¹⁸⁰ Para Borja Mapelli Caffarena, se trata de una reformulación actual de la finalidad inocuidadora, asociada al desarrollo de la prevención situacional, que plantea como estrategia contra los delitos evitar situaciones que los favorecen, por ejemplo el fácil acceso a instrumentos que han sido empleados para otros delitos. Éste es el fundamento preventivo del comiso, una peligrosidad que como no es estrictamente objetiva, sino del sujeto con respecto a ciertos bienes, requiere para su imposición ciertas garantías y un pronóstico de criminalidad desfavorable.¹⁸¹ En este mismo sentido se expresan Aguado Correa¹⁸² y Ramón Ribas. Éste último señala que la función del comiso, consistente en anular la peligrosidad objetiva de determinados bienes, le impone un ejercicio de prevención especial objetiva que lo aproxima a las medidas de seguridad personales (en tanto supone mirar al futuro y no al pasado) y la necesidad de probar esa peligrosidad objetiva.¹⁸³ La participación del bien como instrumento, efecto o ganancia derivada de él, es una primera manifestación de la peligrosidad objetiva del bien, peligrosidad que deberá comprobarse, sea porque se trate de bienes que son efectivamente peligrosos, o porque lo son en razón de su inadecuada titularidad.¹⁸⁴

¹⁸⁰ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, op. cit.*, p. 50.

¹⁸¹ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, ibídem*, p. 51.

¹⁸² Aguado Correa señala que el comiso de efectos e instrumentos tiene una función preventiva especial. Sin embargo, esta autora aclara que dicha función no se corresponde con la que se plantea para las penas y las medidas de seguridad (dirigida a la reeducación y reinserción social), sino que consiste en una reformulación actualizada de la inocuidación en los términos que plantea Mapelli Caffarena. AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 41. En las páginas 50 y 51 de esa misma obra, también habla de la peligrosidad del objeto desde dos perspectivas: el que es de naturaleza absolutamente peligrosa y el que lo es de manera relativa, pues al estar en manos de ciertos sujetos es muy probable que se le dé un uso ilegítimo.

¹⁸³ RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC, op. cit.*, p. 547. En otra obra, señala: “... la peligrosidad que fundamenta la imposición del comiso debe juzgarse en término objetivos (como he advertido anteriormente, si bien la pena se dirige contra una persona, concretamente, contra la que ha cometido el delito, el comiso “persigue” al bien, a los efectos, instrumentos o ganancias del delito...” RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, pp. 779. En un sentido similar, el Consejo General del Poder Judicial, al comentar el Anteproyecto de reforma del Código Penal, apuntó que el comiso de instrumentos tenía una finalidad preventiva especial, al buscar “eliminar la peligrosidad individual del concreto reo al que se aplica, privándole de medios para cometer nuevos delitos.” DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.*, p. 67.

¹⁸⁴ RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 780.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Estimo que las palabras de Mapelli Caffarena, sobre todo en lo relacionado con el pronóstico de criminalidad, pueden ser interpretadas erróneamente, razón por la que debemos ser cuidadosos al examinarlas. En primer término, Gracia Martín, autor en el cual se apoyan tanto Mapelli Caffarena como Ramón Ribas, niega que el comiso se base en la peligrosidad criminal del sujeto. Como ya indiqué, este autor considera que la peligrosidad objetiva de determinados objetos es el fundamento del instituto (en concreto, la peligrosidad de las cosas cuando están a disposición de determinadas personas), así como que su finalidad es evitar su empleo en la comisión de futuras infracciones.¹⁸⁵ Para aplicar el comiso debería bastar con la realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico probabilidad de que esos objetos puedan ser usados en el futuro para cometer nuevos delitos, incluso en caso de que no pertenezcan al autor del hecho sino a terceros, cuando estos u otras personas en su nombre, tengan deberes de vigilancia y no puedan garantizar que no serán empleados por ellos mismos, o por otros para cometer nuevos delitos.¹⁸⁶ A modo de ejemplo, considera procedente el decomiso de una escopeta de caza legalmente adquirida y cubierta por una licencia que ha sido empleada por alguien diferente al propietario para causar lesiones, en caso de que ese propietario no sea capaz de cumplir el deber de vigilancia de dicho objeto para evitar que se emplee en nuevos hechos criminales.¹⁸⁷ Gracia Martín en resumen, cree que el comiso para ser acorde con su finalidad y fundamento, no se debe aplicar cuando *“la cosa no sea peligrosa y no se compruebe la probabilidad de que sea utilizada en el futuro para la comisión de nuevos hechos antijurídicos.”*¹⁸⁸ Nótese que él no hace depender la imposición del comiso de la peligrosidad criminal del autor de la conducta típica y antijurídica, sino de la del objeto a decomisar. El pronóstico que él sugiere realizar es en relación con el objeto, precisamente para establecer si es de naturaleza peligrosa y si puede volver a ser empleado en futuros hechos criminales, lo que también supone valorar si su titular puede garantizar su vigilancia. En esta misma línea de ideas deben comprenderse las palabras de Ramón Ribas, quien como ya indiqué, señala que ese juicio de peligrosidad que recomienda Gracia Martín se aproxima al que corresponde hacer tratándose de las medidas de seguridad personales. Ramón Ribas no está sugiriendo que en el comiso resulte de interés la peligrosidad criminal, sino sencillamente que, al igual que sucede con las medidas de seguridad, en este caso correspondería hacer un pronóstico a futuro. Por todo lo expuesto, creo que cuando Mapelli Caffarena habla del pronóstico de criminalidad desfavorable como requisito para el comiso, no se está refiriendo a la peligrosidad del autor de la conducta, sino a de la del objeto a decomisar. Pensar de otra manera nos conduce a concluir que este autor, en lugar de una técnica de prevención situacional (caracterizada por aplicarse con carácter general a todos los

¹⁸⁵ GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª edición, actualizada y adaptada a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre y 15/2003, de 25 de noviembre, 2004, pp. 496-497.

¹⁸⁶ GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, *ibídem*, p. 498.

¹⁸⁷ GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, *ibídem*, pp. 500-501.

¹⁸⁸ GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, *op. cit.*, pp. 448-449.

ciudadanos sean delincuentes o no),¹⁸⁹ estaría convirtiendo el comiso en una figura más que próxima a las medidas de seguridad (al poner el acento en la peligrosidad criminal),¹⁹⁰ pero sin estar sometido a los fines de éstas (resocialización e inocuización inclusive). También nos permitiría avalar el comiso de bienes de uso cotidiano y fácil adquisición por el simple motivo de que el autor del hecho pueda disponer de los mismos para cometer futuras infracciones y a la inversa, la no admisión del comiso de efectos e instrumentos que son intrínsecamente peligrosos, esto cuando el pronóstico de peligrosidad del autor del hecho no sea desfavorable. Siempre sobre este tema, hay que recordar que el comiso de los efectos e instrumentos está centrado en la peligrosidad del bien, pues lo que se desea es evitar su empleo en la comisión de futuras infracciones por cualquier persona, no solo por el autor de la conducta, cuya peligrosidad de existir, difícilmente se verá atemperada por el comiso de unos objetos, máxime si consideramos que su resocialización o inocuización son propósitos intrascendentes en este campo.

Mapelli Caffarena critica a Gracia Martín pues a pesar de reconocer que el fundamento del comiso de efectos e instrumentos radica en la peligrosidad que se asocia al uso que ciertos bienes, sea porque son intrínsecamente peligrosos o porque lo son en manos de una determinada persona, niega que ese comiso tenga relación con las medidas preventivas.¹⁹¹ En realidad, lo que Gracia Martín niega es que se pueda atribuir al comiso las finalidades preventivas que se asocian a las penas o las medidas de seguridad, pues el comiso no se dirige a resocializar o inocuizar al sujeto peligroso. Como el comiso de efectos e instrumentos no tiene como presupuesto ni la culpabilidad (como sucede con la pena), ni la peligrosidad criminal (como sucede con las medidas de seguridad), sino “*la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos,*”¹⁹² niega que tenga carácter penal. Aunque no comparto con él esta conclusión (negar la naturaleza penal al comiso), creo que acierta al distinguir entre los propósitos preventivos del comiso de efectos e instrumentos y los fines preventivos que tienen las penas y las medidas de seguridad, pues en tanto aquellos se relacionan con la peligrosidad de un objeto determinado, que incluso puede ser de un tercero, tratándose de las penas y las medidas de seguridad los

¹⁸⁹ “Esta manera de concebir el fenómeno criminal que se deriva de las teorías del crimen lleva a un diferente entendimiento de prevenir la delincuencia. En lugar de mejorar la situación económica o la salud psicológica del sujeto delincuente, debemos intervenir sobre las situaciones y oportunidades delictivas. Este modelo de prevención no pretende eliminar... criminales mediante la mejora de la sociedad o sus instituciones, sino simplemente hacer el delito menos atractivo para los potenciales delincuentes. Si queremos prevenir eficazmente el delito debemos reducir las oportunidades para el mismo a través de la modificación del medio ambiente o las situaciones....” MEDINA ARIZA, Juan. “El control social del delito a través de la prevención situacional.” En: STANGELAND, Per (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a La Criminología aplicada*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 15, 1997, pp. 283-284.

¹⁹⁰ De hecho, Borja Mapelli Caffarena niega que el comiso de efectos e instrumentos pueda considerarse una medida de seguridad. MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, op. cit.*, p. 50.

¹⁹¹ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, ibidem*, p. 50.

¹⁹² GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, op. cit., p. 447.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

finos preventivos se articulan alrededor de la persona del autor o partícipe de la infracción, intentando intervenir en su voluntad. Una vez hecha esta aclaración, entiendo que en lo medular los tres autores (Gracia Martín, Ramón Ribas y Mapelli Caffarena), coinciden en que el fundamento del comiso de efectos e instrumentos radica en la peligrosidad del bien y en la necesidad de proteger a la colectividad de ese peligro, en especial el que supone su empleo en la comisión de nuevas infracciones.

En términos similares a los expuestos por Ramón Ribas, se posicionan autores como Octavio de Toledo y Ubieto¹⁹³ y Choclán Montalvo, según los cuales el comiso de efectos e instrumentos es un comiso de seguridad, dirigido a prevenir determinados riesgos. Para Choclán Montalvo, en los casos en que el bien es objetivamente peligroso, el comiso busca defender a la colectividad de los mismos. Cuando la peligrosidad del bien consiste en su posible empleo para la comisión de hechos punibles y no en su peligrosidad intrínseca (de hecho puede no darse ésta), el comiso se configura como una medida *ad personam*, que del mismo modo que sucede con las medidas de seguridad postdelictuales, se dirige a “*contrarrestar la peligrosidad del sujeto, no de la cosa, por lo que su contenido se asimila al propio de las medidas de seguridad restrictiva de derechos.*” Así p. ej., cabría el comiso del arma cuya tenencia es lícita cuando se puede prever su empleo en próximos hechos, peligrosidad que se ha puesto en evidencia por la práctica de la infracción.¹⁹⁴ Aunque este autor no ahonda en el juicio de peligrosidad que debe realizarse, es clara la similitud que guarda su postura y la de Ramón Ribas, de allí que las consideraciones hechas en relación con éste y sobre todo las precauciones que expuse con respecto a la necesidad de no confundir este tema con las medidas de seguridad, sean nuevamente aplicables.

Ahora bien, Choclán Montalvo considera que este comiso también puede perseguir fines preventivos generales, a saber, sancionar a quien destina bienes lícitos aunque no peligrosos al cumplimiento de fines contrarios a Derecho.¹⁹⁵ Esta opinión también la asume Gascón Inchausti.¹⁹⁶ Éste entiende que el comiso de los instru-

¹⁹³ “*En primer lugar, que el decomiso de los instrumentos del delito tiene un exclusivo sentido preventivo especial y, dentro de él, de mero aseguramiento; si bien de un aseguramiento que, ex lege y a diferencia también legal del que puedan tener ciertas medidas de seguridad, no está precisado de apreciación, conforme a un pronóstico previo, de peligrosidad criminal en el sujeto y de un aseguramiento que, presuntamente, se encuentra fundado en la peligrosidad objetiva de tales instrumentos. Se trata, en cualquier caso, de un sentido exclusivamente preventivo especial que, como es obvio, no resulta predicable en estos términos de la pena.*” OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El comiso.” En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 3.

¹⁹⁴ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., pp. 41-42. En otra obra, Choclán Montalvo confirma esta postura, al indicar que el comiso de instrumentos tiene un contenido que se aproxima al de las medidas de seguridad. CHOCLÁN MONTALVO, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 339.

¹⁹⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 40.

¹⁹⁶ Este autor señala que con el decomiso de los efectos e instrumentos del delito, “...lo que se pretende... es evitar el peligro de que vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevos delitos o, en general, el peligro que representan determinados objetos en sí mismos: ésta es la razón de que también reciba en ocasiones la denominación de «decomiso de seguridad». Sin embargo, además de esta

mentos y efectos busca evitar el peligro de que los bienes vuelvan a ser empleados para cometer nuevas infracciones, o en general el peligro que algunos objetos representan en sí mismos, de allí que en esta ocasión se hable de decomiso de seguridad. Para Gascón Inchausti, a pesar de esa función preventiva que lo aproxima a una medida de seguridad, no se excluye que el comiso de los efectos e instrumentos cumpla fines de prevención general, ya que transmite a la sociedad la idea de que el delincuente pierde la propiedad de los elementos que emplea en la conducta ilícita.¹⁹⁷

A mi modo de ver, considerar que el comiso de efectos e instrumentos tiene el efecto de sancionar el uso de bienes para cometer hechos que son contrarios a Derecho, supone prescindir de la peligrosidad del bien como un elemento clave para determinar la procedencia del comiso. Esta postura, aunque ajustada al art. 127 CP (pues en la norma no se menciona el tema de la peligrosidad), es un error en términos de lo que *debe ser*, ya que implica desnaturalizar una figura que como todos reconocen, se basa precisamente en el peligro que acarrearán ciertos bienes y en la necesidad de neutralizar ese peligro.

Tras la exposición de todos estos planteamientos, concluyo que el fundamento del comiso de los efectos e instrumentos radica en la *peligrosidad del bien*. Esa peligrosidad debe ser evaluada desde dos vertientes. La primera y más importante, la objetiva. Hablamos del bien que es peligroso intrínsecamente con independencia de quién sea su titular, o quien pueda tener acceso a él (v.g., explosivos, veneno, armas prohibidas, etc.). En estos casos el comiso debería imponerse sin tomar en cuenta otros extremos, por ejemplo los penales (a modo de ilustración, el comiso debería ser procedente con independencia de que haya o no una condena), o los derechos que terceros puedan invocar sobre los bienes (situación diversa es que según sea el caso, corresponda conceder a esos terceros alguna indemnización). La segunda vertiente es la subjetiva. Ésta supone examinar la relación que se da entre el bien y un determinado sujeto, para decidir sobre la peligrosidad del primero, tarea que se debe realizar con cuidado, pues no puede llevarnos al absurdo de admitir el comiso de bienes insignificantes, quizá también de uso cotidiano y fácilmente reemplazables, por el hecho de que en manos de una persona concreta se convierten en peligrosos. V.g., un paraguas o una tijera puede convertirse en un objeto peligroso si está en manos de un individuo peligroso. Aceptar el comiso en estos casos, supondría cambiar la finalidad de la medida, pues en lugar de proteger a la sociedad de los bienes que entrañan un riesgo, el comiso se emplearía para neutralizar al sujeto peligroso mediante la eliminación de cualquier objeto que en su poder adquiriera semejante connotación, lo que además es desconocer que el problema de la peligrosidad del individuo se aborda a través de figuras específicas, como lo son las medidas de seguridad. Así las cosas, el examen sobre la peligrosidad del bien a decomisar desde la perspectiva subjetiva, no debe girar exclusivamente sobre la peligrosidad del autor

función preventiva –que lo aproxima a una medida de seguridad–, suele reconocerse igualmente que esta modalidad de decomiso también puede cumplir fines de prevención general, dado que transmite a la sociedad la idea de que el delincuente pierde la propiedad de los elementos utilizados para la comisión de conductas ilícitas.” GASCÓN INCHAUSTI, “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes.” En: CDF, op. cit., pp. 2-3.

¹⁹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 25.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

de la conducta enjuiciada, ni sobre la pretensión de neutralizar su comportamiento peligroso, sino que se debe centrar en si el bien puede ser empleado para cometer nuevas infracciones, sea por el enjuiciado o por cualquier otra persona, lo que implica valorar las circunstancias del caso concreto. Aunque hay que tomar en cuenta al propio autor de la conducta sometida a juicio, requiere un examen de mayor envergadura. Veamos un ejemplo. Pensemos en productos químicos empleados para cometer una infracción medio ambiental, que a pesar de haber sido adquiridos de conformidad con la regulación vigente, no están sometidos a una adecuada custodia por parte de su propietario (que puede ser un tercero), de allí que puedan convertirse nuevamente en el instrumento de futuros hechos criminales, sea por el imputado o por cualquier otra persona. El comiso, en este caso, debería proceder a pesar de que el bien en cuestión no sea intrínsecamente peligroso.

Del mismo modo, siendo que la imposición de la medida debe limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa (sea desde la vertiente objetiva o subjetiva), no tiene sentido aplicar en estos casos el comiso por valor equivalente. Tratándose del comiso subrogatorio, solo tendrá cabida cuando el bien en que se haya transformado o convertido el efecto o instrumento siga siendo peligroso. De esta manera, la orientación teleológica del comiso se vincula claramente con su fundamento: se busca neutralizar la peligrosidad de algunos objetos y evitar su empleo en la comisión de nuevas infracciones.

A pesar de la importancia que tiene el tema de la peligrosidad del bien, el art. 127 CP no lo contempla. Llama la atención este hecho, máxime si se considera que en la inclusión del comiso bajo la rúbrica de las consecuencias accesorias tuvo una gran influencia la normativa alemana, que al igual que los otros ordenamientos jurídicos que se describieron atrás, toman en cuenta ese extremo.

Con el propósito de poner en sintonía el régimen legal del comiso y su fundamento y función, algunos han dicho que el legislador español no incorporó el juicio de peligrosidad objetiva de los efectos e instrumentos de la infracción, pues al igual que sucede con los delitos de peligro abstracto, ese juicio lo realizó en abstracto, concluyendo que determinados bienes son peligrosos.¹⁹⁸ Creo que esta respuesta

¹⁹⁸ Dice Ramón Ribas: "... A la introducción de un juicio de peligrosidad en el caso concreto parece oponerse el texto de la ley, que se expresa en términos eminentemente imperativos,... con independencia, por tanto, de toda comprobación posterior que verifique la efectiva peligrosidad objetiva del bien. Compatibilizar, aceptada esta premisa, la regulación del comiso con su fundamento y función requiere considerar que el legislador ya realizó, con carácter general, un juicio de peligrosidad objetiva de los bienes empleados en la ejecución de delitos o derivados de ella, sustrayendo al juzgador la facultad de individualizar aquel juicio y verificar la peligrosidad actual de los bienes..." Más adelante, este autor señala: "Entre las dos alternativas ofrecidas para cohonestar el fundamento y función del comiso con su régimen legal (introducir un juicio de peligrosidad objetiva del bien y entender que dicho juicio ya ha sido abstractamente realizado por el legislador), es la primera de ellas la que más me satisface, pues elimina la necesidad de una medida cuya gravedad y proyección requieren su sometimiento a un control que verifique dicha necesidad en términos de actualidad, que ajuste perfectamente la aplicación del comiso a su fundamento y función." RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC*, op. cit., pp. 548-549, 553. Véase también RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 781.

no es acertada, pues implica desconocer que los vocablos *efectos e instrumentos* son categorías bajo las cuales se pueden ubicar un innumerable listado de bienes, muchos que pueden no acarrear peligro alguno. Asimismo, si lo que se busca con el comiso es neutralizar la peligrosidad de un determinado bien, no debería negarse al operador jurídico el poder para establecer en cada caso si, efectivamente, se alcanza o no dicho propósito con la aplicación de la medida.

Con un mejor criterio la mayor parte de la doctrina sugiere realizar una interpretación restrictiva del art. 127, acorde con la finalidad y el fundamento del comiso (v.g., Gracia Martín;¹⁹⁹ Puente Aba;²⁰⁰ Mapelli Caffarena²⁰¹ y Ramón Ribas²⁰²). Tanto Gracia Martín como Puente Aba estiman que solo es admisible imponer el decomiso sobre bienes que sean realmente peligrosos y siempre que exista una probabilidad demostrada de que se emplee en la comisión de nuevos hechos delictivos.²⁰³ Borja Mapelli Caffarena, tras criticar el automatismo de la norma, considera que el pronóstico de peligrosidad del sujeto en contacto con ciertos bienes es indispensable

¹⁹⁹ GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, *op. cit.*, pp. 448-449.

²⁰⁰ PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 990; PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.*, 11-12.

²⁰¹ MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.*, p. 52.

²⁰² "En efecto, la función del comiso (anular la peligrosidad objetiva de determinados objetos) lo convierte en un ejercicio de prevención objetiva que, fundamentalmente por tener capacidad de alcanzar a terceros, no contiene aspectos retributivos ni permite la actuación del principio de culpabilidad, resultando de ello, por una parte, una evidente proximidad con las medidas de seguridad personales y, por otra, la necesidad de probar la peligrosidad objetiva de determinados bienes que, por constituir instrumentos, efectos o ganancias del delito, han sido abstractamente seleccionados como susceptibles de ser decomisados. Se trata en suma, de comprobar si dichos bienes son, efectivamente, sea por su naturaleza (documentos falsificados, alimentos fabricados sin respetar los controles legales establecidos, etc.) o por razón de su inadecuada titularidad, peligrosos y por consiguiente, necesaria la imposición de la consecuencia (pérdida definitiva del bien). El juicio, con sus evidentes matices, se aproxima al establecido en el artículo 95.1 del Código Penal y, como él, supondrá mirar al futuro y no, como sucede cuando de imponer una pena se trata, hacia el pasado..." RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 547. También, RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 782.

²⁰³ Recordemos que a Gracia Martín no le parece indispensable que el autor actúe culpablemente, de ahí que para el comiso baste un hecho antijurídico y el pronóstico de probabilidad de que las cosas peligrosas pueden ser empleadas en el futuro para cometer nuevas infracciones. GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.*, p. 447. Puente Aba recomienda vincular la imposición del comiso de los efectos e instrumentos con su fundamento, a saber, su peligrosidad objetiva, acudiendo para ello a una interpretación restrictiva del precepto, "de modo que sólo sería admisible decomisar un bien que sea real y objetivamente peligroso, y siempre que exista una probabilidad demostrada de que se emplee en la futura comisión de nuevos hechos delictivos." PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 990. Vid. también PUENTE ABA, Luz María. "Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal." En: *Panóptico: contra la cultura carcelaria (Dossier sobre La Contrarreforma Penal)*. N° 6, 2003, p. 128.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

para proceder al comiso de estos.²⁰⁴ Ramón Ribas como ya indiqué, señala que la participación del bien como instrumento, efecto o ganancia derivada de la infracción en un ilícito, es una primera manifestación de su peligrosidad objetiva y la previsión de que pueda darse una segunda participación, es lo que justificará la adopción de medidas dirigidas a prevenirla.²⁰⁵ Por esto, para decretar el comiso, se requiere realizar antes un juicio de peligrosidad objetiva que concluya con un pronóstico de probabilidad de que los bienes se emplearán para cometer un nuevo delito.²⁰⁶ Hay que aclarar que para este autor, tanto el comiso de los instrumentos y efectos como el de las ganancias, tienen entre sus fundamentos la peligrosidad del bien (cosa cuestionable tratándose de las ganancias),²⁰⁷ pero hecha esta salvedad, sus razonamientos son atendibles.

Es loable que se abogue por aplicar de forma restrictiva el art. 127 CP, máxime si se considera que el principio de proporcionalidad, único criterio que limita la aplicación del instituto, no toma en cuenta la peligrosidad del bien. Sin embargo, el tenor literal de la norma no da lugar a interpretaciones. La peligrosidad del bien sobre el que recae la medida carece de importancia y tan claro es esto que, una vez impuesta la pena, el comiso tiene carácter preceptivo. Por este motivo, es necesario reformar el texto legal, imponiendo al juzgador la obligación de verificar la existencia del peligro en cada caso, pues solamente así se cumplirán con los objetivos que persigue el comiso de efectos e instrumentos y se dejará de aplicar la figura con automatismo, lo que ha llevado al absurdo de decomisar bienes que no son peligrosos, que son de uso cotidiano o fácilmente reemplazables.

Asimismo, si el fundamento de este comiso es la peligrosidad del bien, la imposición de la medida no debería supeditarse a los elementos penales. La imposición de una pena no debería ser requisito para imponer este comiso, bastando con una conducta que pueda considerarse típica y antijurídica, tal y como sucede en los or-

²⁰⁴ MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.*, p. 52.

²⁰⁵ RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, pp. 545-546.

²⁰⁶ "En efecto, la función del comiso (anular la peligrosidad objetiva de determinados objetos) lo convierte en un ejercicio de prevención objetiva que, fundamentalmente por tener capacidad de alcanzar a terceros, no contiene aspectos retributivos ni permite la actuación del principio de culpabilidad, resultando de ello, por una parte, una evidente proximidad con las medidas de seguridad personales y, por otra, la necesidad de probar la peligrosidad objetiva de determinados bienes que, por constituir instrumentos, efectos o ganancias del delito, han sido abstractamente seleccionados como susceptibles de ser decomisados. Se trata en suma, de comprobar si dichos bienes son, efectivamente, sea por su naturaleza (documentos falsificados, alimentos fabricados sin respetar los controles legales establecidos, etc.) o por razón de su inadecuada titularidad, peligrosos y por consiguiente, necesaria la imposición de la consecuencia (pérdida definitiva del bien). El juicio, con sus evidentes matices, se aproxima al establecido en el artículo 95.1 del Código Penal y, como él, supondrá mirar al futuro y no, como sucede cuando de imponer una pena se trata, hacia el pasado..." RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, ibídem*, p. 547.

²⁰⁷ Digo cuestionable pues creo que las ganancias no son peligrosas. El mismo Ramón Ribas estima que el juicio de peligrosidad puede obviarse cuando el comiso afecte las ganancias, según él, por la doble fundamentación de éste (para él, la peligrosidad objetiva y la producción de un enriquecimiento ilícito). Así, RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, ibídem*, pp. 544, 548.

denamientos suizo, alemán y portugués descritos atrás. De igual manera, en casos de peligrosidad de la cosa, tampoco debería ofrecerse protección al tercero de buena fe, pues esto sería incompatible con el fundamento y la orientación teleológica del comiso. Si el bien es de naturaleza intrínsecamente peligrosa, o si lo es desde una perspectiva subjetiva (v.g., porque el tercero titular no puede garantizar que no será empleado en la comisión de nuevas infracciones), habrá que entender, como lo apunta Gracia Martín, que la buena fe decae²⁰⁸ y el comiso es procedente (sobre esto volveré en el capítulo IV, al examinar la situación del tercero).

En suma, la peligrosidad de los bienes que han sido catalogados como efectos o instrumentos (y que puede ser intrínseca o en relación con alguien), es el fundamento de este comiso. La finalidad del instituto radica en la prevención del peligro que representan esos bienes y su eventual empleo en la comisión de futuras infracciones. Aunque se trata de un propósito preventivo, no se debe confundir con los fines preventivos que se asocian a las penas o las medida de seguridad,²⁰⁹ pues en el comiso la prevención gira en torno al objeto peligroso y tratándose de las otras consecuencias jurídicas, se vincula con el autor o partícipe de la conducta, con el propósito de intervenir su voluntad.

B. Comiso de ganancias.

El comiso de las ganancias (también llamado confiscación por algunos autores²¹⁰ para distinguirlo del comiso de los efectos e instrumentos), fue introducido como regla general aplicable a todos los delitos en el CP de 1995.²¹¹ De esta forma el legislador colmó un vacío normativo que la doctrina no dudaba en señalar,²¹² máxime

²⁰⁸ "Por tercero de buena fe en este contexto debe entenderse a mi juicio únicamente al 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. En caso contrario, decaerá el juicio favorable de buena fe, y entonces los objetos peligrosos de su propiedad que fueron utilizados para cometer el delito podrán ser decomisados. En el caso de delitos cometidos a través de una persona jurídica con instrumentos de la propiedad de ésta o que produzcan efectos para ella procederá el comiso de los mismos si los encargados de la vigilancia de tales objetos peligrosos no prestan aquella garantía." GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 564-565.

²⁰⁹ Octavio de Toledo y Ubieta, p. ej., señala que el sentido preventivo especial que se puede atribuir al comiso de instrumentos no es predicable en los mismos términos de la pena. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 3.

²¹⁰ Por ejemplo, OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP*, op. cit., p. 74 y CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 345.

²¹¹ Para Cerezo Domínguez la inclusión del comiso de las ganancias provenientes del delito en la parte general del Código penal fue toda una novedad. CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. "La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa." En: *Actualidad Penal*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 2001, p. 462.

²¹² Manzanares Samaniego prácticamente en todas sus obras, ha insistido en la necesidad de contemplar expresamente el comiso de las ganancias junto al de los instrumentos y productos, pues son categorías diversas. En ese sentido, véanse las siguientes obras de este autor: "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP*, op. cit., p. 631; "Las penas patrimoniales en la pro-

cuando los operadores jurídicos hacían caso omiso de esa circunstancia e igualmente lo ordenaban.²¹³

El significado del término *ganancias* es uno de los temas que abordaré a continuación. También trataré su tratamiento en las legislaciones penales de otros países; su orientación teleológica y fundamento; así como la diferenciación entre el principio de ganancias brutas y netas.

1. Concepto de ganancias.

Según la Real Academia Española²¹⁴, la ganancia es “*la utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción.*” La utilidad es a su vez, el “*provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo.*” El provecho es sinónimo de beneficio²¹⁵ y en esa medida, ganancia y beneficio son lo mismo. Esto es importante de cara a los tipos penales que usan este vocablo y no el de ganancia.²¹⁶

Para la Real Academia Española, las ganancias también se pueden definir en relación con las pérdidas, a saber, como “*Cuenta en que anotan los tenedores de libros el aumento o disminución que va sufriendo el haber del comerciante en las operaciones mercantiles. En el debe de la contabilidad se anotan las pérdidas, y en el haber, las ganancias del comerciante.*” Si trabajásemos con esta definición, debemos concluir que con el vocablo ganancia contenido en el art. 127 CP se deben abarcar únicamente las ganancias netas, pues los gastos o inversiones que se deben hacer para obtener

puesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal.” En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 246; “La pena de comiso.” En: *REP, op. cit.*, p. 62 y “Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III).” En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 24, semana del 15 al 21 de junio de 1992, pp. 237-238.

²¹³ Así, Manzanares Samaniego apunta: “*No hace falta insistir en la generalizada corruptela de nuestros tribunales al acordar, con el apoyo del artículo 48 del viejo Código Penal, el comiso de lo que no era instrumento o producto del delito, olvidando que en aquel precepto no se incluían ni las ganancias ni las cosas sólo relacionadas con la acción...*” MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 536. También apunta esta situación GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 64: “*... la jurisprudencia, con frecuencia, haciendo una lectura extensiva del significado del término “efectos”, decretaba el comiso de lo que, en realidad, eran ganancias.*” Finalmente, señala Aguado Correa: “*...el hecho de que no estuviese expresamente previsto el comiso de ganancias para todos los delitos y faltas, no ha sido óbice para que nuestros Jueces y Tribunales lo hayan decretado...*” AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 64.

²¹⁴ Todas las definiciones que a continuación se expondrán y que se atribuyen a la Real Academia Española, proceden del *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

²¹⁵ El provecho se define como “*Beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio.*” En igual sentido, Fernández Pantoja habla del provecho; ganancias o beneficios como sinónimos, que aluden a las ventajas patrimoniales obtenidas por el sujeto de forma ilícita al provenir de la comisión de un delito o falta. FERNÁNDEZ PANTOJA, “Artículo 127.” En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, Tomo IV, p. 980.

²¹⁶ Por ejemplo, el art. 271 apartado a) del Código Penal.

tales ganancias, deben ser deducidos por considerarse pérdidas. Sobre esto, volveré más adelante.

Algunos autores, como Cerezo Domínguez²¹⁷ o Manzanares Samaniego creen que por ganancia se entiende tanto la recompensa, entendida como la ventaja patrimonial que el autor o partícipe del hecho recibe como contraprestación, p. ej., el dinero recibido por el cohecho, así como la ganancia, definida como el beneficio logrado directamente por la acción criminal, v.g., el valor de lo estafado,²¹⁸ o el dinero sustraído. Entiendo que esta interpretación no se ajusta al art. 127 CP, pues éste solamente habla de las ganancias provenientes de la infracción, lo que significa que el legislador español ha contemplado las ganancias que proceden de la infracción y no las obtenidas por cometer el hecho (como sí sucede en la normativa alemana).²¹⁹ De esta manera, no se puede considerar ganancia el precio, la dádiva o la promesa que obtiene quien ejecuta la infracción.²²⁰ Este vacío legal para algunos, puede solventarse a través de una interpretación distinta de la frase ganancias provenientes de la infracción, en concreto, como “ganancia que tenga su fundamento, que encuentre su principal razón de ser en el delito o falta, y por tanto también aquella que se presente como contraprestación de la infracción penal.”²²¹ Es ésta una interpretación extensiva, inadmisibles en relación con una medida que está sujeta al principio de legalidad. Como señalé en relación con los efectos de la infracción, el término provenir según la RAE, dicho de una cosa, supone que ésta nace, se origina o procede de algo o alguien (“... de un lugar, de otra persona, de otra cosa, etc.”), con lo cual no podría abarcarse lo que se da por cometer la infracción, pues no se trata de un beneficio que procede directamente de ésta. Ante este problema, lo deseable es que de lege ferenda se introduzca el comiso de lo pagado por el hecho.

²¹⁷ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. “Capítulo 33. Comiso.” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre, S.A., 2010, p. 694.

²¹⁸ Véase MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso.” En: *REP, op. cit.*, p. 41; MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal.” En: *ADPCP, op. cit.*, p. 619. Aunque Manzanares Samaniego señala que ganancia y recompensa no es lo mismo, estima que ambas deben entrar en la categoría de las ganancias. Por la primera “(Entgelt) se entiende la ventaja patrimonial que el autor u otro partícipe obtuvo como contraprestación, vg: lo recibido por cohecho o encubrimiento. La ganancia (Gewinn) es el provecho directamente obtenido por la acción criminal, así el valor de lo estafado o el producto de la venta.” MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso.” En: *REP, op. cit.*, p. 21. Sobre la inclusión de ambas en la categoría de las ganancias, léase MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 527.

²¹⁹ Es de este criterio AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 98; AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC, op. cit.*, p. 15. Para Terradillos Basoco, las ganancias, incluso las transformadas, han de provenir directamente del delito. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales del Derecho Penal Económico de la empresa*. Lima, Ara Editores, 2010, p. 181.

²²⁰ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, 5ª edición, 2011, pp. 415-416.

²²¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *Revista Penal*, N° 19, 2007, p. 165. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/312/303>. En igual sentido, Choacán Montalvo afirma que “la ventaja patrimonial puede obtenerse como producto del hecho o puede haber sido ofrecida para la comisión del mismo hecho. También en este último caso la ganancia proviene del delito pues sin él no se obtiene la ventaja patrimonial.” CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.*, p. 50.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Si la ganancia es sinónimo de incremento patrimonial, es claro que ese incremento debe haberse producido para que el comiso tenga lugar, precisamente sobre el *quantum* de ese incremento. Por lo anterior, no podría disponerse el comiso sobre las ganancias que el autor o partícipe de una infracción espera obtener,²²² como tampoco cuando a pesar de esperar ganancias, lo que obtiene son pérdidas.²²³

De igual forma, como el término ganancias se relaciona con la obtención de bienes o derechos que *incrementan* el patrimonio, no pueden catalogarse así las ventajas económicas que se derivan de no cumplir ciertas obligaciones jurídicas sancionadas con una pena. V.g., no hacer la declaración tributaria en el delito fiscal.²²⁴ Sí pueden incluirse dentro del concepto de ganancias las que suponen una no disminución del patrimonio, p. ej., la condonación de una deuda.²²⁵

Asimismo, entiendo que en el concepto de ganancias se puede incluir el objeto sobre el que recae la conducta típica. Como expliqué *supra*, el hecho de que un bien sea el objeto de la infracción no excluye su carácter de efecto, instrumento o ganancia, sino que esto dependerá de cada caso concreto. Un ejemplo de esto nos lo aporta Vizueta Fernández, al señalar que “... *la cosa sustraída en un delito de hurto es el objeto sobre el que recae la acción de tomar, pero, aunque no pueda decomisarse por pertenecer a un tercero de buena fe no responsable del delito, es asimismo una ganancia proveniente de la realización antijurídica de un tipo penal doloso.*”²²⁶

Según el art. 127 CP, el comiso de las ganancias también alcanza las transformaciones y las ventajas que la actividad delictiva ha podido producir. Comprende “... *todos los provechos que por transformación o aplicación de las cosas se deriven de las mismas.*”²²⁷ Hablamos entonces de un comiso que alcanza a cualquier bien de

²²²P. ej., en el art. 431 CP, la doctrina señala como requisito para el comiso que las ventajas de contenido económico se hayan hecho efectivas, con lo cual no solo bastará con su ofrecimiento, promesa o solicitud. MORALES PRATS, Fermín; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “Artículo 431.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6º edición y 1º con este título, 2011, p. 1265; PÉREZ MACHÍO, Ana. “Artículo 431.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1605.

²²³ BLANCO CORDERO, Isidoro. “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos.” En: *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. XXVII, 2007, pp. 71-73.

²²⁴ Así lo señala Choclán Montalvo. Considera él que la ganancia no equivale a evitar por medio de la infracción una pérdida patrimonial debida, sino que requiere una transformación del patrimonio incrementando su activo. El delito, concluye, ha de ser la fuente u origen del ingreso, no la causa de evitación del gasto. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 53.

²²⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *RP*, op. cit., p. 173.

²²⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, “Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal.” En: *RECPC*, op. cit., pp. 19-20. Sin mayores discusiones, Mapelli Caffarena también incluye el dinero sustraído en el concepto de ganancias. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5º edición, 2011, p. 415.

²²⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál*, *Manual de DPPG*, op. cit., pp. 467-468.

contenido económico que haya ocupado el lugar de las ganancias originales, v.g., el vehículo comprado con el dinero hurtado, o las joyas recibidas a cambio de la entrega de un inmueble, comprado a su vez con el dinero obtenido al cometer un delito de estafa. Situación distinta se da con las ganancias que son obtenidas con la inversión, explotación o uso de las ganancias originales, o mejor indicado, las ganancias secundarias o indirectas.²²⁸ En tanto algunos autores creen que éstas no son abarcadas por el art. 127, pues ni son ganancias provenientes de la infracción ni ocupan el lugar de éstas, con lo cual no pueden hablarse de transformaciones en este caso,²²⁹ otros entienden que la frase *cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar* es lo suficientemente extensa para abarcar el supuesto de los aprovechamientos o ganancias indirectas.²³⁰ Entiendo que la posición correcta es la primera, pues los aprovechamientos descritos no son ganancias provenientes de la infracción, sino que constituyen un incremento o aumento de las ganancias iniciales o de sus sustitutos y el comiso de ese incremento no está previsto.²³¹ Por lo anterior, lo recomendable es extender el comiso en esa materia a través de una reforma del art. 127 CP, con límites claro está, para evitar el comiso de ganancias *ad infinitum*.

La jurisprudencia se ha decantado por un concepto amplio de ganancias. Además de cualquier provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito²³² (con lo cual, al menos en principio, se abarcarían las ganancias indirectas), en un acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda el 5 de octubre de 1998, se decidió extender el comiso de las ganancias relacionadas con el narcotráfico a las que proceden de operaciones anteriores a la que está siendo sometida a juicio, siempre y cuando “se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio”.²³³ Sobre estos temas volveré en el capítulo V, al examinar el

²²⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 53.

²²⁹ “A diferencia de lo que ocurre en la regulación alemana (§ 73 II, inciso primero), el art. 127 de nuestro Código penal nada dice respecto del comiso de los beneficios obtenidos con la inversión, utilización o explotación de las ganancias ilícitas. Surge la duda, por tanto, de si a través del instituto jurídico en estudio pueden decomisarse, por ejemplo, las cantidades recibidas por el arrendamiento de una vivienda obtenida ilícitamente, los intereses devengados por el depósito bancario o el préstamo a un tercero de las ganancias ilícitas consistentes en dinero, los beneficios que se derivan de la explotación de un viñedo comprado con el dinero logrado con el comercio con especies amenazadas, las ganancias correspondientes al incremento del valor de unas acciones compradas con dinero ilícito o el premio millonario que se gana con una quiniela pagada con dinero ilícitamente obtenido. La propia letra de la ley da pie a la exclusión de todos estos beneficios del ámbito del comiso de ganancias, pues ni son ganancias provenientes, en sentido estricto, de la infracción penal, sino más bien de actuaciones posteriores a ésta (alquiler del piso, depósito o préstamo del dinero, explotación del viñedo, compra de acciones o realización de la quiniela), ni constituyen transformaciones de una ganancia ilícita, pues no sustituyen u ocupan el lugar de ésta, sino más bien la incrementan.” VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *RP*, op. cit., pp. 165-166. Véase también AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 96.

²³⁰ En sentido contrario, García Arán considera que la expresión *cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar* abre la puerta al comiso generalizado de las ganancias en cadena, proceder con el que no está de acuerdo, de ahí que recomiende restricciones. GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 957.

²³¹ Apuesta también por una aplicación del comiso solo a la ganancia inmediatamente obtenida del delito, CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 54.

²³² Esta definición es empleada por ejemplo, en la STS N° 11/2011 de 1 de febrero.

²³³ Sobre dicho acuerdo apunta la jurisprudencia: “...con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan a los Tribunales, suponen la incautación de la sustancia que se pretendía comercializar sin que,

comiso ampliado y el comiso en delitos relacionados con el tráfico de drogas. Por ahora lo que interesa destacar es que el Tribunal Supremo hace una interpretación amplia del vocablo ganancias, al punto de incluir no solamente los bienes en los que se ha transformado o convertido el provecho inicial, sino también los bienes que constituyen la ganancia de infracciones previas a la que está siendo sometida a juicio.

2. Ganancias netas o brutas.

Como ya se puede vaticinar, un problema de peso es establecer si el art. 127 CP comprende el comiso de las ganancias brutas, o solo el de las netas. Aunque la mayor parte de la doctrina española no ha examinado este tema exhaustivamente,²³⁴ hay algunas obras que aluden a él.

Favorable al comiso de las ganancias netas se muestra tímidamente Manzanares Samaniego.²³⁵ También lo hace Mapelli Caffarena, pues estima que, en sentido jurídico, las ganancias son las cantidades que resultan después de descontar los costos del negocio del que surgen.²³⁶ Blanco Cordero entiende que abarcar las ganancias

por tanto, se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si se parte de una interpretación restringida, el termino ganancia habría de identificarse con los beneficios obtenidos por el hecho concreto objeto de condena, lo que implicaría la inaplicación de aquellos preceptos en la generalidad de los casos. Consciente del problema esta Sala Segunda del Tribunal Supremo reunida en Pleno de fecha 5.10.98, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generado con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo: El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP... debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete el principio acusatorio". Con arreglo a esta interpretación, el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que concurren las dos condiciones antedichas: que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de droga (o de cualquier otro delito), y que se respete el principio acusatorio." STS N° 450/2007 de 30 mayo. Sobre este tema, véanse también las SSTS N° 16/2009 de 27 enero; 911/2010 de 21 de octubre y 11/2011 de 1 de febrero.

²³⁴ Esta es la opinión de CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 54; BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC*, op. cit., p. 66 y BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, op. cit., p. 94.

²³⁵ "No hay duda de que el precio del cohecho entra en el concepto de ganancia, como entra el beneficio del tráfico ilegal de drogas, aunque quizá proceda descontar los gastos hechos para conseguirlo, pues según subraya la jurisprudencia alemana, solo se pretende privar al reo del provecho patrimonial ilícito." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP*, op. cit., p. 527.

²³⁶ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5° edición, 2011, p. 416. Este autor sin embargo, reconoce que razones de política criminal, como las complejas operaciones económicas que se deben realizar para determinar las ganancias netas, así como la versatilidad de las organizaciones criminales para incrementar los pasivos hace que se imponga el concepto de ganancias brutas en el derecho comparado.

brutas excedería el tenor literal del art. 127 CP. Además, el enriquecimiento ilícito que se pretende neutralizar con el comiso solo se produce cuando con posterioridad a la comisión de hecho hay un aumento en el patrimonio del delincuente, de manera que tenga un valor superior al que tenía antes del mismo.²³⁷ En igual sentido se manifiesta Cerezo Domínguez. Para esta autora, así se impone desde una interpretación restrictiva que no vulnere los principios fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico español.²³⁸ Frente a quienes consideran que calcular las ganancias netas supone problemas de orden probatorio, Cerezo Domínguez señala que estos son superables si se permite al juzgador determinar con la debida fundamentación el *quantum* de las ganancias en los mismos términos que se define la cuota diaria en la multa, lo que no supone ningún poder de decisión extraordinario.²³⁹

Vizueta Fernández parte de un concepto de comiso de ganancias desprovisto de todo contenido sancionador y por eso considera que las ganancias a decomisar son las netas, ya que simplemente se desea eliminar el enriquecimiento patrimonial que ha producido el hecho típico y antijurídico. Si se admitiese el comiso de todo lo obtenido sin deducir los gastos, el comiso iría más allá de la mera restitución y pasaría a tener un contenido sancionatorio, pues se afectaría un patrimonio existente antes de la comisión del hecho antijurídico.²⁴⁰ Vizueta Fernández cree que los problemas que se suscitan con el cálculo de las ganancias netas no son exclusivos de esta materia, sino que son comunes a todo lo obtenido con la realización de la conducta antijurídica. Por eso, la respuesta no está en abandonar el principio de las ganancias netas, sino en dotar a la administración de justicia de medios para hacer estas indagaciones, sobre todo cuando se relacionen con criminalidad organizada.²⁴¹

En otro sentido, autores como Choclán Montalvo estiman que si bien el art. 127 no resuelve el tema, habría que entender que la confiscación abarca los ingresos brutos, sin deducciones, pues si de conformidad con el art. 1275 del Código Civil en caso de negocios con causa ilícita, el perjudicado no tiene acción civil para conseguir

²³⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?". En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7569, Sección Doctrina, martes 15 de febrero de 2011, Año XXXII, p. 6.

²³⁸ CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., p. 47.

²³⁹ Así, CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *ibídem*, p. 46.

²⁴⁰ "El comiso de la totalidad de lo conseguido con la realización de un delito o falta, también por tanto de todos los gastos realizados por el sujeto para su obtención, iría mas allá de la mera restitución, pues se afectaría a un patrimonio existente con anterioridad a la realización de la conducta antijurídica, adquiriendo de este modo el comiso de ganancias un claro carácter sancionador. Por ello, no puede tenerse en cuenta a los partidarios del principio de las ganancias brutas cuando reprochan al principio de ganancias netas que "para el autor del hecho delictivo la comisión del mismo y la eventualidad de ser descubierto no implica ningún riesgo de pérdida económica, al poder recuperar y conservar los valores patrimoniales que ha invertido para la comisión del delito, arriesgándose únicamente, en el supuesto de que sea descubierto, a no obtener ganancias, pero no a sufrir una pérdida económica", pues precisamente es de lo que se trata, de evitar que el sujeto se enriquezca a través del delito, pero sin que resulte mermado por el comiso de ganancias su patrimonio anterior a la realización de la infracción penal, que podrá verse afectado, eso sí, por otras consecuencias jurídicas del delito, como por ejemplo la pena de multa." VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP*, op. cit., p. 171.

²⁴¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP*, *ibídem*, p. 171.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

la restitución de lo perdido, se puede derivar que el autor de la infracción tampoco tendrá derecho a resarcirse de los costes en que incurrió para realizar el delito: “Si se considera que todos los ingresos que proceden del delito son ilícitos y que el autor que se vale de su patrimonio para realizar o inducir a un hecho típico (fin ilícito) pierde todo derecho a la restitución y no tiene acción para recuperar lo perdido, debemos concluir que rige en nuestro derecho el principio de la ganancia bruta, extendiéndose la confiscación al total rendimiento del delito sin deducción de los costes desembolsados por el penado para su obtención.”²⁴² Éste también es el criterio de Aguado Correa, quien considera que se debe abogar por el principio de ganancias brutas por cuestiones prácticas (ya que el principio de ganancias netas supone un serio problema de cálculo con miras a evitar el decomiso de una cantidad mayor de bienes de los que han sido obtenidos con la infracción, una vez deducidos los gastos o las inversiones hechas). Además, apoyándose en Maugeri, señala que razones de justicia y legalidad lo demandan, pues quien comete un delito no puede enriquecerse a través de él y debe asumir el riesgo de perder lo que haya invertido para su comisión.²⁴³ Finalmente, Bacigalupo Saggese considera oportuno el comiso de los ingresos totales percibidos por el infractor, aunque no da los argumentos por los cuales adopta esta postura.²⁴⁴

Otros autores exponen el problema sin decantarse por uno de los dos criterios. P. ej., Pozuelo Pérez y Dopico Gómez-Aller creen que en el delito de construcción ilegal, la utilidad producida por el delito es el valor de la construcción (o la ganancia obtenida de su venta o transformación), menos el valor del suelo en el momento del enjuiciamiento (o de la venta). Para ambos, “El valor del suelo no puede ser decomisado, pues no es efecto ni ganancia del delito, sino que se trata de un activo que el sujeto poseía antes del delito. Lo que exceda del valor del suelo ha de considerarse provecho del delito.”²⁴⁵ Ambos reconocen que al amparo del art. 127 se puede autorizar tanto el comiso de las ganancias brutas como el de las netas; que el comiso de las ganancias netas es problemático y que no se puede comparar el calcular la ganancia neta en el caso de negocios donde habiendo un delito, el resto es legal (p. ej., la contratación de trabajadores, adquisición de material, etc.), que hacer ese cálculo en delitos como el asesinato, donde es absurdo descontar los costes en que ha incurrido el sicario para matar a la víctima. Entienden que en el delito de construcción ilegal, si se opta por el comiso de ganancias brutas, el comiso debe alcanzar toda la utilidad obtenida por la comisión del delito siempre con descuento del valor del sue-

²⁴² CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 54 y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “La investigación del patrimonio de origen criminal.” En: MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Dir.). *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: El juez de instrucción y juez de garantías: posibles alternativas)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 42, 2002, pp. 153-154.

²⁴³ AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., pp. 101-102; AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC*, op. cit., p. 17.

²⁴⁴ BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, op. cit., p. 94.

²⁴⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; POZUELO PÉREZ, Laura. “Demolición o comiso.” En: *Diario La Ley*. N° 6948, Sección Doctrina, 19 de mayo de 2008, Año XXIX, apartado V. a). Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>.

lo; pero si se opta por un criterio de ganancias netas, deberán descontarse los costes legales en los que haya incurrido el autor del delito de construcción ilegal.²⁴⁶

En el ámbito supranacional la situación tampoco es clara. Como señalé en el segundo capítulo de esta investigación, todos los instrumentos hablan del *producto* de la infracción y el producto, en buena parte de esos instrumentos, comprende sobradamente el concepto de ganancias brutas (p. ej., en las Convenciones de NU de Viena, Palermo y Mérida, los *productos* se definen como los *bienes* obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito). No obstante esto, en otros instrumentos (p. ej., el Convenio N° 141 del Consejo de Europa; el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, o la DM 2005/212/JAI del Consejo), el *producto* se entiende como sinónimo de *beneficio* o *provecho económico*, lo que bien puede interpretarse, como ya apunté cuando hablamos del concepto de ganancia, como sinónimo de *ganancias netas* (de otro criterio, Blanco Cordero²⁴⁷).

La jurisprudencia española ha optado por las ganancias brutas, pues aunque no se ha hecho un análisis de este tema se ha procedido siempre al decomiso de todos los bienes, sin que se apliquen descuentos de ninguna especie, p. ej., en los casos en que se decomisa droga y dinero, no se ha descontado el precio que se haya pagado para la adquisición de la primera o cualquier otro gasto operativo, aunque lo cierto es que nunca ha sido solicitado.²⁴⁸

²⁴⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER; POZUELO PÉREZ, "Demolición o comiso." En: *Diario La Ley*, *ibídem*, apartado V. b).

²⁴⁷ Blanco Cordero cree que la normativa supranacional (en concreto, los Convenios de NU sobre drogas, crimen organizado y corrupción) y que definen el producto como los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito, así como el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, que define el producto como todo *provecho económico* derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito, son lo suficientemente amplios como para comprender las ganancias brutas. Para él esto no sucede con la DM 2005/212/JAI, pues al hablar del producto como *beneficio económico*, abre la puerta a una interpretación restrictiva que limita el alcance del comiso solo a las ganancias netas. Así, BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley*, *op. cit.*, p. 6 y 9, cita N° 83. No comparto esta tesis, pues los términos beneficio y provecho son sinónimos, con lo cual habría que entender que en el Convenio de Estrasburgo de 1990; el de Varsovia de 2005 y en la DM 2005/212/JAI (y no solo en esta última) se abre la puerta a una interpretación restrictiva del término producto, que lo limite a las ganancias netas.

²⁴⁸ P. ej., en las SSTs N° 447/2011 de 25 mayo, o N° 1044/2011 de 11 octubre, se confirman los decomisos de droga, dinero y otros bienes, sin que se contemple una posible deducción de los gastos, p. ej., los vinculados con la adquisición de la droga. Inclusive, según la FGE, la existencia de casos en los que se ha dado el descubrimiento, incautación y destrucción de la sustancia que se pretendía comercializar, sin que se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado, es lo que motivó la decisión del TS de asumir una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito provenientes de hechos delictivos anteriores al enjuiciado (lo anterior a través del acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS, de fecha de octubre de 1998). Según la FGE, "Con arreglo a esta interpretación el patrimonio del narcotraficante ya no será inmune al comiso, cuando haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado..." FGE, Circular N° 2/2005 de 31 marzo. Nótese cómo el tema de los gastos operativos no es considerado en modo alguno. Todo lo contrario, se piensa que como solo se incauta la droga y no las ganancias (pues la droga no ha sido comercializada), es necesario proceder al decomiso de bienes adquiridos previamente a la operación enjuiciada.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Hechas las anteriores consideraciones, tomo postura. El comiso de ganancias es una medida que surge del poder de imperio del Estado (sobre esto me extenderé al examinar la naturaleza jurídica de la figura) y como tal, está sometido al principio de legalidad (art. 25.1 CE). Según éste queda prohibida toda interpretación extensiva de las normas.²⁴⁹ Por tanto, una lectura del vocablo *ganancias* que renuncie a la deducción de los gastos operativos es claramente extensiva y por ende inconstitucional, de ahí que deba proscribirse.

Lo antes expuesto, sin embargo, no impide el comiso de los gastos en que incurre el autor o partícipe del hecho para cometer éste. Aunque no se pueden considerar ganancias (salvo que se haga una interpretación extensiva del término), comparto el planteamiento de Blanco Cordero, que en lo que interesa señala que su comiso se justifica cuando puedan considerarse *instrumentos* del hecho. Así p. ej., el dinero que A emplea para comprar la droga que posteriormente venderá al consumidor. Con independencia de la naturaleza de los gastos (si son ilícitos o lícitos²⁵⁰), los que son funcionales para la ejecución de un hecho no pueden ser deducidos, pues constituyen un instrumento de ésta y en tal carácter son objeto de comiso. Como apunta Blanco Cordero, igual sucederá con los gastos que de acuerdo con la dinámica comisi-va puedan catalogarse como *efectos* de la infracción.

Aunque el comiso de los gastos que tienen un carácter instrumental para la comisión de la infracción puede solucionar el problema, la doctrina reclama la sustitución del vocablo *ganancias* por el vocablo *producto*,²⁵¹ lo que también pondrá en sintonía el art. 127 CP con la normativa supranacional. Incluso autores como Aguado Correa, a pesar de tener otro criterio en relación con este tema, aceptan que se puede interpretar el término *ganancias* como aquel referido a las netas y el término *producto* con un carácter más amplio, que abarca las ganancias brutas, tal y como se desprende de la normativa supranacional.²⁵²

²⁴⁹ CÓRDOBA RODA, Juan. "Art. 4." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 35.

²⁵⁰ Blanco Cordero cita un par de ejemplos. De gastos ilícitos, "...los gastos de compra de un coche robado -receptación- para cometer un robo o el precio pagado para obtener la droga..." De gastos lícitos: "... el traficante de droga invirtió dinero en la adquisición de un billete de avión para concluir el contrato de compraventa, reservar un hotel y manutención en el país de origen de la droga. Todos ellos y otros son gastos incurridos en operaciones lícitas, con el objetivo de generar las condiciones adecuadas de modo, tiempo y lugar para la comisión del delito." BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 6.

²⁵¹ Para Bárbara Huber, la confiscación, para ajustarse al Convenio de Viena, debe tener por objeto todos los ingresos y no solamente las ganancias netas. Además, no debe limitarse a la actividad objeto del proceso por la que el acusado ha sido condenado, ya que tiene una función preventiva y está dirigido a evitar una futura actividad criminal, así "*Todo el capital usado en el negocio y no sólo los fondos usados para la comisión del delito que se juzga en el momento, deben ser confiscados.*" HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.*, pp. 175-176. De la misma opinión en cuanto a la necesidad de cambiar la palabra *ganancias* por la palabra *productos*: BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 6.

²⁵² AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.*, p. 17.

Desde mi óptica, tal respuesta tampoco está exenta de problemas. En primer lugar, hemos visto que en las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida el término *producto*, al ser sinónimo de bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión del hecho, comprende tanto las ganancias brutas como las indirectas. En el Convenio N° 141 del Consejo de Europa y la DM 2005/212/JAI, con esa palabra solamente se comprenden las ganancias netas y las directas. Ante este panorama, siempre será necesario que el legislador español se decante por una de estas opciones. Además de sustituir el término ganancias por el término producto, en el art. 127 CP deberá señalar cuál es el contenido que otorga a éste. Si se opta por el concepto más extenso, al menos en lo que al comiso de ganancias brutas se refiere, subsistirán los cuestionamientos, ya que esta medida (decomisar bienes que no constituyen el *beneficio o provecho económico* obtenido con la infracción), solo se explica por el deseo de sancionar y al menos en principio, éste no es el propósito del comiso de ganancias.²⁵³ Aunado a esto, para evitar el comiso de ganancias indirectas *ad infinitum* que autoriza las Convenciones antes mencionadas, siempre sería indispensable que se introduzcan límites. Por otro lado, si se opta por el concepto de *producto* más limitado, el resultado será prácticamente el mismo que se obtiene hoy en día con una interpretación restrictiva del término ganancias, pues el comiso de éstas solo abarcará las ganancias netas y las directas. En resumen, aunque es deseable hacer el cambio mencionado, a la palabra *producto* se le debe asignar expresamente el contenido indicado en el Convenio N° 141 del Consejo de Europa y la DM 2005/212/JAI. Con esto, además de cerrar la puerta a cualquier interpretación extensiva, se pone en sintonía la regulación con el fundamento y fines que persigue el comiso de ganancias.

En otro orden de ideas, Blanco Cordero señala dos extremos que son medulares al resolver sobre la procedencia del comiso de ganancias. La primera, la necesidad de someter el comiso de los *productos* al principio de proporcionalidad para evitar excesos, sobre todo porque la determinación de lo que es una ganancia requiere un examen casuístico. La segunda, tener muy presente cuál es el hecho que describe el tipo penal, para poder determinar si los bienes que se poseen son o no ganancias del mismo. Así p. ej., si el contrato o negocio jurídico está sancionado por la norma penal, es ilícito en su totalidad, con lo cual se justifica el decomiso de todo lo obtenido, sin descuentos. V.g., contratar a un asesino a sueldo, o la venta de drogas. El dinero entregado o lo que se obtiene por la venta es decomisible por completo.²⁵⁴

Analizadas las palabras de Blanco Cordero, las comparto plenamente. Sobre la necesidad de incorporar el principio de proporcionalidad en relación con las ganancias, me referiré en el próximo capítulo.²⁵⁵ En cuanto a lo segundo, es necesario mencionar lo dispuesto en la legislación civil sobre la nulidad de los contratos con causa u objeto ilícito. De conformidad con el art. 1271 CC, si el objeto del contrato es una cosa que no se puede transmitir por estar de *manera absoluta* fuera del comer-

²⁵³ Sobre el fundamento y la orientación teleológica del comiso de ganancias, vid. apartado B.4 del presente capítulo.

²⁵⁴ También BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley*, op. cit., pp. 6-7.

²⁵⁵ Vid. capítulo IV, apartado X. A.

cio de los hombres (p. ej., bienes de dominio público o determinadas drogas), o son obligaciones de hacer o no hacer contrarias a lo que señala la ley o las buenas costumbres (p. ej., matar a alguien), el contrato es nulo. Igual sucederá si la causa del contrato es ilícita (art. 1275 CC). Entiende Bercovitz que el art. 1275 CC no restringe el control al sentido objetivo de las cláusulas del contrato, sino que abarca también la finalidad perseguida por las partes con el contrato. Se efectúa un *control social del contrato* y si las finalidades perseguidas son incompatibles con el ordenamiento jurídico, con lo que éste autoriza y valora positivamente, entonces el Estado no se pondrá al servicio de esos fines ilícitos y no impondrá las obligaciones que pretenden pactar las partes. Lo que se contempla, según el numeral 1275 mencionado, es la operación en su conjunto, el carácter lícito del intercambio y los fines que persiguen las partes contratantes, sin examinar solo las prestaciones recíprocas.²⁵⁶ Como la causa y el objeto del contrato son elementos diferentes, puede suceder que el objeto sea lícito y la causa no. P. ej., la doctrina entiende que son lícitos los objetos cuya transmisión está sometida a controles que limitan su circulación (v.g., ciertas sustancias psicotrópicas, o algunas armas). A pesar de ser un objeto lícito, la causa del contrato puede ser ilícita si las partes contratantes desconocen esos controles (p. ej., cuando quienes venden esas sustancias son narcotraficantes).²⁵⁷ Lo importante es que, en cualquier caso, sea por ilicitud del objeto o de la causa, el contrato es nulo,²⁵⁸ lo que supone, por expresa disposición del art. 1305 CC, *que los contratantes carecen de toda acción entre sí; que se debe proceder contra ellos y que las cosas o el precio que hubiesen sido materia del contrato deben recibir el trato que dispo-*

²⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 3ª edición, 2009, p. 1509.

²⁵⁷ En la obra de Bercovitz se da este ejemplo: *“...aunque las drogas no son objeto ilícito (no son extracomercio, piénsese en una venta autorizada a un laboratorio farmacéutico), la venta ilegal por narcotraficantes tendría causa ilícita (aunque el objeto -precio y droga- sean lícitos en sí mismos).”* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ibídem*, p. 1509.

²⁵⁸ Como señala Bueno Arús, el Código Civil prohíbe, tratándose de obligaciones y contratos, las condiciones contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley (art. 1116); las prestaciones ilícitas (art. 1132, relativo a las obligaciones alternativas) y las legalmente imposibles (art. 1184, relativo a las obligaciones de hacer); los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público (art. 1255); los servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271) y las causas (ilícitas) que se oponen a las leyes o a la moral (art. 1275). También obliga a las sociedades a tener un objeto lícito (art. 1666). Agrega que *“No cabe duda de que las actividades delictivas están aquí aludidas, por cuanto no dejarían de ser ilícitas, legalmente imposibles o contrarias a las leyes. Sus efectos serían también terminantes: nulidad de las obligaciones con condiciones prohibidas por la ley (art. 1116); liberación del deudor cuando la prestación resultare legalmente imposible (art. 1184); ineficacia de los contratos con causa ilícita (art. 1275) o nulidad de los contratos con causa falsa (art. 1276), y anulabilidad de los contratos “que adolezcan de alguno de los vicios que los invaliden con arreglo a la ley” (art. 1300). La acción de nulidad se rige por lo establecido en los arts. 1301 a 1314. «Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí y se procederá contra ellos, dándose además a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato la aplicación prevenida en el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiese delito o falta de parte de uno de los contratantes, pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido” (art. 1305). La referencia al Código penal se entiende hecha a los arts. 48, 213, 216 bis a), 393 y 602, relativos al comiso de los efectos e instrumentos del delito.”* BUENO ARÚS, Francisco. “Alusiones jurídico-penales en el Código Civil español.” En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Madrid, La Ley, Tomo 1, 1991, p. 954.

ne el CP para los efectos o instrumentos del delito o falta.²⁵⁹ En suma, en las circunstancias antes reseñadas, cuando hubiese delito o falta común a ambos contratantes, el ordenamiento jurídico no protege sus intereses. Si el Estado no reconoce ese contrato (e inclusive persigue penalmente a las partes), no puede resguardar al autor o partícipe de la infracción, descontándole los gastos en que ha incurrido para cometer el hecho. A mi modo de ver, en estos casos el tema fundamental no es el alcance que debe tener el comiso, entiéndase, si comprende las ganancias brutas o netas, sino la legitimación del contratante para formular su reclamo, ya que su conducta no solo no encuentra amparo en el ordenamiento jurídico, sino que además es perseguida y sancionada por el mismo. En ese contexto, no puede pretender ninguna deducción que le favorezca en lo que al comiso de sus bienes se refiere.

Cuando lo sancionado no sea el contrato o negocio sino la fase de formación contractual, según cree Blanco Cordero, lo obtenido no serán las ganancias del contrato, sino el contrato en sí. Por eso, aunque el contrato pueda ser anulado, hay parcelas del negocio jurídico que son lícitas y que son ajenas a la actividad delictiva inicial. En estos casos, comúnmente de corrupción en los que intervienen personas jurídicas, no podrían deducirse las comisiones ilegales pagadas a los funcionarios públicos, pues son en sí mismas una actividad delictiva;²⁶⁰ tampoco los gastos ilícitos hechos para acabar el acuerdo corrupto, v.g., los gastos de viaje para pagar al funcionario, o las invitaciones a restaurantes durante la negociación del acuerdo, pues tienen un carácter instrumental para la comisión del hecho. Finalmente, p. ej., en adjudicaciones de obras públicas, como la ganancia es la obtención del contrato, con los derechos y obligaciones que derivan de él, lo decomisable es el valor económico de dicha relación contractual que genera un enriquecimiento patrimonial: *“Si lo obtenido no tiene valor económico, no podrá ser decomisado. Esa relación jurídico-obligacional, como tal, carece de un valor económico (sí que lo tienen los trabajos a los que obliga), pero se transforma en ganancias para la empresa cuando ésta procede*

²⁵⁹ “Art. 1305. CC.

Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.”

²⁶⁰ “...el art. 431 CP significa que han de decomisarse las comisiones ilegales pagadas, consistentes normalmente en la entrega de dinero por cuantías correspondientes a un porcentaje del precio del contrato... Puede plantear alguna reticencia el hecho de que ese dinero sea parte del precio a pagar por la ejecución del contrato. Esta podría salvarse argumentando que cuando la empresa corruptora recibe el pago, ya es la propietaria del dinero y con la imposición del comiso lo pierde. Cuestión distinta es que al ser dinero público la mayoría de las veces se paga a la empresa que actúa como puente o paso intermedio necesario para que lo reciba el empleado público; por lo que al final se está decomisando dinero público. Creo que ello carece de trascendencia a efectos de decretar el comiso... otra cosa es que cuando se proceda a la distribución de dicho dinero deba tenerse en cuenta a la concreta Administración pública que lo ha pagado a los efectos de asignárselo (si procede) de nuevo a ella.” BLANCO CORDERO, “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos.” En: *EPC, op. cit.*, p. 61. Un ejemplo de lo anterior se describe en la STS N° 20/2001 de 28 marzo. En esta resolución se confirma el comiso de los bienes procedentes del pago de comisiones ilegales que hicieron empresas constructoras a funcionarios públicos de la Comunidad Autónoma de Navarra, para obtener la concesión de contratos públicos.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

a ejecutar el contrato. Esa ganancia es precisamente el beneficio que obtiene la empresa con el cumplimiento del contrato, que se determina deduciendo del valor del contrato los gastos (lícitos) realizados para su ejecución (pero no las comisiones ilegales).”²⁶¹ En efecto, con los contratos de concesión lo que se reconoce al concesionario es el derecho de explotación de la obra que construye, o el servicio que debe implantar. Ese derecho de explotación (que a la vez es una obligación) es lo que el concesionario obtiene principalmente como retribución o remuneración,²⁶² de ahí que cuando hablamos de *ganancias* debemos circunscribirnos a ese ámbito.

Entiende Blanco Cordero que en esta clase de hechos (delitos económicos y de corrupción) es común que haya documentación contable con los detalles de los gastos lícitos en los que se incurre, con lo cual es fácil obtener una imagen del producto del delito. Según él, el beneficio de explotación resultará tras deducir de los ingresos o ventas, los costos de explotación, v.g., personal, aprovisionamiento, impuestos, etc., para así obtener el beneficio neto.²⁶³ Ahora, ciertamente se requiere determinar las ganancias *realmente obtenidas* (y no las esperadas) con la ejecución del contrato. Si esa ejecución no ha iniciado, no hay ganancias, sino únicamente una expectativa de lograr unas ganancias, calculadas con base en el precio de la adjudicación, cuyo comiso no cabe. Si ya comenzó a ejecutarse el contrato y se han realizado pagos, o si se ha ejecutado por completo, el comiso debe recaer sobre los beneficios que supongan un aumento del patrimonio empresarial, entiéndase las ganancias realmente obtenidas, que pueden ser más o menos que las esperadas con

²⁶¹ BLANCO CORDERO, “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?” En: *Diario La Ley*, op. cit., pp. 6-7. En otra obra, apunta Blanco Cordero: “A nuestro juicio, y partiendo del fundamento y finalidad del comiso de ganancias, solo es decomisible el enriquecimiento ilícito obtenido, que no se corresponde en absoluto con la totalidad del precio del contrato administrativo... La ganancia del delito para la empresa corruptora es precisamente la obtención de dicho contrato administrativo. Un contrato sinagmático, como dice la doctrina alemana, que genera obligaciones y prestaciones recíprocas. Lo directamente obtenido es la adjudicación de un contrato administrativo, con los derechos que se derivan (derecho a que se ejecute la obra y derechos al pago de la misma) y las obligaciones a que compromete (obligación de ejecutar el contrato y obligación de pagar)... lo decomisible será el valor económico de dicha relación contractual que genera un enriquecimiento patrimonial. Si lo obtenido carece de valor económico no podrá ser decomisado... las ganancias han de tener un valor económico susceptible de ser determinado.” BLANCO CORDERO, “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos.” En: *EPC*, op. cit., pp. 68-69.

²⁶² BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “para-concesionales.”* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010, pp. 180, 242-243. Vid. también el art. 7. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE N° 276, 16 de noviembre de 2011, que en lo que interesa, señala:

“Contrato de concesión de obras públicas.

1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio...”

Nótese que al derecho de explotación de la obra se puede añadir el derecho a percibir un precio. Por esto entiendo que ese derecho de explotación es la remuneración principal.

²⁶³ BLANCO CORDERO, “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?” En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 7.

dicha ejecución. Incluso, puede que el comiso no proceda cuando el contrato ha dejado pérdidas, con lo cual no existiría un enriquecimiento ilícito que neutralizar.²⁶⁴

Sobre lo expuesto, haré algunas consideraciones. Con base en la legislación que rige la materia,²⁶⁵ la doctrina administrativa reconoce que los actos dictados por la Administración que son constitutivos de una infracción penal, o que se dicten como consecuencia de esa infracción, son nulos de pleno derecho. En el primer caso hablamos de delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos, en el segundo de actos administrativos dictados como resultado de otros que han influido en la formación de la voluntad del aparato administrativo, p. ej., basándose en documentos que han sido declarados falsos.²⁶⁶ En el ámbito contractual, la nulidad de pleno derecho trae como consecuencia la ineficacia del contrato, de manera que éste no produzca efectos, o que se destruyan los que se hubiesen producido, destrucción que se logra mediante la restitución recíproca de los bienes que se hubiesen entregado en razón de él, o en su defecto, de su valor.²⁶⁷ Desde mi óptica, si en las circunstancias antes expuestas el ordenamiento jurídico administrativo impone la restitución recíproca de las prestaciones entregadas, sin contemplar las consecuencias que p. ej., se prevén en el art. 1305 CC, no veo razón para negar que el comiso de ganancias, en relación con los casos de contratos de adjudicación de obras públicas, contemple el rebajo de los gastos en que incurrió el autor o partícipe del hecho, claro está, cuando no sean en sí mismos constitutivos de un delito, o cuando no se puedan considerar instrumentos o efectos en los términos del art. 127 CP.

Aunado a esto, si se optase por el comiso de las ganancias brutas en esta materia se corre el riesgo de invadir el campo de actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues es ésta y no la jurisdicción penal la que debe determinar la nulidad o no del contrato administrativo y especialmente las consecuencias que se deri-

²⁶⁴ BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.*, pp. 70-73.

²⁶⁵ Léase el art. 32.a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE N° 276 de 16 de noviembre de 2011) y el art. 62.1.d de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE N° 12 de 14 de enero de 1999.

²⁶⁶ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (Coord.). *Procedimientos administrativos comunes*. Granada, Editorial Comares, 2007, pp. 383- 384. Sobre el tema, léase también BACA ONETO, Víctor Sebastián. *La invalidez de los contratos públicos*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2006, p. 156.

²⁶⁷ Artículo 35. Efectos de la declaración de nulidad.

1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio."

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, *op. cit.*

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

van de esa nulidad.²⁶⁸ En ese sentido, de los arts. 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,²⁶⁹ se desprende que la nulidad en parte del acto administrativo *no siempre* implicará la de las partes del mismo independientes de aquella y que ante la nulidad de las actuaciones, siempre procede la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Como se aprecia, estos temas se deben solucionar con extremo rigor técnico pues p. ej., a diferencia de lo que sucede con el ordenamiento jurídico privado, en el ámbito administrativo la consolidación o continuación de los efectos de un contrato anulado es frecuente, sobre todo con miras a satisfacer el interés general.²⁷⁰ En suma, para evitar resoluciones arbitrarias, tratándose de actos administrativos que constituyan una infracción penal, o que se dicten como consecuencia de ésta, sería recomendable que la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie sobre su nulidad y los alcances de ésta antes de que se resuelva en sede penal lo relacionado con el comiso, o en su defecto, que el comiso se resuelva solamente sobre las ganancias netas, reservándose la posibilidad de que la sentencia sea revisada en caso de que la jurisdicción administrativa resuelva en un sentido distinto a la jurisdicción penal.

²⁶⁸ Así lo entiende García de Enterría. Con base en el art. 3 LECrim, cree que la competencia de los tribunales penales se extiende a resolver, para solo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Este autor, tras exponer algunas sentencias en las que la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción penal asumen posturas opuestas, concluye que hay algunas infracciones cuya resolución requiere estimaciones de orden jurídico administrativo, p. ej., los delitos relativos a la ordenación del territorio; la protección del patrimonio artístico y el medio ambiente; o la prevaricación. En estos casos la estimación del juez penal debe ser de carácter prejudicial (entiéndase, se debe poner en juego la prejudicialidad devolutiva en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa que prevé el art. 4 LECrim). En suma, opina que la sentencia penal debe dictarse luego de que un juez contencioso-administrativo depure la legalidad o no del acto incriminado y si la intervención del juez contencioso fuese *a posteriori* de la sentencia penal, su decisión debe abrir paso a un recurso de revisión de ésta. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación." En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Civitas, N° 98, abril/junio 1998, pp. 231-249.

²⁶⁹ "Artículo 64. Transmisibilidad.

1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.

2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

Artículo 65. Conversión de actos viciados.

Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.

Artículo 66. Conservación de actos y trámites.

El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción."

²⁷⁰ BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, op. cit., pp. 365-367.

3. El comiso de ganancias en el Derecho comparado.

El Código penal alemán es de referencia obligatoria, pues como señalé, inspira en buena parte la normativa española sobre el tema del comiso. El §73 I se ocupa de la confiscación de los beneficios.²⁷¹ La norma pretende extraer el provecho que se ha obtenido con la infracción (ese es su propósito) y abarca lo obtenido por el autor o partícipe directamente del hecho (p. ej., el dinero obtenido con la venta de la droga), así como el precio que el autor ha recibido por ejecutar ese hecho.²⁷² Para Manzanares Samaniego la ganancia que es objeto de pérdida es la obtenida por el autor o partícipe del hecho antijurídico, sea *por él* o *de él*. En la primera posibilidad se incluyen “*las contraprestaciones en línea con el cohecho*”, mientras que en la segunda hay que diferenciar entre dos clases de *frutos del delito*, a saber, el botín y “*las ventajas derivadas de la infracción criminal, como, por ejemplo, los beneficios logrados con los negocios prohibidos de divisas.*”²⁷³

La confiscación de los beneficios exige la comisión antijurídica del hecho tipificado, pero no su realización culpable.²⁷⁴ Por ese motivo procede en las infracciones imprudentes; en las que está presente un error de prohibición o en las impunes porque cabe aplicar una excusa legal absolutoria. Como señala Manzanares Samaniego, también es intrascendente que la infracción se consumara, o quién obtuvo la ganancia (si el autor o el partícipe de la infracción).²⁷⁵

²⁷¹ “§ 73 Voraussetzungen des Verfalls

(1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.”

StGB.

²⁷² Así lo indican JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 851. En igual sentido, señala Bárbara Huber que la confiscación recae sobre “*los beneficios financieros o de otra clase que el delincuente haya obtenido por la ejecución de un hecho delictivo probado o que haya sacado de tal acto. Esto cubre tanto la recompensa directa por cometer un delito como los frutos o ganancias procedentes del delito.*” HUBER, “El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas.” En: *AP, op. cit.*, p. 164.

²⁷³ MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 527.

²⁷⁴ En igual sentido, véase AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 145; MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 527; JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 851. En igual sentido, Bárbara Huber señala que la confiscación alcanza los beneficios financieros o de otra clase que el delincuente haya obtenido por la ejecución de un hecho delictivo probado o que haya sacado de tal acto. “*Esto cubre tanto la recompensa directa por cometer un delito como los frutos o ganancias procedentes del delito.*” HUBER, “El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas.” En: *AP, op. cit.*, p. 164.

²⁷⁵ “...este comiso puede acordarse en las infracciones imprudentes o en las afectadas por error de prohibición o las impunes por aplicación de una excusa absolutoria. No importa que la figura objetivamente delictiva no llegara a consumarse o que la ganancia sea obtenida por el autor o por el inductor o el cómplice. Así, y por poner solo algunos ejemplos, la venta imprudente de productos que causan grave daño a la salud puede haber proporcionado sustanciosos ingresos, o el precio puede haber enriquecido al cómplice del delito que quedó en grado de tentativa.” MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 527.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Lo que la confiscación demanda es que el autor o partícipe haya obtenido *algo* para o a través del hecho y no queda excluida en caso de que lo obtenido ya no esté en manos del sujeto, pues para esta hipótesis se prevé la confiscación de la cosa obtenida como sustitutivo, o la de una cantidad de dinero equivalente al valor de lo obtenido de manera ilícita (§§ 73 II, 73 a)²⁷⁶ Ahora, lo que sí se requiere es que la ganancia haya ingresado a su patrimonio, con lo cual no basta con la mera petición, promesa u oferta.²⁷⁷

El comiso también alcanza los aprovechamientos obtenidos, entendidos como “*los frutos de una cosa o de un derecho, así como de los beneficios que el uso de la cosa o el derecho proporcionen*”²⁷⁸, como también los objetos que se han adquirido tras la enajenación de lo obtenido inicialmente o como sustitución por su destrucción, daño o privación o con motivo de un derecho adquirido.²⁷⁹

²⁷⁶ “§ 73 Voraussetzungen des Verfalls

(2) Die Anordnung des Verfalls erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. Sie kann sich auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat.”

“§ 73a Verfall des Wertersatzes

Soweit der Verfall eines bestimmten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von dem Verfall eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 2 Satz 2 abgesehen wird, ordnet das Gericht den Verfall eines Geldbetrags an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben dem Verfall eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt.”

StGB.

Sobre el tema, véase AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 145; JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 851.

²⁷⁷ “*La ganancia patrimonial -común denominador de lo decomisible como “Verfall”- ha de encontrarse ya en el patrimonio del autor o partícipe. Su adquisición es un suceso real que puede adoptar muy variadas formas y no sólo la transmisión dominical de la cosa o la cesión de un derecho. Suele aceptarse también la efectiva disponibilidad del objeto. No basta con la petición, la promesa o la oferta.*” MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP*, op. cit., p. 527.

²⁷⁸ Definidos así en el §100 BGB:

“§ 100 Nutzungen

Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.”

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Mai 2012 (BGBl. I S. 1084) geändert worden ist. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

Véase AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., pp. 146-147; MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP*, op. cit., p. 528. Como ejemplos, Manzanares Samaniego cita el precio por el arrendamiento de una finca transferida a su nuevo dueño como recompensa a su delito; o de la comprada con los ahorros correspondientes a un delito fiscal.

²⁷⁹ Según Jescheck y Weigend el comiso de ganancias además de recaer sobre lo que el autor obtuvo directamente del hecho, también se extiende a los rendimientos de explotación percibidos (por ejemplo, las cantidades de dinero recibidas por alquilar una casa adquirida ilegalmente) y a los bienes sustitutivos que pasan a ocupar el lugar de objetos que ya no posee el autor. JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 852. En igual sentido, indica Bárbara Huber: “*Además de los beneficios financieros directos obtenidos ilegalmente, la confiscación también puede cubrir los bienes obtenidos indirectamente como en el caso de usufructos o sustitutos.*” HUBER, “El comiso de las ga-

En el caso de los aprovechamientos el comiso es imperativo, al igual que sucede con el comiso de lo obtenido directamente por o del hecho. En el otro supuesto, entiéndase el comiso que recae sobre los objetos sustitutivos que ocupan el lugar de otros que ya no tiene el autor o partícipe, la imposición de la medida es una potestad del órgano jurisdiccional, pues el §73 II usa para estos casos la expresión “se podrá extender”.

Los beneficios obtenidos por el autor o el partícipe (o incluso el tercero, como veremos luego al examinar el §73 III), y que configuran el objeto de la confiscación, hasta el año 1992 eran designados con la expresión *ventaja patrimonial*, de aquí que se considerasen equivalentes a la ganancia neta que el autor había logrado con el hecho y en esa medida se deducían los gastos del autor y los costes vinculados al hecho.²⁸⁰ Sin embargo, para algunos autores, una vez que se sustituyó esa expresión por la palabra *algo* (“Cuando haya sido cometido un hecho ilegal y el autor o el partícipe haya obtenido algo para o del hecho...”), se incorporó el principio de la ganancia bruta, según el cual se despoja de todo lo obtenido, sin considerar gastos o costes del delito.²⁸¹

La confiscación de las ganancias que provienen o están destinadas al hecho antijurídico tiene dos excepciones. La primera, prevista en el §73 I. La medida no procede cuando el perjudicado haya visto nacer una pretensión para cuyo cumplimiento el autor o el partícipe sería privado del valor de lo obtenido del hecho. Es decir, el comiso de las ganancias asume un papel subsidiario frente a las pretensiones civiles.²⁸²

nancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas.” En: *AP, op. cit.*, p. 164. Por último, Manzanares Samaniego señala que el comiso de lo adquirido por sustitución comprende tres categorías. “La primera se refiere al precio de enajenación de lo decomisible. La segunda comprende lo obtenido por sustitución de la cosa primitiva, sea por su destrucción, deterioro o sustracción (así, lo percibido del seguro por los daños del coche). Y la tercera se llena con los objetos adquiridos mediante la satisfacción de un derecho (así, por la realización de una pretensión cedida).” MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 528.

²⁸⁰ Para Bárbara Huber, un punto débil de la legislación alemana era precisamente, que no se pudiesen recuperar todos los ingresos sino solo la ganancia neta, por ejemplo, los costes desembolsados por el acusado para alquilar la furgoneta que transportó la mercancía, o el dinero que tuvo que pagar por la droga. Desde su óptica, esto suponía una carga investigadora que hacía más difícil para el tribunal determinar los costes y ganancias del acusado. HUBER, “El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas.” En: *AP, op. cit.*, p. 165.

²⁸¹ Así lo señalan JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 852. Sostiene también que el legislador alemán acogió el principio de las ganancias brutas, AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 145. Sobre este tema también se puede leer a BLANCO CORDERO, “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos.” En: *EPC, op. cit.*, p. 46. Este autor expone que la posición de Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en el sentido de que este cambio legislativo supone la inclusión de las ganancias brutas no está exento de polémica, pues hay quienes creen que esa interpretación no se desprende del texto legal, o que es necesario introducir límites a la hora de aplicarla.

²⁸² “En este inciso o que se viene a proclamar es el carácter subsidiario del *Verfall* frente a las pretensiones civiles, lo cual provoca que en los delitos económicos y contra la propiedad, entre otros, no se puedan recuperar las ganancias obtenidas por el autor o el cómplice a través del *Verfall*, y ello aun cuando tan solo exista en abstracto, ya no en concreto, la posibilidad de que el provecho patrimonial sea recuperado a través de la iniciativa del lesionado... Ello ha llevado a que esta previsión haya sido

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

La segunda, vinculada con el principio de proporcionalidad. Según el §73 c I,²⁸³ no cabe decretarla cuando suponga un perjuicio excesivo para el afectado. Se trata de supuestos en los que la medida se considera de *injusta dureza*, pues el autor o partícipe ha perdido o transmitido lo que obtuvo sin contraprestación alguna,²⁸⁴ o lo obtenido es de escaso valor.

El comiso de ganancias que en principio, solamente se dirige contra el autor o partícipe, puede ser dispuesto frente a terceros en los dos casos previstos en el §73 III y IV. En concreto, cuando el autor o el partícipe ha actuado para otro y ha obtenido algo a través de esa conducta; o cuando el objeto a decomisar pertenezca o corresponda a un tercero que lo haya facilitado para el hecho, o al menos conozca sus circunstancias.²⁸⁵ En el supuesto de la actuación por otro, no se requiere una relación particular entre el autor o partícipe y el beneficiario, sino que basta con cualquier forma de actuación que acabe con el resultado descrito (la obtención de ganancias).²⁸⁶ En el otro supuesto (a saber, el que recae sobre objetos cuya propiedad o titularidad es de un tercero que lo ha facilitado para el hecho o conozca sus

objeto de numerosas críticas, atribuyéndole a la misma la escasa aplicación práctica que ha tenido el comiso." AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 146. En igual sentido, señalan Jescheck y Weigend: "De una gran importancia práctica es la exclusión de esta figura en todos los casos en los que de la comisión del delito se deriva derecho para el ofendido que se dirige al objeto de la confiscación de los beneficios (§ 73 I 2). Aquí lo esencial no es que el ofendido haga valer su derecho de restitución o de indemnización (por ejemplo, derivado de los §§ 823 ó 985 BGB) frente al autor, sino que la simple existencia de aquel derecho excluye la imposición de la pérdida de las ganancias. Esta regulación, por un lado, pretende impedir un perjuicio para el ofendido a través de una rápida captación por el Estado del provecho delictivo y, por otro, proteger al autor frente a un doble uso de tales pretensiones. Cuando este objetivo está justificado el § 73 I 2 se ocupa de que esta figura jurídica quede vacía de contenido para la gran mayoría de los delitos que se cometen en la práctica, esto es, los delitos patrimoniales dirigidos contra las personas. Por este motivo, en la necesaria reforma de toda esta materia debería buscarse en este punto una solución distinta." JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 853.

²⁸³ "§ 73c Härtevorschrift

(1) Der Verfall wird nicht angeordnet, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Die Anordnung kann unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat."

²⁸⁴ Así, JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 853; AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 147. Para Manzanares Samaniego, prescindir del comiso cuando el valor de lo obtenido no se encuentra ya en el patrimonio del afectado al tomarse la decisión, o cuando su cuantía sea mínima, conecta con la proscripción constitucional de los excesos. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP*, op. cit., p. 530.

²⁸⁵ "§ 73 Voraussetzungen des Verfalls

(3) Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.

(4) Der Verfall eines Gegenstandes wird auch angeordnet, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat."

StGB.

²⁸⁶ "La expresión legal "actuar por otro" como se lee en el párrafo tercero del §73, ha sido interpretada generosamente, yendo más lejos de lo que podría sugerir la denominación usual de "cláusula del representante". A diferencia de lo que sucede con el comiso de los instrumenta vel producta sceleris - objeto de una "Einziehung" con rasgos penales ajenos al "Verfall" de las ganancias- aquí no se requiere una relación orgánica entre el beneficiario y el agente en el sentido del §14 ni tampoco un encargo especial, bastando, por el contrario, cualquier forma de actuación con aquel resultado." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP*, op. cit., p. 529.

circunstancias), autores como Manzanares Samaniego destacan el carácter cuasculpable de la relación del tercero con el hecho.²⁸⁷

Con el propósito de facilitar la tarea de los operadores jurídicos que deben determinar la extensión de lo obtenido, su valor, así como la cuantía de lo reclamado por el perjudicado por el hecho, el §73 b los autoriza a realizar una valoración prudencial.²⁸⁸ Como lo que se estima es la ganancia, en primer término se debe haber demostrado que la misma existió. Además, dicha ponderación solo cabe cuando no es posible hacer una determinación concreta, o cuando hacerla suponga un despliegue excesivo en términos de tiempo o costes.²⁸⁹

Sobre la naturaleza jurídica de la confiscación de las ganancias en el Derecho penal alemán existe polémica. Cuando regía el principio de la ganancia neta se le consideraba una medida compensatoria cuasi-restitutoria, que también privaba al autor del enriquecimiento ilegítimo en los casos en que no había una pretensión individual del perjudicado sobre el objeto a confiscar.²⁹⁰ Ahora, con la inclusión del principio de la ganancia bruta, la pérdida de los beneficios según buena parte de la doctrina asume el carácter de pena adicional, pues el autor es desposeído de más de lo que ganó con la comisión del delito.²⁹¹ En tanto que algunos concluyen que la disposición viola claramente el principio de culpabilidad,²⁹² pues para imponer el comiso no se requiere la culpabilidad del autor (como sí sucede con las penas), sino úni-

²⁸⁷ *“La segunda excepción de este artículo al presupuesto general de que la ganancia se refiera a cosa o derecho cuyo titular sea el autor o partícipe del hecho antijurídico aparece en su párrafo cuarto. Según tal precepto, la propiedad o titularidad de un tercero no obsta al comiso, si precisamente ese tercero es quien proporcionó o prometió la ventaja patrimonial al interviniente en el injusto tipificado, siendo así que lo decomisible ha continuado en su poder o ha vuelto al mismo, puesto que la cosa debe ser suya al tiempo de acordarse la medida... El §73 IV recoge dos modalidades de esta excepción, situando junto a la ventaja patrimonial “por el hecho” la concedida “con conocimiento de las circunstancias del hecho”... el primer supuesto no será de aplicación frecuente, pues por lo común el tercero aparecerá como interviniente en la actuación antijurídica... pero puede darse, por ejemplo, en la gratificación a quien ya estaba decidido a cometer el delito (por lo que no habría inducción) o en la entrega de la dádiva del cohecho, o en la devolución de ese precio antes de acordarse el comiso, o cuando el partícipe receptor disfruta de una excusa absoluta.”* MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: AP, *ibídem*, p. 529.

²⁸⁸ “§ 73b Schätzung

Der Umfang des Erlangten und dessen Wert sowie die Höhe des Anspruchs, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer das aus der Tat Erlangte entziehen würde, können geschätzt werden.”

Como apuntan Jescheck y Weigend, puede suceder que el esfuerzo dirigido a averiguar la extensión de lo conseguido por el sujeto, pese a proporcionar una base suficiente para su evaluación, no suministre o permita alcanzar un resultado inequívoco. JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 852.

²⁸⁹ Manzanares Samaniego señala que *“La estimación se refiere al quantum de la ganancia, por lo que presupone la constatación previa de haber existido aquella y de otro lado, no autoriza a prescindir de elementos probatorios fácilmente disponibles. Al Tribunal corresponde decidir sobre la procedencia de acudir a la “estimación” para, en el marco del principio de proporcionalidad, evitar demoras o gastos excesivos.”* MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: AP, op. cit., p. 530. En igual sentido, AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 147.

²⁹⁰ Este es el criterio expuesto v.g., por Eser; Eberbach; Lackner y R. Schmitt. Todos citados por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 854.

²⁹¹ Posición que comparten JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 854. También Hoyer; Lackner; Dessecker; Horn y Benseler, citados por AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 144.

²⁹² Eser, citado por AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 144 y por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 854.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

camente un hecho antijurídico y además puede imponerse en perjuicio de terceros, otros consideran oportuno resolver este problema a través de una solución diferenciada según el autor haya actuado culpablemente o no. Así, cuando haya actuado culpablemente, se aplicará el principio de las ganancias brutas y cuando no sea así, o cuando se afecte a un tercero no responsable, se aplicará el principio de las ganancias netas.²⁹³

La legislación portuguesa regula el comiso de las ganancias siguiendo la línea del Código penal alemán, pues se prevé el comiso de los aprovechamientos, el comiso de lo obtenido por sustitución de lo inicialmente decomisible y el comiso del valor.²⁹⁴ En concreto, en su artículo 111²⁹⁵ dispone la pérdida de las ventajas. En el apartado 1, dispone que toda recompensa dada o prometida a los autores de un hecho ilícito típico (o sea, no se demanda una declaratoria de culpabilidad),²⁹⁶ sea para ellos o para otros, es objeto de pérdida a favor del Estado. En el segundo apartado se señala que son también objeto del comiso (de pérdida a favor del Estado indica la norma), sin perjuicio de los derechos del ofendido o el tercero de buena fe, las cosas, derechos o ventajas que a través del hecho ilícito típico han sido directamente adquiridas, para sí o para otros por los agentes y representan una ventaja

²⁹³ *"Si se quiere que el nuevo § 73 no se declare en su conjunto inconstitucional por la infracción del mencionado principio o que, en contra de la voluntad declarada del legislador, se siga manteniendo sobre la base del principio de la ganancia neta, sólo cabe una "solución diferenciada": si el autor ha actuado culpablemente -y bajo los presupuestos del § 14 también el tercero representado- se declarará como pena complementaria el beneficio bruto del delito; este perjuicio adicional se ha de tener en cuenta a favor del autor en la determinación de la pena de prisión o de multa. Si el sujeto no ha actuado culpablemente o si la confiscación de la ganancia es dictada (por ejemplo, según el § 73 III) en perjuicio de alguien que no tomó parte en el hecho, entonces el principio de culpabilidad prohíbe privar al autor más allá de la ganancia neta; en este caso la pérdida del provecho delictivo se limita, pues, a las ventajas patrimoniales realmente obtenidas previa deducción de los gastos originados por el hecho."* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 854. A favor de esta postura, también Dreher/Tröndle; Hoyer y Lackner, citados por Jescheck y Weigend en la misma página de la obra antes mencionada.

²⁹⁴ Así lo indica MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 530.

²⁹⁵ "Artigo 111º

Perda de vantagens

1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

2 - São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

3 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.

4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor."

Código Penal Português.

²⁹⁶ GONÇALVES, Código Penal Português, *op. cit.*, p. 385.

patrimonial de cualquier especie.²⁹⁷ Según el art. 111, las disposiciones anteriores también se aplican a las cosas o los derechos obtenidos con la transacción o cambio de las cosas o derechos directamente conseguidos por medio del hecho ilícito típico. De esta forma se contempla el comiso subrogatorio en la normativa portuguesa, pues recae sobre los bienes que sustituyen lo decomisable inicialmente. Sin embargo, la doctrina aclara que este precepto se aplica solamente a lo obtenido en el primer eslabón de transacciones.²⁹⁸

Como adelanté al examinar el comiso de instrumentos y efectos, en el Código penal suizo la confiscación de valores patrimoniales es una medida ajena a las penas y las medidas de seguridad. Ya en el terreno de la confiscación de los valores patrimoniales, encontramos dos variantes: la confiscación de valores patrimoniales que constituyen el producto de un delito o están destinados a determinar o recompensar al autor de un delito y la confiscación de valores patrimoniales de una organización criminal. La primera modalidad está regulada en el art. 70 del Código Penal²⁹⁹ y la segunda en el art. 72.³⁰⁰ Esta última la abordaré al examinar el comiso ampliado.

La confiscación de los valores patrimoniales contenida en el art. 70 es preceptiva. El tribunal debe ordenar la confiscación de los bienes que son producto del

²⁹⁷ La doctrina reconoce que la delimitación del campo de aplicación de los artículos 109 y 111 es poco nítida. Véase p. ej., DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 630.

²⁹⁸ “*Outra alteração consistiu em a lei, no n.º 3, ter demarcado como precisão que a perda de coisas ou direitos obtidos mediante transação ou troca com coisas ou direitos directamente obtidos por meio do facto ilícito típico só vale para o primeiro elo da cadeia de trocas ou transacções, o mesmo é dizer para a primeira operação realizada como a vantagem do crime.*” GONÇALVES, *Código Penal Português*, op. cit., p. 385.

²⁹⁹ “Art. 70

Confisca di valori patrimoniali.

Principi

1 Il giudice ordina la confisca dei valori patrimoniali che costituiscono il prodotto di un reato o erano destinati a determinare o a ricompensare l'autore di un reato, a meno che debbano essere restituiti alla persona lesa allo scopo di ripristinare la situazione legale.

2 La confisca non può essere ordinata se un terzo ha acquisito i valori patrimoniali ignorando i fatti che l'avrebbero giustificata, nella misura in cui abbia fornito una controprestazione adeguata o la confisca costituisca nei suoi confronti una misura eccessivamente severa.

3 Il diritto di ordinare la confisca si prescrive in sette anni; se il perseguimento del reato soggiace a una prescrizione più lunga, questa si applica anche alla confisca.

4 La confisca è pubblicata ufficialmente. Le pretese della persona lesa o di terzi si estinguono cinque anni dopo la pubblicazione ufficiale della confisca.

5 Se l'importo dei valori patrimoniali sottostanti a confisca non può essere determinato o può esserlo soltanto con spese sproporzionate, il giudice può procedere a una stima.”

Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

³⁰⁰ “Art. 72

Confisca di valori patrimoniali di una organizzazione criminale

Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre. I valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale (art. 260ter) sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione.”

Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

delito (producto directo o activos adquiridos con ese producto³⁰¹), o están destinados para determinar o recompensar a su autor, a menos que deban ser devueltos a la parte lesionada para restablecer su situación jurídica. De este modo la confiscación es subsidiaria a la devolución descrita.³⁰²

En el concepto de valores patrimoniales, la doctrina incluye tanto los incrementos del activo como las disminuciones del pasivo³⁰³ y a diferencia de lo que sucede con el comiso de seguridad, los bienes pueden ser tanto objetos materiales como derechos, materiales o inmateriales, siempre que se puedan estimar económicamente. Además, el comiso tiene como presupuesto la comisión de una acción típica y antijurídica, aunque no sea culpable.³⁰⁴

La confiscación no puede ser ordenada en caso de que un tercero haya adquirido la ventaja patrimonial ignorando los hechos que lo justifican, en la medida en que a cambio ha dado una contraprestación adecuada, o cuando la confiscación sea una medida excesivamente severa (art. 70.2 CP), lo que supone la inclusión del principio de proporcionalidad en la resolución del tema.

La norma autoriza al órgano jurisdiccional a hacer una estimación de los valores patrimoniales en caso de que no sea posible hacer una determinación precisa, o cuando solo pueda serlo con costos desproporcionados. La norma no obstante, no brinda mayores reglas al respecto (art. 70.5 CP).

Finalmente, señalar que en la determinación de la cuantía de lo decomisible, la doctrina se debate acerca de si se debe aplicar el principio de ganancias brutas o netas, aun y cuando la jurisprudencia apuesta por el *bruttoprinzip*.³⁰⁵

³⁰¹ AESCHLIMANN, Yves. “Buenas prácticas en el decomiso sin condena: una perspectiva suiza.” En: GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009, p. 120.

³⁰² En este mismo sentido, véase AGUADO CORREA, *El comiso*, *op. cit.*, p. 121. Esta autora se refiere al artículo 59.1 *in fine* del Código penal suizo, que en buena parte corresponde al numeral 70 que estamos analizando.

³⁰³ AESCHLIMANN, *op. cit.*, p. 120.

³⁰⁴ AGUADO CORREA, *El comiso*, *op. cit.*, p. 119.

³⁰⁵ Según Aguado Correa, la doctrina diferencia entre actividades ilícitas y las que no siéndolo, se convierten en antijurídicas por el modo de realizarlas. Ejemplo de las primeras son el tráfico de drogas o el proxenetismo. Un ejemplo de las segundas, es la actuación de un empresario que en una actividad legal defrauda impuestos y como consecuencia de esto, ofrece productos a precio menor, incrementando el volumen de sus negocios. En el segundo supuesto, la tendencia es admitir el *Nettoprinzip* pero en el primero, el tema es discutible. A favor de aplicar el principio de ganancias netas, Stratenwerth; Müller. Para otros autores lo procedente es aplicar una solución diferenciada (Schmid; Pieth/Natterer; Trechsel y Baumann). Todos estos autores han sido citados por AGUADO CORREA, *El comiso*, *ibidem*, pp. 123-124.

4. Fundamento y orientación teleológica del comiso de ganancias en la legislación española.

De forma unánime la doctrina considera que el fundamento del comiso de las ganancias radica en la no tolerancia de una situación patrimonial ilícita. La medida en consecuencia, está destinada a impedir un lucro injusto (así, p. ej., Manzanares Samaniego³⁰⁶; Mapelli Caffarena³⁰⁷; Muñoz Conde y García Arán;³⁰⁸ Puente ABA;³⁰⁹ Faraldo Cabana;³¹⁰ Ocaña Rodríguez;³¹¹ Cerezo Domínguez;³¹² Blanco Cordero;³¹³ Calderón Cerezo y Choclán Montalvo,³¹⁴ entre otros³¹⁵).

³⁰⁶ Para él, este comiso es una "...medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial, por utilizar las palabras de Maurach." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 39. En otras obras, se refiere a este instituto como una "medida para corregir situaciones patrimoniales ilícitas." MANZANARES SAMANIEGO, "Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)." En: *AP, op. cit.*, p. 238. En igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 531, últimas dos líneas. Finalmente, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.*, p. 620.

³⁰⁷ Cree que el comiso de ganancias tiene como fundamento el evitar enriquecimientos injustos. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.*, p. 50; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, 5º edición, 2011, p. 415.

³⁰⁸ MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 7º edición, p. 607; MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8º edición, p. 621. Según Muñoz Conde y García Arán, el comiso de las ganancias pretende evitar el enriquecimiento injusto de los responsables, al igual que sucede con el comiso de los efectos. Como ya indiqué, creo que ambos autores incurrieron en esta obra en el error de mezclar la categoría de los efectos con la de las ganancias.

³⁰⁹ "...el comiso de las ganancias provenientes del delito no responde a la peligrosidad objetiva de tales beneficios, sino a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación ilícitas de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito." PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 985. Asimismo, PUENTE ABA, "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". En: *AFDUC, op. cit.*, p. 853 y PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.*, p. 6.

³¹⁰ FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.*, p. 255.

³¹¹ OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, op. cit.*, p. 75. El comiso de ganancias se funda según este autor en el principio de que nadie se puede enriquecer a costa de hechos típicamente antijurídicos y de que se deben prevenir las nuevas infracciones que son facilitadas con esas ganancias.

³¹² "Lo característico del comiso de la ganancia es su objeto, que, como provecho económico, no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna, no apreciándose siquiera una peligrosidad objetiva. De ahí que la naturaleza del comiso de la ganancia sea la de una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial o, si se prefiere, la de una medida tendente a impedir un lucro ilícito." CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.*, p. 35. Esta autora sigue en lo esencial a Gracia Martín.

³¹³ "... el comiso de ganancias responde a la idea de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícitos. El Estado no consiente que se puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, por lo que ordena la pérdida de éstas. Requisito para su imposición es... constatar que se ha producido la obtención ilícita de un enriquecimiento." BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 2; BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.*, p. 69.

³¹⁴ Calderón Cerezo y Choclán Montalvo señalan que el comiso de ganancias tiene la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas, o en otras palabras, de restablecer el or-

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Superado este punto surgen las discrepancias. P. ej., Manzanares Samaniego estima que el provecho económico conseguido por medio del delito no es peligroso y en consecuencia, su comiso no busca prevenir el peligro que sí se puede predicar en relación con los efectos e instrumentos de la infracción.³¹⁶ Cree que el fundamento del comiso de ganancias no es la prevención del peligro del objeto (sea intrínseco o en relación con alguien), sino el enriquecimiento injusto, de ahí que nada impida acudir al comiso de segundo grado, entendiéndose el que recae sobre el objeto que ha sustituido al primero pero sin que haya desaparecido el lucro que se desea anular, o al comiso de valor o por valor equivalente.³¹⁷ Con una orientación semejante, Puente ABA³¹⁸ y Cerezo Domínguez³¹⁹ niegan que las ganancias puedan considerarse objetivamente peligrosas. En sentido contrario, García Arán;³²⁰ Gascón Inchausti³²¹ y Ramón Ribas sostiene que lo son. En consecuencia, consideran que esa peligrosidad

den económico. CALDERÓN CERESO; CHOCLÁN MONTALVO, *DPPG, op. cit.*, Tomo I, pp. 523-524, 527. Véase también CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.*, p. 345; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.*, p. 29.

³¹⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál.*, *Manual de DPPG, op. cit.*, p. 467 y SANZ MULAS, Nieves. "Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)." En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, N° 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero 2008. Vid. específicamente el punto 3 del apartado V. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>.

³¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 925. En esta obra niega la peligrosidad de las ganancias. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, pp. 39-40. En otra obra, este mismo autor señala: "... en la ganancia, no se aprecia siquiera una peligrosidad objetiva capaz de contaminar al poseedor de la cosa. Por ello hemos entendido que la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una "medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial", por emplear las palabras de Maurach, o si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.*, p. 620.

³¹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, pp. 246-247; MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caucción en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ, op. cit.*, pp. 5-6.

El comiso de valor consiste en el comiso de una cantidad de dinero correspondiente al valor de los bienes vinculados con la infracción. El comiso por valor equivalente es, como su nombre lo indica, el comiso de bienes por un valor que equivale o corresponde a los bienes vinculados con la infracción. El primero no se prevé en la legislación española, el segundo sí. Sobre esto, véase el capítulo IV de esta investigación, específicamente el acápite dedicado al comiso por valor equivalente.

³¹⁸ PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 985; PUENTE ABA, "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena." En: *AFDUC, op. cit.*, p. 853.

³¹⁹ CERESO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.*, p. 35. Para el comiso bastará con demostrar que se produjo el beneficio y que éste constituye para su destinatario un enriquecimiento injusto.

³²⁰ García Arán señala que el comiso de ganancias también puede incluir el componente de la peligrosidad objetiva del fortalecimiento de las organizaciones criminales: "...la disponibilidad sobre las ganancias, directas, blanqueadas o transformadas, presenta también un elemento de peligrosidad objetiva de lo decomisado, en tanto los grandes capitales alimentan la organización y la reproducción del negocio criminal." GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.*, p. 956.

³²¹ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 25.

también es uno de los fundamentos del comiso de ganancias.³²² Según Ramón Ribas, la medida tiene una finalidad preventivo especial, al prevenir la comisión de delitos mediante medidas expropiatorias, orientadas a su vez a neutralizar el peligro que emana de los bienes expropiados, sean ganancias, instrumentos o efectos, prevención especial que no incide sobre personas concretas, sino sobre bienes concretos. De la misma forma, tiene una función preventivo general, “... pues se lanza un importante mensaje con el que se pretende incidir en la principal de las motivaciones de la delincuencia organizada y empresarial: la titularidad de los bienes por parte de terceros no responsables del delito no será obstáculo para decretar el comiso de las ganancias originadas por el delito o falta (fundamentado el comiso, además, en el enriquecimiento injusto que se hubiera producido, su función radicarán, también, en lógico acuerdo con este nuevo fundamento, en impedir dicho enriquecimiento ilícito).”³²³ En igual sentido, Gascón Inchausti creen que el comiso de ganancias tiene una función preventiva especial y general.³²⁴

Aunque sin referirse a la peligrosidad de las ganancias, algunos autores también le otorgan a este comiso una orientación preventiva. V.g., Núñez Fernández cree que privar de la ventaja patrimonial del delito es un mecanismo idóneo para disuadir de su comisión.³²⁵ Bárbara Huber señala que el comiso de ganancias se justifica por el principio básico de que nadie debe enriquecerse con sus propias infracciones y el fin más utilitario de demostrar a los futuros delincuentes que el crimen no paga (entiéndase, la prevención del crimen mediante el reforzamiento que brinda la confiscación de los bienes). Huber también entiende que este comiso elimina el peligro de futuros delitos (pues las ganancias no siempre son para que el responsable satisfaga su deseo de consumo, sino que es común que se reinviertan en la organización criminal) y que permite proteger el orden económico, afectado con la inversión que hacen las organizaciones criminales de sus ganancias en negocios legales, lo que a la postre, supone una competencia desleal entre compañías que son legales y las que

³²² RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC, op. cit.*, p. 544. También CARNEVALI R., Raúl. “La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación.” En: *Revista de Derecho Penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., N° 33, Año XI, 2° cuatrimestre 2011, p. 118. Hay que tener cuidado con el análisis de las palabras de este autor, ya que entiende el comiso como una medida de seguridad, idea que aunque procedente en la legislación italiana, no se puede trasladar al ordenamiento jurídico español.

³²³ RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC, op. cit.*, p. 531; RAMÓN RIBAS, “Libro I: Título VI (Art. 127)”. En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 667; RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 783.

³²⁴ “...cuando lo que se decomisa son los beneficios o ganancias, la meta principal que se persigue consiste en evitar que se consume una situación patrimonial ilícita: dado que el Estado no consiente que se puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, ordena la pérdida de éstas. No pueden dejar de apreciarse, por ello, ciertas dosis de prevención general y de prevención especial en esta modalidad de decomiso, que tampoco empañan un carácter preventivo o de seguridad: y es que no puede ignorarse que el patrimonio ilícito puede ser en sí mismo peligroso, dado que puede ser utilizado para la financiación de nuevas actividades delictivas.” GASCÓN INCHAUSTI, “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes.” En: *CDF, op. cit.*, p. 3. Vid. también GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 25.

³²⁵ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias.” En: GIL GIL; *et ál.*, *Curso de DPPG, op. cit.*, p. 974.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

usan capital mixto.³²⁶ Otros que también atribuyen al comiso de ganancias una función elemental de carácter preventivo general, consistente en neutralizar el estímulo de la ganancia percibida, o en otras palabras, en eliminar el incentivo para la comisión de delitos, son Fernández Teruelo;³²⁷ Faraldo Cabana;³²⁸ Blanco Cordero;³²⁹ Wilfried Bottke;³³⁰ así como el Consejo General del Poder Judicial.³³¹

La obra de algunos autores (v.g., Mapelli Caffarena, Gracia Martín, el mismo Manzanares Samaniego, Vizueta Fernández y Aguado Correa) merece un examen más pausado por el alcance de sus razonamientos. El primero, en consonancia con Manzanares Samaniego y Gracia Martín, niega que este comiso tenga fines preventivos, como sí sucede con el de efectos e instrumentos. Según él, aquí, “... se evita un enriquecimiento injusto procedente del delito. Nos encontramos ante una figura jurídica muy próxima a la de responsabilidad civil, no tanto porque su gravedad se determina por un elemento ajeno al hecho delictivo como son las ganancias, sino porque su aplicación no responde a los fines ni preventivos ni retributivos del sistema penal. Nadie discute el carácter punitivo de la pena proporcional y, no obstante, en su determinación los tribunales deberán tener en cuenta “el beneficio reportado por el delito...

³²⁶ HUBER, “El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas.” En: *AP, op. cit.*, pp. 166-167.

³²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, *op. cit.*, p. 112.

³²⁸ Analizando la obra de Patricia Faraldo Cabana, se concluye que en efecto, si bien señala expresamente que el comiso de las ganancias tiene como fundamento el enriquecimiento injusto o el mantenimiento de una situación patrimonial ilícita, agrega, parafraseando un texto de Naciones Unidas, que la necesidad de combatir el crimen organizado ha hecho que se considere el comiso como “*un arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial.*” FARALDO CABANA, “El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas.” En: *AFDUC, op. cit.*, p. 253. En suma, reconoce que el comiso de las ganancias es una herramienta básica en la persecución de la criminalidad organizada y en general de toda delincuencia con matices económicos.

³²⁹ Blanco Cordero, además de reconocer al comiso de ganancias una fuerte impronta civilista por pretender evitar el enriquecimiento injusto, añade que con él se envía el mensaje de que la delincuencia no es una actividad lucrativa, lo que supone una función preventiva. Véase BLANCO CORDERO, “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?” En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 2. A pesar de lo anterior, Blanco Cordero considera errado entender el comiso como una medida de carácter penal. BLANCO CORDERO, “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos.” En: *EPC, op. cit.*, pp. 64-65.

³³⁰ En ese sentido, señala Wilfried Bottke que “*Una condición de carácter obligatorio del provecho obtenido a través del delito lo bastante frecuente, envía a quienes tienen noticia de ella el mensaje aleccionador de que los hechos punibles y la participación en quebrantamientos de la norma no resultan rentables.*” BOTTKE, Wilfried. “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, Bosch, 1997, p. 61.

³³¹ DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.*, p. 67.

*Lo que es ajeno al Derecho penal es la pretensión de evitar un enriquecimiento ilícito, independientemente de que origine o no un perjuicio a terceras personas.*³³²

Como se desprende del texto transcrito, la razón por la cual Mapelli Caffarena considera que el comiso de ganancias es una medida próxima a la responsabilidad civil es porque su aplicación no responde a los fines del sistema penal, sino a la pretensión de evitar un enriquecimiento ilícito, objetivo que, según él, es ajeno al Derecho penal. Este autor, sin embargo, no da a conocer las razones por las cuales concluye que ese propósito (acabar con el enriquecimiento injusto), es próximo al ámbito de la responsabilidad civil.

No comparto esta postura, pues con el comiso de ganancias también se pueden alcanzar efectos preventivos, lo que no es incompatible con la finalidad que Mapelli Caffarena atribuye a este instituto, a saber, evitar el enriquecimiento que se tacha de irregular por proceder de una conducta como mínimo, típica y antijurídica. Son propósitos no excluyentes. Aunado a esto, hay razones para descartar que el comiso sea una medida de carácter civil. Sobre esto me extenderé más adelante (tanto en este acápite, como en el destinado a examinar la naturaleza jurídica de la figura).

Por su parte, Gracia Martín es el autor que llega al extremo en torno al comiso de las ganancias. Apoyándose en Manzanares Samaniego (que contra lo que Gracia Martín sugiere, no ha afirmado que el comiso de ganancias sea una medida perteneciente al Derecho civil), Gracia Martín considera que sí lo es.³³³ Entiende que este comiso, claramente diferente al de efectos e instrumentos pues el objeto sobre el que recae no es peligroso, tiene el propósito de impedir el enriquecimiento sin causa y en concreto el enriquecimiento injusto.³³⁴ Nótese que a pesar de coincidir con Manzanares Samaniego en cuanto al fundamento y orientación teleológica del instituto, le atribuye una naturaleza jurídica civil, lo que le coloca más allá de los autores que se limitan a señalar que el comiso de ganancias es una medida que busca evitar el enriquecimiento injusto.

Para Gracia Martín el comiso de las ganancias se fundamenta en la existencia de una situación patrimonial ilícita y el juicio de no tolerancia de la misma (por eso le atribuye un carácter civil). El propósito es restituir la situación a una que se ajuste con el ordenamiento jurídico de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios.³³⁵

³³² MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.*, p. 50.

³³³ Ésta también es la opinión de Agustín Jorge Barreiro. Para él, el comiso de las ganancias es una medida de Derecho civil tendiente a impedir el enriquecimiento injusto. JORGE BARREIRO, "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995." En: *AP, op. cit.*, p. 511.

³³⁴ GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.*, p. 452.

³³⁵ "Así, por ejemplo, fundamento de la consecuencia de la privación de las ganancias ilícitas obtenidas con el delito es únicamente la situación patrimonial ilícita que se ha producido y el juicio de no tolerancia de la misma; la finalidad específica de la privación de dichas ganancias es la restitución objetiva de la situación ajustada al orden jurídico objetivo de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios. Su naturaleza jurídica específica no es penal, sino exclusivamente civil. La medida de comiso de

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Por ser una medida de carácter civil, sostiene, para aplicarlo debería bastar con que se compruebe que el delito produjo beneficios y que estos son para su destinatario un enriquecimiento sin causa, un provecho ilícito.³³⁶

Varias son las observaciones que puedo hacer sobre la posición de Gracia Martín. La primera, que permea a otros autores como Mapelli Caffarena (pues éste considera el comiso de ganancias una medida próxima a la responsabilidad civil), o Choclán Montalvo (que señala expresamente *la acción de enriquecimiento ilícito como fundamento de la confiscación*),³³⁷ es que ni la responsabilidad civil derivada del delito, ni la acción de enriquecimiento injusto, son las vías idóneas para dar respuesta a la necesidad de confiscar las ganancias.³³⁸

En lo relacionado con la responsabilidad civil, nótese que ésta, según el art. 110 CP, solo alcanza la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales causados a un perjudicado.³³⁹ Mientras que al tenor del art. 110 se busca beneficiar al perjudicado y el ejercicio de la acción depende exclusivamente de su voluntad, en el comiso el beneficiario es el Estado y en su imposición, que en la mayoría de los casos es imperativa, la voluntad del afectado es intrascen-

los instrumentos del delito se fundamenta exclusivamente en la peligrosidad objetiva de la cosa, es decir: de los instrumentos mismos de comisión del hecho, basada en la probabilidad de que la libertad de disposición de tales objetos proporcionará ocasión para la comisión de nuevos hechos delictivos por el mismo autor o por otros sirviéndose de aquel instrumento, y su finalidad es una propia de la actividad de policía de aseguramiento del ordenamiento jurídico frente a peligros. Su naturaleza jurídica, pues, no es punitiva sino meramente policial, y, por tanto, pertenecerá al Derecho administrativo.” GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 37.

³³⁶ GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, op. cit., p. 452.

³³⁷ CHOCLÁN MONTALVO, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 346. Sin embargo, en otra obra, Choclán Montalvo habla del comiso de ganancias como una medida que se fundamenta tanto en el principio de que nadie puede enriquecerse por medio de un hecho antijurídico, como en la necesidad de evitar el uso de las ganancias en la comisión de nuevas infracciones (prevención especial) y en la necesidad de demostrar a los delincuentes que el crimen no paga (prevención general): “*En suma, el fundamento de la confiscación o pérdida de la ganancia es doble, como señala la STDH de 9 de febrero de 1995, reiteradamente citada: 1) primeramente, privar a una persona de los productos que derivan de un delito, sobre la base de que nadie puede enriquecerse por medio de un hecho antijurídico; 2) en segundo lugar, impedir toda utilización futura del producto de la infracción para la realización de nuevos hechos punibles. Este segundo aspecto aproxima la pérdida de la ganancia al comiso de seguridad, pues con ambas instituciones se trata de prevenir la utilización peligrosa de un bien que favorece la actividad delictiva. Pero al margen de este aspecto de prevención especial, la medida se dirige, desde un punto de vista utilitario, a demostrar a los posibles delincuentes que el crimen no paga.*” CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 50.

³³⁸ Así lo reconoce el mismo Gracia Martín. Véase: GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 571.

³³⁹ “Artículo 110.

La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

La restitución.

La reparación del daño.

La indemnización de perjuicios materiales y morales.”

dente.³⁴⁰ Inclusive, el comiso procede en cualquier caso, sea que se cuente con una víctima o no (v.g., como sucede en las infracciones relacionadas con el tráfico de drogas). Asimismo, al determinar los rubros que deben ser indemnizados, en el ámbito civil se prescinde por completo de propósitos ejemplarizantes o preventivos,³⁴¹ como sí sucede en el comiso.

Siempre en relación con este tema, existe consenso acerca de que con la acción civil que puede emprender la víctima empobrecida por la infracción para ser resarcida por los daños y perjuicios que ha experimentado, el daño siempre se debe restituir. Tratándose de los lucros que el responsable de la conducta ilícita ha obtenido gracias a su iniciativa la situación es diferente, ya que mientras algunos autores creen que se debe restituir solamente la medida del empobrecimiento del sujeto dañado, otros incluyen los enriquecimientos obtenidos mediante la iniciativa del responsable del enriquecido.³⁴² Si bien podríamos tener la tentación de pensar, con base en una de estas posturas doctrinarias, que en los casos en que existe un perjudicado y una pretensión sobre el lucro, la regulación civil permite hacerse con las ganancias, no por eso podemos concluir que ésta sea la vía idónea para articular el comiso de ganancias, pues como hemos reiterado, la relación que se establece entre el perjudicado y el demandado civil no es la misma que se establece entre el Estado, (beneficiario e impositor del comiso) y el condenado o el tercero afectado.

En cuanto a la *acción de enriquecimiento injusto* que prevé la legislación civil, ésta busca resolver hipótesis fácticas distintas a las que motivan el comiso de las ganancias procedentes de un injusto penal. La máxima según la cual no es lícito *enriquecerse torticeramente en daño de otro*,³⁴³ supone que todo desplazamiento entre patrimonios se debe justificar en una situación precedente que el ordenamiento jurídico considere justa. Si no se presenta esta circunstancia (una justa causa), surge el deber de restituir lo recibido y correlativamente, surge una acción a favor del empobrecido para reclamar esa restitución.³⁴⁴ Nada de eso acontece con el comiso. Para explicarme, voy a abordar brevemente los presupuestos del enriquecimiento sin causa. El primero, el enriquecimiento, que puede ocurrir tanto por un aumento en el patrimonio, como por una no disminución del mismo.³⁴⁵ En segundo lugar, el

³⁴⁰ El ejercicio de la acción civil es una opción para el perjudicado, quien puede accionar ante la jurisdicción civil.

³⁴¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; TAMARIT SUMALLA, Josep. "Libro I: Título V (Art. 109)". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4ª edición, 2005, p. 595.

³⁴² Según Álvarez-Caperochipi, existe polémica sobre la restitución de los enriquecimientos obtenidos mediante actos ilícitos, pues para algunos cuando la persona se enriquece de esta manera debe restituir todo el lucro conseguido y para otros, la restitución alcanza solamente la medida del empobrecimiento del sujeto dañado, pero no los enriquecimientos obtenidos mediante la iniciativa del responsable del enriquecido. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Granada, Editorial Comares, 3ª edición, 1993, p. 185.

³⁴³ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Madrid, Edisofer, S.L., Vol. I, Introducción y Parte General, 2009, p. 114. Según Albaladejo, esta máxima desde hace más de un siglo ha sido considerada por los órganos jurisdiccionales un principio general del Derecho.

³⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Tecnos, 2ª reimpresión de la 9ª edición, Vol. II, 2002, p. 521.

³⁴⁵ "...la noción de enriquecimiento puede identificarse con cualquier acto que genera un incremento patrimonial para el enriquecido o, lo que es lo mismo, un aumento del valor de su patrimonio. Es indi-

empobrecimiento del actor. Sobre éste, apuntan Díez-Picazo y Gullón: “La existencia de un enriquecimiento de una persona por otra no sería suficiente para fundar la pretensión de enriquecimiento. Es necesario que el enriquecimiento se produzca a costa de otro. El que no sufre ese empobrecimiento no tiene interés, porque nada ha perdido. El empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable: puede consistir en un valor salido del patrimonio del reclamante, en una prestación de servicios, en un trabajo efectuado o en la pérdida de un lucro cierto y positivo.”³⁴⁶ Como indican ambos autores, cuando el empobrecimiento es imputable al demandante mismo, o proviene de una iniciativa que no parece poder concederle justo título, la acción no procede.³⁴⁷ El tercer presupuesto que exige la doctrina es la relación entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor.³⁴⁸ Finalmente, se requiere la falta de causa del desplazamiento patrimonial, entendida ésta como el hecho, acto o situación de carácter lícito que justifica el desplazamiento patrimonial,³⁴⁹ como “... aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la misma para recibirla y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico válido y eficaz o una disposición legal que autorice aquella consecuencia.”³⁵⁰ Por último, es importante aclarar que si bien en el pasado se exigía mala fe del enriquecido (se hablaba de un enriquecimiento torticero³⁵¹) hoy no es así, al punto de que el enriquecimiento puede obedecer a la ignorancia o la buena fe.³⁵² Para concluir, tratándose de esta acción hay un límite: lo obtenido por el demandado y lo perdido por el actor, con lo cual no se puede exceder esos mon-

ferente que dicho incremento tenga lugar por la adquisición de la propiedad de una cosa (o simplemente la posesión de una cosa fructífera), la desaparición o disminución de una deuda, la adquisición o generación de un derecho de crédito.” LASARTE, Carlos. Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II. Madrid, Marcial Pons, Tomo II, 15ª edición, 2011, p. 282.

³⁴⁶ DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, Vol. II, p. 526. Vid. también LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.*, p. 282.

³⁴⁷ Como ejemplo, cita el caso de la abuela que conserva a los niños contra la decisión judicial que ordena entregarlos al padre divorciado. La primera no podría demandar el reembolso de los gastos de manutención bajo el pretexto de que éste los ha ahorrado. DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, Vol. II, p. 526.

³⁴⁸ Entre empobrecimiento y enriquecimiento debe haber conexidad. El empobrecimiento del actor debe ser causa del enriquecimiento del demandado. Así, LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. Madrid, Editorial Dykinson, Vol. 2, 3ª edición, 2005, p. 414 y LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.*, p. 282. Apartándose de lo anterior, Vizueta Fernández señala que en la doctrina ya no hay unanimidad sobre la necesidad de que el actor sufra un empobrecimiento correlativo a la ventaja patrimonial que obtuvo el demandado. VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *RP, op. cit.*, p. 169. Importante aclarar que a pesar de su observación, Vizueta Fernández concluye que el comiso y la acción de enriquecimiento no son figuras identificables.

³⁴⁹ LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.*, p. 282.

³⁵⁰ DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, Vol. II, p. 525.

³⁵¹ ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.*, Vol. I, p. 114.

³⁵² DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, Vol. II, p. 527; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, op. cit.*, p. 412.

tos.³⁵³ Esto, a su vez, supone que esta acción no es una acción resarcitoria de daños y perjuicios.³⁵⁴

Con lo expuesto podemos descartar que la figura del enriquecimiento injusto prevista en la normativa civil española pueda ser el fundamento del comiso de ganancias. Primero, porque en muchos casos la obtención de ganancias a través de una conducta antijurídica (y que supone el enriquecimiento de un sujeto en los términos antes dichos), no provoca el empobrecimiento de una persona en particular (piénsese, v.g., en los delitos relacionados con el tráfico de drogas, donde quien paga por esa clase de mercancías nada ha perdido, al serle imputable la disminución de su patrimonio y por ser una negociación nula toda vez que versa sobre un objeto ilícito). Con el comiso no se pretende que el empobrecido pueda demandar el reembolso, de manera que pueda recuperarse de la pérdida pecuniaria que experimentó. En tanto que lo obtenido con la acción de enriquecimiento se concede al perjudicado, en el comiso quien puede reclamar la aplicación de esta figura jurídica es el Estado, configurándose una relación (Estado-titular de las ganancias, sea el imputado o un tercero), que es diferente a la de dos sujetos de Derecho privado. Aunado a esto, aunque exista una tendencia a considerar que el enriquecimiento injusto constituye un principio general de Derecho,³⁵⁵ su funcionalidad depende de su asunción técnica por parte del legislador y tratándose de las ganancias provenientes de un delito o falta, o cuando menos de un injusto penal, la ley civil no lo ha recogido, pues como vimos nada tiene que ver la acción que se prevé en materia civil³⁵⁶ con la figura contemplada en el art. 127 CP.

Basozabal Arrue, autor que ha trabajado el tema del enriquecimiento injustificado, estima en relación con la restitución de las ganancias que el ordenamiento civil español no prevé su concesión a favor del empobrecido. Desde su óptica, como la restitución de las ganancias es una medida que algunos califican de punitiva y tiene además una orientación preventiva (pues busca desincentivar la comisión de infracciones), es el Derecho penal quien debe encargarse. *“Y esto es así porque, al ser el derecho penal el instrumento punitivo por excelencia del ordenamiento jurídico, se encuentra capacitado para articular “medidas punitivas” de carácter pecuniario sin tener que enfrentarse al problema jurídico-privado de su posterior redistribución. Con la utilización de la figura del comiso penal se pueden articular la restitución de la ganancia como factor de prevención y punición de determinadas conductas intromisivas sin tener que otorgársela al sujeto pasivo de la intromisión. El carácter público de la “pena” (comiso de la ganancia) evita que el cumplimiento de la función punitiva se vea*

³⁵³ Vid., PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch, Tomo II, Vol. III, p. 71; LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.*, p. 283.

³⁵⁴ DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, Vol. II, p. 528.

³⁵⁵ LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.*, p. 279.

³⁵⁶ Algunos autores encuentran que el entronque normativo de la acción general de enriquecimiento que he descrito atrás se puede encontrar en el art. 1901 del CC. P. ej., LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.*, p. 281.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

ensombrecido por el “mal menor” de premiar a un sujeto con el único mérito de haber sido víctima de una conducta punible.”³⁵⁷

Como se extrae de este texto, Basozabal Arrue cree que el art. 127 CP contempla expresamente la restitución de la ganancia, de ahí que se trate de una medida penal y sea cuestionable plantearla en el ámbito del Derecho privado.³⁵⁸ En suma, la misma doctrina civil reconoce que el comiso de las ganancias es una medida de carácter penal,³⁵⁹ lo que es una razón más para descartar que esta medida pueda articularse a través de la acción de enriquecimiento injusto, o mejor dicho, que esa acción sea el fundamento de ese comiso, como sostienen algunos autores.

Aclarado lo anterior, me voy a referir a lo expuesto por Vizueta Fernández y Aguado Correa en materia de fundamento y fines del comiso de ganancias. Para el primero, el comiso de ganancias se basa solamente en la obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial. Rechaza fundamentar esta medida en la peligrosidad objetiva de las ganancias, entendida como la probabilidad de que sean empleadas en la comisión de nuevas infracciones, pues esto nos conduciría a negar el comiso cuando ese riesgo no existe.³⁶⁰ Si bien el comiso puede tener efectos preventivos, como evitar que la ganancia sea empleada en nuevas infracciones, o incluso enviar el mensaje de que el delito no paga, se trata de efectos acompañantes que aunque se desean, si no se dan no cierran el paso a aplicar el comiso, como sí sucedería si se les califica de *fines*. Siguiendo a Gracia Martín, niega que la naturaleza sancionadora del comiso se pueda basar en argumentos tales como que está previsto en la ley penal; que es impuesto por un tribunal penal; que priva derechos de importante entidad y que tenga finalidades preventivas. Añade además que no se puede considerar consecuencia de una pena, pues desde la LO 15/2003 también cabe en otras hipótesis, lo que a su vez invalida a quienes le atribuyen finalidades preventivas vinculadas con la supuesta imposición de una pena. Por último, estima que la finalidad preventiva del comiso de ganancias es una prevención de aseguramiento frente a las cosas (ganancias) y no una persuasoria de voluntades, como sí sucede con la prevención penal.³⁶¹ A pesar de su afinidad con las ideas de Gracia Martín, se aparta de éste en cuanto a que el comiso de ganancias es una medida de naturaleza civil. Según Vizueta Fernández, el hecho de que el destinatario de las ganancias sea el Estado, con independencia de los casos en que deben destinarse al pago de las responsabilidades civiles, hace de esta figura una medida de carácter público, una concreción del principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto, recogida en el ámbito penal para un caso particular, a saber, aquel en el cual

³⁵⁷ BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 96-98.

³⁵⁸ BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, *ibídem*, p. 99.

³⁵⁹ También considera el comiso una consecuencia de carácter penal el profesor de Derecho civil YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*. Madrid, Editorial Dykinson, 1996, p. 430.

³⁶⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *RP, op. cit.*, p. 166.

³⁶¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *RP, ibídem*, pp. 167-168.

se realiza una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso y en relación con el cual se ha dispuesto que el destinatario de las ganancias sea el Estado. En síntesis, define el comiso como “una medida jurídico-pública de restitución o reintegración de toda ganancia que encuentre su principal razón de ser en la realización antijurídica de un delito o falta doloso.”³⁶²

Comparto la perspectiva de Vizueta Fernández en el sentido de que la acción de enriquecimiento injusto que se prevé en el Derecho civil no se puede identificar con el comiso. Por los motivos que expuse líneas atrás, entiendo que son institutos jurídicos diferentes a pesar de estar unidos por un deseo común, cual es impedir el enriquecimiento que tiene un origen irregular. De la misma forma, el hecho de que las ganancias no sean intrínsecamente peligrosas y que por ende, no se pueda argumentar en relación con su comiso, o no como motivo principal, la búsqueda de efectos preventivos especiales, entendidos como la evitación de nuevas infracciones penales (ya que llegaríamos al absurdo de tener que devolver las ganancias de la infracción cuando no haya riesgo de que se empleen en la comisión de nuevos hechos de esa clase), no cabe desconocer los propósitos preventivos que persigue el instituto (tal y como lo hacen Gracia Martín y Borja Mapelli Caffarena). El hecho de que el objeto no sea peligroso, no significa que al imponerse la medida no puedan satisfacerse necesidades de prevención general y especial, aunque sea de manera secundaria, sobre todo de cara a fenómenos como la criminalidad organizada.

Aguado Correa, por su parte, niega que el comiso de ganancias sea una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial que busque impedir el lucro ilícito. Para ella esta creencia, que es la tradicional en la doctrina española (siguiendo sobre todo a Manzanares Samaniego, que a su vez se posiciona con la mayoría de la doctrina alemana), no tiene en cuenta que el comiso de ganancias en Alemania tiene un carácter subsidiario frente a las pretensiones civiles, lo que no sucede en el Código penal español. Además apunta Aguado Correa, Manzanares Samaniego reconoció que la noción del lucro ilícito y la ausencia de peligrosidad de las ganancias le concedían la ventaja de poder ubicar este comiso en el cajón de sastre que constituían las medidas *sui generis*.³⁶³

La autora critica también a quienes consideran este comiso como una medida de Derecho civil tendiente a impedir el enriquecimiento injusto (Gracia Martín), o a quienes le califican de medida próxima a la responsabilidad civil (Mapelli Caffarena). Cree que el comiso de ganancias sí tiene una finalidad preventiva tanto general como especial, predominando esta última pues se busca evitar que las ganancias sean utilizadas para cometer un nuevo delito. A mayor abundamiento, al imponerse unido a la pena, el comiso obtiene un mayor efecto intimidatorio. Finalmente, si bien el comiso cumple una función compensatoria/restitutoria, ello no supone un problema, pues nada impide añadir a la función preventiva propia del Derecho penal la de reequilibrio que es propia del mecanismo restitutorio. Es decir, Aguado Correa

³⁶² VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *RP, ibídem*, pp. 170-171.

³⁶³ AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 78.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

cree que, tratándose de los fines del comiso de ganancias, hay que asumir una postura dualista, lo que en modo alguno desvirtúa su naturaleza penal.³⁶⁴

Vamos a analizar estos argumentos. En primer término, es importante acotar que si bien Manzanares Samaniego fundamentó en la idea de lucro ilícito la denominación que dio al comiso de ganancias como *medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial*, nunca concluyó que este comiso fuese una medida propia del Derecho civil, limitándose a señalar que se trataba (al igual que el comiso de instrumentos y productos) de una medida *sui generis* frente a las penas y las medidas de seguridad. La mayoría de publicaciones de Manzanares Samaniego en relación con este tema estaban referidas a una legislación penal en la cual el comiso era considerado pena o medida de seguridad y el comiso de ganancias no estaba previsto, o lo estaba muy excepcionalmente (solo para el cohecho, p. ej.). Lo que Manzanares Samaniego buscaba demostrar con la mayoría de sus trabajos, era que el comiso no debía ser considerado pena o medida de seguridad y que era necesario incorporar en la legislación, como regla general, el comiso de las ganancias, sin detenerse en la discusión que ahora se suscita, sobre si el instituto en cuestión es o no una medida civil, o cercana al ámbito civil. Tan es así que en relación con este extremo solo ha elaborado unas brevísimas referencias.³⁶⁵

Si bien el comiso en la legislación española no es subsidiario a las pretensiones civiles como sucede en Alemania, no se puede desconocer que el destino de lo decomisado sí está marcado por éstas, ya que se emplea para cubrir las obligaciones civiles. El art. 127 apartado 5 señala que los bienes decomisados se venderán si son de lícito comercio y su producto se destinará a cubrir las responsabilidades civiles del penado, salvo que la ley prevea algo diverso. Ahora bien, ciertamente, esta disposición cuya razón de ser es utilitaria,³⁶⁶ no permite atribuir una naturaleza jurídica civil a la medida, ya que el grado de responsabilidad civil que tiene el autor o partícipe en el hecho no se considera para decidir sobre el comiso, es decir, la imposición de este último no depende de cuestiones civiles.

Curiosamente Aguado Correa, pese a estar en desacuerdo con la denominación expuesta (medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial), reconoce que además de una función preventiva tanto general como especial, el comiso de

³⁶⁴ AGUADO CORREA, *El comiso, ibídem*, pp. 78-81.

³⁶⁵ Tras una revisión exhaustiva de las obras de Manzanares Samaniego, extraigo pocas menciones al tema del comiso como medida de Derecho civil. En concreto, en una obra del año 1977 dice que la noción del lucro ilícito es llevada a sus últimas consecuencias en el Proyecto del Código penal latinoamericano, al considerar el comiso dentro del acápite destinado a regular la responsabilidad civil del delito. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 39. Aunque en el mismo trabajo (en concreto, a p. 33) cita a Quintano Ripollés, autor que en una obra del año 1996 señaló que el comiso no es ni pena ni medida de seguridad, sino una consecuencia civil y procesal del delito, él no hace suyas esas palabras. De esta forma, concluyo que el discurso de Manzanares Samaniego se centró en demostrar que el comiso debía recibir un tratamiento diferente al de las penas y las medidas de seguridad, por ser una medida *sui generis*, sin que llegase a concluir que fuese una medida del ámbito civil.

³⁶⁶ Así, GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, *op. cit.*, p. 951.

ganancias tiene una función restitutoria/compensatoria³⁶⁷ y que tratándose de la criminalidad organizada *se pretende evitar el enriquecimiento*, así como el peligro que representa para la sociedad la utilización de dichas ganancias en la destrucción del sistema económico y la estructura política del país.³⁶⁸ Nótese cómo, aunque marca una distancia con Manzanares Samaniego (lo que al menos desde mi óptica es más palpable en el ámbito de las finalidades preventivas que la autora atribuye al comiso de las ganancias y que Manzanares Samaniego no menciona, pues éste como punto de partida considera que las ganancias no son peligrosas), termina por reconocer que el instituto, entre otros propósitos, busca acabar con el enriquecimiento producido por la infracción, lo que estimo no es contrario a lo que plantea Manzanares Samaniego, al menos no en lo medular. Inclusive, sin llegar a considerar que el comiso de ganancias tiene naturaleza civil, le reconoce una *fuerte impronta civilista*,³⁶⁹ lo que la acerca a los autores que tanto critica. Cabe reiterar, donde sí se aprecia una diferencia es en el ámbito de las finalidades preventivas del comiso, pues como ya apunté, Manzanares Samaniego, Gracia Martín y Borja Mapelli Caffarena no le reconocen al comiso de ganancias tal propósito.

En el plano jurisprudencial el tema no ha sido examinado profundamente. En la sentencia N° 867/2002 de 29 de julio que resolvió el caso Banesto, el Tribunal Supremo estimó que el comiso busca evitar *“que los condenados, se aprovechen de las ganancias ilícitas procedentes directamente del delito, con objeto de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícita.”* Para el TS, el fundamento del comiso de ganancias y su orientación teleológica es el mismo que de forma unánime le otorga la doctrina (hay un enriquecimiento irregular y es necesario suprimirlo). Sin exponer sus motivos, en esa misma sentencia señaló que el comiso se puede *“enmarcar más en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, que de la responsabilidad penal”*. Finalmente, aclaró que aunque la figura puede tener alguna relación con la responsabilidad civil derivada del delito, no tiene idéntica naturaleza a ésta.

Las dudas que puedan surgir sobre la posición del TS, quedan aclaradas en la sentencia N° 450/2007 de 30 de mayo, en la cual señaló expresamente que el comiso es algo distinto a la responsabilidad civil ex delicto, pues ésta es *“...una cuestión de naturaleza estrictamente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, 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.”* Esta postura se reitera en otras resoluciones, donde se habla del comiso de ganancias como consecuencia punitiva.³⁷⁰

Hechas las anteriores consideraciones, procedo a tomar postura. Conuerdo con Manzanares Samaniego, Gracia Martín, Vizueta Fernández y los demás autores que niegan a las ganancias su peligrosidad. El fundamento de su comiso no se asocia

³⁶⁷ AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 80.

³⁶⁸ AGUADO CORREA, *EL comiso*, ibídem, p. 69.

³⁶⁹ Según ella, que le permite al comiso soslayar el obstáculo del principio de personalidad. AGUADO CORREA, *El comiso*, ibídem, p. 81.

³⁷⁰ Vid., p. ej., N° 483/2007 de 4 de junio.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

a esa circunstancia, sino al hecho de haber tenido lugar un enriquecimiento que se tacha de injusto, por originarse en una conducta que como mínimo, es típica y anti-jurídica. Acabar con ese enriquecimiento, por tanto, es el objetivo principal de la medida, lo que no excluye como bien señala Vizueta Fernández, que de manera accesoria o secundaria se puedan alcanzar efectos preventivos, entendiéndose de prevención general, dándole el mensaje a la sociedad de que el crimen no paga y de prevención especial, pues además de enviar ese mismo mensaje al condenado (si es que lo hay), se logra evitar que las ganancias sean empleadas para cometer nuevas infracciones, propósitos que adquieren mayor importancia de cara a la criminalidad organizada por la forma en que ésta afecta la institucionalidad democrática de un país. Son efectos que se pueden dar o no en el caso concreto y que no condicionan la aplicación del comiso (como sí sucede si se les considera fines),³⁷¹ pues p. ej., difícilmente podrá predicarse algún fin preventivo especial cuando el comiso de ganancias afecta al autor de una infracción típica y antijurídica que no ha sido condenado (y por eso la única consecuencia de su acción será perder las ganancias obtenidas, con lo cual la fortaleza del mensaje que recibe es poca); o cuando afecta a un tercero que siendo de buena fe y no responsable de la infracción ha obtenido el bien de manera ilegal; o en ambos casos, cuando las ganancias no se pretendían emplear para cometer nuevas infracciones. En resumen, si bien los efectos preventivos pueden darse, esto no es indispensable, pues el fundamento y la orientación teleológica básica del comiso de ganancias es otra: el lucro injusto y la necesidad de evitarlo. Basta con demostrar que la infracción ha producido ganancias y que esas ganancias son para su titular un beneficio injusto. Aunado a esto, debo reiterar que los efectos preventivos que se puedan alcanzar no se corresponden con los propios de las penas, pues el comiso no tiene finalidades punitivas como sí sucede con éstas.³⁷² No interesa sancionar al condenado por haber cometido un delito (puede que éste ni siquiera se configure, bastando con que se dé una situación patrimonial ilícita), o resocializarlo. No hace falta siquiera que el autor o partícipe del hecho sea el titular de las ganancias. Sencillamente se busca privar al titular (sea el autor o partícipe del hecho, o un tercero bajo ciertas circunstancias), de los beneficios obtenidos con la infracción. Así, las ganancias deben considerarse siempre decomisables, salvo que se de alguno de los supuestos en los que el legislador, atendiendo a otros criterios, decida excepcionar dicho comiso (p.ej., en relación con terceros de buena fe no responsables del delito, que han adquirido el bien legalmente).

³⁷¹ Es precisamente por esto que hablo de efectos y no de fines. Como admite Mapelli Caffarena, los efectos preventivos tratándose del comiso de ganancias, son siempre efectos colaterales. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 415.

³⁷² Según Mir Puig, el comiso no encajaba bien con la denominación de pena pues "su finalidad no es punitiva, esto es, imponer un mal que sea sentido como tal y con alguna de las finalidades que pueden darse a una verdadera pena: retribución, prevención general o prevención especial. La finalidad del comiso no es más que privar al delincuente de los medios por lo que cometió el delito o de los efectos económicos del delito... Si la privación del arma con la que se cometió el delito es evidentemente preventiva, la privación de los beneficios obtenidos, además de tener la finalidad preventiva de suprimir el motivo del delito cuando es dicho beneficio, tiene también el sentido de eliminar una situación creada antijurídicamente y es coherente con el principio de que nadie ha de poder beneficiarse de su delito." MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2006, p. 424.

De la misma forma, entiendo que el art. 127 CP, al contemplar el comiso de las ganancias, lo que hace es incorporar en el ámbito penal el principio general del Derecho según el cual nadie se puede enriquecer injustificadamente en perjuicio de otro y que se reconoce en el ámbito civil para otras hipótesis. El art. 127 CP, aunque se inspira o presupone dicho principio, se impone a un presupuesto fáctico diferente al que se contempla en la vía civil, pues como ya dijimos, es el Estado y no un particular quien puede demandar la imposición del comiso; puede no haber un perjudicado; se requiere la comisión de un delito o falta, o como mínimo de un hecho típico y antijurídico según los cánones penales y es el aparato estatal y no un sujeto particular el destinatario de los bienes.

En suma, el fundamento del comiso se encuentra en la producción de un enriquecimiento que se estima irregular por proceder de un injusto (acción típica y antijurídica). Su finalidad es evitar ese enriquecimiento, lo que no excluye que con su aplicación puedan alcanzarse otros propósitos que ciertamente serán subsidarios. Sin embargo, el hecho de que el comiso sea básicamente una medida de restitución o reintegración desprovista, al menos teóricamente, de un contenido sancionatorio, no excluye que su naturaleza jurídica sea la propia de una medida de Derecho público.

C. Naturaleza jurídica del comiso de efectos e instrumentos y del comiso de ganancias.

Expuesto el fundamento y la orientación teleológica del comiso según se imponga sobre efectos, instrumentos o ganancias, corresponde determinar la naturaleza jurídica del instituto, tarea no exenta de polémica y de medular importancia, pues muchas de las exigencias que se plantean en términos de derechos y garantías dependen de ese extremo.

1. Criterios en torno a este tema.

Son muchos autores los que consideran que el comiso, sea de efectos e instrumentos, o de ganancias, tiene naturaleza penal. P. ej., García-Pablos señala que el comiso se incorpora al arsenal punitivo del Estado; lo regula el Código Penal; presupone la comisión de un delito y se impone por los Jueces y los Tribunales de lo criminal.³⁷³ A esto Luzón Peña agrega que es consecuencia del delito y que supone una privación de derechos de entidad considerable.³⁷⁴ También lo consideran una medi-

³⁷³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 146.

³⁷⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de DPPG*, op. cit., 2004, pp. 57-58.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

da punitiva, Choclán Montalvo;³⁷⁵ Bacigalupo Saggese,³⁷⁶ Ayo Fernández,³⁷⁷ Aguado Correa,³⁷⁸ García Arán,³⁷⁹ Zaragoza Aguado³⁸⁰ y Núñez Fernández,³⁸¹ entre muchos otros.³⁸²

Sin embargo, no son muchos los autores que han examinado este tema distinguiendo entre el comiso de efectos e instrumentos y el de ganancias. Ramón Ribas, p. ej., le atribuye a ambas modalidades una naturaleza penal, porque la medida está prevista en la normativa penal y es imponible por un Juez o Tribunal en un proceso criminal (lo que reconoce no es decisorio, pues dichos órganos pueden imponer consecuencias penales y no penales, p. ej., la responsabilidad civil), pero ante todo, porque la comisión y prevención del delito o falta constituyen el presupuesto y orientación del comiso, imprimiéndole un carácter penal (nace para prevenir la comisión de infracciones penales y tiene como presupuesto la comisión de una de esas infracciones). No obstante lo anterior, admite que se le puede conceder una fundamentación dual cuando se dirige contra las ganancias procedentes de la comisión de infracciones penales, lo que sin restarle su carácter penal, le otorga una naturaleza mixta, pues tiñe la figura con perfiles civiles.³⁸³ En este sentido, señala que

³⁷⁵ CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.*, p. 339; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.*, p. 29; CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, p. 119.

³⁷⁶ BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal, op. cit.*, pp. 87-89.

³⁷⁷ AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.*, pp. 271-272. Para él, son "...consecuencias jurídicas de la infracción penal que tienen un carácter marcadamente sancionatorio o penal y lo que pretenden es extender la eficacia de la pena."

³⁷⁸ AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 502.

³⁷⁹ Para ella, "la consideración de la proporcionalidad que establece el art. 128 CP, y el propio concepto de "pérdida", pueden atribuirle un genérico carácter sancionador que, teniendo como base la comisión de un delito, permite caracterizarlo como penal." GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.*, p. 951.

³⁸⁰ ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, p. 408.

³⁸¹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.*, p. 970.

³⁸² Véase p. ej., GUINARTE CABADA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, p. 657; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 4; MARTÍN PÉREZ, José Antonio. "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)." En: *Derecho Privado y Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 19, Año 13, enero-diciembre 2005, p. 226; GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Los delitos de tráfico de drogas II. (Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales)*. Barcelona, Bosch, 1999, p. 281-282; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?, op. cit.*, p. 589 y TAMARIT SUMALLA, "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: DIEZ RIPOLLÉS, *et ál., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.*, pp. 1163-1164. Para Tamarit Sumalla, las consecuencias accesorias son una tercera forma de sanción penal.

³⁸³ RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, pp. 662-663; RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a

quienes consideran como fundamento del comiso de ganancias el principio de no tolerancia de un enriquecimiento injusto, destacan su importante función político criminal en la persecución de la criminalidad organizada y en general, de toda delincuencia con matices económicos, así que no se puede negar que tiene una orientación preventiva.³⁸⁴

Aguado Correa por su parte, señala que el comiso (tanto de efectos e instrumentos, como el de ganancias) es de naturaleza penal, pues es impuesto por un órgano jurisdiccional penal, está previsto en una ley penal y tiene una función preventiva general y especial, finalidad esta última que no se corresponde con la que se plantea para las penas y las medidas de seguridad (dirigida a la reeducación y reinserción social), sino que consiste en una reformulación actualizada de la inocuización en los términos que plantea Mapelli Caffarena.³⁸⁵ Tratándose del comiso de ganancias, concluye que es una medida penal, pues solo a través de esta rama del Derecho cabe articular la restitución de la ganancia como factor de prevención y punición de ciertas conductas, teniendo como destinatario al Estado y no al sujeto pasivo de la intromisión (como sucedería si la medida respondiese a otra rama del ordenamiento jurídico). Además de agregar que la doctrina civilista niega al comiso su carácter civil y que su ubicación sistemática también lo excluye (pues no está previsto dentro de las normas que regulan los aspectos civiles en el ámbito penal), apunta que el comiso de ganancias tiene una finalidad preventiva, tanto general como especial, predominando esta última, pues se busca evitar que las ganancias sean utilizadas para cometer un nuevo delito. Aunado a esto, al imponerse unido a la pena, el comiso obtiene un mayor efecto intimidatorio. Finalmente, si bien el comiso cumple una función compensatoria/restitutoria, ello no supone problema, pues nada impide añadir a la función preventiva propia del Derecho penal la de equilibrio que es propia del mecanismo restitutorio. Es decir, Aguado Correa cree que tratándose de los fines del comiso de ganancias, hay que asumir una postura

consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, pp. 538-540. En esta última obra indica: "A mi juicio, el comiso... posee naturaleza penal... Argumentos decisivos que apoyan esta posición son primero, la necesaria realización, de forma antijurídica -y, aun culpable-, de una conducta típica y, segundo, el carácter preventivo concedido mayoritariamente al comiso. La manifiesta conexión con el delito -o falta-, cuyas comisión y prevención constituyen, respectivamente, su presupuesto y orientación, imprimen, por tanto, carácter penal al comiso." RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, ibídem*, pp. 538-539. En una obra más reciente, señala que los argumentos que permiten sostener la naturaleza penal de las consecuencias accesorias son el que habiéndose cometido un delito o un hecho antijurídico, existe el peligro de que se cometan otros, persiguiéndose la evitación de nuevos delitos y más concretamente su favorecimiento. Así, RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, pp. 768-769. Véase también la p. 779 de la misma obra.

³⁸⁴ RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 539. Ramón Ribas se está refiriendo a Patricia Faraldo Cabana. Analizando la obra de esta autora, se concluye que en efecto, si bien apunta que el comiso de las ganancias tiene como fundamento el enriquecimiento injusto o el mantenimiento de una situación patrimonial ilícita, agrega, parafraseando un texto de Naciones Unidas, que la necesidad de combatir el crimen organizado ha hecho que se considere el comiso como "un arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial." FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.*, p. 253.

³⁸⁵ AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 41.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

dualista, lo que en modo alguno desvirtúa su naturaleza penal.³⁸⁶ En igual sentido, Gascón Inchausti opina que la naturaleza del comiso es penal y que su carácter sancionador se mantiene inalterado inclusive en el caso de que no se exigiese un proceso penal. Para él, esto bastaría para que sea necesario revestir la imposición de la medida de las garantías propias del proceso penal, pues éstas “se extienden a todos los procedimientos sancionadores y que, en general, exige la tramitación de un genuino proceso penal para la imposición de todas las consecuencias sancionatorias -sean o no formalmente penas- que el Código Penal asocia a la comisión de una infracción punible.”³⁸⁷ Según Gascón Inchausti, el contexto procedimental en que se dicta el decomiso, así como el carácter administrativo o judicial de la autoridad que lo resuelve, no es relevante para determinar su naturaleza jurídica. Lo medular es que el comiso se caracteriza por una privación de la titularidad sobre el bien vinculada con el ejercicio del *ius puniendi* estatal, entendido éste como “el conjunto de potestades que tienen atribuidos los poderes públicos para reaccionar ante la infracción por las personas físicas y jurídicas de los deberes que el propio poder público les ha impuesto. De este modo, debe reconocérsele un carácter primordialmente sancionador: el decomiso es concebido por los legisladores nacionales como una sanción o, si se quiere, como un castigo -tómese el término de forma atécnica y con todas las reservas-, que el Estado anuda a la comisión de una infracción de un deber o, si se prefiere, a la realización de una conducta prohibida por el propio Estado. Sólo así se explica que una misma medida pueda ser tanto jurisdiccional como administrativa, esto es, que pueda ser impuesta por jueces y por administraciones públicas: en efecto, cuando la infracción tiene el rango de delictiva, el comiso que se le asocia ha de ser adoptado también de forma necesaria por un tribunal, puesto que la represión del delito es exclusivamente jurisdiccional, en cambio si se trata de una infracción administrativa, podrá ser impuesto por la misma administración que tiene la potestad genérica de sancionarla.”³⁸⁸ Este autor señala que el decomiso tiene una naturaleza sancionadora, lo que le hace estar sujeta a las garantías propias de esta clase de medidas y añade que esto no significa que no se pueda admitir que tiene otras connotaciones. V.g., el que se prevea en ciertos casos la posibilidad de que el producto del comiso sea utilizado para cubrir las responsabilidades civiles del penado, implica una finalidad reparadora, más propia de una figura de naturaleza jurídico-privada que sancionadora y que le acerca más al embargo de bienes. No obstante, recalca, algo así no tiene la virtud de mutar su naturaleza sancionadora, pues esta posibilidad solo cabe en caso de insolvencia del penado, a diferencia de lo que es habitual en el ámbito civil.³⁸⁹

³⁸⁶ AGUADO CORREA, *El comiso*, *ibídem*, pp. 78-81.

³⁸⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, p. 83; GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 588.

³⁸⁸ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pp. 30-31. Léase también GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 588.

³⁸⁹ “No creemos, sin embargo, que este destino reparador de los bienes decomisados tenga virtualidad suficiente para mutar la naturaleza sancionadora del decomiso: y es que, en rigor, este uso de los bienes decomisados -que ya son del Estado cuando se procede a su realización forzosa, a diferencia de lo

Algunos autores le atribuyen al comiso de efectos e instrumentos un carácter penal y al de ganancias, civil. Octavio de Toledo y Ubieto, p. ej., considera que el comiso de instrumentos y efectos es una medida penal (porque está vinculado a un hecho penal antijurídico; porque se funda en la peligrosidad y porque cumple funciones preventivas) y que el comiso de ganancias es de naturaleza civil, semejante a la responsabilidad civil ex delicto.³⁹⁰ Éste también es el caso de Mapelli Caffarena. Para él, por su fin preventivo, solo el comiso de efectos e instrumentos tiene naturaleza penal. Se trata de un comiso que se dirige a objetos intrínsecamente peligrosos, o peligrosos en tanto están a disposición de alguien.³⁹¹ En relación con el comiso de ganancias, considera que está orientado a evitar un enriquecimiento injusto procedente del delito y que se trata de una figura más próxima a la de la responsabilidad civil, pues su gravedad depende de las ganancias (que son un elemento ajeno a la infracción) y sobre todo porque no responde a fines de prevención o retribución propios de un sistema penal.³⁹² En un sentido similar se expresa Blanco Cordero, aunque admite que el comiso de ganancias, además de corregir una situación patrimonial ilícita, tiene una función preventiva, al permitir enviar un mensaje de que el delito no es una actividad lucrativa.³⁹³

Como señalé hace algunas páginas, para Gracia Martín si bien el comiso es aplicable únicamente en la jurisdicción penal y siguiendo un procedimiento penal, tienen un supuesto de hecho ajeno a la culpabilidad o la peligrosidad del autor de la infracción, lo que lo diferencia de las demás consecuencias jurídicas del delito (pena y medida de seguridad). Aunque en términos generales este autor concluye que el comiso es una medida que no pertenece al Derecho penal, considera necesario examinar las características de cada clase de comiso para determinar su naturaleza jurídica. Señala que el comiso de instrumentos tiene una naturaleza policial y por

que es habitual en los casos de exacción de responsabilidades civiles- sólo debe plantearse cuando el condenado sea insolvente y no exista otra manera de hacer frente a la responsabilidad civil; lo que subyace a esta decisión legislativa, por tanto, es la voluntad de reforzar la posición jurídica de la víctima, de modo que su derecho al cobro no se vea entorpecido por la imposición de una sanción pública..." GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 32. Sobre esto, léase también GASCÓN INCHAUSTI, "Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea." En: ARMENTA DEU; et ál., *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, op. cit., p. 213.

³⁹⁰ A pesar de lo anterior, el autor señala que al igual que sucede con la responsabilidad civil, el comiso de ganancias no debe ser excluido del ámbito de estudio del Derecho penal, ni se deben olvidar los "obvios efectos preventivos que pueden producir." OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 4.

³⁹¹ Para Mapelli Caffarena, "...estamos ante una reformulación actualizada de la inocuización. Se trata del desarrollo de la prevención situacional (o prevención natural) que propone como estrategia de lucha contra el delito la evitación de aquellas situaciones que son propicias al mismo, tales como el fácil acceso a instrumentos que con anterioridad han sido utilizados para otros delitos. Este es el caso y el fundamento preventivo del comiso." En resumen, este comiso es penal pues es una medida que se basa en razones de prevención criminal. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP*, op. cit., pp. 50-51.

³⁹² MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP*, *ibidem*, p. 50. En una obra más reciente, indicó que el comiso de ganancias es una sanción que tiene su fundamento en evitar enriquecimientos injustos, algo muy alejado del Derecho penal. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 415.

³⁹³ BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC*, op. cit., pp. 64-65.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

ende administrativa, ya que se fundamenta en la peligrosidad objetiva del bien y que su finalidad, resguardar el ordenamiento jurídico frente a los peligros, es una actividad claramente policial. En relación con el comiso de las ganancias, Gracia Martín señala que su objeto (la ganancia o provecho económico) no es peligroso intrínsecamente. Sostiene que la naturaleza jurídica de esta medida es civil, pues se fundamenta en la existencia de una situación patrimonial ilícita y el juicio de no tolerancia de la misma. El propósito, en este caso, es restituir la situación a una que se ajuste con el ordenamiento jurídico de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios.³⁹⁴

Manzanares Samaniego, el autor que más ha escrito sobre esta materia en España, concluyó que el comiso de los instrumentos y productos del delito es una medida *sui generis*, cuya imposición debe limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa. Inicialmente, si la peligrosidad del bien es absoluta, habrá coincidencia objetiva con lo que será materia de comiso predelictual, o siguiendo a Stooss, se tratará de un comiso policial acordado por los tribunales penales. Situación diversa se da con el comiso del provecho económico conseguido por medio del delito. Al no existir peligrosidad en el objeto, se debe atribuir a este comiso la naturaleza de una *medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial*, consideración inspirada en el lucro ilícito.³⁹⁵ En una obra posterior y en la cual examina el comiso como consecuencia accesoria, Manzanares Samaniego le atribuyó al comiso un carácter *cuasi penal*, sobre todo por su dependencia de la pena principal.³⁹⁶

³⁹⁴ "Así, por ejemplo, fundamento de la consecuencia de la privación de las ganancias ilícitas obtenidas con el delito es únicamente la situación patrimonial ilícita que se ha producido y el juicio de no tolerancia de la misma; la finalidad específica de la privación de dichas ganancias es la restitución objetiva de la situación ajustada al orden jurídico objetivo de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios. Su naturaleza jurídica específica no es penal, sino exclusivamente civil. La medida de comiso de los instrumentos del delito se fundamenta exclusivamente en la peligrosidad objetiva de la cosa, es decir: de los instrumentos mismos de comisión del hecho, basada en la probabilidad de que la libertad de disposición de tales objetos proporcionará ocasión para la comisión de nuevos hechos delictivos por el mismo autor o por otros sirviéndose de aquél instrumento, y su finalidad es una propia de la actividad de policía de aseguramiento del ordenamiento jurídico frente a peligros. Su naturaleza jurídica, pues, no es punitiva sino meramente policial, y, por tanto, pertenecerá al Derecho administrativo." GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 37. Véase también GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, op. cit., p. 452. Crean también que el comiso de ganancias es una medida de Derecho civil, JORGE BARREIRO, "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995." En: *AP*, op. cit., p. 511; OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Capítulo 32. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I)." En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, Dykinson, 2011, p. 706.

³⁹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP*, op. cit., pp. 39-40. Vid. asimismo, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP*, op. cit., p. 617 (sobre el comiso de instrumentos y productos como medida *sui generis* que ha de limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa) y p. 620 (sobre el comiso de las ganancias como medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial).

³⁹⁶ "La nueva rúbrica de las "consecuencias accesorias" en el texto español de 1995 no impide atribuir al comiso español de los instrumentos y productos del delito un carácter cuasipenal, aunque se someta al principio de proporcionalidad... y no al de culpabilidad. En todo caso, se mantiene su dependencia de una pena principal, lo que significa que nunca habrá comiso en sentencia absolutoria, con indepen-

La doctrina española ha asumido la idea de que Manzanares Samaniego atribuyó al comiso de ganancias una naturaleza civil.³⁹⁷ No comparto esta postura. En realidad él, basándose en las ideas de Maurach, solo etiquetó la figura jurídica como una *medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial*.³⁹⁸ Maurach a su vez, tampoco concluye que el comiso de ganancias fuese una medida de naturaleza civil.³⁹⁹ En realidad, este autor señala que si el infractor actuó culpablemente y se benefició con su hecho, la confiscación tiene un carácter punitivo. Igual sucede cuando el tercero afectado por la confiscación ha intervenido en los términos que señala la legislación alemana, a saber, ofreciendo la ventaja patrimonial para que se cometiera el hecho, o teniendo conocimiento de las circunstancias de éste. Para los casos en que el sujeto no actúa culpablemente, o lo hizo en lugar de otro y la ventaja es percibida por éste último, Maurach entiende que la confiscación de las ganancias no se puede considerar una medida preventiva, sino una medida de *naturaleza dudosa*, dirigida a impedir la tolerancia de una situación patrimonial antijurídica por parte del Estado y que tiene *algún parecido* con el enriquecimiento injustificado del Derecho civil.⁴⁰⁰ Nótese cómo nunca llega a sostener que el comiso de ganancias o la confiscación sea una medida de Derecho civil, sino únicamente que tiene un *parecido* con la figura ya mencionada. Del mismo modo, Manzanares Samaniego señala que esa

dencia de la atipicidad de los hechos o de la concurrencia de una causa de justificación, de una falta de capacidad de culpabilidad, de una causa de inculpabilidad o incluso, de una excusa absolutoria..." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 524.

³⁹⁷ Vid. p. ej., GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, p. 569.

³⁹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 39; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 924 y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Aproximación al comiso del nuevo artículo 344 bis e) del Código Penal (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE de 26 del mismo mes)." En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. N° 1500, 1501 y 1502, 5 de septiembre de 1988, p. 3799 (ISSN 1989-4767). Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es>.

³⁹⁹ MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 4., völlig neu bearbeitete Auflage, p. 817: "*Wenn (Regelfall) der Täter schuldhaft gehandelt hatte und selbst durch seine Tat bereichert war (§73 Abs. 1), so trägt der Verfall überwiegend Strafcharakter. Das gleiche gilt, wenn sich der Verfall gegen einen Dritten richtet, der den Vermögensvorteil für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat (§73 Abs. 4). Dagegen entfällt der Strafcharakter, wenn der Täter nicht schuldhaft oder für einen anderen gehandelt hatte (§73 Abs. 3). In diesen Fällen könnte das Wesen des Verfalles zweifelhaft sein. Als Vorbeugungsmaßregel kann er nicht gelten. Er wird vielmehr als Maßnahme der Nichttolerierung einer rechtswidrigen Vermögenslage durch den Staat zu behandeln sein.*"

⁴⁰⁰ "Si el autor actuó culpablemente (regla general) y se ha enriquecido mediante su propio hecho (§ 73, inc. 1°), la confiscación de los provechos ilícitos tiene un carácter eminentemente punitivo. Lo mismo rige cuando la confiscación de los provechos ilícitos se dirige contra un tercero que ha ofrecido la ventaja patrimonial, sea para la comisión del hecho o bien estando en conocimiento de las circunstancias de hecho (§ 73, inc. 4°). Al contrario, dicho carácter punitivo desaparece cuando el autor no ha actuado culpablemente o lo ha hecho en lugar de otro (§ 14) y la ventaja patrimonial haya sido percibida por este último (§ 73, inc. 3°). En tales casos, la esencia de la confiscación de los provechos ilícitos podría ser dudosa. No se la puede considerar como una medida preventiva. Más bien debería ser tratada como una medida que impida la tolerancia de una situación patrimonial antijurídica por parte del Estado... la "consecuencia de carácter especial que surge del ilícito penal y que manifiesta un cierto parecido con el enriquecimiento injustificado del derecho civil". MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Actualizada por GÖSSEL, Karl-Heinz; ZIPF, Heinz. Traducción de la 7° edición alemana, realizada por BOFILL GENZSCH, Jorge. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 677.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

posición (hablar del comiso de ganancias como una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial), “... tiene la ventaja secundaria de poder situar también dicha variedad de confiscación en el cajón de sastre de las medidas “sui generis”.”⁴⁰¹ En suma, la pretensión de Manzanares Samaniego era evidenciar la necesidad de distinguir el comiso de otras consecuencias del delito (en concreto, de la pena y la medida de seguridad), así como la necesidad de incorporar el comiso de ganancias en la regulación general, propósitos que en buena parte se alcanzaron una vez que entró en vigor el CP de 1995.

Finalmente, algunos entienden que el comiso de efectos e instrumentos, o también llamado comiso de seguridad, es una medida policial y que el comiso de ganancias es una medida penal. Así p. ej., Ocaña Rodríguez cree que el comiso de efectos e instrumentos es una medida referida a bienes peligrosos para la colectividad, que solo de manera restringida pueden circular o ser objeto de posesión o detentación. También se aplica a los bienes que pueden servir para cometer otras infracciones en el futuro. Para este autor, estamos ante una medida de seguridad policial confiada a los tribunales penales, que solo sería procedente ante la antijuricidad de un hecho típico, sin distinción entre responsable del hecho o tercero, sea de buena o mala fe y que puede no estar contemplada en una Ley Orgánica. Ya en lo relacionado con el comiso de las ganancias, cree que se funda en el principio de que nadie se puede enriquecer a costa de hechos típicamente antijurídicos y de que se deben prevenir las nuevas infracciones que son facilitadas con esas ganancias. Para Ocaña Rodríguez esta clase de comiso, referido a bienes que no son en sí mismos peligrosos, se debe equiparar el comiso de los instrumentos del delito que tienen esa particularidad, es decir, que no son peligrosos *per se* (por ejemplo, vehículos, buques, aeronaves, etcétera) y que a pesar de que pueden haber sido objeto de adquisición o posesión lícita, facilitan la comisión de nuevas infracciones si permanecen en manos del responsable de los hechos, o las de sus compañeros.⁴⁰² Sobre la confiscación de ganancias, apunta que si bien no es una pena ni una medida de seguridad (pues no aparece en los catálogos de penas o medidas de seguridad y no siempre se funda en la culpabilidad penal al poder ser impuesta a terceros), es una clara sanción penal (pues está descrita en la ley penal y debe ser impuesta por un órgano judicial), que tiene un fuerte componente civil: “... a mi modo de ver estamos ante una sanción penal *sui generis*, que tiene una finalidad preventiva pero no resocializadora, pues presenta al mismo tiempo un fuerte componente de sanción civil. Si bien esta sanción, en cuanto penal, está sujeta al principio de legalidad y también al de proporcionalidad (ex art. 25, pero también art. 33 de la CE), ello no implica que tenga que estar ligada siempre al principio de culpabilidad penal, bastando la culpa civil al poder afectar incluso a terceros adquirentes de mal fe no responsables del delito. También puede cumplir de modo complementario e indirecto fines de restitución y de pago de las responsabilidades civiles. Precisamente por este componente de sanción civil, puede cuando menos mitigarse la carga de la prueba en aras de la mayor facilidad en su aportación. De todos

⁴⁰¹ MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 925.

⁴⁰² OCAÑA RODRÍGUEZ, “Una propuesta de regulación del comiso.” En: *RDPP, op. cit.*, pp. 74-75.

modos las garantías de todo proceso, penal y civil (principios de audiencia y contradicción) afectan y deben afectar al comiso... ”⁴⁰³

La jurisprudencia habla del comiso como una sanción.⁴⁰⁴ Del comiso de efectos e instrumentos, como una medida relacionada con el derecho sancionador⁴⁰⁵ y del comiso de ganancias, como una consecuencia punitiva, consistente en “la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito.”⁴⁰⁶ Lo que sí se pueden apreciar son algunas sentencias del TS que erróneamente hablan de la pena de comiso,⁴⁰⁷ a pesar de que el Código Penal no les concede ese carácter.

2. Toma de posición.

El comiso es una consecuencia jurídica prevista en la legislación penal, que se asocia a la imposición de una pena o a la configuración de una conducta que como mínimo, es típica y antijurídica según los cánones penales. Del mismo modo, son los órganos jurisdiccionales penales y no otros los que a través de una sentencia (penal) imponen dicha medida. A pesar de la trascendencia de todas estas circunstancias, como las mismas son comunes a algunas consecuencias jurídicas que tienen otra naturaleza, p. ej., la responsabilidad civil del delito (lo que es comprensible, ya que en la resolución de un caso que involucra conductas delictivas también pueden intervenir otros sectores del ordenamiento jurídico⁴⁰⁸), se requieren argumentos adicionales para atribuir al comiso una naturaleza penal.

A continuación voy a descartar algunos de los razonamientos que se ofrecen con ese propósito. Luego expondré los que según mi entender, permiten concluir que el comiso es una medida penal.

⁴⁰³ OCAÑA RODRÍGUEZ, “Una propuesta de regulación del comiso.” En: RDPP, *ibídem*, p. 75.

⁴⁰⁴ “Ciertamente el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 del Código Penal, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad. Siendo muchas las resoluciones judiciales que desestiman el comiso de efectos por no estar relacionados con el delito, o no guardar la debida proporcionalidad con la infracción enjuiciada.” STS N° 1528/2002 de 20 septiembre.

⁴⁰⁵ P. ej., en la STS N° 56/1997 de 20 enero.

⁴⁰⁶ Véanse las SSTS N° 16/2009 de 27 enero y N° 1044/2011 de 11 octubre, a modo de ejemplo.

⁴⁰⁷ V.g., SSTS N° 883/2004 de 9 julio y 686/2009 de 18 junio.

⁴⁰⁸ “Es posible, y frecuente, no obstante, que una pluralidad de supuestos de hecho compartan -parcial o totalmente- las mismas circunstancias fácticas de un mismo suceso. En estos casos, sin embargo, unas mismas circunstancias adquieren sentidos diferentes en función del valor propio y específico que reciben a partir de su inserción en supuestos de hecho con significado independiente. Como ha destacado Hirsch, “la comprensión jurídico-penal de un caso representa únicamente un corte de su desarrollo jurídico. Para el dominio jurídico completo aún pueden jugar un papel otros varios sectores del ordenamiento jurídico: por ejemplo, además del Derecho de daños, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo. Cada uno de estos sectores jurídicos” -concluye Hirsch- “se ocupa, con una función diferente, en la atribución de las consecuencias que surgen de la infracción jurídica.” Véase GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 33.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Como se desprende de la exposición que hice *supra*, muchos autores que equiparan el ámbito de lo penal con lo sancionatorio, consideran que el comiso tiene esa naturaleza, pues además de las razones mencionadas, el instituto supone una restricción o privación de bienes y derechos del afectado. No comparto esta opinión, pues desconoce que hay restricciones o privaciones de derechos que no son sanciones y que pueden articularse en el mismo proceso penal (p. ej., la medida de prisión provisional);⁴⁰⁹ o en otras ramas del ordenamiento jurídico. La doctrina administrativa por ejemplo, distingue entre la sanción, entendida como “... *mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal*”⁴¹⁰ y otras medidas que a pesar de implicar restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas de los administrados no tienen ese carácter.⁴¹¹ V.g, el desalojo de una propiedad que ha sido expropiada, o la demolición de una finca que ha sido declarada ruinoso; la carga policial frente a un tumulto callejero, o la defensa policial de un inmueble afectado al servicio público.⁴¹² Se trata de medidas que no tienen que ver con lo sancionador y que por eso están exentas de los principios del Derecho sancionador. En suma, se puede descartar que ese argumento (la restricción o privación de derechos), tenga la virtud de atribuir al comiso una naturaleza penal, pues esa circunstancia ni es exclusiva de la vía penal, ni de las medidas sancionatorias en general.

Para otros el comiso es de naturaleza penal porque tiene fines preventivos. Tampoco comparto este argumento, pues a diferencia de lo que sucede con el comiso de efectos e instrumentos (donde la atención se centra en la cosa, sea en su peligrosidad intrínseca, o en su peligrosidad en relación con una persona en particular que también puede ser un tercero), la prevención que se asocia a las consecuencias jurídicas punitivas o sancionatorias (las penas o medidas de seguridad), gira alrededor del autor o partícipe de la infracción y se dirige a intervenir su voluntad. Tratándose del comiso de ganancias, lo que se pretende es acabar con un enriquecimiento que se tacha de injusto (esté en manos de quien esté, sea del autor de la

⁴⁰⁹ Artículo 502, siguientes y concordantes de la LECrim.

⁴¹⁰ Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho administrativo*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 10ª edición, 2006, p. 165.

⁴¹¹ García de Enterría y Ramón Fernández sistematizan los supuestos de incidencia de la actuación administrativa sobre las situaciones jurídicas activas de los administrados de la siguiente manera: sacrificios de situaciones de mero interés; limitaciones de derechos; delimitaciones administrativas del contenido normal de los derechos; potestades ablatorias (reales y entre ellas las expropiaciones); prestaciones forzosas (personales y reales, entre ellas las tributarias); la imposición de deberes y por último las sanciones. GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, ibídem*, Tomo II, p. 106. Como se ve, las sanciones administrativas constituyen una categoría independiente de otras medidas que también lesionan los derechos del administrado.

⁴¹² Estos ejemplos de manifestaciones de la coacción administrativa son citados por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, Civitas Ediciones, S.L., Tomo I, Reimpresión de la 10ª edición, 2001, pp. 765, 771. Igualmente, Rodríguez Fernández menciona como ejemplo de medidas de compulsión administrativa sobre las personas, el desalojo coactivo en caso de ocupación de edificios y vías públicas. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. “Detenciones no procedimentales penales. Retenciones y medidas de compulsión administrativa sobre las personas.” En: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (Dir.). *La instrucción del sumario y las diligencias previas. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 314.

infracción o de un tercero). Como indiqué en páginas precedentes, no se puede negar que la medida (tanto el comiso de efectos e instrumentos, como el de ganancias), *puede producir efectos preventivos* en los mismos términos que las tradicionales consecuencias jurídico penales, p. ej., impedir al autor de una infracción cometer un nuevo hecho con el objeto peligroso, o enviar el mensaje de que la criminalidad no paga, sin embargo, se trata de *efectos secundarios*, cuya consecución no condiciona la procedencia del comiso, como si sucede tratándose de las penas y las medidas de seguridad.⁴¹³ Finalmente, concluir que el comiso tiene carácter punitivo porque persigue determinados fines, comporta desconocer que el elemento fundamental de la medida sancionatoria es su condición de castigo y no los fines que persiga ese castigo. La pena de prisión, p. ej., constituye un mal, situación que no cambia porque esa punición se oriente a la persecución de diversos fines (prevención general, especial -consagrada constitucionalmente en España-, o la misma retribución, todos fines cuya importancia varía según sea el autor que los examine).⁴¹⁴

A continuación voy a exponer los motivos por los cuales considero que el comiso es una medida penal. Primero, voy a ubicar el comiso (tanto de efectos e instrumentos, como el de ganancias), en un plano general. Voy a señalar por qué considero que son medidas de Derecho público y no de Derecho civil. Luego, me referiré al carácter sancionador del instituto (desde dos perspectivas, una teórica o de *lege ferenda* y otra de *lege lata*) y por último, a su incardinación en el ordenamiento jurídico penal.

El comiso como medida de Derecho público:

El comiso tiene lugar por el ejercicio del poder estatal en la persecución de las infracciones. El Estado despoja al autor o partícipe de una infracción (o inclusive a un tercero), de los bienes que han sido tachados como efectos, instrumentos o ganancias de la infracción. Hablamos de una transferencia coactiva, en la que el titu-

⁴¹³ De ahí que autores como Vizueta Fernández hablen de efectos y no de fines, para diferenciarlos de los fines de la pena y las medidas de seguridad.

⁴¹⁴ Claus Roxin p. ej., tras describir las teorías de la retribución, la prevención especial y la general, así como la teoría unificadora, hace su propuesta (concepción dialéctica). Para él, cada una de las teorías pone su acento en alguna de las tres formas en que el Derecho penal se enfrenta al individuo: amenazándolo con, imponiendo y ejecutando las penas: *“Cada una de las teorías de la pena dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del Derecho penal -la teoría preventivo especial a la ejecución, la idea de retribución a la sentencia, y la concepción preventivo-general al fin de las conminaciones penales...”* ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal*. Traducción y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid, Reus, S.A., 1976, p. 20. En la misma obra señala: *“La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiaridad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial. Y, como hemos visto, de la misma manera la totalidad de los principios restantes preservan a la idea de corrección de los peligros de una adaptación forzosa que violara la personalidad del sujeto.”* *Ibidem*, p. 34.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

lar del derecho pierde la facultad de disponer y el Estado la adquiere forzosamente, sin tener que indemnizar al primero (al menos así es en la legislación española). Se articula una relación desigual entre el poder público dotado de *imperium* y el ciudadano que está subordinado a ese poder,⁴¹⁵ entre los intereses de la colectividad y el interés particular y no una relación entre particulares, dirigida a la protección de sus intereses y en donde se puede disponer del ejercicio de la acción. La posición de supremacía que tiene el aparato estatal sobre el titular del bien a decomisar es todo lo contrario de la situación de igualdad jurídica que caracteriza al Derecho privado⁴¹⁶ y en particular al Derecho civil, conocido como el Derecho privado por excelencia.⁴¹⁷ Mientras que en éste, la ley es un marco general y priva la autonomía de la voluntad de las partes, en el ámbito del Derecho público se privilegia la defensa del interés común y por ese motivo el Estado no requiere el consentimiento del ciudadano para tomar decisiones y actuar. En contrapartida a este poder de corte un tanto autoritario -uso este término de manera atécnica-, la actividad estatal está sometida a férreos controles, entre los cuales destacan los principios de legalidad⁴¹⁸ y proporcionalidad.⁴¹⁹

En suma, los comisos de efectos e instrumentos y de ganancias son medidas de Derecho público, que producen un coste para el responsable del hecho o el ter-

⁴¹⁵ "En términos generales, puede decirse que el Derecho público se caracteriza porque en él existe un ejercicio de poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares. El Derecho privado es aquel que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquellas en que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal... Las relaciones de Derecho público con particulares se caracterizan porque en ellas existe una situación de desigualdad entre las partes... Por el contrario, en las relaciones de Derecho privado, todos intervienen como iguales, al menos jurídicamente." LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 6ª edición, 1990, p. 156.

⁴¹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos, 7ª edición, p. 43, 2011. Sobre las distinciones entre Derecho público y Derecho privado, véase AÑÓN, M.J. "Las ramas del ordenamiento jurídico." En: DE LUCAS, J. (Edit.). *Lecciones de introducción al Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 149-150, 160. Sobre el tema también apunta Roxin: "Dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho público. Si no obstante por lo general se divide la materia jurídica en los tres grandes campos del Derecho civil, el Derecho público y el Derecho penal, con ello se desmembra e independiza el Derecho penal del Derecho público en sentido estricto por razones tradicionales y por su especial significación; pero ello no cambia para nada su pertenencia sistemática al Derecho público en sentido amplio." ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESA, Javier. Madrid, Civitas, Tomo I, 1997, p. 43.

⁴¹⁷ "El Derecho civil es el Derecho privado por excelencia... se presenta como la disciplina jurídica que tiene por objeto las normas que regulan las relaciones entre particulares considerados como personas en general y no con referencia a situaciones o actividades específicas que estén sometidas a otras ramas del Derecho. El Derecho civil se configura en la actualidad sobre dos ideas básicas: la de ser un Derecho privado "general", es decir, aplicable como fundamento de todas las otras ramas del Derecho privado, y la de ser un Derecho en cierto modo residual, porque entra en su esfera todo aquello que no le ha sido sustraído por otras ramas del Derecho privado, como el Derecho mercantil." LATORRE, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 176.

⁴¹⁸ Vid. art. 103 CE. Sobre el sometimiento pleno de la Administración al Derecho, léase también SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, Iustel, Tomo I, 2004, p. 78 y ss.

⁴¹⁹ Sobre éste volveré en el próximo capítulo.

cero al que pertenece el bien, lo que ya vimos, no es exclusivo del ámbito sancionatorio.⁴²⁰

El comiso como medida punitiva o sancionatoria:

La sanción supone la imposición de un mal -privación o limitación de un derecho- a una persona como consecuencia de una conducta ilegal previa. La sanción, sea administrativa o penal, tiene un sustrato idéntico: la realización de una conducta ilegal, es decir, prohibida por el legislador que decide tutelar un bien jurídico a través de consecuencias aflictivas reguladas por uno u otro sistema.⁴²¹ Como señalan Sánchez Morón;⁴²² o Silva Forné, hay varios elementos que permiten distinguir la medida sancionatoria de otras clases de medidas, sin embargo, el más importante es la finalidad represora.⁴²³ La sanción es represión, es imposición de consecuencias

⁴²⁰ Según Wilfried Bottke, la confiscación de los instrumentos y productos de la infracción, así como su inutilización, son en parte productivas de costes (o en mis palabras, restrictivas de derechos). BOTTKÉ, "La actual discusión sobre las finalidades de la pena". En: SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, op. cit.*, p. 46.

⁴²¹ SILVA FORNÉ, Diego. "Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003, p. 174.

⁴²² "Conviene matizar, sin embargo, que no toda medida o acto de gravamen que la Administración puede adoptar como consecuencia de una vulneración del orden jurídico es una sanción administrativa. Muchas de estas medidas tienen por finalidad simplemente restaurar la legalidad infringida o reponer las cosas al estado previo a la infracción. Por ejemplo, la orden de demoler un edificio construido ilegalmente... Otras veces se trata de medidas que afectan a la eficacia de los títulos jurídicos otorgados por la propia Administración a los ciudadanos, eficacia que está condicionada a la correcta utilización de los mismos. Por ejemplo, la revocación de una licencia de actividad para un bar por no adoptar las medidas correctoras necesarias para evitar ruidos excesivos... Otros actos de gravamen deducen las consecuencias económicas o de otro tipo, legalmente previstas, de un incumplimiento, tales como la obligación de abonar intereses legales o recargos tributarios... En fin, puede tratarse de actos de ejecución forzosa, como es el caso de las multas coercitivas, o de simples medidas cautelares. Estas y otras medidas desfavorables a veces acompañan a la imposición de sanciones o son accesorias de ellas, pero no tienen por sí mismas carácter sancionador. Menos aún el resto de las medidas limitativas o de policía. Lo característico de las sanciones administrativas, como de las penales, es su naturaleza represiva de conductas ilícitas y no meramente reparadora o de ejecución." SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General, op. cit.*, p. 678.

⁴²³ "El efecto aflictivo de la medida también es común, con matizaciones de acuerdo con el tipo de sanción impuesto. Sin embargo, no puede confundirse el ocasionamiento de un gravamen -tan amplio como la imposición de cualquier tipo de perjuicio o la pérdida de un beneficio- con la aplicación de una sanción. La amplitud dada por GARCÍA DE ENTERRÍA a la noción de sanción administrativa seguramente obedece al propósito de establecer estrictos límites a la actividad estatal, con un loable propósito garantista; pero ello no puede llevar a crear conceptos tan laxos (téngase presente que un mero incumplimiento contractual puede llegar a calificarse de «ilegal») que puedan dar cabida a una gran variedad de actos administrativos con efectos desfavorables para alguien. Por tal motivo, es imprescindible la concurrencia de la finalidad represora a que alude SUAY RINCÓN. Esta finalidad -también un elemento común a las sanciones penales- nos permitirá diferenciar las medidas administrativas punitivas de aquellas dotadas de otro carácter. Desde luego que nos referimos a la finalidad de la sanción en lo inmediato; es indudable que toda medida punitiva siempre debe perseguir la tutela de bie-

negativas,⁴²⁴ es censura,⁴²⁵ lo que no significa que esté ayuna de otros propósitos, pues esto sería contrario a los principios que rigen en un Estado social y democrático de Derecho como el español, que toma sus atribuciones de la Constitución Política con los fines y límites dispuestos en su texto. P. ej., según el art. 25. 1 de ese cuerpo normativo, la condena o la sanción solo procede ante conductas que constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente al momento en que son efectuadas.⁴²⁶ Del mismo modo, el apartado 2 de ese artículo señala que las penas privativas de libertad están orientadas a la reinserción social, definiéndose así un fin específico para el castigo que implica dicha pena, en concreto, la prevención especial positiva.

nes jurídicos, pues sería inadmisibles una sanción que se agotara en la represión pura y simple. En consecuencia, la delimitación del plano sancionatorio lleva a que solo puedan incluirse en ese ámbito a las medidas aflictivas que se desenvuelven en el marco judicial- penal o administrativo dotadas de carácter punitivo o represivo, es decir, que ofician como castigo al infractor, quedando fuera todas los institutos que posean otro carácter en forma predominantemente (siempre que la atribución de tal naturaleza no se trate de un mero rótulo -emanado de las clasificaciones formales del Derecho positivo- que encubra una consecuencia de corte represivo)." SILVA FORNÉ, "Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador." En: DIEZ RIPOLLÉS, *et ál., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, op. cit., p. 176.

⁴²⁴ "El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración supone la posibilidad de que imponga consecuencias negativas a aquel que es objeto de la misma." BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; *et ál., Curso de DPPG*, op. cit., p. 15. Dice Armin Kaufmann: "... si miramos sin prejuicios el fenómeno que viene a designarse con las expresiones derecho penal, ciencia del derecho penal, proceso de condena y punición, no cabe desconocer una cosa: la relación existente entre el hecho y la reacción frente al mismo. Al hecho antijurídico se le vincula una sanción que encierra -y que precisamente ha de encerrar- un mal para su autor; ya la pura censura que implica el pronunciamiento de la condena supone infligir un mal. Si es que las palabras tienen algún significado, ello es retribución, aunque yo pueda expresarlo también con otros conceptos, como los de compensación, expiación, o simplemente: reacción. Añadamos que la gravedad de la reacción debe ser adecuada a la entidad del injusto y de la culpabilidad, y estaremos ante la retribución justa... Para la justificación de la pena, o más modernamente, para su legitimación, la idea de la retribución justa resulta imprescindible." KAUFMANN, Armin. "La misión del Derecho penal." En: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1982, pp. 119-120. Indica también Parejo Alfonso: "... el interés general o público se traduce, en un Estado de Derecho, en normas que imponen límites a la actuación de todos los sujetos, privados o públicos. La contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia, que en el caso de la más grave, puede consistir -cuando la contravención se tipifica como infracción- en infligir un mal al infractor, es decir, imponerle una sanción en ejercicio justamente de la potestad sancionadora." PAREJO ALONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª edición revisada y actualizada, 2010, p. 671.

⁴²⁵ MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid, Iustel, 2011, p. 135.

⁴²⁶ "Art. 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad."

Al analizar el fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos, concluí que éste busca proteger a la comunidad del peligro que se asocia a ciertos bienes y evitar su empleo en la comisión de nuevos delitos. Hablamos de bienes que son peligrosos intrínsecamente, o que lo son en relación con alguien que puede no tener ningún vínculo con el hecho criminal. Ante este panorama, se concluye sin esfuerzo, que al menos en términos de *lege ferenda*, este comiso no tiene un componente punitivo, pues su imposición no oficia como castigo al autor o partícipe de la infracción.

Tratándose del comiso de ganancias la situación es similar, pues el fundamento de la figura jurídica se encuentra en la no tolerancia de un enriquecimiento patrimonial que se tacha de irregular por proceder de una infracción, o como mínimo de un injusto penal. La orientación teleológica de la medida es clara: se pretende poner fin a ese enriquecimiento. Con el comiso de las ganancias no se está articulando un castigo al responsable de la infracción. Al contrario, esto es tan intrascendente que cabe su imposición en casos donde no hay un responsable criminal.

De *lege lata* la situación es otra. Tratándose del comiso de efectos e instrumentos, el art. 127 CP no contempla la peligrosidad del bien y prevé el comiso por valor equivalente prácticamente en cualquier hipótesis. Ambas circunstancias me permiten concluir que este comiso es una medida sancionatoria. El propósito de castigar al autor o partícipe del hecho, o al tercero titular del bien, por usar o permitir el uso de un objeto lícito para la preparación o comisión de un delito, es la única justificación que tiene el comiso de bienes que no son peligrosos.⁴²⁷ Excluido todo examen sobre la peligrosidad de la cosa, no hay duda de que la medida se adopta *in personam*, sea en contra del condenado si es que lo hay, o en contra de un tercero, como una sanción por el comportamiento antes descrito. De la misma forma, prever el comiso por valor equivalente en relación con los efectos e instrumentos solo se explica desde la retribución,⁴²⁸ pues p. ej., si el efecto o instrumento peligroso ha

⁴²⁷ P. ej., para Choclán Montalvo el comiso de efectos e instrumentos que no son peligrosos está orientado a “sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho.” Así CHOCLÁN MONTALVO, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.*, p. 345.

⁴²⁸ Es de la misma opinión Cortés Bechiarelli: “En cuanto a la segunda de las razones propuestas, la introducción del comiso por valor equivalente en nuestro Código penal erradica la posibilidad de que se trate —en su modalidad de incautación de instrumentos del delito— de una medida de seguridad, pues ya, de una parte, se impone su asignación al grupo de las penas y, de otra, viene a significar que la razón de ser del comiso no es la capacidad lesiva del objeto retirado, sino otra claramente más retribucionista. Si el instrumento ha desaparecido, o se ha transmitido, y es sustituido por un pago en metálico, ninguna peligrosidad efectiva se colige de un bien en principio inocuo y nada dañoso per se.” CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre).” En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.); NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GARCÍA ALFARAZ, Isabel (Coord.) *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 115. Aunque sin pronunciarse sobre la naturaleza jurídica que atribuye el comiso, Fernández Teruelo señala sobre el comiso por valor equivalente que “Desde un punto de vista crítico, esta medida pone de manifiesto la existencia de un “fraude de etiquetas”, al esconder su verdadera naturaleza bajo el nombre de “consecuencia accesoría”. Y es que las diferencias con las “penas” pecuniarias son escasas, en la medida en que se priva al sujeto de elementos no vinculados al delito, esto es de bienes adquiridos en principio de forma lícita.” FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso*

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

sido destruido, no tiene sentido sustituir su comiso con el de bienes ayunos de peligro que integran el patrimonio del condenado. La inclusión de una variable de carácter económico (a saber, la equivalencia que debe darse entre el valor de los bienes sobre los que recaerá el comiso y los que están directamente vinculados con la infracción), demuestra que el comiso de efectos e instrumentos, de *lege lata*, no se basa en la peligrosidad del bien, o en su capacidad lesiva, sino en el deseo de sancionar al autor o partícipe de la infracción, en este caso por la imposibilidad de practicar el comiso, lo que es un despropósito mayor si se considera que, esa imposibilidad puede sobrevenir por causas que no son atribuibles al responsable criminal; o porque los bienes pueden pertenecer a un tercero desde antes de que ocurriese hecho.

Tratándose del comiso de ganancias, algunos autores, como Cortés Bechiarelli, creen que el legislador le otorgó un carácter sancionador al introducir el comiso por valor equivalente.⁴²⁹ Comparto esta apreciación parcialmente. En principio, si no ha sido posible decomisar el beneficio económico que proviene de la infracción, no hay razón para negar su remplazo con otros bienes que integran el patrimonio del autor o partícipe de la infracción, o de quien como mínimo, haya desarrollado el injusto penal que da origen a ese beneficio, pues en el comiso de ganancias lo importante no es tanto el comiso de bien concreto, específico (como sí sucede en relación con los efectos e instrumentos *peligrosos*), sino la supresión del enriquecimiento o beneficio económico que supone ese bien. Hablamos de términos económicos, con lo cual cabe remplazar un bien por otros de igual valor. P. ej., si no se puede decomisar una finca, cuyo valor es de 100 mil euros, se puede ordenar el comiso de otros bienes por ese mismo valor, pues de una u otra manera se logra suprimir la ventaja patrimonial obtenida (que en términos económicos es de 100 mil euros y no de una finca en concreto). En resumen, sea a través del comiso de ganancias puro y simple, o mediante el comiso por valor equivalente cuando no se pueda imponer el primero, se cumple con el fundamento y la orientación teleológica de la medida.

Ahora, de *lege lata* el comiso por valor equivalente opera ante *cualquier circunstancia* en la que no se pueda decomisar el bien directamente relacionado con la infracción. Esta particularidad sí le otorga al comiso de ganancias un carácter sancionador, pues si el comiso se frustra por motivos que no son imputables al sujeto, p. ej., una desaparición fortuita, la única razón para imponer la medida será el propósito de punir la imposibilidad de ejecutarlo.⁴³⁰ Del mismo modo, el art. 127.1 párra-

sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), *op. cit.*, p. 114.

⁴²⁹ Vid., CORTÉS BECHIARELLI, "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, *op. cit.*, p. 119. Para él, el comiso sustitutivo (entiéndase, por valor equivalente), de los efectos e instrumentos, así como el de las ganancias, ha convertido el comiso en una pena. Esta opinión se comparte también en relación con otras legislaciones. P. ej., tratándose de Italia, Vittorio Manes considera la confiscación del valor como una medida de carácter preminentemente sancionatorio. MANES, "La incidencia de las "Decisiones marco" en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo." En: *RECPC*, *op. cit.*, p. 8.

⁴³⁰ "Cuando se sustituye el objeto originariamente decomisible por otro de su mismo valor económico, algún fundamento debe tener dicha sustitución. Puesto que el valor económico de los objetos o bienes

fo 2 CP prevé el comiso ampliado, mismo que como diremos luego, con base en una presunción legal (claramente proscrita en el ámbito penal), puede comprender todo el patrimonio del condenado, un patrimonio que no está vinculado directamente con la *conducta sometida a juicio*. Esto hace del comiso de ganancias en una sanción adicional, pues el autor o partícipe del hecho puede ser desposeído de más de lo que ganó con la comisión del concreto delito que se enjuicia.

En resumen, los comisos de efectos e instrumentos y de ganancias de *lege ferenda* no son medidas sancionatorias. De *lege lata* sí. Estas conclusiones sin embargo, no son suficientes para responder a la pregunta sobre su naturaleza jurídica, pues como indiqué antes, tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo (ambas ramas del Derecho público en cuyo seno se incardina el comiso), se articulan medidas que pueden tener carácter sancionador.

El comiso como medida de Derecho administrativo o como medida de Derecho penal:

Si el comiso tiene contenido sancionador, corresponde establecer a cuál rama del Derecho público pertenece, no sin antes aclarar que tanto el Derecho administrativo como el Derecho penal integran el Derecho punitivo del Estado⁴³¹ y para ambos rigen los mismos principios,⁴³² con lo cual no habría una variación sustancial en lo que a derechos y garantías se refiere.

*originariamente decomisables no se relaciona con su peligrosidad objetiva, ni con la relación patrimonial ilícita con el objeto, el fundamento de la sustitución debe ser autónomo respecto del comiso original y solo puede situarse en la sanción de la imposibilidad de ejecutarlo. Aquí aparece el componente punitivo del este comiso... que aunque no sea formalmente una pena, debería ser tratado como si lo fuera, es decir, exigiendo que las circunstancias que lo motivan sean, de una forma u otra, imputables al sujeto... la expresión legal "por cualquier circunstancia"... debería ser interpretada como referida exclusivamente a circunstancias imputables dolosa o imprudentemente al sujeto..." GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 959.*

⁴³¹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid, Tecnos, 4ª edición, 2005, p. 168.

⁴³² Sobre el tema, léase SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, op. cit., p. 681; PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 671-676; TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Injusto penal e injusto administrativo. (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)." En: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid, Editorial Civitas, Tomo III, 1991, p. 2542 y ARMENTA DEU, Teresa. "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos." En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, Bosch, 1997, p. 220. Sobre el tema, apunta Alejandro Nieto: "En cuanto a cuáles son los principios aplicables, habría que empezar suscribiendo las rotundas afirmaciones de QUINTERO -inspirada inequívocamente en la función garantista que aporta el Derecho Penal al integrarse en el Derecho Administrativo Sancionador- de que «cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad referencia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General del Derecho Penal, sino a aquellos a los que el Derecho Penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamen-

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Desde mi punto de vista, el comiso es una medida de carácter penal, pues al distinguir entre medidas sancionatorias administrativas y penales juega un papel elemental la voluntad legislativa y tratándose del comiso de los efectos, instrumentos y ganancias provenientes de la infracción, el legislador español optó por la vía penal. Buena parte de la doctrina admite las semejanzas existentes entre los ilícitos penales y los administrativos (al extremo de hablar de identidad material entre ambos) y basa la distinción en las cuestiones formales, determinadas por la elección entre una u otra manifestación del poder punitivo estatal.⁴³³ Si en España, para el

tales». NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, op. cit., p. 166. El TC ha exigido que en los procedimientos administrativos sancionadores se respeten las garantías procesales previstas en el artículo 24 constitucional: “Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior, podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.” STC Nº 77/1983, de 3 de octubre.

⁴³³ “La distinción entre ambos tipos de infracciones es meramente formal; depende del legislador la inclusión de una conducta ilícita en una ley penal o en una ley administrativo- sancionadora. Es únicamente su respectivo régimen jurídico el que ofrece particularidades, que se matizan de acuerdo con la legislación de los distintos Estados a través del sistema positivo que se han dado.” SILVA FORNÉ, “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador.” En: DIEZ RIPOLLÉS, et ál., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, op. cit., p. 181. En igual sentido, señala Huerta Tocildo: “A este respecto, resulta trascendental la declaración contenida en la STC 18/1981, FJ 4, a favor de la aplicación, aunque con ciertos matices de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico-penal al Derecho administrativo sancionador por considerarse que ambos son manifestación del ius puniendi estatal hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales. Por lo que aquí interesa, nótese que está implícito en dicha resolución el entendimiento de que la sanción penal y la sanción administrativa (incluida la de naturaleza disciplinaria) pueden tener un mismo y único fundamento, constituido por un determinado interés social merecedor y necesitado de un mayor (ilícito penal) o menor (ilícito administrativo) grado de protección jurídica, lo que conlleva la desaparición de toda diferencia de índole esencial o cualitativa entre una y otra clase de infracciones. Identidad en lo esencial, como dos modalidades escalonadas de ofrecer cobertura a un mismo interés merecedor y necesitado de protección; diferencias en lo accidental o procedimental: tal es la relación que, a tenor de la interpretación dada al artículo 25.1 CE por la STC 18/1981, cabe establecer entre los delitos y faltas, de un lado, y las infracciones administrativas, de otro lado. Una relación en la que la identidad esencial conduce a la aplicación de unos mismos principios, en tanto que las diferencias no esenciales o puramente cuantitativas —menor gravedad de las infracciones administrativas en comparación con los correspondientes ilícitos penales— aconsejan que dicha aplicación no sea mecánica o automática sino matizada. La jurisprudencia constitucional se inclina así, desde un principio, a favor de la inexistencia de diferencias cualitativas entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, pues sólo a partir de la idea de una identidad esencial entre uno y otro puede explicarse ese trasvase de principios del ámbito del Derecho penal al propio del Derecho administrativo sancionador.” HUERTA TOCILDO, Susana. “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios.” En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003, pp. 39-40. Véase también ECHARRI CASI, Fermín Javier. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, p. 142 y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 675. Este último expone: “...es general opinión que no existe una diferencia de naturaleza entre ilícito penal e infracción administrativa (STS de 9 de enero de 1991), siendo la elección de una y otra fruto de

comiso de determinados bienes (que no sobra señalar, son precisamente los que guardan relación con una infracción penal -y no administrativa-), se ha seleccionado la normativa penal y se ha dispuesto que imponga la medida un juez penal a través de un proceso también de esa naturaleza, debería admitirse la condición *penal* de ésta. Esta conclusión no cambia si en la diferenciación entre ilícitos penales y administrativos partiésemos de un criterio material, v.g., la gravedad del ilícito,⁴³⁴ pues el comiso sigue siendo una consecuencia que se asocia a conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos básicos para la convivencia en sociedad (en concreto, las que han sido consideradas constitutivas de delitos, o como mínimo de injustos penales).

García de Enterría y Ramón Fernández creen que el comiso de efectos e instrumentos es una medida de Derecho administrativo que carece de contenido sancionador. Estos ubican el comiso y el decomiso administrativo dentro de las potestades ablatorias reales (que destruyen o extinguen derechos del afectado, de forma total o parcial),⁴³⁵ aunque aclaran que lo común es que se presente como accesorio de las sanciones administrativas.⁴³⁶ Del mismo criterio es Silva Forné, autor que distingue las medidas de confiscación y comiso y las sanciones administrativas.⁴³⁷ También lo entiende así Gracia Martín⁴³⁸ y Ocaña Rodríguez.⁴³⁹ Aunque en efecto, si nos atenemos únicamente al fundamento y fin de la medida esa respuesta puede ser acertada, no podemos desconocer que de *lege lata* esa conclusión no cabe, básica-

una opción política legislativa -naturalmente, en el marco constitucional- por el instrumento de tutela más pertinente al bien jurídico de que se trate en cada caso y cada momento concretos."

⁴³⁴ Autores como Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero o Terradillos Basoco, reconocen que la doctrina española actual se muestra prácticamente unánime en negar una diferencia esencial entre el ilícito penal y el administrativo. Sin embargo, ellos son del criterio que la diferencia no es solo de orden cualitativo, sino cuantitativo, agregando que los ilícitos penales son más graves que los administrativos. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG, op. cit.*, p. 15. Este también es el criterio de Santiago Mir Puig: "Lo que debe diferenciar al Derecho penal es ciertamente algo cuantitativo: la mayor gravedad de la pena criminal. Sin embargo, a mi juicio, esta mayor gravedad no ha de verse sólo como mayor cantidad de sanción. En España es verdad que sólo la pena criminal, y no la sanción administrativa, puede implicar privación de libertad, pero en cambio hay multas administrativas económicamente mucho más elevadas que algunas multas penales. La mayor gravedad de la pena criminal ha de verse entonces en términos simbólicos, por razón del reproche ético social mucho mayor que conlleva una condena penal." MIR PUIG, "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: *RECPC, op. cit.*, p. 9. También cree que la distinción parece fundarse en un criterio cuantitativo o de gravedad del ilícito, SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General, op. cit.*, p. 679.

⁴³⁵ "La tercera gran especie de potestad, luego de la que se expresa en las limitaciones de derechos, por la que la Administración puede incidir gravosamente sobre las situaciones jurídicas de los particulares, es la que llamaremos, *stricto sensu*, potestad ablatoria... Aquí no se limitan los derechos afectados, sino que más bien se destruyen, se extinguen como tales derechos, total o parcialmente." GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, op. cit.*, Tomo II, p. 120.

⁴³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, ibídem*, Tomo II, p. 123.

⁴³⁷ SILVA FORNÉ, "Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador." En: DIEZ RIPOLLÉS, et ál., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.*, p. 179.

⁴³⁸ GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, p. 553.

⁴³⁹ Este autor cree que el comiso de efectos e instrumentos es una medida de seguridad *policial* confiada a los tribunales penales. OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, op. cit.*, p. 74.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

mente porque el comiso de efectos e instrumentos tiene carácter sancionador. Además, este comiso no siempre se aplica sobre bienes *intrínsecamente* peligrosos, sino también sobre bienes que son peligrosos *en relación con alguien en particular*, de ahí que sea necesario un examen más exhaustivo, en el cual la comisión de un delito o un injusto penal es un indicio más que el órgano jurisdiccional debe ponderar al determinar si hay riesgo de que el bien pueda ser empleado en nuevas infracciones.⁴⁴⁰ Igualmente, porque aunque con respecto a bienes que son peligrosos *de modo absoluto* el comiso puede adquirir tintes policiales y predelictuales, su vinculación con un hecho que, como mínimo es antijurídico, traslada la figura del campo administrativo al penal (nótese que aquí hablamos de una medida que solo se puede adoptar tras la comisión de un delito o de un injusto penal).

El hecho de que el presupuesto del comiso no sea el delito (como sucede con la pena), o la peligrosidad criminal puesta de manifiesto con la comisión previa de un hecho antijurídico (lo que impide confundirlo con una medida de seguridad), no es una razón para excluir *prima facie* su carácter penal.⁴⁴¹ Si autores como Gracia Martín⁴⁴² admiten que la pena es una consecuencia penal porque su presupuesto de hecho es la acción típica, antijurídica y culpable y que la medida de seguridad es penal porque su presupuesto de hecho es la peligrosidad criminal puesta en evidencia con la realización del hecho antijurídico, también se puede admitir que el comiso es una consecuencia penal, pues la peligrosidad del efecto o instrumento que constituye su presupuesto está a su vez vinculada con la conducta que ha sido sometida a pena, o como mínimo, que ha sido considerada típica y antijurídica según el ordenamiento jurídico penal.

Tratándose del comiso de ganancias la situación es más clara, pues ningún autor le otorga naturaleza administrativa. La discusión por lo tanto, se reduce a determinar si se trata de una medida de Derecho civil o penal. Repito a riesgo de ser reiterativa, que este comiso es una medida de Derecho público y en concreto de

⁴⁴⁰ Sobre este examen, véase el acápite destinado al estudio del fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos.

⁴⁴¹ En sentido contrario, Gracia Martín señala que en el comiso, el supuesto de hecho es ajeno tanto a la culpabilidad como a la peligrosidad criminal del autor, elementos que desde su óptica, son los esenciales y específicos de los supuestos de hechos específicos de las consecuencias jurídicas del Derecho penal. *“El fundamento y la finalidad de estas consecuencias son muy diversos, como también lo es, por ello, la naturaleza jurídica específica de cada una de ellas o de los diferentes grupos de las mismas. Así, por ejemplo, fundamento de la consecuencia de la privación de las ganancias ilícitas obtenidas con el delito es únicamente la situación patrimonial ilícita que se ha producido y el juicio de no tolerancia de la misma; la finalidad específica de la privación de dichas ganancias es la restitución objetiva de la situación ajustada al orden jurídico objetivo de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios. Su naturaleza jurídica específica no es penal, sino exclusivamente civil. La medida de comiso de los instrumentos del delito se fundamenta exclusivamente en la peligrosidad objetiva de la cosa, es decir: de los instrumentos mismos de comisión del hecho, basada en la probabilidad de que la libertad de disposición de tales objetos proporcionará ocasión para la comisión de nuevos hechos delictivos por el mismo autor o por otros sirviéndose de aquél instrumento, y su finalidad es una propia de la actividad de policía de aseguramiento del ordenamiento jurídico frente a peligros. Su naturaleza jurídica, pues, no es punitiva sino meramente policial, y, por tanto, pertenecerá al Derecho administrativo.”* GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁴² GRACIA MARTÍN; *et ál.*, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, *ibídem*, p. 36.

Derecho penal, pues el que el comiso de ganancias tenga como presupuesto un enriquecimiento ilícito no impide atribuirle ese carácter, ya que ese enriquecimiento no debe originarse en un hecho cualquiera, sino en uno que, como mínimo, configure un injusto penal. El comiso de ganancias es una medida conductiva,⁴⁴³ que aunque tenga semejanzas con la acción de enriquecimiento ilícito no tiene naturaleza civil, básicamente porque la relación que se plantea entre el Estado y el individuo afectado por el comiso dista mucho de la que se da entre dos sujetos de Derecho privado. Además, de *lege lata*, como demostré atrás, hay rasgos sancionatorios o punitivos que la trasladan al ámbito penal.

Finalmente, entiendo que no hay obstáculos para que el legislador articule en el ámbito penal una respuesta para una forma particular de enriquecimiento, a saber, aquel que proviene de las infracciones que están tipificadas como delito o falta. Desde mi óptica, no hay razón para negar al Derecho penal la posibilidad de asumir funciones que no son estrictamente sancionadoras (la prevención de los peligros que se asocian a ciertos bienes, o la supresión de una situación patrimonial injusta), máxime cuando dependen de la previa demostración de conductas que constituyen un delito, o como mínimo un injusto penal -no administrativo- y tras el necesario cumplimiento de una serie de garantías que son propias del proceso penal. Si a esto unimos que de *lege lata* el comiso de ganancias tiene rasgos sancionadores, la conclusión es más que obvia.

En suma, los comisos de efectos e instrumentos y de ganancias son medidas de Derecho público, en concreto del ámbito penal. Desde el plano teórico, o si se quiere, del *deber ser*, la primera es una medida de naturaleza preventiva y la segunda conductiva que no poseen carácter sancionatorio, sin embargo, como surgen del poder de imperio del Estado su imposición siempre debe estar cubierta por las garantías que se vinculan a cualquier otra consecuencia jurídica que se resuelve en el ámbito del Derecho público. De *lege lata*, son verdaderas sanciones que se articulan en el ámbito penal y en ese tanto les son aplicables (o deberían serlo), los principios que se asocian a éstas, lo que no está exento de problemas (v.g., el principio de culpabilidad es de los más sacrificados desde que se admite el comiso de bienes de terceros, o el comiso en casos en los que no hay una conducta culpable).

Finalmente, creo importante fortalecer mi conclusión con los criterios emitidos por el TEDH y el TS. En cuanto al primero, en el caso Welch contra Reino Unido el TEDH consideró el comiso una medida punitiva.⁴⁴⁴ Aunque en efecto, en otras sentencias ha adoptado una posición distinta, no menos cierto es que las decisiones tomadas en torno a ese tema no han sido unánimes (analizaré este tema en el capítulo V, al examinar el comiso ampliado). De igual manera, el TS ha señalado expre-

⁴⁴³ Término acuñado por Wilfried Bottke, para referirse a las medidas que designan la obligación de devolver la cosa obtenida ilícitamente. BOTTKE, "La actual discusión sobre las finalidades de la pena". En: SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁴⁴ Caso Welch contra Reino Unido. Sentencia de 9 de febrero de 1995. TEDH 1995\5.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

samente que el comiso es una medida vinculada con el derecho sancionador,⁴⁴⁵ posición que comparto sin reservas.

IV. Figuras jurídicas que tienen algún parecido con el comiso.

Existen algunas figuras jurídicas que comparten algunas características del comiso. Por esa razón voy a analizarlas brevemente, poniendo especial énfasis en sus diferencias con el instituto jurídico antes mencionado.

A. Comiso y confiscación.

Aunque según el Diccionario de la Real Academia Española el comiso es un término procedente del latín *commissum* que significa confiscación,⁴⁴⁶ el estudio de sus raíces históricas demuestra que estamos ante figuras distintas. La confiscación es el acto mediante el cual el poder público se apodera de los bienes de un sujeto que ha sido condenado por decisión judicial a perderlos. Las primeras referencias que hay en torno a esta figura se remontan al Derecho Romano,⁴⁴⁷ en el que rara vez se usaba la palabra *confiscatio* para referirse a este acto, que suponía un enriquecimiento del fisco. Se empleaban otras expresiones, cuyo contenido también era diverso. La *consecratio bonorum* se ubica en la época arcaica del Derecho Romano. Como el concepto de delito no solamente abarcaba los actos lesivos en perjuicio de la sociedad, sino también aquellos que ofendían a los dioses, la *consecratio bonorum* implicaba entregar a la divinidad ofendida, la vida del culpable y eventualmente sus bienes, como mecanismo de expiación. Únicamente cuando los hechos fuesen menos graves bastaba con la entrega de bienes, sin que se requiriese el sacrificio del condenado.⁴⁴⁸ La *publicatio bonorum* era la forma más común de referirse a la confiscación. Comprendía los casos en que la comunidad hacía suyos los bienes que estaban vacantes y los que pertenecían a los condenados a la pena capital.⁴⁴⁹ La

⁴⁴⁵ Vid. p. ej., la STS N° 56/1997 de 20 enero, así como las que mencioné al examinar el fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos y el comiso de ganancias.

⁴⁴⁶ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.

⁴⁴⁷ MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Comentarios y jurisprudencia, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 924.

⁴⁴⁸ PINO ABAD, Miguel. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999, pp. 29-32. En igual sentido SANTA-LUCÍA, Bernardo. *Derecho Penal Romano*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1990, pp. 28-29.

⁴⁴⁹ "El origen histórico de la *publicatio bonorum* coincide con el de la llamada *interdictio aqua et igni* (figura de aparición incierta... pero dentro de los procesos comiciales o juicios desarrollados en las asambleas populares). En ellos se mantenía en la práctica el reconocimiento al acusado de la facultad de sustraerse a la posible condena a pena capital mediante el exilio voluntario antes de que tuviese

publicatio no era una pena, sino una consecuencia necesaria una vez declarada la pena capital. El patrimonio del condenado pasaba a manos de la comunidad, sin que tuviese que destinarse a finalidades concretas.⁴⁵⁰ La *publicatio bonorum* se convierte en una pena en el año 18 a.C. con la *lex Iulia de adulteriis coercendis*.⁴⁵¹ Junto a la confiscación de bienes que acompañaba la pena capital, apareció una con carácter autónomo. Esta *publicatio* era una sanción independiente para ciertos delitos y era parcial, pues se limitaba a una porción de los bienes que dependía de cada caso.⁴⁵² Finalmente, como consecuencia de la aparición de formas extraordinarias de exilio (*relegatio* y *deportatio*), surge la *ademptio bonorum*, que se vincula a ellas como pena de carácter accesorio. A diferencia de la confiscación de bienes ordinaria que se asociaba a la condena capital (pena de muerte y exilio ordinario) y que aparecía como una consecuencia necesaria de ella, la *ademptio bonorum* era una segunda sanción que, por ser independiente, podía ser excluida (aunque lo normal fuese lo contrario), ejercitable contra los herederos, incluso cuando la pena principal no se había ejecutado por el fallecimiento del condenado.⁴⁵³ Además, aunque en principio la *ademptio* suponía una privación de bienes parcial y no total (como sí la *publicatio*), lo cierto es que, dependiendo de la variante del exilio extraordinario de que se tratase, también cabía la confiscación de todo el patrimonio.⁴⁵⁴

Durante el Derecho visigodo la pena de confiscación mantuvo su papel protagónico. No solamente se empleó para castigar los delitos más graves, sino también para debilitar a los adversarios políticos de los monarcas, al punto que solamente se aplicaba a quienes tuviesen solvencia económica.⁴⁵⁵ A la vez que confisca-

*lugar el escrutinio de los votos de la asamblea. Para ello se presentaba ante el magistrado rogando indulgencia (excusatio), y este ruego se mostraba como una instancia de gracia. El proceso continuaba después de la fuga o expatriación y daba lugar a una condena, pero ésta se limitaba a que el magistrado pronunciase la aqua et igni interdictio o exclusión de toda comunidad de vida del territorio ciudadano, procedimiento que revela orígenes sagrados con las consecuencias de la vieja consecratio y a la que se unía la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de los bienes y el poder ser muerto en el supuesto de volver a entrar en territorio prohibido. La introducción de esta alternativa en beneficio del procesado determinó que el exilio se generalizase y de esta forma por pena capital no se entendiese sólo la de muerte sino también el exilio.” PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, op. cit., pp. 32-33. Igualmente, Bernardo Santalucía señala que a la expatriación seguía una declaración formal de prohibición del “agua y el fuego” (*aqua et igni interdictio*), que suponía la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de los bienes y la prohibición de regresar, bajo pena de muerte, a la urbe. SANTALUCÍA, *Derecho Penal Romano*, op. cit., p. 69.*

⁴⁵⁰ PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, op. cit., p. 32-34.

⁴⁵¹ Con esta ley el adulterio se consideró un crimen público. Se castigó la unión sexual con mujer casada (adulterio en sentido estricto) y no casada de condición honesta (*stuprum*); la explotación lucrativa y el favorecer estos crímenes (*lenocinium*). Los condenados eran confinados en diferentes islas, a la mujer se le confiscaba la mitad de la dote y un tercio de los bienes parafernales y al hombre la mitad de su patrimonio. SANTALUCÍA, *Derecho Penal Romano*, op. cit., p. 101.

⁴⁵² PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, op. cit., p. 34-35.

⁴⁵³ PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, *ibídem*, p. 36-37, 400.

⁴⁵⁴ Un ejemplo de confiscación total se presenta con la deportación en tiempos de Tiberio. PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, *ibídem*, p. 37.

⁴⁵⁵ “Alarico había adoptado del derecho criminal romano la distinción entre las penas inflingidas al rico y las del pobre,... Así, por el mismo delito, un hombre privilegiado (*digna idoneaque persona*) estaba sometido a pena de exilio por dos años y pena de confiscación por parte del Tesoro de la mitad de sus bienes, mientras que un pobre (*indigna et pauperior persona*) que poseyera poco o nada susceptible de ser confiscado por el Tesoro, era enviado a trabajos forzosos durante dos años en una mina o

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

ban los patrimonios de los enemigos, los monarcas premiaban a quienes les habían ayudado, sea a acceder al trono o durante el mandato. Frente a esto, los nobles idearon una serie de mecanismos para protegerse, entre ellos, la consolidación de las donaciones a favor de los donatarios que las habían recibido y la garantía del *habeas corpus*, según la cual en todo proceso penal donde hubiese implicado alguien de su estamento y ante la eventual condena a muerte o confiscación, se descartaba que el monarca fuese quien conociera como único juez de la causa, trasladándose la competencia jurisdiccional a un tribunal compuesto por los mismos nobles. Esta garantía se consagró hasta el año 683, en el Concilio XIII de Toledo. De igual manera, en el Concilio VIII de Toledo se dictó el *Decretum iudicii universalis*, donde se indicó que los objetos de confiscación debían engrosar el patrimonio de la Corona y no el patrimonio privado del rey, evitándose así que los monarcas destinasen lo confiscado la concesión de privilegios y prebendas a quienes les apoyaban.⁴⁵⁶

En la Alta Edad Media la situación descrita líneas atrás se mantuvo, pues la pena de confiscación siguió siendo una de las más importantes, empleada tanto para castigar un amplio catálogo de delitos, como para permitir a los monarcas conservar su posición frente a las monarquías recién surgidas en la península. La pena de confiscación en el período altomedieval, además de aplicarse conforme con la legislación visigoda, se vinculó con la llamada pérdida de la paz en el ámbito de la ciudad, tanto de la paz general como de la particular. Quien quebrantaba la paz general urbana podía ser muerto por cualquier miembro de la comunidad. Junto a ello, se quemaba su casa y se confiscaban todos sus bienes. Entre los actos que implicaban esta respuesta, estaban los que suponían una violación del deber de fidelidad hacia otro individuo (p. ej., muerte del señor o de determinados parientes) y el incumplimiento de ciertas reglas procesales (v.g., muerte de alguien sin previo desafío y declaración de enemistad). La confiscación también se aplicaba a los responsables de delitos que aunque lesionaban bienes jurídicos de importancia no motivaban un reproche colectivo. En estos supuestos, el delincuente era solo enemigo de los parientes de la víctima, p. ej., el homicidio.⁴⁵⁷

cantera... Esta distinción entre el trato dado al rico y el dado al pobre, aparece solo ocasionalmente en el código de Alarico; pero muy pronto se abrió paso en el derecho criminal visigodo, donde se convirtió en una regla general. Los legisladores dividían a la población libre goda en dos clases y decidían diferentes penas para el mismo delito, según la clase social de la parte ofensora. También hacía una distinción grande entre la pena impuesta a un delito perpetrado sobre un hombre libre, sea cual fuera su clase social, y el perpetrado sobre un esclavo. Ya desde los tiempos de Eurico, el código distinguía normalmente entre dos tipos de hombres libres: los maioris (o honestioris) loci personae y las inferiores personae... El código no excusó a los honestiores del castigo corporal, pero el castigo normal que les era impuesto cuando eran declarados culpables de un delito era de tipo pecuniario. Encontramos con tanta frecuencia esta distinción entre las dos clases, que se puede decir que era un principio general del derecho visigodo." THOMPSON, E.A. Los godos en España. Traducido por FACI, Javier. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1971, pp. 158 y 159.

⁴⁵⁶ PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, op. cit., p. 401-402.

⁴⁵⁷ PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, *ibídem*, p. 402-403. Tratándose del homicidio, este autor señala que los fueros municipales contemplaban diferentes soluciones. Mientras unos estimaban que la confiscación era accesoria a la pena de muerte, otros la consideraban subsidiaria, aplicable únicamente si el condenado escapaba y no podía ser ejecutado.

Ya a partir del siglo XIII se opera un cambio en la confiscación, pues la noción de venganza privada que regía la aplicación de las penas es desplazada por un sistema de sanciones establecidas y llevadas a cabo por las autoridades públicas.⁴⁵⁸ La confiscación, antes considerada un medio para reparar el daño causado a la víctima y sus parientes, ahora era el precio que debía pagar el autor del crimen al poder político. Con la pena de confiscación se buscaba el bienestar público, considerado más importante que el interés de la víctima o de sus familiares a ser resarcidos por el daño causado con la conducta criminal. La Monarquía usó la confiscación para salvaguardar el orden social que imponía y hacer valer su autoridad. En esta labor los jueces tuvieron un papel relevante, pues en su mayoría no solo ejecutaban la ley sino que tenían un amplio poder de discrecionalidad, aumentando o disminuyendo la pena contemplada en la norma. Esto desembocó en prácticas abusivas, sobre todo en materia de confiscación, ya que los jueces también participaban en el reparto de los bienes.⁴⁵⁹

En el Antiguo Régimen el Derecho penal se guió por la búsqueda de un fin utilitario para los intereses colectivos. Así, al imponer una pena, se buscaba sacar el máximo rendimiento al condenado y por eso la confiscación se aplicaba solamente a quienes tuviesen grandes patrimonios. La confiscación, convertida ahora en un medio de financiar la Monarquía,⁴⁶⁰ se impuso a un elenco muy amplio de delitos, incluso a aquellos que carecían de toda gravedad.⁴⁶¹

La Constitución de 1812 supone el fin de la pena de confiscación.⁴⁶² Aunque desde tiempos de los ilustrados se criticó el sistema penal del Antiguo Régimen,⁴⁶³

Además, en ocasiones la confiscación solo abarcaba una parte concreta del patrimonio y no todo, lo que era la regla general.

⁴⁵⁸ En igual sentido, véase VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente*, op. cit., p. XIII.

⁴⁵⁹ PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, op. cit., pp. 404-405. Sobre el tema, apunta Francisco Tomás y Valiente: "En mi opinión la institución que más propiciaba las injustas condenaciones judiciales movidas por afán de lucro era la participación de los jueces en las penas pecuniarias impuestas por ellos mismos. Al juez no le era egoístamente indiferente condenar o absolver. Como la mayoría de ellos cobrarán unos salarios reales de escasa cuantía, todos tenían legalmente previstos otros ingresos complementarios, que consistían en lo que percibían según arancel por cada acto procesal, y en lo que cobraban bajo la forma de participación en las penas pecuniarias. En efecto, muchas leyes establecían penas pecuniarias de cuantía determinada y especificaban el reparto proporcional de las mismas, que solía ser de un tercio para el juez, otro para la Cámara real y otro para el denunciador del delito. Aunque en alguna ocasión aislada los Procuradores pidieron en términos generales que los jueces no tuvieran participación en las penas, puede decirse que este sistema de participación de los jueces en las penas pecuniarias legales impuestas por ellos mismos en relación con la comisión de delitos determinados por la ley y en la cuantía por ésta fijada, se estimó como normal... este criterio legal estuvo vigente todo el período de la Monarquía absoluta, extendiéndose su aplicación desde tiempos anteriores a los Reyes Católicos hasta comienzos del siglo XIX." TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII)*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1992, pp. 163, 164.

⁴⁶⁰ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII)*, ibídem, pp. 326 y 358.

⁴⁶¹ PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, op. cit., p. 405.

⁴⁶² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG*, op. cit., p. 145.

⁴⁶³ El libro de Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (1764), es una crítica a los abusos del Derecho penal y procesal de entonces. Según Francisco Tomás y Valiente, en España hubo un grupo de ilustrados (verbigracia, Jovellanos, Meléndez Valdés, Lardizábal, Valentín de Foronda, Sempere y

pues además de ser contrario a las ideas de proporcionalidad entre delitos y penas trascendía a la persona del condenado,⁴⁶⁴ hubo que esperar hasta inicios del siglo XIX para que el proceso constituyente consiguiese proscribir la confiscación del ordenamiento jurídico (al menos formalmente, pues en la práctica los jueces la habían dejado de usar bastante tiempo antes).⁴⁶⁵ La Constitución de 1812, con su acentuado carácter liberal, rompe con el régimen anterior⁴⁶⁶ y da pie al cambio que impulsaban

Guarinos), que acogieron las ideas de Beccaria y las hicieron suyas en buena parte. No obstante, también hubo defensores del Derecho penal vigente, de la pena de muerte y la tortura que se mostraron en sentido contrario. Frente a esto, la monarquía de Carlos III y Carlos IV asumió una posición pasiva, de ahí que la legislación penal permaneciese invariable hasta el período liberal de las Cortes de Cádiz, donde se materializó la reforma. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Introducción, notas y traducción de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 2º edición, 1985, p. 24.

⁴⁶⁴ Al respecto, señala Cesare Beccaria: *"Quien turba la tranquilidad pública, quien no obedece a las leyes, esto es, a las condiciones con que los hombres se soportan recíprocamente y se defienden, debe ser excluido de la sociedad, es decir, debe ser proscrito de ella. Parece que la proscripción debiera ser impuesta a quienes, habiendo sido acusados de un delito atroz, tienen contra sí una gran probabilidad, pero no la certeza, de ser ellos culpables; pero para hacer eso es necesaria una norma lo menos arbitraria y lo más precisa posible, que condena a la proscripción a quien ha puesto a la nación en la fatal alternativa de o temerlo o atacarlo, aunque dejándole el sagrado derecho de probar su inocencia... Pero quien está proscrito y excluido para siempre de la sociedad de la que era miembro, ¿debe ser privado de sus bienes? Tal cuestión es susceptible de diferentes consideraciones. Perder los bienes es una pena mayor que la de proscripción: debe, pues, haber algunos casos en los que proporcionalmente a los delitos se imponga la pérdida de todos o de parte de los bienes, y otros casos en los que no. La pérdida de todos los bienes se producirá cuando la proscripción impuesta por la ley sea tal que anule todas las relaciones que existen entre la sociedad y un ciudadano delincuente; y respecto al cuerpo político debe producir el mismo efecto que la muerte natural. Parecería, pues, que los bienes quitados al reo debieran corresponder a los legítimos sucesores más que al príncipe, puesto que la muerte y tal proscripción son lo mismo respecto al cuerpo político. Pero no es por esta sutileza que me atrevo a desaprobado las confiscaciones de bienes. Si algunos han sostenido que las confiscaciones han sido un freno de las venganzas y los abusos privados de poder, no reflexionan que aunque las penas produzcan algún bien no por eso son siempre justas, puesto que para ser tales deben ser necesarias: y una útil injusticia no puede ser tolerada por aquel legislador que quiera cerrar todas las puertas a la vigilante tiranía, que halaga con el bien momentáneo y con la felicidad de algunos ilustres, despreciando el exterminio futuro y las lágrimas de infinitos hombres oscuros. Las confiscaciones ponen un precio a las cabezas de los débiles, hacen sufrir al inocente la pena del reo, y colocan a los mismos inocentes en la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Qué espectáculo más triste que el de una familia arrastrada a la infamia y a la miseria por los delitos de un jefe, la sumisión al cual –ordenada por las leyes– les impediría evitar aquellos, aun cuando tuvieran los medios para hacerlo!"* BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, *ibídem*, pp. 79-80. Para Pino Abad, Lardizábal tenía un planteamiento moderado que no coincidía completamente con el de Beccaria. En lo relacionado con la confiscación, mientras que Beccaria la rechazaba, Lardizábal no reclamaba su abolición pese a reconocerla como una pena cruel. PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, *op. cit.*, pp. 387-388.

⁴⁶⁵ PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, *ibídem*, pp. 394, 406-407.

⁴⁶⁶ Entiende Francisco Tomás y Valiente: *"... sólo cuando la Monarquía absoluta dejó su puesto al Estado constitucional, la ley penal, el nuevo Código Penal, pudo beneficiarse enteramente de las nuevas corrientes. El Derecho Penal del Estado liberal fue más justo, más técnico, menos severo que el de la Monarquía absoluta. Naturalmente siguió habiendo unos "delitos políticos", tan duramente perseguidos por el nuevo Estado como antes los crimina laesae Majestatis humanae por el soberano absoluto; y por supuesto, la nueva clase dominante, la burguesía utilizó también en su favor la nueva legislación punitiva. Pero aun en estos aspectos, los menos "confesables" de todo sistema jurídico, la dureza de la ley penal fue menor que la de siglos anteriores."* TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII)*, *op. cit.*, p. 408.

los ilustrados y que suponía, entre otros aspectos, la abolición de ciertas penas (entre ellas, la confiscación), por su incompatibilidad con el principio de individualidad de las sanciones.⁴⁶⁷

Para parte de la doctrina, la restauración del Absolutismo por Fernando VII no provocó cambio alguno en esta materia, pues ese monarca fue consciente de que la pena de confiscación no era acorde con un sistema penal más humano. Estimó que su imposición causaba perjuicios a la familia del condenado,⁴⁶⁸ con lo cual la valoración negativa sobre su trascendencia a terceras personas (y que fue básica para prohibirla en el texto de 1812) se mantuvo.

Después de 1812, en los diferentes Códigos penales se han recogido ciertas figuras jurídicas que implican el acto de apropiación de algunos bienes que integran el patrimonio del condenado y dentro de las cuales aparece el comiso.⁴⁶⁹ Manzanares Samaniego entiende éste como una forma de confiscación específica e individual, que recae sobre objetos concretos y que a diferencia de la confiscación general, no afecta todo el patrimonio o una cuota de éste. Según él, cuando una Constitución Política prohíbe la confiscación (tal y como sucedió en el caso de España), lo que proscribe es la confiscación general, de ahí que critique a quienes se esfuerzan por separar ambos institutos.⁴⁷⁰ No comparto su postura. Como se extrae de lo an-

⁴⁶⁷ *"Tampoco hay que olvidar que los mismos ilustrados se marcaron en el plano jurídico un objetivo muy difícil de alcanzar: el establecimiento de un derecho distinto que sirviese a una sociedad nueva y más equitativa. Un derecho que acabase con injustas soluciones enraizadas a lo largo de muchos siglos... pero se encontraron con que el clima social se mostraba contrario a las ideas que aquellos abanderaban, impidiendo con ello que cristalizara la tan deseada reforma penal a fines del siglo XVIII, aunque se allanó el terreno a la actuación de los liberales. Tan es así que éstos no necesitaron improvisar nada. Les bastó con recoger las propuestas de sus predecesores... como pone de manifiesto González Alonso "el liberalismo lo único que hizo fue enlazar con el humanitarismo ilustrado y hacer suyas las tesis construidas por los reformistas del siglo anterior en materia penal." Para alcanzar esa meta había previamente que romper con el régimen anterior mediante la promulgación de un texto constitucional de marcado carácter liberal." PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, op. cit., pp. 390-391.*

⁴⁶⁸ PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, *ibídem*, p. 393. En un sentido diverso, otros autores señalan que la vuelta al Absolutismo supuso en el ámbito penal el retorno a la legislación medieval propia del Antiguo Régimen y que si bien su vigencia formal se ahogaba en la atmósfera de la Ilustración que respiraban los Juzgadores, nada impedía que se aplicasen las viejas penas. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG*, op. cit., p. 146.

⁴⁶⁹ Algunos otros ejemplos que contiene el Código Penal vigente son la pena de multa con que se castigan los delitos contra la salud pública contemplados en los artículos 368 y 369 y cuya cuantía se calcula aumentando en varios tantos el valor de la droga.

⁴⁷⁰ *"No podemos coincidir con quienes, como el argentino Fontán, niegan al comiso naturaleza confiscatoria por cuanto, a su entender, lo característico de la confiscación es la generalidad de su objeto. Se trata de una actitud que pretende justificar la existencia del comiso en aquellos países cuyas Constituciones prohíben la confiscación, pero pensamos que el problema ha de resolverse mediante la exégesis teleológica de los referidos textos." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: REP, op. cit., pp. 11-12. Ya en España, Joaquín Francisco Pacheco y José Vicente y Caravantes se esfuerzan por distinguir entre el comiso y la confiscación. Para Vicente y Caravantes, si bien el comiso participa del carácter de las penas pecuniarias, pues implica la pérdida de un objeto que representa un valor, no puede convertirse o sustituirse por ese valor, ya que se dirige a la pérdida de un objeto determinado. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente*, op. cit., p. 150. Por su parte, Joaquín Francisco Pacheco señala: "La confiscación, nacida de la avaricia de los emperadores romanos, sólo pudo tener alguna utilidad en la época del feudalismo; utilidad política, dependiente de aquella organización social. En el día, sin recomendación alguna que la justificase,*

tes expuesto, la confiscación consistió en una pena que afectaba el patrimonio del condenado, siendo intrascendente el vínculo que hubiese entre ese patrimonio y el delito cometido. El comiso, además de no ser una pena, se impone sobre bienes concretos que están necesariamente vinculados (como efectos, instrumentos o ganancias) con un hecho como mínimo típico y antijurídico.⁴⁷¹ Hablamos de dos institutos diversos, aunque esto no obsta para que algunos autores⁴⁷² empleen el término confiscación para referirse al comiso de las ganancias y así marcar una diferencia con el comiso de efectos e instrumentos.

Al menos en principio, la confiscación general del patrimonio ha sido desterrada de la normativa española. Por esto, precisamente, es tan inquietante la introducción del comiso ampliado en el art. 127 CP,⁴⁷³ misma que se puede llegar a imponer sobre todo el patrimonio del condenado, lo que de alguna manera se acerca y mucho, a la pena de confiscación.

B. Comiso, fianza y embargo de bienes.

Mientras que la fianza y el embargo son medidas provisionales dirigidas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en el proceso (art. 589 LECrim),⁴⁷⁴ como apunta Gascón Inchausti, a garantizar la efectividad de eventuales pronunciamientos condenatorios dinerarios,⁴⁷⁵ el comiso tiene

tendría uno de los mayores defectos que pueden presentarse en cualquier pena: á saber; su trascendencia sobre personas distintas de la misma del criminal. La confiscación, unida como siempre iba con la muerte, no recaía sobre él, sino sobre sus hijos. Aunque quisiéramos separarla de ésta, siempre afectaría de un modo directo á esos desgraciados, y no en una pequeña porción como la multa, sino en la totalidad de sus bienes, en el lleno de sus esperanzas... la ley no debe hacer de ese modo trascendentes á sus castigos: la sociedad no ha de enriquecerse con los crímenes de sus miembros.” PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado, op. cit.*, p. 348.

⁴⁷¹ De la misma opinión, VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando. “Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal.” En: *Revista Vía Iuris*. Bogotá, Fundación Universitaria Los Libertadores, N° 6, enero-junio 2009, p. 78.

⁴⁷² Por ej., Choclán Montalvo y Ocaña Rodríguez (vid. cap. III, apartado III. B). Sobre el empleo del vocablo confiscación como sinónimo de comiso también se refiere VERVAELE, “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos”. En: *AP, op. cit.*, p. 292 y GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 587.

⁴⁷³ Esta figura será examinada en el V capítulo de esta investigación.

⁴⁷⁴ “Artículo 589.

Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza.

La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias.”

⁴⁷⁵ Así lo indica GASCÓN INCHAUSTI, “Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea.” En: ARMENTA DEU, *et ál.*, *El derecho procesal penal en la Unión Europea, op. cit.*, p. 230.

una naturaleza definitiva, disponiendo la pérdida del derecho que el autor o el partícipe de la infracción, o en ciertas circunstancias un tercero, ejerce sobre un bien determinado y que ha sido considerado instrumento, efecto o ganancia de la mencionada infracción. Manzanares Samaniego confirma lo anterior, al señalar que el comiso tiene una efectividad sustantiva y definitiva, lo que no es propio de medidas provisionales como el embargo, de carácter claramente instrumental.⁴⁷⁶

El art. 374.1. 2 CP es una norma particular, pues a pesar de su carácter material (está inserta en el Código Penal y no en la LECrim), permite a la autoridad judicial disponer la aprehensión o embargo de los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito y su puesta en depósito desde las primeras diligencias. A pesar de tener un propósito distinto al expuesto en el numeral 589 LECrim, esta norma permite confirmar que el embargo tiene un carácter de aseguramiento y que es provisional, en tanto que el comiso es de carácter definitivo.⁴⁷⁷

En la misma línea se expresa la normativa supranacional. El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, define el embargo como “*la prohibición temporal de la transferencia, destrucción, conversión, disposición o movimiento de bienes o el hecho de asumir temporalmente la custodia o el control de bienes en virtud de una orden dictada por un tribunal u otra autoridad competente*” (artículo 1, apartado g) y el comiso como “*una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien*” (art. 1, apartado d).

En resumen, las medidas cautelares antes mencionadas lo que buscan es asegurar la efectividad del pronunciamiento judicial que llegue a adoptarse sobre diversos extremos, entre ellos el comiso.

C. Comiso, incautación o intervención de bienes.

Con la palabra incautación o intervención me voy a referir a una medida procesal que únicamente pretende asegurar la prueba a través de una ocupación temporal de bienes de otro por parte del Estado.⁴⁷⁸ Tiene un carácter provisional y a diferen-

⁴⁷⁶ MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.*, pp. 254-255.

⁴⁷⁷ En tanto el comiso supone una privación de titularidad de los bienes que han sido considerados instrumentos, efectos o ganancias de la infracción, las medidas cautelares reales no tienen otro objetivo que asegurar el pago de las responsabilidades civiles derivadas del hecho ilícito. Así lo indica la STS N° 231/2009 de 5 marzo.

⁴⁷⁸ Así se desprende de MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.*, pp. 254-255.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

cia del comiso que se ordena en la sentencia, la incautación o intervención (también conocido como secuestro), comúnmente se da al inicio del procedimiento penal.⁴⁷⁹

En el artículo 13 de la LECrim, se prevé como una de las primeras diligencias el recoger y poner en custodia las pruebas que conducen a la comprobación del delito y a la identificación del delincuente. Además de las piezas de convicción, también cabe incautar piezas de ejecución del delito, p. ej., las drogas o las ganancias provenientes de la infracción,⁴⁸⁰ bienes que posteriormente podrán ser decomisados (de hecho, éste es el vaso comunicante entre ambas medidas).⁴⁸¹ En resumen, hablo de una medida provisional dirigida únicamente a la preservación de ciertos bienes. En este sentido también se expresa el artículo 338 LECrim, que en lo que interesa, prevé la recolección de las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, así como su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.

Es importante hacer una breve referencia a los arts. 367 *ter* y 367 *quater* de la LECrim. En ambos se prevén los casos en los que procede la destrucción o realización anticipada de los efectos judiciales (entiéndase por tal cualquier bien puesto a disposición judicial, embargado, incautado o aprehendido en el curso de un procedimiento penal⁴⁸²).

⁴⁷⁹ HERNÁNDEZ GIL, Félix. "La Medida Cautelar de Secuestro en Materia de Prensa." En: *Revista Jurídica Española La Ley*. Madrid, La Ley, Edilexxa, S.A., Tomo 3, Doctrina, 1981, p. 749. Dicen Maronda Frutos y Tena Franco que el comiso "Se distingue de la figura del secuestro de objetos con fines probatorios en que ésta es una medida cautelar y como tal de carácter procesal, mientras que aquél es una pena o una consecuencia accesoria de ésta y como tal de carácter penal. El secuestro no implica la privación de la propiedad, derecho cuya pérdida es inherente al comiso; su finalidad también distingue a ambas figuras. Como nota común destacar que ambas inciden en el derecho a la propiedad, si bien el secuestro sólo priva de la posesión y con ello del uso y disfrute de la cosa, no puede negarse que es ésta una de las facultades esenciales de aquél; si bien puede también decirse que no es más que una medida provisional, no puede negarse su trascendencia restrictiva máxime cuando puede afectar a bienes pertenecientes a terceros no responsables. La restricción que el comiso supone sobre el derecho a la propiedad de los bienes sobre los que recae es absoluta pues priva íntegramente de aquélla extinguiéndola." MARONDA FRUTOS, Juan Luis; TENA FRANCO, María Isabel. "El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares." En: VELASCO NÚÑEZ, Eloy (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, XII, 1996, pp. 205-206.

⁴⁸⁰ Así se desprende p. ej., del art. 374 CP. En él se prevé una serie de reglas en relación con el comiso y otros temas, entre ellos, la necesaria preservación de muestras de drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes salvo que se haya ordenado su conservación íntegra. En igual sentido, véase MARCHAL ESCALONA, A. Nicolás. *El atestado. Inicio del proceso penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 8º edición, 2010, p. 503.

⁴⁸¹ Para Zaragoza Aguado, este es el único vínculo entre las medidas previstas en los artículos 326 y siguientes de la LECrim y el comiso. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006, p. 20.

⁴⁸² Artículo 367 bis LECrim.

La destrucción, según el art. 367 *ter*, cabe cuando sea necesario o conveniente por la propia naturaleza del efecto judicial, o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, siempre conservando muestras. Es una disposición con algún parentesco con el comiso de efectos e instrumentos, ya que en éste también tiene (o debe tener) un papel básico la peligrosidad del bien (en este caso, la intrínseca y no la que se da en relación con alguien). Pensemos en un ejemplo. A posee sustancias químicas altamente tóxicas y cuya conservación representa un peligro. En un supuesto así se puede disponer la destrucción de tales sustancias con solo cumplir los requisitos que prevé la norma (resolución judicial y audiencia previa al Ministerio Fiscal y al propietario o poseedor). Sin embargo, no obstante las notas comunes con el llamado comiso de seguridad, la medida prevista en el art. 367 *ter* LECrim se toma de manera anticipada y es intrascendente que el bien sea considerado efecto, instrumento o ganancia de la infracción.⁴⁸³

Algo similar sucede con el artículo 367 *quater* LECrim.⁴⁸⁴ En éste, se autoriza disponer de manera anticipada de los efectos judiciales cuyo comercio es lícito en ciertas circunstancias, p. ej., cuando sean perecederos; cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto; o cuando su conservación pueda ser peligrosa para la salud o la seguridad pública. Se trata de una decisión que puede tomar el órgano judicial de manera anticipada, previa audiencia a los interesados.

Ahora, a pesar del parecido con el comiso no puede equipararse con éste, ya que no es una consecuencia accesorias; no se adopta en sentencia y no resuelve el destino definitivo que debe darse a los bienes que han sido catalogados como efectos,

⁴⁸³ Señala Salas Carceller que el comiso es la sanción definitiva a una ocupación que se ha realizado de los efectos, instrumentos o ganancias provenientes del delito o la falta durante la instrucción de la causa. SALAS CARCELLER, "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. CDJ, op. cit.*, p. 335.

⁴⁸⁴ "Artículo 367 *quater*.

1. Podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

- a) Cuando sean perecederos.
- b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

2. Cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, y previa audiencia del interesado, podrá acordar la realización de los efectos judiciales. Cuando se solicite la realización a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, el Juez deberá acordarla, salvo que aprecie motivadamente que la petición es infundada o que, de acceder a ella, se causarían perjuicios irreparables.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera."

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

instrumentos o ganancias de la infracción. Es una medida que, en esencia, solo resuelve el problema que genera la custodia de ciertos efectos judiciales (que pueden coincidir o no con los bienes antes mencionados: efectos, instrumentos o ganancias), precisamente por sus especiales características.

D. Comiso y receptación civil.

El artículo 122 CP⁴⁸⁵ regula una responsabilidad civil basada en un enriquecimiento sin causa.⁴⁸⁶ Para casos en que el tercero adquirente no actuó de mala fe (y por ende no procede el comiso), se impone a ese tercero la obligación de restituir lo recibido a título lucrativo.⁴⁸⁷ Según Choclán Montalvo, “Se trata en este caso de una responsabilidad objetiva que se fundamenta en la doctrina del enriquecimiento sin causa, y esta responsabilidad es distinta de la responsabilidad del tercero en el procedimiento de confiscación. En éste último caso, cuando el tercero haya contribuido responsablemente a obstaculizar el comiso (tercero de mala fe), el comiso del bien sigue teniendo naturaleza sancionatoria; mientras que en el caso de la responsabilidad obje-

⁴⁸⁵ “Artículo 122.

El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.”

⁴⁸⁶ “Esta figura de responsabilidad civil se refiere únicamente a la participación lucrativa que no tenga su origen en ninguna de las formas de participación delictiva punibles, es decir: a supuestos de participación lucrativa por parte de quienes no fueron ni autores ni cómplices del delito, y por otro lado, no puede dudarse de que en el concepto de efectos del delito utilizado en este precepto están comprendidas también las ganancias obtenidas. Por otro lado, la responsabilidad civil que se establece aquí es independiente de la buena o mala fe del tercero que se haya enriquecido, pues se trata de una responsabilidad puramente objetiva basada en el hecho, asimismo puramente objetivo, de haber tenido lugar un enriquecimiento sin causa. Es decir, que a pesar de la buena fe del tercero, la ganancia sin causa no deja de constituir una participación lucrativa de los efectos de un delito o falta, y aquí estamos ante un supuesto de responsabilidad civil objetiva. 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 una persona jurídica se deduce precisamente de la de aquéllos, que fueron precisamente quienes cometieron el delito. Así, por ejemplo, si en una empresa se desarrolla una actividad contaminante constitutiva de delito contra el medio ambiente, cabrá considerar ganancias a las cantidades no invertidas en los mecanismos e instalaciones anticontaminantes reglamentarios, y tales cantidades podrán ser decomisadas.” GRACIA MARTÍN, *et ál.*, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, pp. 571-572. De otra opinión Cerezo Domínguez, para quien el art. 122 CP no contempla las ganancias, ya que solo habla de los efectos del delito y si se hace una interpretación restrictiva de este término, no las comprende. CEREZO DOMÍNGUEZ, “Capítulo 33. Comiso.” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, *op. cit.*, p. 695.

⁴⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Artículo 122”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo I, 6ª edición y 1º con este título, 2011, p. 753. Véase también QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil.” En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 12-r2, 2010, p. 15. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12.html>.

tiva que establece el art. 122 CP., en realidad, nos encontramos ante una medida de carácter meramente civil.”⁴⁸⁸

Al igual que Choclán Montalvo, hay otros autores que no dudan del carácter civil de esta acción.⁴⁸⁹ En sentido diverso, hay quienes estiman que se trata de un instrumento jurídico penal.⁴⁹⁰ Sea cual sea su naturaleza jurídica, entre esta medida y el comiso hay algunas diferencias. El art. 127 CP se aplica a personas que tienen algún vínculo con la infracción (ser el autor o partícipe, o personas exentas de pena que han cometido un hecho como mínimo típico y antijurídico, o un tercero que carece de buena fe, o no ha adquirido el bien legalmente). El art. 122 CP por su parte, impone la restitución de la cosa o el resarcimiento del daño a quien haya recibido los bienes a título lucrativo y desconoce su origen.⁴⁹¹ Finalmente, el TS indica que el art. 122

⁴⁸⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., p. 57.

⁴⁸⁹ “En todo caso y sea cual sea la extensión otorgada al mismo, el fundamento del precepto se halla en el principio jurídico de prohibición de enriquecimiento injusto a costa de otros y en él se articula en puridad una acción (civil) de restitución o indemnizatoria contra quien, sin haber intervenido en el delito como autor o partícipe, y sin cumplir, desde luego, el tipo penal de la receptación, se haya beneficiado de los efectos del delito o falta a título lucrativo.” MAGALDI PATERNOSTRO, María José. “Art. 122.” En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 939.

⁴⁹⁰ “Por lo tanto: la situación contemplada por la regla del art. 122 y la que se subsume en el (nuevo) primer párrafo del art. 301 y que se resume en poseer bienes que proceden de un delito y que no se han adquirido de modo jurídicamente correcto es la misma, sin que valga oponer una diferencia de naturalezas derivada exclusivamente de la colocación sistemática del precepto, pues en el Título V, Capítulo II del Código penal, que se enuncia como dedicado a las personas civilmente responsables, se encuentran importantes normas cuya naturaleza, fundamento e interpretación en modo alguno es civilista. Por lo tanto, el argumento “sistemático” carece de virtualidad alguna, y por eso mismo en la doctrina penal española se ha acogido la idea de que las reglas del Título V Capítulo II del Código penal, pese a que se califiquen a veces como civiles, participan de la política criminal como instrumentos jurídicos penales. El propio Tribunal Supremo (STS 362/2003 de 14 de marzo, que reitera argumentos de otras sentencias) utiliza a veces la expresión “receptación civil” en la que incurre “quien no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito”. La misma sentencia citada, aunque use el adjetivo “civil”, declara expresamente que “no se trata de un caso de responsabilidad civil «ex delicto».” QUINTERO OLIVARES, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil.” En: RECPC, op. cit., pp. 18-19.

⁴⁹¹ QUINTERO OLIVARES, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil.” En: RECPC, *ibídem*, p. 20. Para este autor, el sujeto debe desconocer el origen de los bienes por completo, es decir, poseerlos sin dolo o imprudencia. Señala MAGALDI PATERNOSTRO: “La conducta generadora de dicha obligación, que un sector doctrinal y jurisprudencial ha denominado “receptación civil” difiere de la conducta típica descrita en los artículos 298 y 299 del CP exclusivamente en que el sujeto (el partícipe a título lucrativo) desconoce el origen o procedencia ilícita de los efectos que adquiere a título lucrativo, siendo desde luego, presupuesto insoslayable que el mismo no haya intervenido de modo penalmente relevante en la comisión de la infracción penal de la que provienen los efectos. Elementos comunes entre una y otra figura son, contrariamente, la objetiva procedencia ilícita de los efectos y el ánimo de lucro o enriquecimiento.” MAGALDI PATERNOSTRO, “Art. 122.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 938. En igual sentido, véase la STS 5 dic 1980 (RJ 1980\4780).

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

CP no regula un caso de responsabilidad civil ex delicto, sino de nulidad de los contratos por causa ilícita.⁴⁹²

Gracia Martín sostiene que el tema del comiso de las ganancias que se han incorporado al patrimonio de un tercero de buena fe no responsable del delito que haya adquirido el bien legalmente se puede resolver por el art. 122 CP,⁴⁹³ que en lo que interesa, regula una responsabilidad civil basada en un enriquecimiento sin causa. Aunque tal opción cabe, esa circunstancia no convierte el comiso contenido en el art. 127 CP en una medida de naturaleza civil. Son figuras independientes y hay razones para concluir que el comiso es una figura jurídica de carácter penal.⁴⁹⁴

A la postura de Gracia Martín cabe hacerle una observación adicional. El numeral 122 CP solo contempla la restitución de la cosa o el resarcimiento del daño. El uso de la palabra cosa genera problemas, pues según señala la misma doctrina, ese

⁴⁹² La STS N° 324/2009 de 27 marzo señala: “El precepto comentado está pensado para los casos en que no es posible la responsabilidad civil a cargo del acusado, porque el dinero se encuentra en poder de un tercero, que desconoce su origen ilícito, pero que no puede serle atribuido a título delictivo. Esta es la verdadera esencia de la participación lucrativa a que hace referencia el art. 122 del Código penal ... De modo que esta Sala ha declarado que se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito, cuando se trata de un tercero, porque el conocimiento de la procedencia delictiva, junto con la recepción material, daría lugar a responsabilidades penales. Y como se ha dicho, el artículo 122 se refiere exclusivamente a una cuestión de naturaleza civil. Como dice la STS 362/2003, de 14 de marzo ... , se trata de la llamada receptación civil: aquel que no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido a virtud de un «título lucrativo». No basta, pues, que una persona haya resultado beneficiada. Y no se trata de un caso de responsabilidad civil «ex delicto», sino de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada.” En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, “Artículo 122”. En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 754.

⁴⁹³ “Esta figura de responsabilidad civil se refiere únicamente a la participación lucrativa que no tenga su origen en ninguna de las formas de participación delictiva punibles, es decir: a supuestos de participación lucrativa por parte de quienes no fueron ni autores ni cómplices del delito, y por otro lado, no puede dudarse de que en el concepto de efectos del delito utilizado en este precepto están comprendidas también las ganancias obtenidas. Por otro lado, la responsabilidad civil que se establece aquí es independiente de la buena o mala fe del tercero que se haya enriquecido, pues se trata de una responsabilidad puramente objetiva basada en el hecho, asimismo puramente objetivo, de haber tenido lugar un enriquecimiento sin causa. Es decir, que a pesar de la buena fe del tercero, la ganancia sin causa no deja de constituir una participación lucrativa de los efectos de un delito o falta, y aquí estamos ante un supuesto de responsabilidad civil objetiva. 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 una persona jurídica se deduce precisamente de la de aquéllos, que fueron precisamente quienes cometieron el delito. Así, por ejemplo, si en una empresa se desarrolla una actividad contaminante constitutiva de delito contra el medio ambiente, cabrá considerar ganancias a las cantidades no invertidas en los mecanismos e instalaciones anticontaminantes reglamentarios, y tales cantidades podrán ser decomisadas.” GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, pp. 571-572.

⁴⁹⁴ Sobre los motivos por los cuales llego a esa conclusión, léase el acápite destinado a la naturaleza jurídica del comiso (cap. III, apartado C.2).

vocablo no abarca al dinero y menos los frutos del dinero, entiéndase, las ganancias que con él haya obtenido el infractor.⁴⁹⁵ Asimismo, en relación con el resarcimiento del daño, es claro que el término *daño* tampoco abarca el lucro obtenido por el infractor, como sí sucede con el comiso.

E. Comiso y expropiación forzosa.

Según García de Enterría la expropiación forzosa tiene dos caras. De un lado, supone el poder de la Administración de suprimir la propiedad y las situaciones patrimoniales de los administrados. De otro, implica la concesión de una serie de garantías a esos administrados que entrañan límites a la potestad administrativa y la reducen a su efecto mínimo, con el específico desapoderamiento del objeto que es sometido a expropiación, pero sin que esto suponga un empeoramiento patrimonial de su valor, pues éste se ha de restablecer con la indemnización expropiatoria, e inclusive, hace pender sobre la expropiación consumada la efectividad de su causa para resolver aquella cuando ésta cesa.⁴⁹⁶ La expropiación forzosa tiene su motivación en una necesidad colectiva. De este modo, implica un sacrificio de una situación dominical específica frente a intereses públicos superiores, sacrificio que además se reduce al mínimo al “no acarrear la pérdida del contenido económico de la situación sacrificada, contenido que es simplemente sustituido por un equivalente dinerario para que la carga pública que la extinción de la propiedad supone no recaiga sobre la sola persona del afectado y se reparta entre toda la colectividad...”⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Señala Quintero Olivares y Tamarit Sumalla, refiriéndose al artículo 111, lo siguiente: “Según la fórmula legal introducida por el Código Penal de 1995, la restitución ha de hacerse “del mismo bien”, en tanto que el artículo 102 CP/1973 se refería siempre a “cosa”. La modificación operada tiene una sola explicación verosímil: conforme al derecho anterior, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, salvo casos aislados, estimaban que por cosa debía entenderse lo que tuviera esa condición en el Código Civil. Algunas resoluciones aisladas extendían el concepto de cosa al dinero... El legislador de 1995 ha decidido abandonar la palabra “cosa”, que aludía a la cosa mueble, y por lo tanto, a la que podía ser genuino objeto de la acción reivindicatoria, y en su lugar para a referirse a “bien”. Con ello pretende, cabe suponer, una ampliación del objeto de restitución, que incluirá en su caso también al dinero... Problema más complicado es el de los “frutos” del dinero, esto es, las ganancias que con él haya obtenido el autor del delito, ganancias que puede ir desde intereses percibidos... hasta cualquier suerte de beneficio obtenido. No parece trasladable sin más la idea de que se trata de frutos de la cosa, ni ésta es la interpretación que puede desprenderse del Código Civil... Por lo tanto, será más prudente estimar que esas ganancias han de incluirse en lo previsto, en calidad de consecuencia accesorio, en el artículo 127 CP.” QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; TAMARIT SUMALLA, Josep. “Libro I: Título V (Art. 111).” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4º edición, 2005, p. 602-603. Lógicamente, si se estima que esos frutos constituyen un *aprovechamiento*, el art. 127 CP tampoco avalaría su comiso, ya que esta norma no contempla las ganancias indirectas.

⁴⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, op. cit.*, Tomo II, pp. 217-218. Sobre este tema, léase también PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 706.

⁴⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, op. cit.*, Tomo II, p. 228.

III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS)

Manzanares Samaniego estimó en su momento que el comiso era una expropiación por causa de interés público. A pesar de esto, reconoció que en la expropiación se busca la ejecución de una obra de utilidad pública y que corresponde el pago de una indemnización por el expropiante, lo que no ocurre en el comiso.⁴⁹⁸ Por tanto, la indemnización que se concede al administrado que sufre la expropiación⁴⁹⁹ es la mayor diferencia entre ambos institutos. Además, en tanto que la finalidad de la expropiación forzosa es la satisfacción de una necesidad general, con el comiso de ganancias se pretende acabar con una situación patrimonial ilícita. El comiso de efectos e instrumentos, aunque puede tener algún parecido con la expropiación forzosa,⁵⁰⁰ pues al igual que éste busca satisfacer una necesidad pública (protección de la colectividad frente al peligro que se asocia a ciertos bienes), de *lege lata* no prevé alguna indemnización para el afectado en su patrimonio, se trate del autor o partícipe del hecho, o de un tercero.

Finalmente, en el comiso tiene un papel fundamental la relación de los bienes con un delito, o como mínimo con un injusto penal, lo que no se da en la expropiación forzosa.

⁴⁹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 24. En este texto, el autor señala que la pena de comiso está también sometida al principio de personalidad (entiéndase, que no debe transmitirse a terceros). No obstante, esta afirmación ha perdido validez ya que el comiso se ha convertido en una consecuencia accesorio. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.*, p. 254.

⁴⁹⁹ Como señala Santamaría Pastor, la obligación de pagar al expropiado el valor del bien del que se le priva no tiene un carácter de reparación, *ex post*, sino que es un presupuesto de la medida, *ex ante*. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, Iustel, Tomo II, 2004, p. 446. Se revela así el carácter fundamental que tiene la compensación al expropiado, situación que no se da en relación con el comiso.

⁵⁰⁰ Según Choclán Montalvo, tratándose de los instrumentos del delito, sobre los cuales el afectado tiene un derecho de propiedad reconocido por el ordenamiento jurídico, el comiso supone una verdadera expropiación. CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.*, p. 346.

CAPÍTULO IV. APLICACIÓN DEL COMISO. REGLAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 127 DEL CÓDIGO PENAL Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A continuación examinaré las reglas que el legislador ha impuesto para la aplicación del comiso de efectos, instrumentos y ganancias. Sus presupuestos; la naturaleza de los derechos afectados por este instituto; la situación del tercero titular de derechos; los mecanismos previstos ante la imposibilidad de comisar el bien directamente relacionado con la infracción (a saber, el comiso subrogatorio y el comiso por valor equivalente); el comiso en infracciones imprudentes y finalmente, el destino de los bienes decomisados. No omito indicar que si bien en el artículo 127 también se prevé la regulación del comiso ampliado, por su complejidad será examinado en otro acápite de esta investigación.

I. La pena: principal presupuesto del comiso.

Según la regla general prevista en el primer apartado del art. 127, el comiso está vinculado a la pena impuesta por el delito o la falta. Es decir, es una consecuencia accesoria de ésta y no de la infracción.¹ En lo relacionado con el delito, se requiere la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible,² no bastando la comisión de un hecho típico que no cumpla con los otros requisitos. La pena se convierte en el presupuesto para la aplicación de esta medida que *al menos en este párrafo*, tiene un carácter postdelictivo.

En el pasado, cuando el texto legal solo contemplaba la pena como presupuesto del comiso, la doctrina se mostró disconforme. Se cuestionó la imposibilidad de disponer el comiso en los casos en que los responsables se viesan exentos de responsabilidad por cualquier causa excluyente de la culpabilidad o la pena (v.g., causas de inimputabilidad o inexigibilidad).³ La vinculación existente entre el comiso y la pena

¹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2001, p. 276.

² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003, p. 1143.

³ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., pp. 44-45; o Mapelli Caffarena, autor que expone al respecto: "... el legislador exige para poder aplicarlo (está refiriéndose al comiso) no sólo que el reo haya sido inculcado por un delito o falta dolosos, sino que haya sido condenado en firme y se le haya impuesto una pena de la que el comiso resulta accesoria. Semejantes presupuestos dan lugar a que con la nueva regulación se den inexplicables espacios de imposible aplicación. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que el sujeto no es condenado por concurrir una excusa absoluta o por ser inimputable pero queda acreditado, en cambio, que empleó determinados instrumentos para cometer los delitos. Al no castigársele con pena el comiso no puede ser aplicado. Sin embargo, algo tan irregular como es que la consecuencia del delito pueda afectar a terceras personas, es aquí perfecta-

no se justificaba, pues los efectos e instrumentos mantenían su peligrosidad objetiva con independencia de que quien los emplease fuese un sujeto culpable. Del mismo modo, tratándose del comiso de las ganancias aquel extremo (ausencia de culpabilidad), o la imposibilidad de imponer una pena, no eliminaba la necesidad de impedir un enriquecimiento ilícito).⁴

Octavio de Toledo y Ubieto señaló que lo correcto era vincular el comiso al hecho previsto como delito (comportamiento típico y no justificado), es decir, al concepto de delito en sentido restringido.⁵ Gracia Martín criticó la norma por impedir aplicar el comiso de acuerdo con su fundamento y finalidad, pues al exigir la imposición de una pena, en los casos en que no se decretase ésta, el comiso no podía proceder, incluso a pesar de que se tratase de un objeto peligroso y existiese la posibilidad de que se emplease de nuevo para cometer infracciones. A la inversa, también por la formulación del texto legal, el comiso debía aplicarse en supuestos fácticos en los cuales el instrumento empleado no era peligroso, ni había peligro de que se usase en el futuro para cometer nuevas infracciones.⁶ Ramón Ribas por su parte, señaló que el comiso era un instrumento rígido desde dos perspectivas: porque era de imposición obligada una vez impuesta la pena por un delito o falta (lo que impedía valorar la efectiva concurrencia de la peligrosidad objetiva que es su fundamento) y porque tenía demasiados requisitos para poder decretarlo (imposición de una pena y en ese tanto, la declaración de culpabilidad de un individuo).⁷

mente imaginable cuando los bienes pertenecen a alguien distinto de la persona condenada." MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.*, p. 51. Desde antes de que el comiso fuese catalogado consecuencia accesoria, Manzanares Samaniego señalaba que su presupuesto debía ser la acción antijurídica, sin necesidad de acudir a la culpabilidad. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.*, p. 621.

⁴ Este es el criterio de PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 986; PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.*, p. 7 y RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3^o edición, 2004, p. 653.

⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal." En: DIEZ RIPOLLÉS, et ál., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.*, p. 1143.

⁶ "Aun cuando el instrumento utilizado por el autor sea un objeto peligroso y exista la probabilidad de que sea utilizado en el futuro para cometer nuevos delitos, no podrá ser objeto de comiso, según el art. 127 CP, si el autor del hecho, por ser por ejemplo un inimputable, es un sujeto incapaz de culpabilidad, pues en tal caso no se le habrá podido imponer ninguna pena. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que un menor de edad haya utilizado un juguete contundente para lesionar dolosamente a otro, y que se compruebe que el padre no ofrece garantías de que el juguete no pueda ser utilizado en el futuro por sus otros hijos para realizar nuevos hechos antijurídicos... La regulación del comiso en el art. 127 plantea, por otro lado, el problema inverso. Dicho precepto se expresa en un sentido imperativo y ordena que siempre que se imponga una pena deberá aplicarse también y además inexcusablemente el comiso de los instrumentos y efectos del delito. La aplicación del comiso en tal caso procederá aunque el instrumento utilizado no sea objetivamente peligroso ni quepa pronosticar la probabilidad de que sea utilizado en el futuro para la comisión de nuevos delitos." GRACIA MARTÍN, et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.*, p. 448.

⁷ RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 555.

Aunque se mantuvo la imposición imperativa del comiso de los efectos, instrumentos o ganancias con independencia de quién sea su titular⁸ una vez decretada la pena por delito o falta (lo que sigue siendo un inconveniente, pues no se permite al operador jurídico conciliar la imposición del comiso con sus fundamentos y fines),⁹ con la reforma introducida mediante LO 15/2003 la situación antes descrita se solventó. Desde entonces el comiso se puede ordenar (es un comiso facultativo), cuando a pesar de no haberse impuesto una pena (sea porque se eximió al acusado de responsabilidad criminal, o porque ésta se extinguió), se ha demostrado una situación patrimonial ilícita. De esta manera, la pena dejó de ser el único presupuesto para la aplicación del comiso.

II. Comiso sin responsabilidad criminal, asociado con una situación patrimonial ilícita.

El art. 127 CP requería la imposición de una pena para que el comiso tuviese lugar, lo que ciertamente provocaba problemas importantes al hacer depender su aplicación de una circunstancia ajena a la peligrosidad del bien decomisado, o a la necesidad de impedir un enriquecimiento ilícito. Con el propósito de solucionar esta situación, el legislador incorporó a través de la LO 15/2003 la posibilidad de que el juzgador acordase el comiso aun y cuando no se haya llegado a imponer una pena, sea porque el acusado fue declarado exento de responsabilidad criminal, o porque ésta se extinguió, siempre que quede acreditada la ilicitud de la situación patrimonial (art. 127.4).¹⁰ Aunque la redacción de este apartado dista mucho de ser óptima, al menos supuso una flexibilización de la figura del comiso, toda vez que lo desvinculó de la pena y en consecuencia, de la declaratoria de culpabilidad que es su fundamento.

Dicho esto, hay que tratar de definir cuáles son los alcances de la norma. En primer lugar se trata de un comiso facultativo. A diferencia de lo que ocurre con el comiso que está relacionado con la pena, en este caso el órgano juzgador es quien

⁸ Como bien indica Manzanares Samaniego, a partir de una sola pena se puede comisar todo cuanto sea producto, instrumento o ganancia, salvo que pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito que lo haya adquirido legalmente. De tal suerte, bien puede suceder que se comisen bienes de un titular que ha sido absuelto. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 927.

⁹ Octavio de Toledo y Ubieto entiende que la transformación del comiso de pena a consecuencia accesoria no implica que se pueda imponer facultativamente, ya que el art. 127 lo prevé de forma imperativa y la excepción que se contempla en el art. 128 se limita a supuestos concretos. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 2.

¹⁰ El art. 127, en su apartado 4, señala:

"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."

decide si impone o no la medida. En segundo término, recae sobre los mismos bienes que el comiso imperativo (efectos, instrumentos y ganancias). En tercer lugar, para su decreto se requiere que haya alguien que a pesar de ser imputado no fue sometido a pena. Si bien la norma usa la expresión *alguna persona*, no comparto la postura de García Arán¹¹ y Puente Aba en cuanto a que esta previsión solo sería aplicable en casos de participación plural en la infracción, en los que como mínimo se ha condenado a uno de los intervinientes.¹² Lo anterior porque no era necesaria una aclaración de este tipo, ya que según el texto anterior del art. 127 CP, decretada la pena procedía el comiso, sin que interesase el número de intervinientes, o que los bienes pertenecieran a una o varias personas, estuviesen o no dentro de esos intervinientes.¹³ Aunado a esto, es claro que el propósito del legislador era autorizar la

¹¹ A pesar de que esta autora lo considera así, reconoce que: *“...para que este número aporte alguna novedad, debe entenderse que cuando algún imputado resulte exento de pena, el comiso podrá decretarse también en relación a sus bienes, efectos o instrumentos. Y si éste es el sentido del precepto, no se alcanza la razón por la que es necesario que haya varios imputados y no baste con que haya uno sólo.”* GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 963.

¹² Según Puente Aba la redacción del precepto genera dudas sobre su alcance: *“Al afirmar que el comiso podría decretarse aun cuando no se imponga pena “a alguna persona”, parece darse a entender que no existe una auténtica pérdida de vinculación entre comiso e imposición efectiva de una pena, sino que únicamente en aquellos casos en que exista una pluralidad de autores, o autor/es más partícipe/s, cabría aplicar el comiso aunque no todos los intervinientes en el delito resultasen penados, pero verificándose siempre, al menos, la imposición de una condena a uno de ellos. Si el legislador quería excluir totalmente el requisito de imposición de pena como presupuesto de aplicación del comiso, debería decir que tal medida se decretará aunque no se imponga pena a persona alguna, esto es, a nadie, de forma que se pudiesen decomisar los bienes correspondientes en el caso de exención de pena o de extinción de responsabilidad criminal para todo el que ha intervenido en el acto delictivo.”* PUENTE ABA, “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.” En: AP, op. cit., p. 987. Vid también PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español*, op. cit., p. 8.

¹³ En este sentido Ramón Ribas apunta: *“La loable intención del legislador no ha sido, pese a todo, afortunadamente traducida por la ley. En efecto, la redacción de ésta da a entender que si en la infracción hubieren participado varias personas, el Juez o Tribunal podrá acordar el comiso pese a que no se hubiere impuesto pena, por estar exenta de responsabilidad criminal, a alguna de ellas, pero sí -o, al menos, así parece insinuarlo al tenor literal del artículo 127.3- a otra u otras o, por usar aquellos mismos términos, a alguna de ellas. Dicho de otro modo, el texto de la ley sugiere que la nueva previsión introducida sólo será aplicable en supuestos de participación plural en el delito, en los cuales, apunta, la exención de responsabilidad penal de alguno de los partícipes no impedirá que se acuerde el comiso de los bienes correspondientes. Evidentemente, no sólo no era ésta la intención del legislador, sino que ni siquiera era necesaria una previsión de esta naturaleza para conseguir el resultado explicitado. Esta posibilidad ya existía -ya existe, para ser más precisos- con el antiguo artículo 127, pues éste únicamente requería la imposición de una pena, el reconocimiento de que se cometió una infracción criminal, para decretar el comiso de los bienes que se hubieren utilizado en su ejecución o que fueren efectos o ganancias del delito, independientemente del número de partícipes en aquella infracción y de que dichos bienes pertenecieran a una o varias personas, se hallaren, o no, entre los referidos partícipes.”* RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: EPC, op. cit., pp. 556-557. Léase igualmente RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 784. Del mismo modo, Rodríguez Puerta indica que si bien cabe la interpretación hecha por Puente Aba, lo deseable es no excluir los casos más graves en los que hay un único autor que es declarado exento de responsabilidad criminal. RODRÍGUEZ PUERTA, “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003.” En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3º edición, 2004, p. 654. Finalmente, Vizueta Fernández señala: *“Es como si el legislador, frente a las insistentes peticiones de la doctrina a*

imposición del comiso en un supuesto vedado a la luz del texto normativo precedente, en concreto cuando no se llega a imponer una pena, siendo intrascendente la cantidad de personas que figuren como acusadas, o la cantidad de ellas que han sido eximidas de responsabilidad criminal.

El apartado 4 del art. 127 CP contiene dos ejes temáticos. El primero versa sobre las causas por las que no se llega a imponer una pena (a saber, porque se declara al imputado exento de responsabilidad criminal o porque ésta se ha extinguido). El segundo sobre lo que debemos entender por *situación patrimonial ilícita*. Para ello, hay que estarse a las causales previstas en el Código Penal sobre el tema.

Las que eximen de responsabilidad criminal se contemplan en el art. 20 CP.¹⁴ Son circunstancias que excluyen la antijuricidad o la culpabilidad de la conducta, con

*favor de la desvinculación total del comiso de la imposición de una pena, nos dijera que la mayor concesión que está dispuesto a hacer al respecto es la de otorgar la posibilidad de decretar el comiso aun en los casos en que siendo varios los intervinientes en el delito, no se imponga pena a alguno de ellos por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. Esta idea encuentra un firme apoyo en la propia Exposición de Motivos cuando señala la posibilidad que tiene el Tribunal de acordar el comiso «incluso cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal». No es ésta, sin embargo, la interpretación que debe hacerse de la nueva regulación, pues, en caso contrario, poco o nada se habría avanzado en relación con la anterior. Dejando a un lado que la redacción original del art. 127 no exigía como requisito para la aplicación del comiso la imposición de una pena a todos los intervinientes en el delito, una interpretación de la nueva regulación en el sentido arriba mencionado dejaría sin solución gran parte de los problemas señalados por la doctrina. No tenemos más que pensar en los supuestos en los que el delito se realiza por una única persona. Si a ésta no se le impone una pena por ser, por ejemplo, inimputable, o por concurrir una excusa absolutoria o una causa de extinción de la responsabilidad criminal, quedaría vedada igualmente la aplicación de cualquier clase de comiso. A la misma conclusión debería llegarse cuando existen varios intervinientes y, por alguno de los motivos expresados, no se impone una pena a ninguno de ellos.» VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 6643, Sección Doctrina, Año XXVIII, 2 de febrero de 2007, apartado I. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>.*

¹⁴ "Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.
2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.
4. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:
 1. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.
 2. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
 3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

lo cual lo único que podrá tenerse por demostrado según sean las características del caso concreto, será una conducta típica, o a lo sumo, típica y antijurídica.

El art. 130 del mismo cuerpo legal prevé las causas que extinguen la responsabilidad criminal.¹⁵ Aunque esta disposición contempla supuestos que no modifican el hecho de que se ha dictado una pena (v.g., la prescripción de la pena, el indulto, o el cumplimiento de la condena); hay otros que en términos procesales pueden hacer improcedente cualquier valoración sobre la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad de la conducta. Por ejemplo, la prescripción del delito, o la muerte del imputado acontecidas en las primeras etapas del proceso; o el perdón del ofendido, otorgado antes de que exista un pronunciamiento sobre la conducta investigada. Esta situación problemática también podría presentarse en relación con las causas de exención de la responsabilidad criminal, pues contemporáneamente con esa situación (el decreto de la exención), debe declararse la situación patrimonial ilícita, lo que hasta cierto punto, supone un examen de las circunstancias del caso concre-

5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.
6. El que obre impulsado por miedo insuperable.
7. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.”

¹⁵ En lo que interesa, indica la norma:

“1. La responsabilidad criminal se extingue:

1. Por la muerte del reo.
2. Por el cumplimiento de la condena.
3. Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código.
4. Por el indulto.
5. Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

6. Por la prescripción del delito.
7. Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.
2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”

to que ordinariamente solo se produce en la sentencia, tras la celebración del debate.¹⁶

Un problema adicional es qué se debe entender por *situación patrimonial ilícita*. *Prima facie* es imposible saber si esa expresión alude a una acción típica; a una acción típica y antijurídica; o bien a una acción típica, antijurídica, culpable y no punible. La doctrina nos ofrece toda clase de posturas que salvo mínimas excepciones¹⁷ tienen un común denominador: la crítica a la norma por su imprecisión. Así p. ej., Zaragoza Aguado habla de una situación patrimonial de ilicitud de los bienes *sustentada en su utilización con fines delictivos o en su procedencia delictiva*;¹⁸ Aguado Correa es del criterio que el apartado 4 del art. 127 CP llega al extremo de avalar el comiso en casos donde únicamente existe una acción típica, pues entre las causas de exención de la responsabilidad criminal se contemplan algunas causas de justificación.¹⁹ Este también es el criterio de Cortés Bechiarelli;²⁰ Núñez Fernández²¹ o Ro-

¹⁶ Muñoz Cuesta considera que, tratándose de las causas de exención de la responsabilidad criminal, no habrá mayor problema para apreciar la situación patrimonial ilícita toda vez que las primeras en la mayoría de los casos, se aprecian en sentencia, *“lo que presupone la celebración de una vista oral donde se pueda haber solicitado por el Fiscal o la acusación particular el comiso y la defensa tiene todos los medios de prueba a su alcance para oponerse al mismo, ya que como es sabido en la imposición del comiso rige el principio acusatorio aunque no se trate de una pena.”* MUÑOZ CUESTA, “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *RJA 2004, op. cit.*, p. 296. Ahora bien, el que en la mayoría de los casos las causas de exención se valoren en sentencia y por consiguiente, también se pueda examinar en esa fase si se configura una situación patrimonial ilícita, no excluye que la exención pueda declararse en otro momento procesal, con lo cual el problema sigue subsistiendo, al igual que pasa con algunas de las causas de extinción de la responsabilidad criminal.

¹⁷ Muñoz Cuesta considera positivo que para el comiso baste con que concurra una acción típica. MUÑOZ CUESTA, “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *RJA 2004, ibídem*, p. 296.

¹⁸ ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, p. 413.

¹⁹ “Esta posibilidad, en los términos en los que está redactada, no puede sino ser objeto de algunas críticas. Por una parte, nos enfrentamos a un cambio en los presupuestos: el comiso deja de ser una consecuencia accesoria de la pena para pasar a ser la consecuencia accesoria de una acción típica. Ni siquiera de una acción típica y antijurídica, sino que basta con la realización de una acción tipificada en el Código Penal para poder decretar el comiso. Y es que en el Proyecto se hace referencia a los supuestos en los que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal, exención que puede tener lugar no solo por la presencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino también por la concurrencia de alguna causa de justificación, como se desprende de lo dispuesto en el art. 20 CP.” AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC, op. cit.*, p. 7.

²⁰ “De la clásica definición académica del Derecho penal lo único trascendente a estos efectos es que la acción sea típica; el resto de atributos clásicos decaen en el presente caso en aras de la imposición del comiso a toda costa, observándose el mismo tratamiento para una exención de pena que afecte a la antijuridicidad o a la culpabilidad.” CORTÉS BECHIARELLI, “Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre).” En: PÉREZ ÁLVAREZ, *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero, op. cit.*, p. 125.

²¹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias.” En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.*, p. 972. Este autor considera que el comiso procederá incluso en los supuestos de error invencible de tipo o de prohibición regulados en el art. 14 CP, con lo cual “...el comiso exigirá al menos y en todo caso, la existencia de la parte objetiva del tipo de injusto...”.

dríguez Puerta.²² En sentido contrario, autores como García Arán;²³ Manzanares Samaniego²⁴ y Ramón Ribas estiman que la expresión *situación patrimonial ilícita* alude a los casos en que, a pesar de haber una infracción de la norma penal, no existe una declaración de que esa infracción ha sido cometida culpablemente,²⁵ es decir, de hechos que constituyen un injusto penal pero en relación con los cuales no se configura el elemento culpabilidad. La concurrencia de una causa de justificación, por tanto, excluiría la aplicación del comiso.²⁶ Para Ramón Ribas, la interpretación adecuada de la ley lleva a soslayar la conclusión de Rodríguez Puerta en el sentido de que bastaría la adecuación de la conducta al tipo para que se pueda acordar el comiso: “...la accesoriadad del comiso respecto del hecho descrito como delito en la ley podría adjetivarse como mínima... aunque quizá pueda entenderse, una vez más, desafortunada la previsión legal, y, por ello, estimarse indicada una nueva formulación, lo cierto es que cabe sostener, en mi opinión sin mayores dificultades, que la concurrencia de una causa de justificación impediría acordar el comiso, pues en tal caso la conducta no sólo no infringe la norma penal (como sucedería si, por ejemplo, se considerara atípica, lo cual, sin embargo, no implicaría necesariamente su conformidad a Derecho), sino que incluso resulta jurídicamente autorizada, ajustada, por tanto, a Derecho. La declaración de licitud de la conducta, de superior fuerza argumentativa a la mera declaración de su irrelevancia criminal, implicaría la imposibilidad de actuar cualquier consecuencia penal y, por consiguiente, el comiso, incluso si se aceptara que éste no es, en realidad, una consecuencia penal, sino administrativa o civil, ya fuere en todo caso, como entendía Gracia Martín, ya fuera en los supuestos de comiso de ganancias,

²² Según ella, pese a que la vinculación del comiso con la pena acarrea problemas pues impedía decomisar los efectos, instrumentos y ganancias en los casos donde el sujeto activo no actuó culpablemente, o no se le podía imponer una pena (pese a que la peligrosidad objetiva de los efectos e instrumentos y la necesidad de evitar el enriquecimiento ilícito vinculado con las ganancias no depende de la culpabilidad o punibilidad del sujeto activo de la infracción), el texto de la norma no permite una interpretación clara en ese sentido. “En primer lugar, como ya había sido destacado por la doctrina (Aguado Correa), porque el nuevo párrafo del art. 127 CP hace extensible el comiso a aquellos supuestos en los que el sujeto responsable del delito se encuentra exento de responsabilidad criminal. Esta referencia genérica a las causas de exención de responsabilidad criminal permitiría, en una interpretación gramatical de los términos empleados en el precepto comentado, dar cabida también a los supuestos en los que el sujeto autor del delito se encuentra amparado por una causa de justificación. Esta indeseable e injustificada extensión de esta consecuencia accesoria del delito debe descartarse, puesto que el comiso no puede vincularse al castigo o no de una persona sino a perpetración de un hecho antijurídico y a la peligrosidad de los objetos que sirvieron para cometerlo.” RODRÍGUEZ PUERTA, “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003.” En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3ª edición, 2004, p. 654.

²³ GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 964.

²⁴ “Concurriendo una causa de justificación plena, como la legítima defensa, no parece acertado acordar ningún comiso, en especial si los instrumentos u objetos provenientes del delito carecen de peligrosidad objetiva.” MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 930.

²⁵ RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC*, op. cit., p. 557.

²⁶ RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 785.

como entiende por ejemplo, Puente Alba.”²⁷ Éste también es el criterio de Vizuela Fernández. Entiende que aunque la interpretación literal de la norma nos puede llevar a la insatisfactoria conclusión de que el comiso cabe incluso en caso de conductas que aunque típicas son justificadas, lo que procede es hacer una interpretación restrictiva, que suponga exigir en todo caso la realización de una conducta típica y antijurídica.²⁸ Creo que por esa razón solamente ejemplifica con las eximentes de responsabilidad criminal que se relacionan con la culpabilidad.²⁹

Otros autores formulan distintas conclusiones según se trate de las causas que eximen de responsabilidad y aquellas que provocan la extinción de ésta. Veamos. Saavedra Ruiz cree que el comiso no sería procedente cuando concurre una causa de justificación (p. ej., la legítima defensa, o el estado de necesidad justificante) y por tanto, el hecho antijurídico se desvanece. Dicho esto, entiende que si los supuestos de extinción de la responsabilidad criminal, en concreto la muerte del acusado o la prescripción, acontecen antes del juicio, el comiso no sería procedente, pues éste requiere como mínimo de una resolución donde se tenga por demostrada la comisión de un delito.³⁰

Vizuela Fernández apunta que ante la muerte del imputado, el comiso no podría ordenarse, ya que ese hecho supone también la extinción de la acción penal y por tanto no habrá juicio sobre la existencia del hecho típico y antijurídico. Estas valoraciones se aplican con independencia de que la muerte sobrevenga antes de iniciar el proceso penal, durante su instrucción, o incluso en la fase de debate. Situación distinta es que haya otros imputados, caso en el cual el proceso continuará y el órgano jurisdiccional tendrá la oportunidad de valorar si ha habido un hecho como mínimo típico y antijurídico, configurándose así el presupuesto para que proceda el comiso.³¹ En relación con el perdón del ofendido y la prescripción de la acción penal, este autor afirma que si se invocan antes del juicio oral el comiso no cabe, ya que al extinguir la acción penal excluye toda discusión sobre los hechos. Distinto es que el perdón se otorgue en el debate, o que en esta fase se resuelva el tema de la prescripción. Si para entonces ya se ha evacuado la prueba y el juzgador tiene certeza

²⁷RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC, op. cit.*, p. 560.

²⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?” En: *Diario La Ley, op. cit.*, apartado II. Autores como Serrano Gómez y Serrano Maíllo consideran que el comiso puede imponerse a imputados absueltos, “siempre que se demuestre el origen del producto, las ganancias o la utilización con fines criminales.” SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Dykinson, 15^o edición, 2010, p. 571. Entiendo que este comiso requiere para proceder un injusto penal y un enriquecimiento irregular. Si se configuran ambos extremos, el comiso puede proceder a pesar de que haya una sentencia absolutoria.

²⁹ Indica este autor: “La no imposición de una pena a una persona por estar exenta de responsabilidad criminal puede deberse a que el sujeto ha obrado sin capacidad de culpabilidad o al amparo de una causa de inculpabilidad, a la falta de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una excusa absolutoria.” VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?” En: *Diario La Ley, op. cit.*, apartado II.

³⁰ SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 846.

³¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?” En: *Diario La Ley, op. cit.*, apartado III. 1.

sobre la existencia de un hecho típico y antijurídico, la sentencia absolutoria (motivada en el perdón), o la que resuelva sobre la prescripción, se puede acompañar de la imposición del comiso.³²

Coincidiendo solo en parte con este autor, Puente Aba es del criterio que el comiso procederá en los casos en que se indulta al condenado, o en que conforme a la ley, el perdón del ofendido tenga eficacia extintiva, pero no en los casos de prescripción del delito, pues la prescripción supone la renuncia al ejercicio del poder punitivo después del transcurso de un periodo de tiempo tras su comisión sin que sea juzgado y por tanto, no va a existir ni juicio ni sentencia. Sobre la remisión de la pena, apunta que el transcurso del periodo de suspensión cumpliendo las condiciones impuestas, es equivalente al cumplimiento de la pena y en este caso la posibilidad de decretar el comiso carece de sentido, ya que existirá una sentencia condenatoria que debió contemplarlo. Por último, en relación con la muerte del reo, sostiene que el uso de la palabra reo lleva a concluir que quien fallece ya fue condenado en sentencia, con lo cual el comiso sería procedente. Situación distinta es la del imputado que muere antes de haber sido condenado. Si es el único imputado, la consecuencia de su muerte es que no habrá sentencia y el comiso solo se puede imponer en ésta. En cambio si son varios acusados y uno fallece, bien puede ser que el proceso culmine con una sentencia condenatoria que también abarque los bienes del fallecido, toda vez que la norma admite el comiso de bienes propiedad de terceros.³³

Siguiendo con esta exposición de criterios doctrinales y tratándose de las causas por las cuales se declara extinta la responsabilidad criminal, Rodríguez Puerta cree que la procedencia del comiso dependerá de la naturaleza de cada causal.³⁴

³² VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley*, *ibídem*, apartado III. 2 y 3.

³³ "... cuando se esté juzgando a un único sujeto y éste fallece en el transcurso del proceso, no cabría imponer el comiso sobre ningún bien, ya que estamos antes una medida que sólo se puede imponer en sentencia y, en el caso presente, no llegará a dictarse sentencia alguna: al no darse por probada la comisión de un delito, no puede afirmarse ni la procedencia ilícita de unos determinados bienes ni la peligrosidad de concretos objetos de cara a la posible ejecución de futuros actos delictivos. En cambio, en el supuesto de que varias personas estén siendo juzgadas y fallezca una de ellas, el proceso finalizará con una sentencia en la que, en su caso, se dará por demostrada la comisión de un delito y se especificarán los instrumentos empleados para ello y las ganancias obtenidas. En tal caso, sería admisible la imposición del comiso sobre bienes utilizados o conseguidos incluso por el acusado fallecido ya que, tal y como admite el propio art. 127 del CP, es posible el decomiso de bienes pertenecientes a terceros de buena fe no responsables del delito. Así, aunque no haya quedado desvirtuada la presunción de inocencia del sujeto fallecido, cabría decretar el comiso sobre objetos que se hallaban en su poder siempre que se haya probado, y así conste en la sentencia, que han sido empleados para cometer el delito o que se trata de ganancias de él derivadas." PUENTE ABA, "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." En: *AP*, *op. cit.*, p. 989. Vid también PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español*, *op. cit.*, pp. 9-11.

³⁴ "Por último, el nuevo tercer párrafo del precepto comentado se refiere también a la posibilidad de confiscar efectos, instrumentos o ganancias en aquellos supuestos en los que se ha extinguido la responsabilidad criminal. En tales hipótesis la única condición que impone el Código es la de demostrar la situación patrimonial ilícita. Una vez más, el texto punitivo resulta vago e impreciso al equiparar, a los efectos del comiso, todas las causas de extinción de la responsabilidad criminal. La valoración que merece la citada mención va a depender de la naturaleza de la concreta causa de extinción de la responsabilidad penal. No puede ser lo mismo, en el ámbito del comiso, la muerte del reo, el indulto o la prescripción del delito o de la pena..." RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la re-

No obstante esto, considera como regla general que el mínimo que se debe alcanzar para decretar el comiso en los casos de extinción de la responsabilidad criminal es una sentencia condenatoria, “que pruebe la comisión de un delito, al margen de que se imponga o no la pena al sujeto.” Es decir, el comiso procederá cuando el sujeto responsable de la infracción hubiese sido indultado, perdonado por la víctima, o cuando hubiese prescrito la pena y no cuando hubiese muerto antes de haber sido juzgado, o hubiese prescrito el delito.³⁵

Los problemas prácticos que se asocian con esta norma se pueden solventar según Muñoz Cuesta, de dos maneras. La primera, ante la necesidad de decretar el comiso por la muerte del acusado o la prescripción del delito, dictar un auto donde se resuelva sobre la existencia de la situación patrimonial ilícita que da pie al comiso, basándose en una petición del Fiscal o la acusación particular y admitiendo la prueba de la defensa en sentido contrario, con lo cual se salva el principio acusatorio.³⁶ La segunda opción (que este autor considera mejor), es estimar que si en el art. 127.1 CP se habla de *toda pena* y en el art. 127.3 (en la actualidad art. 127.4), se usan las palabras *aun cuando no se imponga pena*, también en el segundo supuesto es necesaria la celebración de un juicio oral, contradictorio, con plena prueba y en el cual se demuestre la situación patrimonial ilícita. Si la muerte del reo o la prescripción acordada en fase de instrucción impiden la celebración de ese juicio, no podrá acordarse el comiso.³⁷

Dicho esto corresponde tomar postura sobre este tema. Nótese que el legislador con la reforma introducida a través de la LO 15/2003 quería evitar que la comisión del delito pudiese producir “el más mínimo enriquecimiento para sus autores y

forma de 2003.” En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3º edición, 2004, p. 654.

³⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003.” En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ibídem, 3º edición, 2004, p. 654.

³⁶ Según Muñoz Cuesta la forma de auto se prevé para la prescripción del delito, en concreto, cuando se habla de los artículos de previo pronunciamiento (arts. 666 y ss. LECrim). MUÑOZ CUESTA, “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *RJA 2004*, op. cit., p. 297. No obstante, nótese que el procedimiento allí previsto es para discutir sobre los temas que son objeto de artículos de previo pronunciamiento únicamente. Tan es así que en el art. 672 de la misma Ley se proscribía la prueba testifical. De esta manera, si se desea ampliar el ámbito de tópicos que se pueden someter a examen por esa vía, como lo sería la existencia o no de la situación patrimonial ilícita, sería necesario un cambio en la regulación procesal. La primera propuesta de Muñoz Cuesta es la contenida en la Circular N° 2/2005 de la FGE, que en lo que interesa, dice que cuando el proceso termine sin sentencia y se acredite la situación patrimonial ilícita, la autoridad judicial competente en cada caso acordará mediante auto motivado el comiso de los bienes, previa audiencia a quienes tengan intereses legítimos.

³⁷ Entiende que esta solución es la más acorde con la naturaleza del comiso, “puesto que la carga negativa que supone el mismo, análogo a una pena, merece un proceso contradictorio que termine con sentencia, además en los supuestos previstos en el citado art. 127.3 no es preceptiva, sino facultativa, la imposición de la consecuencia accesoria, luego si procesalmente no es posible acordarlo ya que un auto no es instrumento procesal suficiente para ello y no se dicta sentencia, se deberá actuar por vías del derecho civil o administrativo para conseguir los mismos fines que se quieren alcanzar con aquel.” MUÑOZ CUESTA, “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *RJA 2004*, op. cit., p. 297.

partícipes.”³⁸ Al incorporar la posibilidad de que el órgano juzgador decretase el comiso en caso de que no se hubiese impuesto una pena, lo que deseaba era evitar que las ganancias producidas por la infracción quedasen en manos del autor, el partícipe del hecho, o incluso de terceros, simplemente porque había concurrido alguna circunstancia que suponía la exención o extinción de la responsabilidad criminal, ya que lo anterior no desvirtúa el hecho de que esas ganancias se habían obtenido de una conducta que era contraria al ordenamiento jurídico. Lamentablemente, se cometieron errores en esa labor, pues en lugar de precisar cuál debía ser el precedente o presupuesto para aplicar ese comiso (como lo es la pena en el comiso imperativo contenido en el art. 127.1), se usó una frase cuyo contenido es incierto (a saber, *situación patrimonial ilícita*). Asimismo, no se consideraron las implicaciones (sobre todo de orden procesal), vinculadas con cada una de las causales que eximen o extinguen la responsabilidad criminal, que son claramente distintas.

Tomando en cuenta el propósito que perseguía el legislador español al hacer la reforma, no tiene sentido que este comiso se previese también en relación con los efectos e instrumentos, pues para estos carece de toda importancia la presencia o no de una *situación patrimonial ilícita*. El comiso de efectos e instrumentos se basa en el peligro que supone el bien a decomisar. Constatada esa peligrosidad (que puede ser intrínseca del bien, o de éste en relación con alguien), el comiso debería proceder, bastando con que el hecho sea típico y antijurídico, sin que tenga importancia si el sujeto ha actuado culpablemente, o si la conducta ha generado alguna ventaja patrimonial. En síntesis, aunque la reforma en examen ha tenido la ventaja de permitir el comiso de efectos e instrumentos en casos donde no se ha impuesto una pena (lo que es loable), la fórmula empleada por el legislador es incorrecta, al hacer depender este comiso de una circunstancia que no guarda relación con la peligrosidad del bien: la obtención de ventajas patrimoniales por el autor o partícipe de la infracción. Por eso subsiste la necesidad de una nueva reforma, dirigida a incluir la valoración del peligro del efecto o instrumento, así como también a admitir el comiso de estos bienes en los casos donde solamente se configure un injusto penal.

Dicho esto, veamos qué contenido se puede atribuir a la frase *situación patrimonial ilícita* en cada una de las causales de exención o extinción de la responsabilidad criminal. Tratándose de las primeras (causales de exención), el art. 20 nos enuncia algunas hipótesis en las que se excluye la culpabilidad del autor (y que en buena parte de los supuestos, se relacionan con la ausencia de imputabilidad) y otras en las que se excluye el carácter antijurídico de la conducta (p.ej., la legítima defensa). Para las primeras, el presupuesto del comiso será el hecho típico y antijurídico. Tratándose de las segundas debo admitir que de la relación de los artículos 20 y 127.4 CP, se puede desprender que ese presupuesto será el hecho típico. Sin embargo, esta interpretación -ajustada al texto de la ley-, supondría admitir el comiso de bienes procedentes de una conducta que no solamente no contraviene el ordenamiento jurídico, sino que además está avalada por él, atentando contra la naturaleza armónica de ese ordenamiento. Frente a esto, tenemos dos vías. Reconocer que el sistema es contradictorio, toda vez que en tanto concede al individuo el de-

³⁸ LO 15/2003, de 25 de noviembre, BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003, p. 41843.

recho de actuar de una determinada manera responde con una consecuencia tan grave como el comiso, o restringir la aplicación del art. 127.4 a los supuestos en los que el comportamiento, además de típico, es antijurídico y por consiguiente, entender que el comiso no se aplica cuando se configura alguna de las causales de justificación que prevé el art. 20 CP, posición esta última por la que me decanto, pues para determinar el ámbito de lo prohibido por el Derecho penal deben concurrir dos circunstancias: la concordancia de una conducta con el supuesto de hecho que está tipificado en la norma -tipicidad- y la ausencia de causas de justificación.³⁹ Solo en ese contexto podemos hablar de una conducta que sea antijurídica y de interés para el Derecho penal. En cualquier caso, debo reiterar lo necesario que es reformar el texto legal, para que el comiso (sea de efectos o instrumentos, sea de ganancias) quede supeditado a la existencia de un injusto penal en caso de no imposición de una pena.

Tratándose de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, el art. 127.4 solamente se aplica en relación con aquellas que pueden aparecer antes de la imposición de la pena (muerte del imputado, perdón del ofendido y prescripción del delito). Las que se pueden suscitar luego de la firmeza de la condena no son relevantes, pues al existir una pena, el comiso se debe regular de conformidad con lo preceptuado en el art. 127.1 CP. Dicho en otras palabras, el art. 127.4 está pensado para los casos en los que no se ha impuesto pena alguna y no para aquellos en que dándose ésta, con posterioridad se presentan circunstancias que la afectan. Así las cosas, son intrascendentes las causales referidas a la muerte del condenado (no del imputado, cabe aclarar⁴⁰); la remisión definitiva de la pena; el indulto y la prescripción de la pena, todas hipótesis previstas en el art. 130 del Código Penal.

³⁹ "... la primera condición que debe cumplir una conducta para ser calificada como antijurídica es que se trate de una conducta típica. Ahora bien, ésta es una condición necesaria pero no suficiente. En efecto, no todos los comportamientos coincidentes con el supuesto de hecho típico están prohibidos por el Derecho penal, porque algunos se realizan en circunstancias que los justifican... y que, por ello, reciben el nombre de causas de justificación... para certificar la antijuricidad o prohibición de un hecho se requieren dos requisitos: uno de carácter positivo, como es la concordancia de ese hecho con el supuesto de hecho típico, (tipicidad) y otro de signo negativo, consistente en la ausencia de causas de justificación." BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG*, op. cit., pp. 194-195. Por lo expuesto atrás, un sector de la doctrina considera las causas de justificación como elementos negativos del tipo, terminología que Berdugo Gómez de la Torre y los demás coautores de la obra citada no comparten, pues puede conducir a equívocos. Lo importante desde mi punto de vista, no es el nombre que se asigne a ese fenómeno, sino el fenómeno mismo: para determinar cuáles son los comportamientos de relevancia en el ámbito penal la tipicidad es una condición necesaria pero no suficiente, requiriéndose además la ausencia de causas de justificación.

⁴⁰ El art. 130.1 habla de la muerte del reo. Algunos estiman que el vocablo reo solamente se aplica al condenado, en tanto que otros lo entienden en un sentido más amplio, de manera que se pueda acudir a este precepto cuando no exista sentencia firme. Así, véase MORALES PRATS, Fermín. "Libro I: Título VII (Art. 130)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4ª edición, 2005, p. 692. Esta también es la opinión de Vásquez Iruzubieta: "Reo significa condenado, aunque el efecto también alcanza al imputado, cuya muerte extingue el proceso." VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. Madrid, Editorial La Ley, 2010, p. 335.

La muerte del imputado, como el perdón y la prescripción del delito, son causas de extinción de la responsabilidad criminal, lo que supone que el proceso no puede proseguir, sin embargo, eso no significa que no se pueda disponer el comiso en algunas ocasiones. Veamos cada caso. Ante la muerte del acusado sobrevenida en la fase de instrucción, corresponde dictar un sobreseimiento libre, de conformidad con el art. 637.3 LECrim. Si esa muerte se produce durante el juicio oral también corresponde aplicar esa causa de extinción (art. 115 LECrim), como señalan algunos, a través del dictado de una sentencia absolutoria.⁴¹ En cualquier caso, no cabe tener por demostrado los hechos que se le adjudican, toda vez que eso supondría quebrantar su derecho de defensa, ya que hablamos de un imputado que por su muerte no asistió al juicio; no contó con patrocinio y no ejerció su derecho de audiencia y contradicción en relación con la prueba recabada en su contra. Y en consecuencia, el comiso no procede.⁴²

Sobre la prescripción del delito, nótese que el art. 127.1 CP hace depender el comiso imperativo de la pena, con lo cual si ésta no se llega a imponer por haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal, el comiso tampoco tendrá lugar. Por esto, puede argumentarse que este comiso tiene un plazo de prescripción, que es idéntico al de la acción penal.⁴³ La situación es otra con el comiso facultativo previsto en el art. 127.4 CP. Éste es básicamente imprescriptible. Según la norma, dicha medida procederá cuando habiéndose demostrado una situación patrimonial ilícita no se haya impuesto pena, por haber sobrevenido alguna de las causas de extinción de la responsabilidad criminal y dentro de las cuales se enlista la prescripción del delito.⁴⁴ A *contrario sensu*, pese a que prescriba la acción penal (y se dé la extinción de la responsabilidad criminal), el comiso se puede imponer siempre y cuando se haya demostrado una situación patrimonial ilícita. Esta facultad que se otorga en la ley sustantiva no es compatible con lo dispuesto en la normativa procesal penal, ya que de la relación de los artículos 666.3 y 675 LECrim, en el proceso ordinario la prescripción es una excepción de previo pronunciamiento cuya conse-

⁴¹VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley*, op. cit., apartado III.1.

⁴² En ese sentido, p. ej., la STS N° 659/1993 de 22 marzo. Del mismo modo, en la STS N° 160/2003 de 24 febrero, se concluye que por la muerte del imputado no procede el comiso de una cantidad de dinero que se sospechaba procedía del tráfico de drogas.

⁴³ Manzanares Samaniego cree que el comiso no prescribe ya que surte sus efectos con la firmeza de la resolución judicial que lo acuerda. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 932. Creo que esta afirmación no es inconciliable con la expuesta en la investigación, ya que este autor no ha analizado el caso en que no se ha dictado una sentencia en la que se ordene el comiso.

⁴⁴ Esta es la posición de Pozuelo Pérez y Dopico Gómez-Aller: "La opción por el comiso tiene adicionales ventajas político-criminales. Para ella no rige el plazo de prescripción del delito ni el de la pena, tal como establece el art. 127.3 CP (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). Por ello, aun en el supuesto de que cupiese eludir la sanción por la vía de la prescripción, con la regulación vigente cabe ordenar el comiso de los efectos y ganancias del delito." DOPICO GÓMEZ-ALLER; POZUELO PÉREZ, "Demolición o comiso." En: *Diario La Ley*, op. cit., apartado IV.

cuencia (de ser acogida) es un sobreseimiento libre,⁴⁵ que impide perseguir el delito al tener los mismos efectos que la cosa juzgada material. Del mismo modo, si la prescripción es declarada durante el juicio oral,⁴⁶ la consecuencia sigue siendo la misma, pues procederá absolver al acusado,⁴⁷ sin que sea posible valorar su conducta en términos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Como señala Vázquez Iruzueta, la prescripción del delito “... implica la inoportunidad de practicar un juicio de valoración sobre una conducta en razón del efecto destructor del tiempo, que empobrece el significado antijurídico de las acciones y omisiones punibles, impidiendo establecer de modo adecuado el juicio de reproche.”⁴⁸ Por tanto, si en razón de la prescripción el proceso no alcanza la etapa de juicio, o haciéndolo, no se puede apreciar por parte del órgano jurisdiccional una conducta típica y antijurídica por haberse articulado esa causa de extinción de la acción penal, no será posible disponer el comiso, ya que el injusto penal es su presupuesto.

Vizueta Fernández considera que si la prescripción es alegada en una fase avanzada del juicio oral el órgano jurisdiccional sí podría llegar a la convicción de que el acusado ha realizado una conducta típica y antijurídica, de allí que no habría inconveniente para que además de resolver sobre la prescripción, ordene el comiso.⁴⁹ Desde mi punto de vista tal interpretación es plausible jurídicamente, pues si bien la prescripción del delito impide obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto,⁵⁰ el art. 127.4 prevé una excepción a esa regla, autorizando al órgano jurisdiccional a valorar los hechos con el propósito de resolver sobre la imposición

⁴⁵ Según Cabedo Nebot, la solución lógica es sobreseer libremente por el art. 637.3 de la LECrim. CABEDO NEBOT, Ricard (Coord.). *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Edersa, Tomo II, 2000, p. 42.

⁴⁶ Pese a la letra de la LECrim, la doctrina y la jurisprudencia admiten pacíficamente que la prescripción puede ser declarada en cualquier estado del procedimiento, e incluso de manera oficiosa. Véase al respecto, GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el derecho penal*. Madrid, Dykinson S.L., 2003, p. 36.

⁴⁷ Así se desprende, por ej., de las SSTS N° 364/2009 de 8 abril y N° 374/2009 de 10 marzo. En igual sentido, Choclán Montalvo señala que la prescripción en la actual configuración legal impide la misma declaración de culpabilidad: “Por la prescripción se extingue la acción penal para la persecución del hecho... Como es sabido, si falta un presupuesto jurídico-material de la punibilidad, procede la absolución, una vez finalizado el juicio oral.” CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 59.

⁴⁸ VÁSQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, op. cit., p. 338.

⁴⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?” En: *Diario La Ley*, op. cit., apartado III.3. Una posición más amplia es la de la FGE, que en la Circular 1/2005, afirma: “En ciertos casos la apreciación de la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal puede tener lugar antes del inicio de las sesiones del juicio oral, lo que dará lugar a la finalización del procedimiento por resolución judicial que no revestirá la forma de sentencia sino la de auto. En tales supuestos los Sres. Fiscales deberán interesar del órgano judicial competente que acuerde en dicha resolución el comiso previsto en el art. 127.3, previo trámite contradictorio en el que las personas cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por tal resolución tengan la posibilidad de defenderlos conforme a lo previsto en el art. 24 CE.”

⁵⁰ Señala González Tapia que con la prescripción lo que siempre estará vedado es “la declaración judicial de la responsabilidad criminal o culpabilidad del autor y de los demás posibles intervinientes en el hecho... puesto que la prescripción... impide que en la sentencia se declare la culpabilidad o inocencia del autor, los hechos prescritos, en buena lógica, no puede ser considerados a ningún efecto.” GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal*, op. cit., pp. 30-31.

de una medida cuyo fundamento y orientación teleológica es claramente distinto a la de cualquier pena o medida de seguridad. No obstante, lo que se echa de menos es una regulación procesal que permita articular esa respuesta, determinando con claridad cuáles serán los límites que debe respetar el operador jurídico al imponer el comiso, máxime si se tiene presente que el sobreseimiento adopta la forma de auto, con lo cual se estaría imponiendo una medida tan gravosa como el comiso en una resolución de esa categoría.

Tratándose del perdón del ofendido, el art. 130.5 CP señala que dicho perdón “habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia...” Es decir, este momento procesal (el dictado de la sentencia), es el último en el cual el perdón puede surtir efectos extintivos de la responsabilidad criminal. La norma no obstante, no señala a partir de qué momento se puede dar ese perdón, con lo cual debemos concluir que se puede otorgar en cualquier momento una vez iniciado el proceso. Dicho esto, es claro que si el perdón se otorga en las primeras etapas procesales y se dicta el sobreseimiento libre,⁵¹ el juicio oral no tendrá lugar, con lo cual el comiso no podrá ser decretado, al no existir un pronunciamiento sobre los hechos y la responsabilidad del acusado en los mismos. Si ese perdón se otorga durante el juicio tenemos la misma coyuntura que con la prescripción, pues según sea el momento en que el perdón se otorgue y surta efecto, se habrá o no evacuado la prueba y en esa medida, el órgano jurisdiccional estará en condiciones de pronunciarse sobre la configuración de un injusto penal en el caso concreto (acción típica y antijurídica).⁵²

No menos importante es incluir dentro del ámbito de aplicación del comiso, aquellos supuestos en los que no se impone pena porque concurren causas personales de exención que están contempladas en algunos tipos penales,⁵³ p. ej., las previstas en los arts. 177 bis.11;⁵⁴ 268; 305.4⁵⁵; 307.3; 308.4; 426,⁵⁶ 462; 454 y 480.1

⁵¹ Según Cabedo Nebot, bajo el art. 637 LECrim que regula el sobreseimiento libre, concretamente en su apartado 3, se incluyen las causas de extinción previstas en el art. 130 CP y dentro de las cuales figura el perdón del ofendido. CABEDO NEBOT, *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia*, op. cit., p. 1170.

⁵² En esta misma línea de ideas, señala Vizueta Fernández: “Si el juez en el momento de emitirse el perdón no ha llegado todavía, por no haberse desarrollado suficientemente la fase del juicio oral, a la convicción de que el imputado ha realizado una conducta típica y antijurídica, no podrá decretar el comiso de los, todavía sólo presuntos, efectos, instrumentos y ganancias del delito. Sólo estará en condiciones de llegar, en su caso, a tal convicción cuando, al menos, se haya practicado la totalidad de la prueba. Por ello, en nuestra opinión, si el perdón se emite una vez finalizado el juicio oral, antes de que el Juez dicte la sentencia, no debería existir obstáculo para que en ella se constatare la existencia del perdón, y, por tanto, la extinción de la responsabilidad penal, y al mismo tiempo se decretara, de darse los requisitos del art. 127 del Código Penal, el comiso de los efectos e instrumentos del delito, o de las ganancias provenientes del mismo.” VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?” En: *Diario La Ley*, op. cit., apartado III. 2.

⁵³ Muñoz Cuesta, en su obra “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *RJA 2004*, op. cit., p. 296, añade también las excusas absolutorias que eliminan la penalidad. Entiendo correcta esta inclusión, pues el hecho de que se contemplen en relación con tipos penales específicos no modifica su condición de causales de exención de la responsabilidad criminal.

⁵⁴ Éste incluye una cláusula que a la víctima de un delito de trata, la exime de la pena que corresponda por los delitos que haya podido cometer encontrándose en esa situación, lo anterior cuando concurren ciertas circunstancias. En un caso como éste, puede imponerse el comiso sobre los bie-

CP. Si el comiso se prevé para casos en los que se configura un hecho típico y antijurídico como mínimo, nada impide que se aplique en estos supuestos, donde se excluye únicamente la pena, con lo cual subsiste la declaratoria de responsabilidad criminal.

Siempre en cuanto al apartado 4 del art. 127 CP, el uso de la expresión en este último caso es inadecuado, toda vez que podría pensarse que la demostración de la situación patrimonial ilícita solo es necesaria cuando concurre una causa de extinción de la responsabilidad criminal. En realidad, al igual que sucede con cualquier elemento de un delito, los presupuestos del comiso siempre deben demostrarse. Para que el juzgador pueda concluir que hay una situación patrimonial ilícita (sea que haya operado una causal de extinción o exención de la responsabilidad penal, o que habiéndose declarado dicha responsabilidad no se llega a imponer una pena), es necesario que se haya probado ese extremo. Así las cosas, se puede prescindir de la frase mencionada.

De lo expuesto hasta este punto puedo extraer las siguientes conclusiones. Aunque creo que el legislador acertó al desvincular el comiso de la pena, la técnica legislativa empleada no fue la idónea. En primer término, porque el presupuesto que incorporó (la situación patrimonial ilícita), no tiene un contenido preciso, al punto que la doctrina se ha visto obligada a desprender su significado de las causas de exención y extinción de la responsabilidad criminal, obteniendo diferentes resultados, pues para algunos es sinónimo de hecho típico y para otros de injusto penal. Asimismo, porque para el comiso de efectos e instrumentos es intrascendente la situación patrimonial ilícita, que entiendo se relaciona con los beneficios de contenido económico, o en términos más precisos, con las ganancias provenientes de la infracción. Ante este panorama, es evidente que el art. 127.4 CP debe reformarse. La imposición del comiso de efectos e instrumentos debe supeditarse a la peligrosidad del bien (sea intrínseca o en relación con alguien) y admitirse en los casos en que solo se configure un injusto penal. El comiso de las ganancias también debería decretarse cuando se configure una acción típica y antijurídica y se demuestre un enriquecimiento injusto procedente de esa conducta.

nes de la víctima que a su vez tiene la condición de imputado por determinadas infracciones. Situación distinta es si la exención contenida en esa norma puede considerarse una excusa absolutoria, o una específica causa de justificación o exculpación. Al respecto MARAVER GÓMEZ, Mario. "La trata de seres humanos." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, p. 330. Lógicamente, esto deberá determinarse antes de imponer el comiso, pues éste solo procederá si se configura el injusto penal.

⁵⁵ Según Morillas Fernández, la norma al hablar de exención de la responsabilidad penal se refiere a la exclusión de la pena. MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. "Artículo 305." En: COBO DEL ROSAL, Manuel; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Comentarios al Código Penal. Segunda época*. Madrid, CESEJ, 2006, p. 51.

⁵⁶ Este artículo prevé la no imposición de la pena en el delito de cohecho cometido por un particular, cuando éste haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente por parte del funcionario y denuncie los hechos. Sobre esta excusa absolutoria, cfr. p. ej., POZUELO PÉREZ, Laura. "Los delitos contra la administración pública." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, p. 599.

Finalmente, el art. 127.4 CP también es aplicable a las personas jurídicas, por lo que se debe tener en consideración lo señalado en el art. 130.2 CP. Según éste: *“La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.”* Esta norma se puede fraccionar en dos partes. La primera, dirigida a garantizar que los cambios que experimenten las personas jurídicas no sean un obstáculo para que cumplan con sus responsabilidades penales. La segunda, a señalar que solo la liquidación de la persona jurídica (entendida según esta disposición, como un cese definitivo de su actividad económica y la pérdida de la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más importante de todos ellos) y no su simple transformación, fusión, absorción o escisión, se puede considerar causal de extinción de la responsabilidad penal. Ese supuesto -la liquidación de la persona jurídica- bien podría incluirse como uno más en el art. 130 mencionado, lo que permitiría solventar la crítica que Mapelli Caffarena hace en relación a este tema, a saber, que esta norma (el 130 CP) prevé causas de extinción y no hipótesis en las que ésta no se da.⁵⁷

La jurisprudencia no valora positivamente el apartado 4 del art. 127 CP. Por ejemplo, en la STS N° 1146/2006 de 22 noviembre, se afirma que la mencionada disposición amplía la naturaleza represora del comiso, convirtiéndolo en una *cuasi* indemnización penal.⁵⁸ Entiendo que esta crítica es plenamente acorde con todo lo antes expuesto, lo que confirma la necesidad de su reforma.

III. Comiso como pérdida de derechos que integran un patrimonio.

El art. 127 CP indica que el comiso produce la pérdida de los efectos y ganancias provenientes del delito o falta, así como la de los bienes, medios o instrumentos con que éste se haya preparado o ejecutado. Para Manzanares Samaniego al enfatizar el vocablo *pérdida*, el legislador reconoce que esta figura se mueve en el ámbito de los

⁵⁷ Dos críticas hace Mapelli Caffarena a este apartado. La primera, que está referida a un problema de autoría y no a uno de extinción de la responsabilidad penal. La segunda, que el art. 130 lo que prevé son causas de extinción y no los múltiples supuestos en los que no procede ésta. MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Artículo 130.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 523.

⁵⁸ *“Innovación legislativa que, destaca la doctrina, aun comprendiendo la ratio de la misma que apunta al complejo entramado con el que determinada delincuencia que determina la preservación de su patrimonio frente a sus condenables actos, cabe reflexionar desde el punto de vista exclusivamente técnico acerca de la finalística desnaturalización de la naturaleza del comiso, que extiende sus efectos sin la debida conexión típica con la responsabilidad penal, bien extinguida, bien declarada afecta de alguna exención, con lo que parece ampliarse la naturaleza represora del comiso, declara raigambre procesal preventiva, con la de una afección cuasi indemnizatoria penal, bien entendido que el uso del tiempo verbal «podrá» en este apartado 3º, permite un ejercicio tan facultativo como ponderado por el Juzgador.”*

derechos reales pues no produce un crédito (como sucede con la multa), sino la pérdida del dominio con efecto definitivo,⁵⁹ la transmisión directa de la propiedad del bien a favor del Estado,⁶⁰ esto sin perjuicio del destino que se le asigne posteriormente. Esta conclusión es asumida por buena parte de la doctrina,⁶¹ restringiendo así el comiso al derecho de propiedad,⁶² lo que no comparto por los motivos que a continuación expondré.

No hay duda acerca de que el comiso afecta *el patrimonio* del condenado y en ocasiones el de otras personas, sean físicas o jurídicas. Ahora bien, el patrimonio, o al menos el patrimonio activo, es el conjunto de relaciones jurídicas activas o derechos que en un determinado momento conforman esa esfera.⁶³ El patrimonio no está integrado por cosas o bienes, sino por derechos,⁶⁴ concretamente por los de-

⁵⁹ MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 249; MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español*, op. cit., p. 252; MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caucción en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ*, op. cit., p. 8; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 923.

⁶⁰ MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP*, op. cit., p. 74; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La pena de multa." En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, La Ley-Actualidad, S.A., Tomo 2, Doctrina, 1996, p. 1535.

⁶¹ P. ej., FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., Tomo IV, p. 993; REVILLA REVILLA, Eusebio. "La pena de multa." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, Sección Doctrina, 1997, Tomo 4, apartado III. 1. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>, o Ayo Fernández. Éste llega a señalar que la pertenencia del bien debe entenderse en el sentido de propiedad sobre los bienes y no como mera titularidad de algún derecho de uso y disfrute de los mismos AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, op. cit., p. 275. Hay excepciones a esta posición, v.g., Gascón Inchausti; Blanco Cordero y Mapelli Caffarena. El primero habla del comiso como el desplazamiento coactivo de la titularidad de un bien o derecho. GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., p. 588. Vid. también GASCÓN INCHAUSTI, "Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea." En: ARMENTA DEU, et ál., *El derecho procesal penal en la Unión Europea*, op. cit., p. 219. El segundo, analizando el comiso de ganancias en el caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos, concluye que lo obtenido por la empresa es la adjudicación de un contrato administrativo, con los derechos y obligaciones que se derivan de él y que lo decomisible es el valor económico de dicha relación contractual. BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC*, op. cit., pp. 68-69. De esta manera admite que el comiso puede recaer sobre bienes que son objeto de derechos diferentes al derecho real de propiedad. El tercer autor, al examinar el comiso por valor equivalente en una obra de reciente data, entiende que las ganancias pueden estar integradas por *meros aprovechamientos o privilegios y no por cosas materiales*. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5º edición, 2011, p. 416.

⁶² Salvo pocas excepciones, entre las que destacan las que acabo de mencionar, los autores estudiados no se pronuncian en cuanto al comiso de derechos diferentes al de propiedad.

⁶³ En este sentido, véase ALBALADEJO, *Derecho Civil*, op. cit., Vol. I, pp. 475-476.

⁶⁴ Para Serrano Alonso y Serrano Gómez el patrimonio está integrado, entre otros, por "...bienes en sentido amplio o general, incluyendo tanto los bienes materiales o cosas en sentido jurídico como los bienes inmateriales: energías en general, como puede ser el agua, electricidad, gas, etc.", así como "...los derechos de naturaleza real y obligacional." SERRANO ALONSO, Eduardo; SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Manual de Derecho Civil. Curso I-Plan Bolonia*. Madrid, Edisofer S.L., 2011, p. 276. Con mayor precisión terminológica, señala Albaladejo, "Aunque por licencia del lenguaje debida a brevedad

rechos subjetivos patrimoniales.⁶⁵ El derecho subjetivo entiende Albaladejo, es el poder respecto a un determinado bien que el ordenamiento jurídico concede a la persona para satisfacer sus intereses dignos de protección.⁶⁶ El sujeto del derecho es quien está investido del poder en que el derecho consiste⁶⁷ y el contenido de ese poder depende de cada derecho.⁶⁸ V.g., el poder que tiene el titular de un derecho de propiedad es diverso al que tiene el titular de un derecho de usufructo.

Además de las cosas materiales (p. ej., un bien inmueble sobre el que recae un derecho de propiedad), son objetos de derecho todas las entidades sobre la que es posible tener el poder que el ordenamiento jurídico ha otorgado al sujeto. De esta manera, algunas cualidades del individuo son objeto de los derechos a la personalidad; los productos de la creación humana o también llamados bienes inmateriales; la conducta o determinados actos de los demás que son objeto de derechos de crédito y la participación de la persona en ciertas entidades, v.g., en una sociedad.⁶⁹

Tratándose del comiso, son de interés los derechos que componen el patrimonio, a saber, los que otorgan a su titular un poder susceptible de valoración económica.⁷⁰ Así se extrae de la incorporación en el art. 127 CP del comiso por valor equivalente y el comiso ampliado. A mayor abundamiento, no se pueden imaginar hechos en los que p. ej., los derechos de familia (la potestad de un padre sobre su hijo), o los derechos de la personalidad (el derecho al honor), se puedan enmarcar en las categorías que prevé la norma (efectos, instrumentos y ganancias de la infracción). Situación distinta se da con los derechos corporativos, los derechos reales, los que pesan sobre bienes inmateriales, los derechos de crédito y los derechos de monopolio,⁷¹ que además de ser derechos patrimoniales que, por definición, son con-

de expresión, se hable, a veces de que el patrimonio se compone de cosas o de bienes; en rigor, son los derechos sobre estos los que integran aquel (así, el derecho de propiedad, y no la cosa objeto del mismo)." ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.*, Vol. I, p. 477. En igual sentido, Lacruz Berdejo indica: "En todo caso, el patrimonio está integrado por derechos, reales o de crédito; no por cosas." LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General*. Madrid, Editorial Dykinson, Vol. 3, 3º edición, 2005, p. 60. Finalmente, DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Tecnos, reimpresión de la 9ª edición, Vol. I, 1998, p. 383.

⁶⁵ El patrimonio solo está compuesto por los derechos con contenido económico. Así, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General, op. cit.*, Vol. 3, 3º edición, 2005, p. 60.

⁶⁶ ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.*, Vol. I, p. 416.

⁶⁷ "... aquella persona a quien el ordenamiento confiere el poder jurídico en que ese derecho consiste..." LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General, op. cit.*, Vol. 3, 3º edición, 2005, p. 80.

⁶⁸ "El contenido; es el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a cada tipo de derecho... no hay un contenido general aplicable a todo derecho subjetivo, el alcance y extensión de ese poder es distinto según el tipo de derecho que se trata..." SERRANO ALONSO; SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho Civil. Curso I-Plan Bolonia, op. cit.*, p. 331.

⁶⁹ ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.*, Vol. I, p. 420.

⁷⁰ "Se habla de derecho subjetivo patrimonial cuando el derecho subjetivo otorga a su titular un ámbito de poder valorable o evaluable en dinero. Por lo general, los derechos subjetivos de carácter patrimonial encuentran fundamento en las propias necesidades de índole material del individuo y, por tanto, reflejan su situación económica." LASARTE, Carlos. *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*. Madrid, Marcial Pons, Tomo I, 17ª edición, 2011, p. 109.

⁷¹ "Derechos corporativos, que corresponden a una persona por formar parte de ciertas entidades (derecho a percibir su cuota en los beneficios de una sociedad, o a participar en las juntas de miembros y votar en ellas, etc.). Derechos reales, que recaen inmediatamente sobre una cosa corporal atribuyendo al titular un señorío sobre ella, bien total (como el de propiedad), bien limitado (como el usufructo, servidumbre, etc.). Derechos sobre bienes inmateriales o derechos sobre las creaciones del

cedidos para satisfacer intereses económicos y que, a diferencia de los no patrimoniales,⁷² son susceptibles de ser valorados en dinero, pueden encuadrar perfectamente en las mencionadas categorías.

Según Manzanares Samaniego, tanto las cosas como los derechos pueden ser objetos de comiso pues la norma no hace diferenciación alguna.⁷³ Tal apreciación es inexacta, pues el comiso no recae sobre cosas o derechos como ya señalé, sino sobre elementos individuales (en concreto, los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción), que constituyen el objeto de los derechos que integran el patrimonio activo del responsable de la infracción o de un tercero. Es decir, no se trata de una alternativa entre las cosas y los derechos en los términos que plantea Manzanares Samaniego, sino que las primeras (las cosas), al igual que otras entidades, son el objeto de los derechos que integran el patrimonio activo de alguien.

Ya centrándonos en el vocablo cosa, un sector de la doctrina considera que comprende "... todo aquello que es susceptible de ser adquirido o transmitido, estando "dentro del comercio de los hombres" (art. 1271 CC), por revestir alguna utilidad o aprovechamiento para las personas. Dentro de dicha noción cabe considerar incluidas no sólo las cosas corpóreas y materialmente tangibles (p. ej. casas, coches, buques, animales, etc.), sino también -aunque la cuestión no está exenta de polémica doctrinal- las inmateriales (las obras del ingenio) y las que, como las energías, no pueden ser fácilmente aprehendidas físicamente... En realidad, lo que caracteriza a las "cosas" es, como dice el Código Civil, su "apropiabilidad" (o transmisibilidad); en definitiva, su aptitud para ser integradas en un patrimonio."⁷⁴ Como se ve, cuando hablamos de la cosa hay que entender cualquier objeto corporal, así como los incorpóreos que son

espíritu humano, que recaen sobre la obra realizada por éste (derechos denominados por nuestra Ley, de propiedad intelectual, industrial, etc.). Derechos de crédito (también llamados derechos de obligación), que son aquellos que recaen sobre la conducta de otra persona, concediendo a su titular el poder de obtener de aquella una determinada prestación, es decir, de obligarle a que observe una cierta conducta (dar, hacer o no hacer alguna cosa; como transferir un objeto, prestarle un servicio, etc.). Derechos de monopolio, que son los que tiene aquellas personas a las que han sido concedidas determinadas exclusivas y otros privilegios." ALBALADEJO, Derecho Civil, op. cit., Vol. I, p. 422. Vid. también LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil. I. Parte General, op. cit., Vol. 3, 3ª edición, 2005, p. 78.

⁷² Los no patrimoniales se dirigen a llenar intereses morales o ideales y no son evaluables pecuniariamente. ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.*, Vol. I, pp. 422-423. Una aclaración adicional, para que no se mal interpreten mis palabras: el que un derecho no se pueda medir en dinero no significa que no tenga efectos pecuniarios. Albaladejo cita como ejemplo el derecho al honor, pues quien lo quebranta ha de resarcir económicamente el perjuicio causado. *Ibidem.*, p. 423.

⁷³ "... en el patrimonio se integran todos los derechos de contenido económico, sean o no reales, y... entre las acepciones de la palabra propiedad se halla la que la hace extensiva por igual a las cosas y derechos, habiéndose acuñado denominaciones como las de propiedad intelectual, industrial, etc." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 74.

⁷⁴ Esta es la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 477. Según Albaladejo, "Entidad material o no, significa que por cosa hay que entender no sólo los objetos corporales, sino también todo ser que, aun careciendo de un cuerpo sólido, líquido o gaseoso, pero teniendo una realidad perceptible por los sentidos (así, la electricidad), o incluso puramente ideal (así, una obra literaria: cosa inmaterial), es equiparado por el Derecho a aquéllos." ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.*, Vol. I, p. 484. Según la otra posición doctrinaria, el concepto de bienes es más amplio que el de cosas. P. ej., una idea es un bien aunque no una cosa. Sobre esta tesis léase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 477.

equiparados por el Derecho. Por esta razón es claro que el comiso puede recaer sobre cosas corporales o incorporeales siempre y cuando sean considerados efectos, instrumentos y ganancias de la infracción. Aunque la doctrina penal no profundiza en este tema, Mapelli Caffarena sigue esta línea de pensamiento, al indicar que los instrumentos susceptibles de comiso pueden ser cosas no tangibles.⁷⁵

En suma, lo que es objeto de transmisión con el comiso no es el objeto decomisado, sino el derecho que recae sobre ese objeto y que no necesariamente es un derecho de propiedad. P. ej., A encarga a B cometer un homicidio y como pago le trasmite un derecho corporativo (pensemos en el derecho a recibir una cuota en los beneficios de una sociedad); o un derecho sobre un bien inmaterial (quizá sobre una obra literaria que acaba de escribir); o un derecho de crédito (concediéndole el poder de exigir a otro individuo una determinada conducta). Del mismo modo, los objetos del derecho real de propiedad no son los únicos susceptibles de ser catalogados como efectos, instrumentos o ganancias de la infracción, con lo cual el Estado puede adquirir a través del comiso, un derecho real diverso (v.g., un derecho de usufructo, que concede al titular un señorío parcial sobre la cosa corporal).⁷⁶

El art. 127 CP indica que el comiso supone la *pérdida* de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción. La normativa supranacional habla del comiso como una medida que provoca la *privación definitiva de bienes*. Según lo expuesto *supra*, ambas expresiones deben entenderse como la *privación o pérdida del derecho patrimonial* que tiene el titular sobre un objeto que ha sido catalogado como efecto, instrumento o ganancia de una infracción y que no necesariamente es un derecho real de propiedad.⁷⁷ Un argumento adicional que da solidez a esta conclusión la encuentro en la doctrina civil, concretamente en la obra de los autores que han abordado el

⁷⁵ "No necesariamente los instrumentos tienen que ser cosas tangibles, también puede ser decomisado un título nobiliario, utilizado por el reo para la comisión de estafas, un contrato de arrendamiento, un soporte informático o energía eléctrica si esta ha sido retirada del mercado con intención de desabastecer un sector." MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.*, p. 51.

⁷⁶ Recordemos que el ordenamiento jurídico considera derecho real tanto la dominación total que ejerce la persona sobre las cosas (derecho de propiedad), como a otras formas de dominación más limitadas, p. ej., el derecho sobre los frutos de la cosa (usufructo), o a obtener alguna ventaja de ella (v.g., la servidumbre de paso). LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil. III. Derechos Reales*. Madrid, Dykinson, Vol. I, 2º edición, 2003, p. 1.

⁷⁷ Aunque sin profundizar en esta temática, Gascón Inchausti nos ofrece algunos elementos que apoyan esta tesis, al decir que: "Como consecuencia del decomiso, el Estado -u otro ente público- pasa a adquirir la titularidad del bien decomisado, en perjuicio de su titular anterior, que queda privado de aquélla; por ello, la privación de la titularidad no es más que una parte de un fenómeno más amplio de desplazamiento o traslado coactivo de la titularidad de un bien o derecho. Esta privación y desplazamiento de la titularidad del bien o derecho se justifican por la existencia de una doble vinculación: -En primer término, se ha de dar una vinculación entre el bien decomisado y un hecho antijurídico (habitualmente delictivo) que es objeto de castigo (normalmente en vía judicial penal). Esta vinculación entre el bien decomisado y el delito puede ser de varios tipos: así, se produce cuando el bien decomisado es un efecto del delito; también cuando es un medio o instrumento de preparación o ejecución del delito; se da igualmente cuando se trata de las ganancias provenientes del delito en cuestión; y son posibles, incluso, vinculaciones más indirectas (v.g., en relación con los bienes adquiridos con el dinero del producto del delito)..." GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, pp. 23-24.

tema de los derechos subjetivos, pues distinguen entre la extinción del derecho y su *pérdida*. Con esta última palabra aluden a los casos en que el derecho es transmitido a otra persona,⁷⁸ tal y como lo estoy argumentando aquí.

Las consecuencias de la transmisión del derecho dependen según mi entender, de si la adquisición que opera a favor del Estado es o no *derivativa*. Tratándose de los efectos e instrumentos, la adquisición es *derivativa*,⁷⁹ pues para hacer suyo el derecho, la otra persona, sea física o jurídica, debe experimentar su *pérdida*. Y como la adquisición derivativa parte del principio básico de que nadie puede dar más de lo que tiene,⁸⁰ el Estado al disponer el comiso debe respetar los límites del derecho que disfrutaba el anterior titular, si es que existía ese derecho (lo común es que tenga derechos quien ha adquirido el bien conforme a las reglas del ordenamiento jurídico, aunque con posterioridad ese bien sea considerado efecto o instrumento de una infracción).⁸¹ Me explico con un ejemplo. Si instrumento de la infracción es el objeto de un derecho de usufructo, el comiso no podrá suponer la pérdida del derecho de propiedad que sobre el bien en cuestión tiene un tercero, sobre todo si ese tercero es de buena fe. Sin embargo, sí podría abarcar el derecho de usufructo en las condiciones en que lo tenía el autor del hecho. Situación distinta es que, por razones prácticas, el Estado considere inconveniente decomisar un bien en estos términos, o solo se interese por aquellos casos en los que el comiso suponga el traslado a su favor de un derecho real de propiedad.

En lo relacionado con las ganancias de la infracción la situación es otra, pues el autor o partícipe de la infracción, o p. ej., el tercero en nombre de quien éste actúa, nunca tendrá un derecho de propiedad sobre esas ganancias. La infracción no es un

⁷⁸ *"En dicha línea, suele ser frecuente reservar la palabra extinción para la desaparición del derecho en sí mismo considerado; mientras que la pérdida vendría a significar que la titularidad del derecho pasa o se transmite a otro sujeto... respecto de los derechos reales, la extinción propiamente dicha supondrá en la mayoría de los supuestos la desaparición física o la pérdida de valor de la cosa sobre la que recaen (caída de las gafas al mar desde un mirador; rotura del televisor; incendio en la caravana; etc.). Respecto de la pérdida del derecho, cabe afirmar que se da cuando es transmitido a cualquier otra persona, sea cual sea la circunstancia o causa que sirve de base a dicha transmisión. Por tanto, en términos materiales, realmente el derecho lo ha perdido su titular, pero no se ha perdido en cuanto lo ostenta otra persona distinta."* LASARTE, *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*, op. cit., p. 114.

⁷⁹ La adquisición es originaria cuando no se basa en derecho anterior alguno, es decir, se adquiere un derecho *ex novo*, tal es el caso del cazador que se apropia del animal que ha cazado y que no tenía dueño. Así, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, op. cit., Vol. I, p. 425.

⁸⁰ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, *ibídem*, p. 425. Por su parte, Carlos Lasarte señala: *"...la adquisición derivativa tiene lugar cuando el titular cede o transmite su derecho a cualquier otra persona (nuevo titular), quien pasará a ostentarlo, por tanto, a causa de la transmisión habida. Según ello, el nuevo titular ocupa la misma posición jurídica que tenía el anterior y, por consiguiente, el contenido y extensión de su derecho se mantiene en las mismas condiciones y circunstancias en que lo ostentaba el anterior titular."* LASARTE, *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*. op. cit., p. 111.

⁸¹ En sentido contrario, quien no ha adquirido el bien conforme a las reglas del ordenamiento jurídico no tendrá derechos sobre él y en ese tanto, no podrá argumentarse que el comiso es una traslación de tales derechos. V.g., A compra un arma prohibida y la emplea para cometer un homicidio. El Estado al decomisar el arma no hace suyo el derecho de propiedad que el autor del hecho tiene sobre el arma. En realidad ese derecho nunca existió ya que el arma no está en el comercio de los hombres (art. 1271 CC).

modo de adquirir la propiedad (u otro derecho) que el ordenamiento jurídico reconoce.⁸² Todo lo contrario, el art. 1275 del Código Civil indica que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno. Por lo anterior, a pesar de las apariencias de titularidad que puedan presentarse, en realidad no hay un derecho subjetivo sobre los bienes⁸³ y ese tanto, la adquisición que efectúa el Estado no es derivativa en el sentido antes reseñado (pérdida de derechos y su traslación al Estado, con los límites que apunté atrás). En suma, el decomiso de las ganancias a favor del Estado no lesiona los derechos del autor o partícipe de la infracción, pues no se puede lesionar un derecho que no se tiene.⁸⁴ Con la adquisición, solo se está revirtiendo una situación patrimonial ilícita.

En cuanto al momento en que el efecto del comiso se produce, la doctrina se decanta por señalar el de la firmeza de la sentencia en la cual se dispone esta consecuencia accesoria.⁸⁵

IV. Momento en que debe darse la titularidad del derecho afectado por el comiso.

La doctrina se cuestiona en qué momento debe darse la propiedad del bien objeto de comiso (y aclararía yo, la titularidad de los derechos que son afectados por el

⁸² Comparte este criterio, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. "La "confiscación" del patrimonio proveniente del delito." En: *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidos S.A., N° 78-2002, p. 516.

⁸³ Así lo indica Choclán Montalvo: "Pero sobre la ganancia no es posible constituir una relación jurídica de dominio, por lo que en ese caso, no es que los bienes se adjudiquen al Estado, sino que son *op legis* del Estado, pues sobre los beneficios ilícitos, o sobre sus transformaciones, no puede invocar el acusado un derecho de propiedad, sólo una posesión natural." CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, *op. cit.*, p. 346. En igual sentido, véase BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 114 y CORTÉS BECHIARELLI, "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, *op. cit.*, pp. 116-119. Este último autor señala que el comiso de ganancias no priva de derecho legítimo alguno, a diferencia de lo que sucede con el comiso de instrumentos, que desde su óptica lesiona el derecho a la propiedad.

⁸⁴ Para Choclán Montalvo, la acción que ejerce en Estado en el caso de las ganancias "toma la naturaleza de una acción reivindicatoria de bienes de los que es titular, pero son poseídos sin derecho por el acusado." CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, *op. cit.*, p. 346.

⁸⁵ MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP*, *op. cit.*, p. 84; MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP*, *op. cit.*, p. 632. En otra obra Manzanares Samaniego indica que la legislación alemana, en concreto, en el §74 e) del Código penal, se prevé que el Estado adquiere la propiedad de la cosa o del derecho decomisado al producirse la firmeza de la resolución, lo anterior dejando a salvo los derechos de tercero (con excepción de los supuestos especiales, entre los que están los objetos peligrosos del §74.II.2). Hasta el momento de la firmeza, opera una prohibición de enajenación que favorece al Estado, de conformidad con el 136 BGB. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP*, *op. cit.*, p. 526.

comiso) para que proceda éste: si cuando se comete la infracción, o al momento en que se dicta la sentencia.

Según Manzanares Samaniego, el comiso como pena exigía que el responsable criminal fuese ininterrumpidamente el dueño de la cosa desde que acontece la infracción y hasta la sentencia, básicamente porque en el binomio delito-pena, las sanciones se imponen en atención a una situación pasada.⁸⁶

Esta conclusión perdió vigencia una vez que el comiso pasó a ser una consecuencia accesoria. Según Ayo Fernández, la medida puede recaer sobre un bien que el sujeto haya adquirido antes o después de cometer la infracción.⁸⁷

Creo que Ayo Fernández lleva razón, aunque es indispensable hacer algunas observaciones. En primer término, hay que tener claro que el comiso puede imponerse sobre bienes de terceros salvo ciertas excepciones. Así dicho, al menos en principio cualquier bien, sea quien sea su titular, puede ser sometido a comiso cuando en sentencia se le considere un efecto (por ser un bien producido, transformado o manipulado desde la propia conducta constitutiva de la infracción), un instrumento (bien con que se comete o prepara la infracción), o una ganancia (utilidades o beneficios de contenido económico que provienen de la infracción). Esa condición (efecto, instrumento o ganancia) bastará, salvo algunas excepciones, para que proceda el comiso. Veamos algunos ejemplos. A es dueño de un arma de fuego permitida que B, sin conocimiento de A, emplea para cometer un homicidio. Posteriormente A la vende a B, cumpliendo con la normativa existente para tales efectos. El arma aunque no fuese del autor al cometer el hecho, puede ser decomisada pues no es de un tercero y tiene la categoría de instrumento. Si A al cometer el homicidio es dueño del arma de fuego y luego la vende a B, el comiso también será procedente

⁸⁶ "Un ligero examen del artículo 48 podría hacer pensar que se mueven en un mismo plano temporal la imposición de una pena principal, con la que arranca la redacción del precepto, y el de la pertenencia al reo, pero dicha afirmación sería una verdad a medias. No negamos que el culpable deba ser el dueño de lo decomisado al tiempo de la condena, sino que añadimos a ese requisito el de la propiedad anterior. La declaración del artículo 48 se agota en el reconocimiento de que el comiso, como pena, solo puede imponerse a un responsable criminal, pero la necesidad de que éste tuviere la propiedad al ejecutarse la infracción se desprende del propio binomio delito-penalidad. Las sanciones, lógicamente posteriores a la conducta delictiva, descansan, sin embargo, en la situación pasada... En buena doctrina la penalidad no ha de variar, nacer o extinguirse por razones extradelictuales. Las excepciones al respecto son más aparentes que reales y, se explican por la incidencia de otros principios. Así ocurre con la muerte del acusado (el sujeto pasivo de la pena ha de ser persona viva), y la enajenación del instrumento cuyo dominio se tenía al cometer el hecho (imposibilidad de penar a quien no es criminalmente responsable). Cuando se individualiza la multa según las condiciones materiales del reo al tiempo de fallar sólo se está manteniendo -con la adaptación a las nuevas circunstancias- la entidad de un impacto económico que arranca, sin restricción alguna, de la gravedad del delito y de la culpabilidad del reo en la fecha de comisión. No cabe parangón con el comiso de lo adquirido desde el delito, ya que en este caso sería la propia pena la que dependería del ulterior proceder del reo. En el particular supuesto de que la cosa, no embargada previamente, pasara a la propiedad de un tercero antes de la firmeza de la sentencia, el comiso acordado en el fallo sería correcto, si bien inejecutable. Valga de nuevo el símil del fallecimiento del reo. Recuérdese también que nuestro Código no conoce ni el comiso por subrogación ni la pérdida del valor de la cosa." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: REP, op. cit., pp. 79-81.

⁸⁷ AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, op. cit., p. 274.

(salvo que concurren los supuestos que eximen de la imposición del comiso), pues la venta no elimina su carácter instrumental. Esto mismo se aplica con las ganancias y los efectos. *Lo importante no es quién sea el titular del bien al ocurrir el hecho, sino que ese bien tenga la condición de efecto, instrumento y ganancia. El bien pudo ser adquirido por el autor o partícipe del hecho antes o después de cometerlo, o inclusive nunca pertenecerle.*

Tratándose del comiso por valor equivalente la situación cambia, ya que los bienes sobre los que se aplica deben pertenecer a los criminalmente responsables del hecho. No obstante, creo que atendiendo a la lógica del precepto (que busca asegurar el comiso con bienes cuyo valor sea equivalente a los de aquellos directamente vinculados con la infracción que por cualquier razón no puede ser decomisados), habrá que entender que el autor o partícipe debe ser el titular para el momento en que se ordena el comiso, sin que se pueda exigir que lo sea desde la comisión misma del hecho.

Igualmente sucede con el comiso ampliado, pues recae sobre el patrimonio de los condenados únicamente, cuando en virtud de una presunción legal, el mismo se entiende relacionado con la criminalidad organizada o el terrorismo, pero no con el concreto hecho enjuiciado.⁸⁸ Desde mi óptica, los bienes decomisados pueden haber sido adquiridos por los condenados antes o después de los hechos condenados, básicamente por dos motivos. El primero, porque el art. 127.1 párrafo 2 CP no aclara si esas actividades criminales deben ser previas, simultáneas o posteriores a los hechos que se tienen por probados en sentencia, con lo cual se comprenden todas las hipótesis. El segundo, porque la incorporación de un bien al patrimonio del responsable criminal no necesariamente ocurre en el mismo período en que se comete la conducta. P. ej., A se dedica al tráfico de drogas. Los concretos hechos acusados y sometidos a juicio tienen lugar en el año 2009 y la sentencia, dictada en el año 2011, ordena el comiso ampliado de las ganancias que generó esa actividad durante el año 2008 y que A incorporó a su patrimonio -al menos formalmente- en el año 2010, al comprar un vehículo e inscribirlo a su nombre.

Repito, otro problema es que el comiso no proceda porque concurre alguna de las excepciones que prevé la legislación tratándose de bienes de terceros (buena fe, ausencia de relación con el hecho y adquisición legal del bien), mismas que serán analizadas a continuación.

V. Decomiso de bienes objeto de derechos cuyo titular es un tercero.

Una vez que el comiso perdió su carácter de pena, dejó de dirigirse contra la persona del condenado, para hacerlo contra los efectos, instrumentos y ganancias

⁸⁸ No se ha demostrado que sean ganancias, efectos o instrumentos del concreto hecho enjuiciado que también se relaciona con esos fenómenos criminológicos: delincuencia organizada y terrorismo.

de la infracción, persiguiéndoles con independencia de quién sea su titular, lo que supuso una ampliación del ámbito de aplicación de esta figura jurídica.⁸⁹ De conformidad con el art. 127.1 CP, impuesta la pena se procede al decomiso de los bienes que son considerados como efectos, instrumentos o ganancias de la infracción y no solo a los que teniendo dicho carácter, son propiedad del condenado.⁹⁰ De igual manera, en el apartado 4 del mismo artículo se prevé el comiso facultativo de los bienes citados *supra* cuando, a pesar de no haberse impuesto una pena, se ha demostrado una situación patrimonial ilícita, pertenezcan a quien pertenezcan.

En suma, el comiso debe imponerse sobre bienes que pueden pertenecer a un tercero, *salvo que se trate de un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*. Solo en caso de que el tercero reúna las tres condiciones antes mencionadas⁹¹ (buena fe, no responsabilidad en el delito y adquisición legal) el comiso no tendría lugar. De esta forma, carece de interés si ese propietario fue quien usó el bien (p. ej., a pesar de ser partícipe en la infracción no fue él quien lo empleó), o si desconocía el uso que se le daba por parte de otros.⁹² El comiso de bienes de terceros se convirtió en la regla, cuya excepción depende de la concurrencia de los factores antes mencionados.⁹³

⁸⁹ Si el comiso fuese una pena, la confiscación de bienes de tercero carecería de sentido. Así MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 76.

⁹⁰ "... la imposición de dicha pena actúa como un presupuesto genérico del comiso: realizado, de forma culpable y punible, un hecho penalmente antijurídico, el comiso se proyecta sobre todos los bienes que constituyeren efectos del delito, instrumentos con que se hubiere ejecutado éste, o ganancias procedentes de él, con independencia, en principio, de quien fuere el titular de dichos bienes, de que dicho titular hubiere participado o no en el delito y, en el primero de estos casos, de que hubiese actuado culpable o inculpablemente." RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 534.

⁹¹ Para Martín Pérez la norma prevé 4 requisitos: ser realmente tercero, ser tercero de buena fe, adquisición legal y no responsabilidad en el delito. Bastará con que no se articule uno para que el bien sea decomisible. MARTÍN PÉREZ, "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)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.*, p. 229. Martín Pérez se apoya en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, autor que ubica en el texto legal tres requisitos, bastando con la ausencia de uno de ellos para que proceda el comiso. Véase OCTAVIO DE TOLEDO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.*, p. 2. Zaragoza Aguado por su parte, dice que solo ante dos parámetros se impide el comiso: que el bien sea de lícito comercio y que haya sido adquirido legalmente por tercero de buena fe no responsable del delito. ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, p. 420. Léase también ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.*, pp. 33-34.

⁹² En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 78.

⁹³ Véase en este mismo sentido SALAS CARCELLER, "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. CDJ, op. cit.*, p. 331; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, pp. 532-533. Este último señala: "Se arranca del comiso preceptivo de todos los instrumentos y productos del delito, así como de todas las ganancias provenientes del mismo (y éstas sean cuales fueran sus beneficiarios y transformaciones). 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 la propiedad del reo para añadir luego supuestos concretos de extensión a la titularidad de terceros, sino que se arranca de un comiso indiscriminado en el que caben algunas excepciones atendiendo a la propiedad de terceros libres de todo reproche y, si se permite la expresión, con

Acerca de si la ampliación antes descrita es favorable o no, encontramos posturas doctrinarias distintas. Para autores como Manzanares Samaniego supone un importante retroceso. Según él, el comiso de bienes de terceros se plantea como regla y debería ser una excepción. Del mismo modo cuestiona el empleo de la expresión *buena fe* (la considera imprecisa), así como el de la expresión *tercero no responsable del delito*, toda vez que el tercero que es responsable del delito no tendrá la condición de tercero. Finalmente, señala que la norma exige *pureza de sangre* en cuanto al modo de adquisición de la cosa,⁹⁴ lo que no es trascendente.

De manera diversa, Ramón Ribas señala que aunque la exclusión del comiso en relación con los bienes propiedad de tercero se formula como una excepción, ésta se configura con una proyección general: “... no cabe comiso de bienes de terceros si éstos son de buena fe que los hubieran adquirido legalmente. A contrario sensu, si el tercero es de mala fe sí cabe, lo que en principio parece razonable, el comiso. En realidad la amplitud de la regulación española dependerá del significado que se conceda a los términos de buena fe. Si éstos se entienden en sentido similar a las excepciones previstas en el StGB, la desmesurada amplitud denunciada por Manzanares Samaniego se habrá limitado de lege lata.”⁹⁵

Como expondré luego creo que la propuesta de Ramón Ribas no es el camino para solucionar los problemas que se plantean con el comiso de bienes de terceros. Aunque lo deseable es que éste sea una medida excepcional aplicable solo en ciertas hipótesis, estimo que la voluntad del legislador español ha sido otra. Además, el texto del art. 127 CP no da pie a interpretar que la frase *buena fe* alude únicamente a las situaciones en las que según la legislación alemana, cabe el comiso de bienes de terceros.

Lo que está fuera de discusión es que el tratamiento que da el art. 127 CP al problema de los bienes de terceros es desafortunado. La frase “... a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente” no señala al operador jurídico cuál es la voluntad del legislador. Además

pureza de sangre en cuanto a la adquisición de la cosa.” Léase también MANZANARES SAMANIEGO, Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 929 y GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit., p. 960. Aunque Prats Canut y Morán Mora señalan que para ordenar el comiso es necesario que los bienes sean propiedad del penado y que la medida no puede extenderse a bienes cuya titularidad corresponda a terceros no responsables del delito (sugiriendo así que el comiso solo por excepción recaerá en bienes pertenecientes a terceros), de seguido sostienen que los efectos e instrumentos solamente no se decomisarán “si pertenecen a terceros no responsables del delito”, con lo cual confirman mi postura: el comiso de bienes, incluso de terceros, es la regla y su no realización es la excepción. PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit., 3º edición, 2004, pp. 648-649, últimos párrafos de cada página. En sentido contrario, GUINARTE CABADA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: VIVES ANTÓN, Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit., p. 662. Para él, el comiso de bienes de terceros es una excepción cuya procedencia requiere que concurren los tres requisitos mencionados.

⁹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: AP, op. cit., pp. 532-533.

⁹⁵ RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: EPC, op. cit., p. 531.

de no saber qué significa tercero de buena fe, la inclusión de la frase *no responsable del delito* es ciertamente absurda, pues el responsable no puede ser realmente un tercero. Del mismo modo, se desconoce si el legislador contempló únicamente el comiso de bienes que han sido adquiridos por terceros con posterioridad al hecho, o también el comiso de aquellos que siendo de terceros previamente, han sido empleados en la infracción (p. ej., A pide a su padre B el vehículo de éste para salir a pasear. B accede. A emplea el vehículo para dar muerte a C, de manera dolosa). En un caso como éste, lo importante a efectos del comiso es la buena fe con que haya actuado B (entendida como se indicará más adelante) y no la forma en que éste haya adquirido el vehículo.

Quizá al mencionar la adquisición legal del bien, el legislador tenía en mente los casos en que esa adquisición sucede con posterioridad a la infracción. O sencillamente, quizá quería vincular el tema de la buena fe a la adquisición legal del bien. Fuese cual fuese su intención, lo cierto es que el texto de la norma dice otra cosa. Desde mi punto de vista plantea 3 requerimientos: la buena fe, la no responsabilidad del delito y la adquisición legal del bien. Estas exigencias deben interpretarse de manera excluyente, básicamente porque como ya mencioné, quien es responsable del delito no será tercero de buena fe y porque los bienes pueden haber sido adquiridos por el tercero antes o después de la infracción, con lo cual el tópico de la buena fe no necesariamente se relacionará con la pureza con que el tercero haya adquirido el bien luego de cometida la infracción.

Antes de analizar cada uno de los elementos antes apuntados (buena fe, responsabilidad en el delito y adquisición legal del bien) cabe hacer una última reflexión en torno a las personas jurídicas. La transformación del comiso en una consecuencia accesoria abrió la puerta al comiso de bienes propiedad de personas diversas a la del condenado por la infracción. Ese tercero indiscutiblemente puede ser una persona física o jurídica. A esta conclusión se llega si se considera que los bienes sometidos a comiso pueden pertenecer a una persona jurídica no vinculada con la infracción,⁹⁶ de ahí que no tenga sentido distinguir donde la ley no distingue (no distingue entre la persona del titular, a saber, si es física o jurídica). De igual forma, a diferencia de lo que sucedía tiempo atrás, con la LO 5/2010 se creó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con lo cual quien puede lo más (cometer delitos y por esa razón, ver su patrimonio sometido a comiso como consecuencia de la imposición de una pena), puede lo menos (ser considerado un tercero en relación con

⁹⁶ Señala Ramón Ribas que no se debe excluir de la categoría de terceros a las personas jurídicas. Según él, *“ni resulta obligado, ni sería... una decisión afortunada, pues provocaría, como advertía Gracia Martín, una indeseable laguna que inutilizaría el comiso como instrumento de política criminal, favoreciendo una sencilla elusión de las reglas del comiso, mediante su transmisión a personas jurídicas... En suma, dado, por una parte, que el comiso ha dejado de ser una pena, circunstancia ésta que relativiza la influencia que pudiera ejercer en este ámbito el principio “societas delinquere non potest”, incapaz ahora de impedir la imposición de aquél, y, por otra, que la persona jurídica no puede ser responsable de delitos y sí, lógicamente, tercero no responsable y titular de los efectos o instrumentos del delito o de las ganancias por éste generadas, cabe afirmar la capacidad de la persona jurídica para constituirse en sujeto pasivo del comiso.”* RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC, op. cit.*, p. 536.

la infracción, que ve su patrimonio sometido a comiso al no configurarse los supuestos que le eximirían de ello⁹⁷).

A. Pertenencia a un tercero: derecho de propiedad sobre el bien decomisado.

El art. 127 CP solo contempla la situación del tercero *propietario* del bien que es catalogado como efecto, instrumento o ganancia de la infracción, no así la de aquel que tiene sobre el bien un derecho distinto al derecho real de propiedad. Se trata de un vacío legal difícil de colmar a través de la interpretación, de allí que debería operarse una reforma que contemple dicho extremo y que en relación con el derecho de propiedad del tercero, o cualquier otro derecho que se pueda ver afectado con el comiso, formule los mismos requisitos.

B. Tercero de buena o mala fe.

La expresión buena fe contenida en el art. 127 CP es claramente imprecisa. Tan es así que en relación con su contenido la doctrina ofrece toda clase de explicaciones. P. ej., Zaragoza Aguado habla de un comportamiento con sujeción a las normas de la ética⁹⁸ y Manzanares Samaniego niega su existencia cuando el tercero, a pesar de no ser responsable de la infracción, haya “*facilitado culposamente la ejecución proporcionando el instrumento comisivo, o... haya adquirido aquel o los productos sceleris conociendo su origen y, en consecuencia, su carácter inicialmente decomisible*”.⁹⁹

En términos más generales, Ramón Ribas enmarca el tema refiriéndose a terceros que poseen ciertos conocimientos que generan un vínculo entre ellos y la infracción cometida.¹⁰⁰ Cerezo Domínguez exige un conocimiento directo (descarta el eventual o el imprudente), de que los bienes que posee proceden o fueron emplea-

⁹⁷ En sentido contrario, Mapelli Caffarena cree que no se debe admitir la aplicación del comiso contra personas que no han sido declaradas culpables cuando actuaron de mala fe, toda vez que el art. 129 CP no contempla esa posibilidad, de ahí que se trataría de una aplicación analógica contraria a terceras personas. Además el comiso es una sanción que debe estar sometida a las mismas garantías que las penas. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 418.

⁹⁸ ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica*, op. cit., p. 420.

⁹⁹ MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: AP, op. cit., p. 533.

¹⁰⁰ RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: EPC, op. cit., p. 542.

dos en delitos concretos (con lo que descarta también el comiso de bienes cuando el tercero tenga la convicción de que proceden de unos delitos no determinados).¹⁰¹

Hay autores que relacionan expresamente el tema de la buena fe con la adquisición del bien. Saavedra Ruiz considera que el tercero de buena fe “será aquel que ha consolidado mediante un acto legítimo de adquisición su derecho ignorando desde luego que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo.”¹⁰² En este mismo sentido se expresa Peris Riera y Plá Navarro¹⁰³; Aguado Correa¹⁰⁴ y el mismo Tribunal Supremo.¹⁰⁵ En sintonía con este criterio, García Arán entiende la buena fe como la condición que se da en aquellos que adquieren un bien creyendo que quien lo transfiere tiene capacidad para hacerlo y es dueño legítimo del mismo, de ahí que no tenga temor a que se discuta el dominio que adquieren.¹⁰⁶ También creen que el concepto de buena fe debe interpretarse en sentido civilístico Cuello Contreras y Mapelli Caffarena.¹⁰⁷ Este último autor señala que por buena fe se debe entender la creencia de que una cosa pertenece a una persona, sin intervención de fraude alguno, o de que el acto realizado es lícito o justo. No obstante esta apreciación, añade que en relación con el comiso es indiferente que el tercero sea consciente de la licitud civil del negocio jurídico por el cual se le han transferido los bienes, requiriéndose para afirmar que no existe buena fe, que el sujeto conozca (conocimiento directo y no eventual), que los bienes han sido efectos, instrumentos o ganancias de una infracción concreta, específica.¹⁰⁸

¹⁰¹ CERESO DOMÍNGUEZ, “Capítulo 33. Comiso.” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, op. cit., p. 694.

¹⁰² SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 845.

¹⁰³ Para ellos el tercero de buena fe es aquel que sin participar en la infracción, ignore la procedencia ilícita del bien. PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, “Artículo 127.” En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., Tomo IV, p. 960.

¹⁰⁴ “La buena fe puede consistir en la creencia de la inexistencia en el título de adquisición de vicio alguno que lo invalide (arts. 443 y 1950 CC)..., existiendo una presunción de buena fe (art. 434 CC) que debe enervarse.” AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 505-506.

¹⁰⁵ STS N° 798/2008 de 12 noviembre. En ésta se indica que el tercero de buena fe “sólo lo será aquél que ha consolidado mediante un acto legítimo de adquisición su derecho ignorando desde luego que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo.” En igual sentido véase la STS N° 1030/2003 de 15 julio.

¹⁰⁶ GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 960.

¹⁰⁷ “El concepto de buena fe debe interpretarse en un sentido civilístico y no penal -conciencia de la antijuricidad-, de forma que la adquisición será de buena fe cuando se haga de acuerdo a los principios que la conciencia jurídica considera necesarios para asegurar las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.” CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG*, op. cit., pp. 371-372.

¹⁰⁸ “En el caso que nos ocupa es indiferente que el tercero tenga buena fe, es decir, sea consciente de la licitud civil del negocio jurídico por el que se le han transferido los bienes. Dejará de haber buena fe sólo cuando conozca que estos han sido o bien instrumentos para la comisión de un delito, efectos o ganancias del mismo. Sin embargo, se plantean dudas sobre si el conocimiento ha de ser cierto o sólo eventual y si ha de concretarse en unos hechos delictivos, los mismos que van a dar lugar a la condena o basta con la convicción de que proceden de unos delitos no determinados. Teniendo en cuenta que se

Choclán Montalvo habla de buena fe como ignorancia de las circunstancias que permiten la confiscación¹⁰⁹ y Ayo Fernández de desconocimiento de la procedencia ilícita de los bienes.¹¹⁰ Martín Pérez señala que puede considerarse que concurre la mala fe del tercero adquirente cuando tenga conocimiento del origen delictivo del bien, o de su condición de decomisible, incluso aunque no tenga un origen ilícito, o se haya representado la posibilidad de que así sea.¹¹¹

Gracia Martín, distanciándose de los criterios antes expuestos, entiende la buena fe de forma distinta según se trate del comiso de efectos e instrumentos y el de ganancias. Tratándose del primero, habla de tercero de mala fe cuando no es capaz de garantizar el deber de vigilancia que tiene sobre un bien para evitar que se emplee en nuevas infracciones.¹¹² En el comiso de ganancias, la mala fe se presenta cuando el tercero adquiere el bien a sabiendas de su origen delictivo, o de un modo imprudente por el que previó o debió prever ese origen.¹¹³ Como se desprende de lo

trata de una tercera persona ajena a la comisión del delito, exigir un conocimiento directo y concreto puede generar graves lagunas de punibilidad quizá no recomendables desde una perspectiva político-criminal. Ahora bien, con toda probabilidad los casos en los que se utilizan a terceras personas para ocultar bienes o blanquear ganancias en el marco de delitos macro financieros 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. Así pues la irregularidad y excepcionalidad de que una consecuencia penal del delito afecte directamente a terceras personas hace recomendable exigir con rigor las mínimas garantías que en este supuesto se concretan en el conocimiento directo y no eventual de que los bienes que poseen proceden o fueron utilizados en unos delitos concretos.” MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, op. cit.*, p. 52. Cree que la buena fe debe interpretarse en sentido civilístico, “... la adquisición será de buena fe cuando se haga de acuerdo a los principios que la conciencia jurídica considera necesarios para asegurar las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones...” MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª edición, 2011, p. 412.

¹⁰⁹ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 55 y CHOCLÁN MONTALVO, “La investigación del patrimonio de origen criminal.” En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, p. 129.

¹¹⁰ AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.*, p. 275.

¹¹¹ MARTÍN PÉREZ, “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).” En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.*, p. 233.

¹¹² “¿Será posible decomisar, por ejemplo, la escopeta de caza legalmente adquirida y cubierta por una licencia que ha sido utilizada por un sujeto distinto de su propietario para matar o lesionar a otro? En mi opinión la solución que se dé a esta cuestión debe extraerse de una interpretación del concepto de tercero de buena fe de acuerdo con el fundamento y la finalidad del comiso. Por tercero de buena fe en este contexto debe entenderse a mi juicio únicamente al 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. En caso contrario, decaerá el juicio favorable de buena fe y los objetos peligrosos de su propiedad que fueron utilizados para cometer el delito podrán ser decomisados. En el caso de delitos cometidos a través de una persona jurídica con instrumentos de la propiedad de ésta o que produzcan efectos para ella procederá el comiso de los mismos si los encargados de la vigilancia de tales objetos peligrosos no prestan aquella garantía.” GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.*, p. 449.

¹¹³ Un problema particular se da cuando las ganancias se incorporan al patrimonio de un tercero. Gracia Martín considera que el tratamiento debe ser exactamente igual al caso en que son los mismos responsables del hecho los que obtienen la ganancia, pues en ambos casos ha existido un enriquecimiento ilícito como consecuencia de una infracción típica y antijurídica. Ahora, como el art. 127 CP exige que esas ganancias no pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito

anterior, para el comiso de efectos e instrumentos, este autor desplaza el centro de atención de la buena fe en la adquisición del bien a la buena fe en su vigilancia luego de cometida la infracción.

Al analizar el tema de la buena fe, debo empezar reiterando que su contenido es impreciso y por ende cualquier solución pasa por una reforma legal que acabe con este problema.

Hasta tanto no suceda lo anterior, es indispensable interpretar la expresión *buena fe* y para eso debo empezar examinando la normativa civil. El art. 7.1 CC señala que “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.” El art. 433 de ese cuerpo normativo indica que es poseedor de buena fe el que “ignora que en su título o modo de adquirir exista un vicio que lo invalide”, siendo poseedor de mala fe quien esté en el supuesto contrario. El art. 434 por su parte, dispone que la buena fe se presume siempre y que quien alegue la mala fe debe probarla.

Si trasladásemos estos conceptos al ámbito del comiso, obtenemos dos conclusiones importantes. La primera es que se alude a una adquisición del bien por parte del tercero que tiene lugar con posterioridad a la infracción. Por tanto, de *lege lata* no debería imponerse el comiso en relación con bienes que son del tercero con anterioridad a la comisión del hecho, incluso cuando éste los haya facilitado, p. ej., de manera imprudente. La segunda es que la buena fe supone ignorancia de las circunstancias que motivan el comiso del bien, o sea que éste constituye un efecto, un instrumento o la ganancia de una infracción. Si el tercero actúa con mala fe, si conoce esas circunstancias, el comiso será procedente. Además, puede ser que ese tercero también incurra en algún delito (p. ej., blanqueo de capitales, receptación, etcétera), caso en el cual el bien también será susceptible de comiso.

La normativa civil soluciona en parte el problema que se suscita en torno a la expresión buena fe contenida en el art. 127 CP. Sin embargo, el comiso de bienes de terceros no siempre recae sobre bienes adquiridos con posterioridad al hecho penal, sino que también se puede imponer sobre bienes que son de terceros al momento de la infracción y que siguen siéndolo después de ella. Así las cosas, la buena o mala fe también puede predicarse en relación con el tercero propietario de los bienes al momento del hecho. Por lo expuesto, pueden plantearse diversas hipóte-

que las haya adquirido legalmente, hay que considerar que “La inexistencia de la buena fe se dará en el tercero cuando haya adquirido las ganancias con conocimiento de su origen delictivo o bien de un modo imprudente porque previó o podía haber previsto la posibilidad del origen delictivo, y entonces cabrá aplicar el comiso. En el primer caso, además, las ganancias ilícitamente obtenidas a sabiendas, se considerarán efectos del delito patrimonial o económico previamente cometido por otros y determinarán que el tercero adquirente doloso de tales ganancias sea autor del delito de receptación... Cuando no exista dolo ni negligencia estaremos ante un tercero de buena fe y no cabrá aplicar el comiso. Sin embargo, con ello no desaparece la situación de enriquecimiento sin causa. A mi juicio, estamos ante un supuesto de responsabilidad civil objetiva.” GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, op. cit., pp. 454-455.

sis. La primera es que el bien haya sido empleado para cometer o preparar la infracción, o que haya sido transformado por ésta, sin conocimiento de ese tercero titular. Si de conformidad con las circunstancias del caso concreto, se puede concluir que éste ha sido diligente en la vigilancia del bien, su comiso no sería procedente. Situación diversa es que el tercero haya actuado con dolo o con imprudencia, poniendo a disposición del autor o el partícipe el bien que luego adquirirá la condición de instrumento o efecto de la infracción. Desde mi óptica en ambos casos es clara la relación que hay entre la conducta del tercero y la infracción cometida, sin embargo solamente en el primero podría hablarse de un tercero con responsabilidad en la infracción, sea que haya actuado con dolo directo o con dolo eventual. En el segundo caso, por ser una contribución imprudente, no podría atribuirse al tercero la condición de responsable del hecho, sino solamente un quebranto a sus deberes de vigilancia sobre el bien. La pregunta que surge es si se puede hablar de mala fe tratándose del tercero que ha favorecido de forma imprudente el hecho. Existen diversas posturas, algunas de las cuales se desprenden de lo expuesto líneas atrás. Autores como Manzanares Samaniego¹¹⁴ creen que sí. Otros como Martín Pérez¹¹⁵ y Choclán Montalvo creen que no, pues el ordenamiento jurídico penal español no extiende la confiscación a terceros que hayan contribuido de forma imprudente al hecho punible. Choclán Montalvo añade que incluir en la mala fe los supuestos de negligencia del tercero atenta contra el principio de legalidad; que el concepto de responsabilidad del delito no alcanza al favorecimiento imprudente fuera de los casos en que la imprudencia es en sí misma punible y que en todo caso, aunque hubiese responsabilidad por el delito imprudente, el art. 127 limita el comiso al delito o falta doloso, de allí que no pueda aplicarse el comiso a los casos de comportamiento imprudente del tercero. Además, considera que el hecho de que el tercero haya incumplido un elemental deber de cuidado debido no permite construir una responsabilidad penal por omisión.¹¹⁶

En este punto, es necesario hacer varias observaciones sobre lo expuesto por Choclán Montalvo. En primer término, señalar que el comiso no pretende sancionar al tercero, sino alcanzar determinados fines. Estos son los que se deben tomar como punto de partida para dar contenido a la expresión buena fe. Tratándose del comiso de efectos e instrumentos, podrá hablarse de mala fe cuando el tercero no está en condiciones de controlar el bien, evitando que pueda ser empleado para cometer nuevas infracciones. Si el tercero que contribuyó de forma imprudente con

¹¹⁴ “No habrá buena fe cuando el tercero, aun si ser responsable criminal del delito doloso, haya facilitado culposamente la ejecución proporcionando el instrumento comisivo, o cuando haya adquirido aquél o los productos sceleris conociendo su origen y, en consecuencia, su carácter inicialmente decomisable. En este punto cabría llegar a una identificación con las previsiones alemana y portuguesa, pero sólo por vía interpretativa, con las imprecisiones añadidas por las posibles transformaciones en cadena y la inaceptable relación entre lo general y la excepción...” MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, pp. 532-533.

¹¹⁵ MARTÍN PÉREZ, “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).” En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.*, pp. 234-235.

¹¹⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, pp. 58-59. Léase también CHOCLÁN MONTALVO, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.*, pp. 349-350 y CHOCLÁN MONTALVO, “La investigación del patrimonio de origen criminal.” En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, p. 132-133.

la infracción no puede garantizar que lo sucedido no se repetirá, habrá que entender, tal y como apunta Gracia Martín que la buena fe ha decaído y por ende el comiso será admisible.¹¹⁷ Se trata de un pronóstico de peligrosidad objetiva, entiéndase, un pronóstico que se relaciona con el efecto o instrumento de la infracción. En este examen, en el cual se ponderan las circunstancias del hecho y por supuesto, la imprudencia con que actuó el tercero, pues también es un elemento a tomar en cuenta para vaticinar lo que puede suceder en el futuro, lo determinante serán las garantías que ese tercero titular pueda prestar para que el bien no vuelva a ser empleado en la comisión de infracciones penales. De este modo, no se está construyendo una responsabilidad penal por omisión fuera de las hipótesis previstas en la legislación, pues *lo determinante no es la imprudencia con que actuó el tercero, sino las garantías que pueda dar de que controlará el bien a futuro*. La buena fe pasa del plano de la adquisición del bien al plano de la vigilancia del bien luego de cometido el hecho, lo que es acorde con los fundamentos y fines que persigue el comiso de efectos e instrumentos. Nótese además que la responsabilidad penal que tenga el tercero en el delito (y que ciertamente es nula cuando actuó de forma imprudente), no nos dice nada en relación con su mala o buena fe en los términos que señalé antes (vigilancia del bien con miras a prevenir nuevas infracciones penales). Para concluir, en la actualidad el comiso procede en relación con delitos tanto dolosos como imprudentes, con lo cual la observación de Choclán Montalvo en ese sentido carece de interés. En todo caso, creo necesario subrayar que con el comiso, al menos en teoría, no se pretende castigar al tercero, de ahí que incluso con un texto legal que contemplase el comiso solo en relación con hechos dolosos fuese plausible decomisar bienes del tercero que ha contribuido de forma imprudente con la infracción¹¹⁸ cuando esa imprudencia (entendida como ausencia de controles sobre el bien, de manera que se evite su empleo en la comisión de infracciones) sigue manteniéndose. En suma, si los efectos o instrumentos siguen siendo peligrosos, su comiso debe proceder.

Tratándose del comiso de ganancias la situación es similar. Si el tercero las adquiere con dolo (sea directo o eventual), su mala fe está fuera de toda discusión. Aunque en principio ese tercero no tendrá la condición de *responsable del delito* que menciona el art. 127 CP (p. ej., A compra a B, en una suma irrisoria un inmueble que éste obtuvo a su vez de un delito), bien puede convertirse en el autor o partícipe de otros delitos (p. ej., receptación, blanqueo de capitales, etcétera).¹¹⁹ Ahora, si ese

¹¹⁷ *“En mi opinión la solución que se dé a esta cuestión debe extraerse de una interpretación del concepto de tercero de buena fe de acuerdo con el fundamento y la finalidad del comiso. Por tercero de buena fe en este contexto debe entenderse a mi juicio únicamente al 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.”* GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 564.

¹¹⁸ En la STS N° 928/2003 de 27 de junio, se consideró tercero de buena fe al propietario de la escopeta empleada para cometer un delito de lesiones que había adoptado medidas para su custodia y no había autorizado al imputado, que era su hermano, para usar la misma. A *contrario sensu* de lo antes expuesto, creo que el TS podría admitir el comiso en caso de una conducta imprudente de parte del tercero.

¹¹⁹ P. ej., en la STS N° 1030/2003 de 15 julio, se concluyó que carece de buena fe la ex pareja del condenado que conocía las actividades ilegales del mismo y utilizaba recursos para la adquisición

tercero adquiere las ganancias por imprudencia, pues previó o debió prever su origen, la mala fe también existirá pues el desconocimiento de las circunstancias en que adquiere el bien le es atribuible.¹²⁰ Es importante recordar que el objetivo básico del comiso de ganancias es acabar con una situación patrimonial ilícita y que la conducta imprudente del tercero perpetúa esa situación. Situación diversa es que ese tercero no actúe de forma imprudente, pues en este caso no podrá atribuírsele mala fe y el comiso no sería procedente, lo que no significa que ese tercero pueda conservar las ganancias, ya que allí sería aplicable la figura prevista en el art. 122 CP.

Un problema adicional que se presenta con el empleo de la expresión buena fe está relacionado con las transformaciones (*cualesquiera que sean las transformaciones*, dice la norma) que los efectos, instrumentos o ganancias hayan podido experimentar. Ante las transformaciones, sobre todo de las ganancias, es complicado para el tercero determinar el origen de los bienes, de allí que esa disposición legal -que no pone un límite en cuanto al tema de las transformaciones, sino que las abarca todas- no logra compaginarse, o no sin dificultades, con la exigencia de la buena fe. Además, el requisito de la buena fe (claramente subjetivo), puede ser un obstáculo para el comiso en los casos donde lo que interesa es una cuestión puramente objetiva, p. ej., cuando la peligrosidad del bien debe bastar para justificar el comiso y el tema de la buena fe del tercero es intrascendente.

Finalmente, señalar que con base en el art. 434 CC mencionado, se concluye que la carga de la prueba acerca de la mala fe recae sobre la acusación.¹²¹ Corresponderá a ésta demostrar que el tercero conocía la condición de decomisible del bien por su origen, o que lo adquirió con imprudencia, de un modo por el que previó o debió prever esa condición. Asimismo, de que el tercero no está en condiciones de garantizar el deber de vigilancia que debe prestarse sobre ciertos bienes para evitar su empleo en la comisión de nuevas infracciones.

C. Responsabilidad del tercero en el delito.

En términos generales, la doctrina coincide en que el tercero no responsable del delito es precisamente aquel que no tiene responsabilidad en el ámbito criminal. Así lo ha venido señalando Manzanares Samaniego desde que el comiso tenía la condi-

de bienes procedentes del tráfico de drogas. Se agrega que estamos ante un *“tercero aparente o simulado para encubrir el origen ilícito del dinero empleado mediante su transformación en bienes inmuebles, es decir, una verdadera operación de blanqueo de capitales.”*

¹²⁰ En sentido contrario, García Arán cree que si el tercero cree, aunque sea por imprudencia, que los bienes tienen una procedencia lícita, es una extensión excesiva aplicar el comiso, de ahí que debería denegarse en estos casos. GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 962.

¹²¹ De esta opinión CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 56; MARTÍN PÉREZ, “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).” En: *Derecho Privado y Constitución*, op. cit., p. 234; así como la STS N° 1030/2003 de 15 julio.

ción de pena¹²² y lo reiteró una vez que adquirió el carácter de consecuencia accesoria: el tercero beneficiado no puede ser simultáneamente responsable del delito y esto es una obviedad traída de los viejos textos.¹²³ Esta es también la opinión de Ayo Fernández.¹²⁴

Con argumentos adicionales, Ramón Ribas considera que en el concepto de tercero no responsable debe incluirse a los sujetos penalmente irresponsables, sean personas jurídicas o físicas. Para él, no solo son los que están desvinculados de la infracción, sino también quienes, “*siendo autores y partícipes, fueron absueltos por ausencia de antijuricidad, culpabilidad o punibilidad.*”¹²⁵ En la misma línea se expresa Guinarte Cabada, señalando: “*La expresión «no responsable del delito» es entendida por la doctrina y la jurisprudencia como referida a la responsabilidad penal, y abarcará, en consecuencia, a quien no sea autor ni partícipe en el delito; por ello, no podrán ser decomisados los bienes que pertenezcan a un responsable civil subsidiario, y sí podrán serlo, en cambio, los que estén en poder de los partícipes, aun cuando ellos hayan resultado exentos de pena.*”¹²⁶ Como se desprende de este texto, Guinarte Cabada estima el comiso de bienes de terceros como una excepción que solo procederá ante la concurrencia de los tres requisitos que hemos venido señalando.

Analizado el punto, creo que la interpretación que cabe hacer del art. 127 del Código penal es justamente la contraria a la que plantea Guinarte Cabada, a saber, que el comiso de bienes de terceros es la regla y la excepción depende de que el tercero además de haber adquirido legalmente el bien, sea de buena fe y no responsable en el delito, pues si pensásemos como él llegaríamos al extremo de hacer depender la imposición del comiso de una declaratoria de responsabilidad del tercero en el delito lo cual no tiene sentido, ya que de existir la misma no podría hablarse de un tercero -entiéndase, de alguien ajeno a la infracción- y mucho menos de un tercero de buena fe. Por este motivo puedo afirmar también que ese requerimiento (responsabilidad en el delito), sobra.¹²⁷

En resumen, partiendo de un art. 127 CP que contempla como regla el comiso de bienes de terceros, entiendo que el tercero no responsable del delito es el sujeto

¹²² MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso.” En: *REP, op. cit.*, p. 76. MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal.” En: *ADPCP, op. cit.*, p. 631.

¹²³ MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 533.

¹²⁴ AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.*, p. 275.

¹²⁵ RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC, op. cit.*, p. 535 y RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 776.

¹²⁶ GUINARTE CABADA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, p. 662.

¹²⁷ En igual sentido al que expongo, señala Salas Carceller: “*El decomiso se realizará a no ser que los efectos o instrumentos pertenezcan a un tercero de buena fe, no responsable del delito, que los haya adquirido legalmente. Lo que en la fórmula legal aparece como un triple requisito para que pueda operar la excepción, es en realidad doble ya que resulta redundante la expresión “no responsable del delito” cuando evidentemente para ser adquirente de buena fe es necesario no haber participado en el delito de que se trate.*” SALAS CARCELLER, “Consecuencias accesorias.” En: POZA CISNEROS, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. CDJ, op. cit.*, p. 331.

que *no es responsable en términos penales de la infracción*, o en otras palabras, el que no tiene la condición de autor o partícipe de la misma. De lo contrario no podría hablarse de un tercero ajeno al hecho y menos cabría argumentar en relación con él la buena fe, por lo que el requerimiento en cuestión no es necesario. A diferencia de los autores que consideran la responsabilidad en la infracción como un requisito para el comiso, yo estimo que se trata de un criterio que opera negativamente, es decir, que permite excluir el comiso y que unido a la buena fe pierde razón de ser, ya que si se es responsable del delito ni se puede ser tercero, ni se puede tener buena fe.

D. Adquisición legal del bien.

Manzanares Samaniego cree que exigir al tercero haber adquirido legalmente las ganancias (y quizá también los instrumentos y productos), no es adecuado, pues implica mezclar el problema civilista del modo de adquirir el dominio con exigencias subjetivas. Además, la adquisición que describe la norma pareciera ser posterior a la comisión del hecho, con lo cual quedarían por fuera las adquisiciones de instrumentos por parte del tercero antes de su uso criminal. Para Manzanares Samaniego, lo importante con carácter general es si el tercero ha adquirido la titularidad dominical sobre el bien, ya que de faltar ésta, el comiso no recaería sobre bien de tercero.¹²⁸

Aunque quizá el propósito del legislador era abarcar las adquisiciones de bienes posteriores al hecho y relacionarlas con el concepto de buena fe, la fórmula empleada en el art. 127 CP no excluye el comiso en los casos en que el tercero no ha adquirido legalmente el bien con anterioridad a la comisión del hecho. Por consiguiente, cabe el comiso de bienes en perjuicio de terceros que tenga como único sustento el modo de adquisición de un bien. Para entender esto, usaré el mismo ejemplo que cité páginas atrás. A adquiere un vehículo de manera irregular y B, su hijo, sin autorización de A y a pesar de la diligencia de éste en el cuidado del bien, lo saca de la vivienda y lo usa para dar muerte a C, de manera dolosa. No existiendo mala fe en A y careciendo de toda relación con el hecho cometido por B, el único motivo para imponer el comiso del vehículo sería el apuntado (adquisición ilegal del bien).¹²⁹ Este problema es provocado por la misma norma, máxime que el comiso de un instrumento del delito debería depender de otros criterios que tampoco están contemplados en el art. 127 (la peligrosidad del bien, que en este caso no se configura pues el vehículo ni es intrínsecamente peligroso, ni se ha demostrado que A haya sido o será irresponsable en su vigilancia).

¹²⁸ MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 533.

¹²⁹ Según Mapelli Caffarena, puede ocurrir que el comprador sea de buena fe pero que los bienes hayan sido adquiridos por un procedimiento ilegal (p. ej., comprárselos a quien no puede vender). Entiende que el texto legal parece partidario del comiso de esos bienes, solución que dará un alcance desproporcionado a la figura, equiparable con la responsabilidad civil ex delicto. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, 5º edición, 2011, p. 412.

Para solventar este problema, es indispensable una reforma legal. De momento y con el propósito de evitar que el comiso se apoye solamente en un tema de pureza en cuanto a la adquisición del bien por parte del tercero, podría interpretarse - hasta cierto punto, desconociendo la letra de la ley-, que el requisito de la adquisición legal del bien está referido solamente a las adquisiciones posteriores al hecho.

Resta profundizar en el significado de la frase *adquisición legal de un bien*. Tenemos dos opciones. Según la primera, entender que con esa frase el legislador se refiere a una adquisición que *no sea penal*, o bien *ilegal* desde el punto de vista administrativo.¹³⁰ La segunda supone interpretar que la adquisición legal del bien es aquella en la que se cumplen todos los requisitos que plantea la legislación para que el bien no pueda ser reivindicado de manera exitosa por quien se considera su dueño. Aunque esta última lectura se ajusta al tenor del art. 127 CP, supondría avalar el comiso en relación con un poseedor de buena fe usucapiente, pues éste no ha cumplido con todos los requisitos para que el bien sea irreivindicable por otro que se cree su propietario, lo que es un despropósito.

El TS ha optado por interpretar la norma de la manera que se apuntó primero, entendiendo que cabe respetar las adquisiciones legítimas hechas por terceros de buena fe aunque no se verifiquen en la forma y modos en que las legislaciones civiles y de comercio las hacen irreivindicables.¹³¹ Con base en esto, algunos autores concluyen que ante la controversia en cuanto a la pertenencia de un bien a un no responsable criminal, deberá ser considerado dueño el poseedor que lo fuese al tiempo del comiso, sin que se puedan hacer presunciones en ausencia de pruebas por parte del poseedor sobre su pertenencia legítima (pues así se deriva del art. 448 CC). De esta forma, si los bienes pertenecen a un tercero de buena fe que los ha adquirido legalmente o *parece haberlo hecho*, no cabrá el comiso. Aunque las cosas se hayan adquirido sin cumplir las condiciones que señala la ley civil para su irreivindicabilidad, basta con la posesión para que no proceda el comiso.¹³² A mi modo de ver esta conclusión es correcta, pues ciertamente, del art. 448 CC se extrae que en los casos en los que se discute la propiedad de un bien o derecho, la presunción de propiedad beneficia al poseedor actual demandado de reivindicación y no al reivindicante.¹³³ Finalmente, quiero aclarar que lo antes expuesto no impide que el comi-

¹³⁰ Así lo interpreta GUINARTE CABADA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, pp. 661-662; SALAS CARCELLER, "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. CDJ, op. cit.*, p. 331; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 435 y FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, Tomo IV, p. 987.

¹³¹ Véase la STS, 6 de abril de 1962 (RA 1820/1962). Citada por MARTÍN PÉREZ, "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)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.*, pp. 231-232.

¹³² De esta opinión, YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 437 y MARTÍN PÉREZ, "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)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.*, p. 232.

¹³³ "La consecuencia jurídica, que se deriva del artículo 448, es la exoneración de la exhibición del título al que posee en concepto de dueño. De esta manera, el poseedor a título de dueño, beneficiado

so se decreta cuando se demuestre con certeza que el tercero no es tal, p. ej., cuando se trata de un testafarro. Al respecto, léase el próximo acápite destinado al examen de la doctrina del levantamiento del velo.

E. Doctrina del levantamiento del velo.

Dos serán las premisas en este ámbito. La primera, que el titular aparente del bien sometido a comiso no es un tercero en los términos que señala el art. 127 CP. La segunda, que en el ámbito penal no se busca la verdad formal sino la material,¹³⁴ de allí que la titularidad formal de un bien no sea suficiente para resolver sobre el comiso. Por lo anterior, es plenamente aplicable la doctrina del levantamiento del velo,¹³⁵ que en lo medular sirve para desenmascarar entidades ficticias o reales (levantamiento del velo de personas jurídicas), creadas o empleadas para dar cobertura a situaciones patrimoniales ilícitas.¹³⁶ “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.”¹³⁷ Ahora, el levantamiento del velo también puede plantearse en relación con personas físicas. Así se extrae v.g., de la STS N° 1074/2004 de 18 octubre.¹³⁸ Lo que importa

con la presunción, ejercerá las facultades y acciones dominicales frente a terceros sin más fundamento que la propia posesión. Ahora bien, si lo que se discute es la propiedad de un bien o derecho, la presunción de propiedad ex artículo 448 beneficia al poseedor actual que se vea demandado de reivindicación; en cambio, no beneficia al reivindicante -aun cuando éste alegue una antigua posesión a título de dueño- ya que la jurisprudencia exige siempre la prueba del dominio como uno de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción reivindicatoria del artículo 348...” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., p. 611.

¹³⁴ Véase en ese sentido la STS N° 952/2006 de 6 octubre.

¹³⁵ SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 845. Con la misma orientación, apuntan Prats Canut y Morán Mora: “...el Derecho Penal no se contenta, como sucede en otros sectores del Ordenamiento Jurídico, con la verdad formal o aparente, busca, por el contrario, la verdad material, lo que realmente aconteció...” PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3° edición, 2004, pp. 650-651. Léase también ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ*, op. cit., pp. 34-35.

¹³⁶ “La doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, que parte de la terminología anglosajona -Disregard (correr el velo) y la germana -Jurchgriff (penetración a través de)-, tiene como finalidad evitar el fraude de la pura fórmula jurídica que se utiliza para dar cobertura a situaciones patrimoniales ilícitas.” CHOCLÁN MONTALVO, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 368 y CHOCLÁN MONTALVO, “La investigación del patrimonio de origen criminal.” En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ*, op. cit., p. 136.

¹³⁷ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 62; CHOCLÁN MONTALVO, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 368; MARTÍN PÉREZ, “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).” En: *Derecho Privado y Constitución*, op. cit., p. 253. En igual sentido, vid. la STS N° 480/2009 de 22 mayo.

¹³⁸ Señala el Tribunal Supremo: “La sentencia se encarga de «levantar el velo» y reputar a los recurrentes (en concreto al esposo) testafarro u hombre de paja de Manuel, lo que significa que desde el

entonces es establecer que no hay dos personalidades distintas (sean físicas o jurídicas), sino una sola. Por tanto, al resolver el comiso se deberá considerar la situación patrimonial real del autor o partícipe del hecho y no su situación formal o aparente.

La constancia de propiedad en determinados Registros, sobre todo los de carácter administrativo puede no ser obstáculo para el comiso cuando se demuestra que el bien en realidad pertenece al autor o partícipe de la infracción.¹³⁹ P. ej., la matrícula de un vehículo a nombre de una persona diferente del responsable del hecho.¹⁴⁰ Lógicamente, tratándose de bienes muebles por lo dispuesto en el art. 464 CC¹⁴¹ la apariencia de titularidad que deriva de la posesión es más difícil de destruir.¹⁴² De igual forma, la jurisprudencia ha señalado que la titularidad administrativa no convierte a un tercero en un tercero de buena fe,¹⁴³ posición que es claramente de reci-

punto de vista objetivo no es titular de los bienes, sino que está encubriendo una titularidad ajena, concretamente de su yerno, el acusado Manuel. Los recurrentes son simples titulares formales de los bienes decomisados.”

¹³⁹ Entiende la doctrina que: “...una cosa es el título de propiedad civil y otra la atribución de la misma a efectos administrativos. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la LO 7/1982 de Contrabando, en su número 3º, habla de que caerán en comiso los medios de transporte con los que se lleve a efecto el delito “siempre que no pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquel.” De tal suerte que cuando de los hechos probados se deduce que si bien, por ejemplo, la esposa no ha tenido participación en el delito, el hecho de la sola matriculación del vehículo no fundamenta una pertenencia o dominio privativo de la misma sobre el coche, puesto que se trata de un trámite administrativo y no civil. De otro lado tal argumento pugna con el principio general contenido en el artículo 1361 del Código Civil, que presume gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer (en este sentido vid. STS 13 de julio de 1985...)” PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3º edición, 2004, p. 649. Sobre el tema véase también AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 506.

¹⁴⁰ En las SSTS del 13 julio 1985 (RJ 1985\4097) y las N° 1240/1998 de 27 de noviembre; N° 613/2000 de 10 de abril y N° 798/2008 de 12 noviembre, el TS indica que la titularidad administrativa no es prueba del derecho de propiedad del bien (de los vehículos cuyo comiso se ordenó). De igual forma, en la STS 1592/2003 de 25 noviembre, se menciona que si bien el vehículo aparece a nombre de una sociedad de la cual el padre del recurrente es socio único, se ha demostrado que fue éste quien gestionó su adquisición y lo ha utilizado públicamente, lo cual permite considerarlo de su propiedad, más allá de la mera apariencia formal. En sentido contrario, en la STS N° 1370/1998 de 16 de noviembre se admite un certificado de la Jefatura Provincial de Tráfico para acreditar que el vehículo es del hermano del acusado y con base en él se dejó sin efecto el comiso.

¹⁴¹ “Artículo 464.

La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea...”

¹⁴² Así lo señala MARTÍN PÉREZ, “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).” En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.*, pp. 251-252.

¹⁴³ En la STS N° 798/2008 de 12 de noviembre, se sostiene que la mera titularidad administrativa “no puede convertir al titular sin más en tercero de buena fe pues sólo lo será aquél que ha consolidado mediante un acto legítimo de adquisición su derecho ignorando desde luego que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo, y en este sentido es perfectamente lícita la inferencia que lleve a una conclusión contraria a la concurrencia de la buena fe, como sucede en este caso teniendo en cuenta lo razonado en el párrafo precedente, lo que nos permite concluir que se trata de una titularidad meramente formal.” Creo que esta resolución confunde el tema de la buena fe con la

bo, pues la condición de titular no tiene nada que ver con la buena o mala fe que haya existido en la adquisición del bien.

En relación con los bienes inmuebles la situación es similar.¹⁴⁴ Si bien existe un principio de legitimación registral según el cual hay una presunción de titularidad a todos los efectos legales,¹⁴⁵ se trata de una presunción *iuris tantum*,¹⁴⁶ es decir, que admite prueba en contrario. Esto, claro está, siempre con audiencia al titular registral.¹⁴⁷

Autores como Martín Pérez examinan cuidadosamente el caso en que los bienes han sido trasladados a terceros en fraude de ley, con el propósito de evitar el comiso y ocultar su procedencia ilícita. Él entiende con base en el art. 33 LH, que, como el negocio jurídico subyacente es nulo, cesa la protección registral.¹⁴⁸ Si bien el art. 34 LH prevé una protección para el tercero que adquirió basándose en la titularidad que se derivaba del Registro, se requiere que sea un verdadero tercero, que no sea testaferro y que adquiera de buena fe.¹⁴⁹

adquisición legal del bien, lo que no sería adecuado toda vez que son requisitos diversos. Sin embargo, en lo que lleva razón es en que la simple titularidad administrativa no dice nada sobre la buena o mala fe del tercero.

¹⁴⁴ En la STS N° 186/2007 de 15 febrero, p. ej., se avaló el comiso de un apartamento que el imputado adquirió a través de una sociedad para dar salida y apariencia de legalidad a las ganancias obtenidas del tráfico de drogas.

¹⁴⁵ Artículo 38 LH: “A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero...”

Ley Hipotecaria. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE N° 58, 27 de febrero de 1946.

García García apunta sobre este principio: “El artículo 38 de la Ley Hipotecaria constituye el precepto básico del principio de legitimación registral, porque en él se contiene la formulación positiva de dicho principio, es decir, la presunción de que lo inscrito en el Registro existe y pertenece al titular registral en la forma que expresa el asiento...” GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Artículo 38.” En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999, p. 747.

¹⁴⁶ MARTÍN PÉREZ, “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).” En: *Derecho Privado y Constitución*, op. cit., p. 252; GARCÍA GARCÍA, “Artículo 38.” En: ALBALADEJO; DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, op. cit., p. 749.

¹⁴⁷ En igual sentido, MARTÍN PÉREZ, “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).” En: *Derecho Privado y Constitución*, op. cit., p. 252.

¹⁴⁸ Artículo 33.

“La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.”

¹⁴⁹ Artículo 34.

“El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya ins-

Comparto la perspectiva de este autor. Aunque el art. 33 LH indica que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, el art. 34 LH prevé una excepción a dicha regla.¹⁵⁰ Esta última norma consagra el llamado *principio de fe pública registral*, que en esencia “*protege al tercero que confía en la apariencia de la titularidad del transmitente, aunque éste no ostente una titularidad real o válida.*”¹⁵¹ Ahora, el art. 34 LH no se aplica a cualquier tercero, sino únicamente a aquel que tiene buena fe.¹⁵² De esta forma, el principio de fe pública registral no favorece p. ej., al testafierro que solo tiene un título aparente, por lo que en relación con éste se debe aplicar el art. 33 LH, según el cual la inscripción no convalida el acto o negocio nulo. En cualquier caso, el TS reconoce que no hay inconvenientes para que un órgano jurisdiccional penal, con base en los arts. 6.3 y 1305 CC, declare la nulidad de esos actos o negocios y adjudique los bienes al Estado.¹⁵³

El art. 20 LH¹⁵⁴ incorpora una medida cautelar aplicable en supuestos como los señalados, al indicar que en los procedimientos criminales se puede tomar anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, cuando a juicio del juez o el tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado (y no el titular registral), haciéndolo constar así en el mandamiento.¹⁵⁵ Entiendo que es una medida que además de asegurar un eventual comiso, protege a los terceros, estos sí de buena fe, que adquieren bienes bajo el amparo de la publicidad registral, evitándoles sorpresas desagradables.

crita su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.”

¹⁵⁰ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Artículo 33.” En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999, pp. 398-399.

¹⁵¹ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Artículo 34.” En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999, p. 422.

¹⁵² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1986, p. 595; GARCÍA GARCÍA, “Artículo 34.” En: ALBALADEJO; DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, op. cit.*, p. 450.

¹⁵³ Vid. STS, 2 octubre 1991 (RJ 1991\6977). De la misma opinión, ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁵⁴ Valora positivamente esta norma, PALOMO DEL ARCO, Andrés. “Asistencia internacional en la delincuencia económica”, *op. cit.*, p. 144; ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁵ “Art. 20

...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.”

Ley Hipotecaria. Este texto fue incorporado al art. 20 LH a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo también puede ser una herramienta útil para demostrar la desproporción que pueda haber entre los ingresos legales y el patrimonio de los condenados por actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo por delitos cometidos en el marco de una organización criminal o terrorista.¹⁵⁶ Sobre esta forma particular de comiso volveré en el próximo capítulo.

La jurisprudencia ha admitido la aplicación de la teoría del levantamiento del velo en materia penal. Además de las sentencias ya mencionadas a lo largo de este acápite, es necesario referirse a la STS N° 867/2002 de 29 de julio (caso Banesto). En este proceso, se demostró que las personas jurídicas que decían ser titulares lo eran solo en apariencia y por eso se ordenó el comiso de las fincas adquiridas con las ganancias obtenidas con el delito. La resolución contiene algunas ideas básicas que conviene recapitular. La primera, que el levantamiento del velo admitido en otras áreas del ordenamiento jurídico como la civil o la laboral, se justifica más en la vía penal por la búsqueda de la verdad material que la caracteriza. En segundo lugar, que si los imputados han registrado a nombre de personas jurídicas los bienes procedentes de la infracción para sustraerlos de la acción de la justicia (con lo cual la titularidad que ejercen esas personas jurídicas es ficticia), sería un contrasentido reconocerle derechos a dicha titularidad. Una tercera cuestión a destacar en esta resolución, es la afirmación del TS en el sentido de que la persona jurídica no vio lesionado su derecho de defensa a pesar de no ser parte en el proceso, pues su titularidad sobre los bienes era solo aparente y el verdadero titular (el imputado que adquirió las fincas que terminaron adjudicadas a la sociedad que también era controlada por él), sí tuvo conocimiento de las peticiones de comiso y tuvo la oportunidad de defenderse. La condición de testaferrero, subrayó el Tribunal Supremo, no genera derechos legítimos que el ordenamiento deba reconocer. Por último, la sentencia sostiene que *“... las posibilidades de defensa de los que dicen ser titulares de los bienes, no quedan absolutamente cercenados ya que, al no haber sido parte en el proceso, la sentencia penal no tiene para ellos la eficacia de la cosa juzgada y pueden ejercitar las acciones civiles al amparo del art. 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”* Es decir, la sociedad puede acudir a la tercería de dominio o mejor derecho que de conformidad con el art. 996 LECrim, se resolverá conforme con lo dispuesto en la LEC. Con excepción de este último punto (que Cazorla Prieto supone un cambio jurisprudencial, ya que en tanto antes se buscaba eliminar cualquier indefensión, ahora se abre esta nueva vía para que el tercero haga su reclamo en otra jurisdicción, de manera que no se permita a los imputados hacerse con los beneficios de la infracción valiéndose para ello de las titularidades formales¹⁵⁷), estimo que la decisión es

¹⁵⁶ En igual sentido, véase CEREIJO SOTO, “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso.” En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 7.

¹⁵⁷ *“Si antes se nos encaminaba a la formulación de conclusiones y práctica de la prueba para eliminar cualquier indefensión, aunque siempre limitada a la defensa de sus intereses, exclusivamente de sus derechos, o bien acordar, y por razones de analogía, 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 (art. 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ahora -y nuevamente por las especiales circunstancias de estos “macro procesos” amparados en la complejidad de los actos de los importantes delincuentes de cuello blanco- se abre otra vía para dejar incól-*

correcta, pues ciertamente, una vez acreditado que la persona jurídica no tiene una personalidad diferente a la persona física, no puede hablarse de la primera como si fuese un tercero. Dicho esto, la opción que se da al supuesto tercero de acudir a otra vía es cuestionable, ya que atribuye al comiso un carácter transitorio, cuando en realidad esta figura jurídica resuelve (o debería hacerlo), sobre la titularidad sobre los bienes de manera definitiva.

El Tribunal Constitucional también ha tenido la oportunidad de plantearse el tema. En el ATC 125/2004 de 19 de abril (al que dio lugar un amparo frente a la STS 867/2002 de 29 de julio ya mencionada), consideró necesario distinguir entre la apariencia formal y la realidad subyacente, así como aplicar la doctrina del levantamiento del velo cuando, de las pruebas se desprenda que la titularidad de las fincas es un mero decoro para presentar una realidad que no corresponde con la verdadera situación de los bienes. La condición de testaferro, señaló entonces el auto, no concede ningún derecho legítimo que el ordenamiento deba reconocer como tal. Lo extraño es que el TC dijese lo siguiente: “... la pena de comiso no prejuzga eventuales titularidades civiles que puedan oponer terceros, no se ha negado que no sea titular civil legítima y el TS ha hecho explícito que ese eventual derecho de titularidad civil lo puede hacer valer en la vía civil...” Concuero con Martín Pérez en que esta afirmación sorprende (como también la que hizo el TS en el mismo sentido), ya que le da al comiso un carácter provisional,¹⁵⁸ desconociendo que los tribunales solo aplican el comiso cuando hay pruebas para atribuir el dominio al autor o partícipe, no procediendo si hay dudas respecto a su titularidad. En efecto, si el comiso solo cabe en relación con bienes de terceros que han ejercido su derecho de defensa, o de terceros que lo son solamente en apariencia, requiriéndose en estos casos la destrucción de dicha apariencia, no puede argumentarse que el comiso penal no ha prejuzgado sobre la titularidad del bien y tan es así que entonces, en ningún caso habría indefensión del tercero, pues éste siempre tendría abierta la vía civil para discutir el tema. Creo que solo habrá indefensión si se ordena el comiso de un bien de un tercero

*me, al menos de la vía penal, el que los responsables criminalmente de unos hechos no obtengan, no materialicen sus beneficios con excusas formales o de titularidad registral que encubran a verdaderos intermediarios que obren y ejecuten las órdenes de los delincuentes con el único fin de satisfacer sus designios de disfrutar de los beneficios o transformación de los mismos al amparo de su actuación ilícita, que suele contribuir a un importante deterioro en el patrimonio de los afectados del delito, e incluso, como en el caso de referencia, a la economía nacional.” CAZORLA PRIETO, Soledad. “El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia del 29 de julio de 2002. Caso Baneño.” En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Tomo I, 2004, p. 84.*

¹⁵⁸ “La afirmación del TS supone otorgar al comiso la misma provisionalidad que al embargo, medida de aseguramiento que no exige certidumbre 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. Pero está 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.” MARTÍN PÉREZ, “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).” En: *Derecho Privado y Constitución*, op. cit., pp. 248-249.

cuando no se destruye esa apariencia (p. ej., a través del levantamiento del velo), o cuando no se le da audiencia al tercero como parte. No tratándose de estos casos, habrá que reconocer que el comiso resuelve de manera definitiva sobre la titularidad del bien, la mayor parte de las veces trasladando un derecho de propiedad a favor del Estado. Esta sería desde mi óptica la corrección que deberá hacer en próximas resoluciones, tanto el TS como el TC.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar el art. 130 apartado 2 CP que analicé hace algunos acápite. Se trata de una norma que introduce expresamente la doctrina del levantamiento del velo para evitar la evasión de la responsabilidad penal por parte de las personas jurídicas,¹⁵⁹ de manera que la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica condenada no equivalga a su disolución y por ende, la responsabilidad penal y en lo que aquí interesa, lo que se deba disponer en relación con las consecuencias accesorias, se pueda extender a las personas jurídicas resultantes. Del mismo modo, la norma da las pautas para entender cuándo la disolución ha sido solo aparente, en concreto, cuando se demuestre que la empresa sigue con su actividad económica y con los mismos clientes, proveedores y empleados o su parte más importante (segundo párrafo del art. 130.2 CP).

F. Copropiedad o titularidad de derechos compartida.

El art. 127 CP se refiere a la pérdida del bien como consecuencia del comiso, sin embargo no dice nada en relación con la propiedad u otro derecho -total o parcial- que tenga el titular sobre ese bien. Tratándose de casos de copropiedad,¹⁶⁰ si el art. 127 no distingue, habría que considerar plausible el comiso de bienes en la cuota que pertenezca al responsable (sea un interviniente en la infracción -autores o partícipes-, o un tercero).¹⁶¹ Tema aparte es el de los problemas deberá enfrentar el Estado en su carácter de copropietario. En todo caso, siendo que la normativa civil recono-

¹⁵⁹ En igual sentido, véase CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Art. 130." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 307.

¹⁶⁰ Arts. 392 y ss. CC.

¹⁶¹ Con esta orientación CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 61; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 845; PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3º edición, 2004, p. 657. Para Prats Canut y Morán Mora el comiso solo puede detenerse frente a la titularidad de una tercera persona ajena al hecho delictivo, de ahí que en los casos de titularidad compartida, cabe el comiso parcial de los bienes. Véanse también las SSTs de 16 de junio de 1993 (RJ 1993\5160) y la N° 198/2003 de 10 de febrero. Esta última, en lo que interesa, señala: "Por lo demás, 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."

ce que nadie está obligado a permanecer en comunidad, cualquier copropietario pueda pedir la división de la cosa común.¹⁶²

Algunos autores reconocen que el comiso puede recaer, por ejemplo, sobre la nuda propiedad y que el usufructuario del bien conserve sus derechos.¹⁶³ A mi modo de ver también puede suceder a la inversa, entiéndase, que recaiga sobre un derecho de usufructo y que el propietario mantenga su derecho de propiedad sobre el bien. Arribo a esta conclusión pues el comiso como demostré, puede recaer sobre derechos distintos al derecho real de propiedad. Repito, otra cosa son los problemas que deberá enfrentar el Estado al ejercer una titularidad como la descrita.

Para Manzanares Samaniego no es factible el comiso de bienes gananciales toda vez que la copropiedad que aquí se da es de mano común¹⁶⁴ y solo tras la disolución de la misma, se individualiza el dominio sobre unos y otros bienes, llegándose a la copropiedad en los términos que admite el CC español. Entiende que, en otros ordenamientos, se cambia el acento de la propiedad a la disponibilidad, admitiendo el comiso de los bienes cuando el responsable de la infracción también tiene la facultad de enajenar.¹⁶⁵ En sentido contrario y con base en la STS de 13 de julio de 1985 (RJ 1985\4097), Saavedra Ruiz estima que sí procede.¹⁶⁶ Éste también es el criterio de Aguado Correa¹⁶⁷ y Gallego Soler,¹⁶⁸ siempre limitando el comiso a la cuota que corresponda al responsable. Además de la sentencia antes mencionada, hay otras que avalan el comiso de bienes gananciales. Así, la STS N° 1349/2002 de 19 de julio habla de un comiso reducido a los bienes privativos de la condenada y a *la parte que le corresponde* en los que tiene en comunidad con su cónyuge. También la STC N° 151/2002 de 15 de julio, que además contempla la posibilidad del cónyuge para poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial y limitar así la ejecución a la cuota del condenado, evitando cualquier efecto de la condena sobre su patrimonio.

Desde mi óptica, no hay obstáculo para decomisar los derechos que tenga el cónyuge responsable en la masa de gananciales. Como bien apunta el TC, los bienes gananciales de conformidad con el art. 1373 CC,¹⁶⁹ están afectos a la satisfacción de

¹⁶² Art. 400 CC: "Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común."

¹⁶³ En igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 82 y CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁴ "...el comiso del objeto de una copropiedad... no cabría en la propiedad colectiva o de mancomún (*"Gesamteigentum"*) donde la cosa pertenece a la colectividad sin ninguna división ideal en cuotas - pero sí en el *"condominium iuris romani"*, que es precisamente la noción admitida en el Código Civil español..." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 81.

¹⁶⁵ MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, ibídem*, p. 82.

¹⁶⁶ SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 845.

¹⁶⁷ AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 506.

¹⁶⁸ GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.*, p. 299.

¹⁶⁹ "Artículo 1373.

Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes

las deudas propias de cada uno de los esposos. Según esa norma, cuando no se puede ejecutar *directamente* sobre los bienes comunes, lo anterior por ser *deudas privativas o propias de cada cónyuge* que no encuadran en ninguna de las hipótesis planteadas en los arts. 1365, 1366 y 1368 CC, como primera opción cabe el embargo de los bienes concretos que le sean adjudicados al cónyuge deudor tras la liquidación de la sociedad de gananciales, es decir, *sobre la cuota que corresponde al cónyuge deudor*.¹⁷⁰

Si con base en el art. 1366 CC mencionado (que prevé las obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges¹⁷¹), el TC le concede la categoría de *deuda* a una sanción de contenido económico como lo es una sanción tributaria y si la doctrina incluye dentro de las obligaciones extracontractuales las que se originan con la comisión de delitos y faltas,¹⁷² nada impide predicar lo mismo en relación con una medida como el comiso, toda vez que éste se puede imponer sobre bienes cuyo valor sea equivalente a los que están directamente vinculados con la infracción.

Aunado a esto, por expresa indicación del artículo 1361 CC, la presunción de que son bienes gananciales los existentes en el matrimonio es de carácter *iuris tantum*. Consecuencia de lo anterior, si el Estado desea que el comiso se extienda a todo el bien ganancial deberá demostrar que además de ser un efecto, instrumento o ganancia de la infracción pertenece exclusivamente al responsable, o que también pertenece a alguien que carece de buena fe. Asimismo, si el cónyuge que no tiene relación con el hecho alega que el bien le pertenece privativamente, será el Estado quien deba desvirtuar lo anterior, entendiéndose claro está, que una titularidad en algunos registros (p. ej., administrativos) no es prueba inequívoca de tal exclusividad.

gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.

Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal.”

¹⁷⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pp. 1618-1619.

¹⁷¹ “Artículo 1366.

Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.”

¹⁷² “Dentro de la categoría de las obligaciones extracontractuales deben incluirse no sólo las derivadas de ilícito civil, sino también las que proceden de un acto u omisión del cónyuge tipificado como delito o falta en el CP... Si bien, en este último caso, sólo serán imputables al patrimonio común las consecuencias civiles del delito, y no las condenas pecuniarias impuestas al cónyuge infractor (arg. principio de personalidad de la pena...” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1611. Como se desprende de este texto y de las normas examinadas, se puede accionar directamente contra el patrimonio común únicamente en ciertas circunstancias. P. ej., las descritas en los arts. 1365, 1366 y 1368 CC. No siendo así (v.g., ante la comisión de un delito por parte de uno de los cónyuges que no beneficia a la sociedad conyugal, o que no se da en el ámbito de administración de sus bienes), la acción será solo en relación con la parte de ese patrimonio que corresponda al cónyuge responsable (y deudor, por consiguiente).

G. El comiso de bienes de terceros en otros ordenamientos jurídicos.

A diferencia de lo que sucede en España, en otros ordenamientos jurídicos el comiso de bienes de terceros es una excepción que opera solo en ciertas circunstancias. Las previsiones legales alemanas y portuguesas en torno a este tema son un buen parámetro de lo antes indicado.

En el Código Penal portugués de 1995 se dispone como regla general que “*la pérdida no tendrá lugar si los objetos no pertenecieran, al tiempo del hecho, a ninguno de los agentes o beneficiarios, o no les pertenecieran en el momento en que se decreta la pérdida.*” (Art. 110.1). Como excepción, se indica que “*aunque los objetos pertenezcan a tercero, se decretará la pérdida cuando sus titulares hubieran participado de forma censurable en su utilización o producción, o hubieran obtenido ventajas del hecho, o cuando los objetos fueran adquiridos por cualquier título tras la realización del hecho, conociendo los adquirentes esa procedencia.*” (Art. 110.2)¹⁷³ De esta manera, el comiso de bienes de un tercero se justifica por el vínculo de esta persona con el hecho, que puede ser incluso posterior a la ejecución del mismo.

En la legislación alemana la situación es similar, pues el comiso de cosas o derechos de terceros¹⁷⁴ no implicados en la infracción se limita a los casos en que ese tercero tiene con el hecho una relación desaprobada por el ordenamiento jurídico que también puede ser posterior a éste.

Tratándose de los instrumentos y productos, el §74 apartado a) contempla dos hipótesis.¹⁷⁵ La primera requiere que el tercero haya contribuido al menos ligeramente a que el bien haya sido medio o producto del delito, siendo intrascendente si esa imprudencia se da en relación con la conducta antijurídica del autor del hecho, o si se manifiesta como una falta de cuidado sobre la cosa.¹⁷⁶ La segunda es que el

¹⁷³ Código Penal Português.

Para Manzanares Samaniego, el art. 110.2 del Código penal portugués es de clara inspiración germana. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 526.

¹⁷⁴ Nótese que la norma habla de derechos en general, no limitándose al derecho de propiedad.

¹⁷⁵ “§ 74a Erweiterte Voraussetzungen der Einziehung

Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so dürfen die Gegenstände abweichend von § 74 Abs. 2 Nr. 1 auch dann eingezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen,

1. wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist, oder

2. die Gegenstände in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat.”

¹⁷⁶ Así lo estima Manzanares Samaniego, quien también habla de imprudencia grave de parte del tercero: “*El primero es que éste (refiriéndose al tercero) haya contribuido al menos con grave imprudencia a que la cosa o el derecho haya sido medio o producto del delito, como ocurriría si se alquila un automóvil pese a las fundadísimas sospechas de que sería utilizado para una operación de contrabando. Es igual que la imprudencia grave se refiera a la conducta antijurídica del delincuente o se manifieste como una falta de cuidado sobre el uso de la cosa propia... este comiso solo cabe en un delito doloso, de manera que la exigencia al menos de imprudencia temeraria de tercero no responsable*”

tercero haya adquirido el bien de forma reprobable y conociendo las circunstancias que daban pie al comiso en relación con el autor o partícipe del hecho.¹⁷⁷ En relación con las ganancias, el §73 señala que la medida recaerá sobre bienes de terceros únicamente en dos hipótesis, a saber, cuando el autor o partícipe haya actuado para otro y ha obtenido algo a través de ello (aquí el comiso supone la pérdida de la ganancia obtenida por una persona que no fue autora o partícipe del hecho); o cuando el tercero haya facilitado el objeto para el hecho, o al menos conociendo las circunstancias del hecho (este es el caso de quien proporcionó o prometió la ganancia al interviniente en el hecho).¹⁷⁸

Fuera de los casos excepcionales en que cabe el comiso de bienes de terceros sin indemnización, tratándose del comiso de ganancias y el comiso punitivo, los derechos de terceros subsisten. La indemnización también se niega en el caso del co-

criminal se halla plenamente justificada." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 524. Igualmente Ramón Ribas señala que el comiso de instrumentos y productos solo es posible, según el §74 del StGB, cuando se haya cometido delito doloso. RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 529.

¹⁷⁷ "La segunda previsión -referida igualmente a la propiedad de la cosa o la titularidad de un derecho al acordarse el comiso- se contrae a la adquisición del objeto en forma reprobable y conociendo las circunstancias que hubieran permitido el comiso respecto al delincuente. Así lo entendió, por ejemplo, el BGH cuando un comerciante de coches de segunda mano compró el automóvil usado para una caza furtiva sabiendo que el autor deseaba desprenderse de él por temor precisamente al comiso. Aquí ya no basta la imprudencia temeraria del supuesto anterior, antes bien, se requiere el conocimiento positivo de que la cosa estuvo implicada, antes de su adquisición, en una acción criminal que justificaría su comiso. Se exige, además, que el adquirente haya actuado de modo "reprobable", lo que la doctrina y la jurisprudencia alemana interpretan como intención de favorecimiento al reo o enriquecimiento propio. También este comiso de tercero tiene un carácter cuasi penal lo que explica su conexión con un comportamiento cuasicultural del tercero afectado." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, pp. 524-525.

¹⁷⁸ "§ 73 Voraussetzungen des Verfalls

(1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.

(2) Die Anordnung des Verfalls erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. Sie kann sich auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat.

(3) Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.

(4) Der Verfall eines Gegenstandes wird auch angeordnet, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat."

StGB.

Hablamos de dos excepciones, la primera excepción es la actuación por otro, el caso de la pérdida de la ganancia patrimonial obtenida por una persona que no fue autora o partícipe del hecho. La segunda excepción se relaciona con el tercero que proporcionó o prometió la ventaja patrimonial al interviniente en el injusto tipificado. Se conocen aquí dos modalidades, la ventaja patrimonial por el hecho y la concedida con conocimiento de las circunstancias del hecho. Así, RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 530; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, pp. 528-529.

miso de seguridad o aseguramiento y en el mismo comiso punitivo, cuando el tribunal dispone que el tercero deba soportar la pérdida de la cosa sin ese derecho.¹⁷⁹

En resumen, de la remisión expresa al §74 a¹⁸⁰ (remisión que también supone una restricción para aplicar este comiso), se desprende que el tercero debe haber contribuido al menos ligeramente a que la cosa o derecho haya sido medio u objeto del hecho delictivo o de su preparación, o bien que el tercero haya obtenido la cosa o derecho de forma reprobable, conociendo las circunstancias que puedan dar lugar a su comiso o destrucción. De darse estas circunstancias el Estado no debe indemnizar al tercero.¹⁸¹

Este tema es bastante polémico, pues hay quienes consideran que este comiso es incompatible con la garantía que la Ley Fundamental de la República Federal Alemana otorga al derecho de propiedad: *“El carácter básicamente represivo y cuasi-penal de este comiso haría muy difícil de compatibilizar la renuncia a una culpabilidad específicamente penal con el principio mismo de culpabilidad.”*¹⁸² Esta también es la postura de Jescheck y Weigend, según los cuales la extensión del comiso punitivo a personas que tienen relación con el hecho de forma tan lejana puede tener proble-

¹⁷⁹ “§ 73e Wirkung des Verfalls

(1) Wird der Verfall eines Gegenstandes angeordnet, so geht das Eigentum an der Sache oder das verfallene Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat über, wenn es dem von der Anordnung Betroffenen zu dieser Zeit zusteht. Rechte Dritter an dem Gegenstand bleiben bestehen.”

“§ 74 e Wirkung der Einziehung

(1) Wird ein Gegenstand eingezogen, so geht das Eigentum an der Sache oder das eingezogene Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat über.

(2) Rechte Dritter an dem Gegenstand bleiben bestehen. Das Gericht ordnet jedoch das Erlöschen dieser Rechte an, wenn es die Einziehung darauf stützt, daß die Voraussetzungen des § 74 Abs. 2 Nr. 2 vorliegen. Es kann das Erlöschen des Rechts eines Dritten auch dann anordnen, wenn diesem eine Entschädigung nach § 74f Abs. 2 Nr. 1 oder 2 nicht zu gewähren ist.”

StGB.

¹⁸⁰ V.g., §§ 92 b apartado 2; 285 b II 2, 295.

¹⁸¹ “§ 74f Entschädigung

(1) Stand das Eigentum an der Sache oder das eingezogene Recht zur Zeit der Rechtskraft der Entscheidung über die Einziehung oder Unbrauchbarmachung einem Dritten zu oder war der Gegenstand mit dem Recht eines Dritten belastet, das durch die Entscheidung erloschen oder beeinträchtigt ist, so wird der Dritte aus der Staatskasse unter Berücksichtigung des Verkehrswertes angemessen in Geld entschädigt.

(2) Eine Entschädigung wird nicht gewährt, wenn

1. der Dritte wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist,

2. der Dritte den Gegenstand oder das Recht an dem Gegenstand in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung oder Unbrauchbarmachung zulassen, in verwerflicher Weise erworben hat oder

3. es nach den Umständen, welche die Einziehung oder Unbrauchbarmachung begründet haben, auf Grund von Rechtsvorschriften außerhalb des Strafrechts zulässig wäre, den Gegenstand dem Dritten ohne Entschädigung dauernd zu entziehen.

(3) In den Fällen des Absatzes 2 kann eine Entschädigung gewährt werden, soweit es eine unbillige Härte wäre, sie zu versagen.”

StGB.

¹⁸² MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 525.

mas de constitucionalidad (por violación al principio de culpabilidad), máxime si se considera que no hay indemnización prevista por esa pérdida.¹⁸³ Manzanares Samaniego entiende que el comiso de instrumentos y productos que se pueden considerar peligrosos para la comunidad o que se pueden emplear para cometer infracciones (así, p. ej., venenos, explosivos, billetes falsos, etcétera), no debe ser objeto de polémica, pues la protección del artículo 14 de la Ley Fundamental cede ante el bien general, sin interesar quién sea el propietario. Se trata de un comiso indiferenciado, que no requiere culpabilidad en el autor del delito, bastando la simple tipicidad y antijuricidad. Tampoco se requiere que la propiedad o titularidad de la cosa o derecho sea al momento de su decreto, del autor o partícipe criminal. En suma, cree que éste es un supuesto contemplado en el §74, sin que se requiera acudir al apartado a) de dicha norma. El tercero no obstante, será indemnizado con el valor de mercado (74 apartado f).¹⁸⁴

H. Toma de postura en relación con el comiso de bienes de terceros.

En primer lugar, el legislador debería tutelar todos los derechos que el tercero tiene sobre el bien considerado efecto, instrumento o ganancia de la infracción y no solo el derecho propiedad. También debería circunscribir los casos en que es admisible el comiso de bienes de terceros. En lugar de ser la regla, ésta debería ser la excepción.

El comiso de instrumentos y efectos como indiqué atrás, solo debería proceder en relación con instrumentos y efectos peligrosos intrínsecamente, o que lo son en relación con alguien (p. ej., el tercero titular no puede garantizar que cumplirá con su deber de vigilar las sustancias químicas o el arma de fuego que adquirió de forma lícita y que otro empleó para cometer la infracción). La procedencia de este comiso (llamado de seguridad o aseguramiento), a mi modo de ver carece de polémica, pues cualquier derecho de propiedad que se invoque sobre el bien cederá ante la necesidad de garantizar la seguridad colectiva. Precisamente por este motivo, en el comiso de seguridad es intrascendente quién sea el titular del bien (si el autor o partícipe del hecho, o un tercero).

La legislación española contempla un comiso de efectos e instrumentos de carácter punitivo (pues como indiqué atrás, la peligrosidad del bien no es un elemento a considerar según el art. 127 CP). *Partiendo de esta base normativa, que repito, se debe modificar*, lo mínimo a lo que podemos aspirar es que este comiso proceda excepcionalmente sobre bienes de terceros, en concreto cuando ese tercero sin ser

¹⁸³ Según Jescheck, esta medida *“Posiblemente se ha pensado en los casos en los que el tercero deja al autor una escopeta a pesar de que podría haber reconocido fácilmente que iba a cazar furtivamente, o allí donde el tercero compra a buen precio el vehículo utilizado para el delito en circunstancias sospechosas pero sin un conocimiento exacto del hecho previo.”* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 860.

¹⁸⁴ MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP*, op. cit., p. 525.

partícipe en el hecho, ha tenido una conducta reprobable, sea porque de manera dolosa o imprudente ha contribuido a que el bien haya sido instrumento o efecto de la infracción o de su preparación, o porque lo ha obtenido en condiciones en las que conocía, previó o podía prever las particularidades que daban lugar al comiso (sin perjuicio de esos comportamientos también encuadren en otros tipos penales). Se trata de una solución que desde mi óptica es inconciliable con el principio de culpabilidad penal que caracteriza la imposición de las sanciones y que también deja de lado los fundamentos del comiso, sobre todo el de efectos e instrumentos, pues como ya apunté, no se valora el tema de la peligrosidad del bien, de ahí que como mínimo, la normativa debería ser exhaustiva al señalar las circunstancias en las que procede la imposición de la medida.

Del mismo modo, el comiso de las ganancias de la infracción debería perjudicar al tercero titular de forma excepcional, únicamente cuando el autor o partícipe actuó para favorecerle, o cuando adquirió el bien dolosamente, conociendo las circunstancias que le hacían susceptible de comiso, o de manera imprudente, de un modo en el que previó o podía prever esas circunstancias.

Finalmente, si el tercero no contribuyó de forma negligente al hecho, o no adquirió el bien conociendo las circunstancias que le hacían susceptible de comiso y a pesar de eso sigue siendo necesario sacrificar su derecho sobre el bien (sea el de propiedad, u otro derecho), el comiso debería acompañarse de una indemnización. Pensemos p. ej., en un tercero que tiene un derecho de usufructo sobre un bien del condenado que debe ser decomisado, pues su valor equivale al de los bienes directamente vinculados con el hecho y cuyo comiso el condenado hizo imposible. Al igual que el autor o partícipe, el tercero puede tener un derecho sobre el bien que sea distinto al derecho de propiedad, de allí que deban incorporarse consideraciones como éstas en la regulación de este tema.

VI. Comiso de primer o segundo grado.

El art. 127 CP contempla dos modalidades de comiso propio, a saber, el de primer grado, que recae de forma inmediata sobre el objeto previsto en la norma (efectos y ganancias provenientes del delito o falta, bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado); y el de segundo grado, que recae sobre un objeto que ha sustituido al primero¹⁸⁵ (y que la norma contempla al incluir las transformaciones que hubiesen podido experimentar los objetos antes citados: efectos, ganancias, bienes, medios e instrumentos), p. ej., el comiso del dinero que el autor adquirió al

¹⁸⁵ Al clasificar el comiso, Manzanares Samaniego señala que el comiso puede ser propio o impropio. El primero, de eficacia real, puede ser de primer grado cuando recae sobre la cosa prevista de forma inmediata en el texto legal (v.g., el instrumento del delito) y de segundo grado (p. ej., la cosa recibida por permuta del instrumento utilizado para cometer la infracción). MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, pp. 40-41.

enajenar el bien con que cometió el hecho. Se trata de una cláusula subrogatoria que tiene el claro propósito de garantizar el comiso. Mientras que para algunos esta previsión es razonable, pues de lo contrario se burlaría fácilmente la medida (v.g., con una simple permuta del objeto),¹⁸⁶ para otros es innecesaria e inexacta, lo primero porque ya el art. 127 prevé el comiso de bienes pertenecientes a terceros, lo segundo porque las transformaciones en manos de terceros de buena fe no se pueden decomisar.¹⁸⁷

En las líneas anteriores doy por sentado que el comiso de segundo grado también se impone en relación con los efectos e instrumentos, sin embargo, la norma admite sendas interpretaciones. La primera, señalar que cabe en relación con los efectos, los instrumentos y las ganancias de la infracción. La segunda, que se puede imponer solo con respecto a las ganancias.¹⁸⁸ En mi opinión, de la norma no parece desprenderse la exclusión de los efectos e instrumentos. Esto sin embargo, no obsta para que de *lege ferenda*, la aplicación del comiso subrogatorio deba supeditarse a la peligrosidad del objeto que ocupa el lugar del efecto o instrumento. Si sigue siendo peligroso (como lo era el bien directamente relacionado con la infracción), su comiso será procedente. Recordemos que el comiso de los efectos e instrumentos se basa en la peligrosidad objetiva del bien y en la necesidad de evitar su empleo en futuras infracciones, razón por la cual carecerá de sentido ordenar la medida una vez que el bien ha sido convertido o transformado, excepto que continúe siendo peligroso. Tratándose de las ganancias la situación es otra, pues por el carácter fungible del dinero; así como por el fundamento y orientación teleológica de su comiso, el comiso subrogatorio se debe admitir siempre, para garantizar el suprimir la venta patrimonial asociada con la infracción.

Como apunté en el segundo capítulo de esta investigación, en los instrumentos supranacionales se ha dispuesto el decomiso de los bienes en los que el producto se haya convertido o transformado; el decomiso del producto que se ha mezclado con bienes de origen lícito hasta por su valor estimado; así como cualquier ingreso o beneficio derivado del producto; de los bienes en los que el producto haya sido transformado o convertido y de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto, en la misma medida de éste. Aunque la situación de la mezcla del producto no es idéntica a la de su conversión, la legislación española no entra en esos deta-

¹⁸⁶ Para Saavedra Ruiz esta previsión es del todo razonable, ya que “*de lo contrario sería fácil burlar el comiso mediante la adquisición o permuta de los efectos o bienes...*” SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 844.

¹⁸⁷ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP*, op. cit., p. 51.

¹⁸⁸ Aunque no lo dice expresamente, ésta sería la posición de Borja Mapelli Caffarena, quien señala que el comiso de las ganancias cualesquiera que sean las transformaciones que hayan experimentado, es una modalidad expresamente diseñada para frenar la transformación de los beneficios obtenidos en las actividades criminales mediante el blanqueo. MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP*, op. cit., p. 51. También ésta es la opinión de YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 434. Según éste, no deben existir escrúpulos para que los bienes que hayan entrado en el patrimonio del condenado a cambio de las ganancias ocupen el lugar de éstas, lo anterior por el principio de subrogación real. “*Si la venta del costoso lanzagranadas, llevada a cabo por el terrorista, le ha permitido comprar un automóvil, estamos ante el comiso denominado, con Manzanares, de segundo grado o impropio.*”

lles. Sin embargo, al contemplar el decomiso de los bienes “*cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar*”, está dando cabida a todas las posibilidades antes descritas,¹⁸⁹ máxime que no son alternativas excluyentes. Pensemos v.g., en el dinero procedente del narcotráfico empleado para comprar un inmueble; o en ese mismo dinero mezclado con otro de origen legítimo y empleado en su conjunto para comprar un inmueble; o bien una mezcla de ambas cosas, dinero procedente del narcotráfico y dinero legítimo mezclados e invertidos en una empresa legítima, cuyas ganancias son las que se emplean para comprar el inmueble. Del mismo modo, la gran mutabilidad del dinero (aspecto que adquiere mayor importancia cuando hablamos de las ganancias derivadas de la infracción), es un elemento que confirma que el término *transformaciones* contenido en el art. 127 CP debe interpretarse de manera amplia. Lo contrario haría del decomiso una herramienta inútil.

Lo antes dicho no significa, sin embargo, que la expresión *cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar* sea la más adecuada. En primer término, porque no se pone un límite a las transformaciones, con lo cual se pueden abarcar todas las que estén en cadena. En segundo lugar, porque los aprovechamientos, consistentes en un incremento o aumento de las ganancias iniciales o de sus sustitutos, ni son ganancias provenientes de la infracción, ni ocupan el lugar de éstas, de ahí que sea discutible que se puedan considerar ganancias que a su vez han sido transformadas.¹⁹⁰ En tercer lugar, la norma indicada habla de *cualesquiera*, o en otras palabras, de *todas las transformaciones*, lo que genera problemas sobre todo de cara a los terceros, ya que en los términos en los que está planteado el comiso de sus bienes (como regla y no como excepción), esos terceros se ven obligados a la práctica de investigaciones exhaustivas sobre la procedencia de los bienes que adquieren, muchas veces sin posibilidad alguna de éxito, porque se enfrentan a entramados complejos. Además, como señala Manzanares Samaniego, se pone en entredicho derechos como lo son el de propiedad, seguridad jurídica y el principio de legalidad, ya que “*la ausencia de límites legales desembocará probablemente en una jurisprudencia contradictoria, pues están en juego tanto las transformaciones en cadena como las modalidades de la transformación.*”¹⁹¹

¹⁸⁹ En ese sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 67.

¹⁹⁰ Es de esta opinión VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *RP*, op. cit., p. 166.

¹⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP*, op. cit., p. 532. Con otra orientación, Aguado Correa estima que la previsión del comiso subrogatorio no implica “*que se puedan confiscar las ganancias indirectas, cuyo decomiso solo es procedente en los casos en los que así se prevé expresamente por el legislador como sucede... en los supuestos de delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...*” AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 505. En otra obra la misma autora señala: “*Por otra parte, esta previsión no implica, desde nuestro punto de vista, que se pueda confiscar las ganancias indirectas. Piénsese en aquellos casos en los que ciertas ganancias provenientes de un delito son acrecentadas por otros negocios legales; o aquellos supuestos en los que las ganancias de una empresa se reinvierten de tal manera, que el comiso de las ganancias puede llevar a su desaparición; o aquellos otros, en los que las ganancias provienen de una leve infracción de la ley y se han gastado en su totalidad. Para determinar si también se deberán confiscar los beneficios conseguidos por quien invirtió y gestionó hábilmente las ganancias ilícitamente obtenidas, podríamos acu-*

En otras legislaciones sí existen límites en relación con este tema. Por ej., el §73 del Código Penal alemán, tras señalar que las ganancias a decomisar deben proceder directamente del delito (párrafo primero), en el párrafo segundo contempla dos supuestos de ventajas indirectas, a saber, el de los *aprovechamientos* y el de los objetos que han sustituido a los inicialmente decomisables. Según Manzanares Samaniego, los aprovechamientos son definidos en el 100 BGB como “los frutos de una cosa o de un derecho, así como los beneficios que el uso de la cosa o del derecho proporcionen.” Como ejemplos de aprovechamientos, este autor cita el precio por el arrendamiento de una finca transferida a su nuevo dueño como recompensa por el delito, o comprada con los ahorros correspondientes a un delito fiscal. Aquí el comiso es preceptivo, tanto como sucede con la ganancia inmediata.¹⁹² Diferente sucede con lo adquirido por sustitución, en donde se diferencian 3 categorías, a saber, el precio de enajenación de lo decomisible; lo obtenido por sustitución de la cosa primitiva, “sea por su destrucción, deterioro o sustracción (así lo percibido del seguro por los daños del coche)” y los objetos adquiridos mediante la satisfacción de un derecho (“así, por la realización de una pretensión cedida”). Este comiso es solo potestativo.¹⁹³ De esta manera, las demás ganancias indirectas o posteriores quedan claramente al margen de la norma. Otro ejemplo se encuentra en el Código Penal portugués, pues en él también se circunscribe a los casos en los que se da una sustitución de la ganancia, a lo obtenido por intercambio u otras transacciones.¹⁹⁴

Una regulación similar podría ser introducida en el caso español, de manera que solamente ciertas ganancias derivadas de la ganancia inicial puedan ser alcanzadas por el comiso, lo que al acortar las distancias que hay entre el objeto a decomisar y

*dir a lo dispuesto en la legislación civil. Y comprobamos que, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones civiles de otros países como Alemania, en nuestro Código Civil no existe precepto alguno en el que de una forma expresa se conceda la ganancia neta del gestor malicioso al dueño del negocio. Además esta es la postura seguida por el Tribunal Supremo cuando se trata de enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito. Así, en la STS de 5 de octubre de 1985, sólo se accedió a la indemnización del daño efectivo pero no de todos los provechos obtenidos por quien actuó injustamente. Por otra parte, ello sería contrario al principio de proporcionalidad.” AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 96. Aunque la interpretación que hace Aguado Correa es plausible, creo que la inseguridad jurídica que genera la norma subsistirá hasta tanto se corrija el problema mediante una reforma legal.*

¹⁹² MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 528.

¹⁹³ MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, ibídem*, p. 528.

¹⁹⁴ “Artigo 111

Perda de vantagens

1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

2 - São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido diretamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

3 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.

4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor.”

Código Penal Português.

la infracción cometida, permitirá salvaguardar los derechos de los terceros ajenos a ésta. También puede regularse los supuestos en que el producto del delito se ha mezclado con bienes adquiridos lícitamente, para que el comiso se limite únicamente a esa parte. Una postura que además de ser la propia de los instrumentos supranacionales, ha sido de recibo en la jurisprudencia, v.g., la STS 202/2007 de 20 de marzo.¹⁹⁵

Finalmente, frente al derecho que se genera sobre la cosa y que presupone la existencia material de ésta, el art. 127 CP también contempla el comiso de bienes del autor o partícipe del hecho cuyo valor sea equivalente al de los bienes cuyo comiso no tuvo lugar. Este es el comiso por valor equivalente, que examinaré a continuación.

VII. Comiso por valor equivalente.

Para los casos en que es imposible realizar el comiso (pensemos, por ejemplo, en la pérdida material del bien, sea voluntaria o accidental, o en su transmisión a un tercero de buena fe que lo adquirió legalmente),¹⁹⁶ se prevé el comiso por valor equivalente,¹⁹⁷ según el cual los bienes que deben y no pueden ser decomisados,

¹⁹⁵ “Si, como reconoce aquí la sentencia recurrida..., hay una parte de esos bienes que se adquirió con otros obtenidos lícitamente, tendría que haberse acordado que esta parte quedara excluida del comiso, debiendo limitarse este (el comiso) a aquella otra parte adquirida con bienes procedentes del tráfico de drogas. Habría que determinar un porcentaje para determinar una y otra parte; pero tal determinación no la hace la sentencia recurrida, que acuerda el comiso de la totalidad en base a que considera que, en los flujos monetarios destinados a esos negocios u operaciones, eran muy superiores a aquellos de origen ilícito frente a los procedentes de su lícita actividad empresarial o laboral. Y si esa fijación de porcentajes no la hizo la Audiencia Nacional, sin duda porque no tenía datos para ello, menos aún hemos de hacerla aquí nosotros en este trámite del recurso extraordinario de casación. En conclusión, hemos de dejar sin efecto, como ya se ha dicho, el comiso acordado en el fallo de la sentencia recurrida.”

¹⁹⁶ “La previsión del comiso del valor equivalente ofrece una serie de ventajas, al permitir dar una respuesta adecuada a los supuestos en los que por cualquier motivo lo obtenido ya no esté a disposición del sujeto, bien porque el sujeto ha consumido, destruido u ocultado el objeto del comiso, o bien porque consiste en una disminución del patrimonio o porque por cualquier otro motivo es imposible proceder a su decomiso. El comiso del valor equivalente también permite resolver satisfactoriamente los casos en los que los bienes no pueden ser decomisados por haber sido adquiridos legalmente por un tercero de buena fe no responsable del delito. En estos supuestos, se podrá decretar el comiso de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al objeto que ha sido adquirido legalmente por el tercero de buena fe. En definitiva, este comiso permite que el sujeto que no conserva el objeto del comiso no reciba un trato mejor que aquel que lo conserva.” AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC*, op. cit., pp. 5-6. Véase también CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG*, op. cit., p. 374.

¹⁹⁷ Muñoz Cuesta lo llama comiso de valor. MUÑOZ CUESTA, “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *RJA 2004*, op. cit., p. 295. Saavedra Ruiz habla de comiso del valor de los bienes por sustitución. SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 845. Rodríguez Puerta le denomina comiso del valor por sustitución: RODRÍGUEZ PUERTA,

deben ser sustituidos por otros propiedad de los responsables que tengan igual valor.

Sin duda alguna llevan razón quienes afirman que esta forma de comiso responde a las directrices supranacionales,¹⁹⁸ pues en todos los cuerpos normativos de ese nivel está previsto. Me refiero a las Convenciones de Naciones Unidas, los Convenios del Consejo de Europa y por supuesto, la normativa de la Unión Europea, en particular la Decisión Marco 2001/500/JAI.

El comiso por valor equivalente recae sobre otros bienes propiedad de los responsables del hecho y cuyo valor precisamente, equivale con el de aquel o aquellos que no se pueden someter a comiso. Así p. ej., si no se puede decomisar el instrumento con que se cometió la infracción pero sí los efectos de ésta, el comiso por valor equivalente solo se impondrá en relación con el primero. Lo anterior no deja de ser un problema, pues según el primer párrafo del art. 127 CP, los instrumentos, efectos y ganancias de la infracción pueden pertenecer a terceros (el no decomiso de bienes de terceros es la excepción), con lo cual, puede suceder que el autor o partícipe de la infracción tenga que responder con su patrimonio ante la imposibilidad de decomisar bienes que pertenecen a otras personas.

Concuerdo con Manzanares Samaniego¹⁹⁹ y el mismo TS²⁰⁰ en que esta forma de comiso no se puede equiparar con la multa, pues los parámetros con los que se fija esa pena (gravedad del hecho, culpabilidad del acusado, situación económica), son ajenos al valor de lo que debió ser objeto de comiso. De igual forma, las consecuencias que se derivan del impago de la multa no se aplican tratándose del comiso por valor equivalente.

Algunos autores estiman que este comiso tiene un carácter más obligacional,²⁰¹ pues en lugar de afectar bienes específicos, se convierte en un reclamo por un crédito dinerario contra el autor del delito, que de no ser pagado lleva a disponer el

¹⁹⁸ "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3ª edición, 2004, p. 652. Gascón Inchausti usa la expresión decomiso de valor para referirse a él. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 65.

¹⁹⁹ AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 506; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 845 y RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3ª edición, 2004, p. 652. También la FGE, en la Circular 2/2005 de 31 de marzo, señala en relación con el comiso por valor equivalente que su incorporación al ordenamiento español "...era una exigencia inaplazable, ya que tanto la Convención de Viena de 20-12-88, en su artículo 5.1.a), como la Convención de Nueva York de 15-11-00, en su artículo 12.1.a), obligaban a adoptar las medidas necesarias para acordar el decomiso "del producto de los delitos... o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto". En el mismo sentido se pronunciaba la Decisión Marco de 26-6-01 sobre blanqueo de capitales, identificación, embargo, seguimiento, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito."

¹⁹⁹ Véase MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: REP, op. cit., p. 16.

²⁰⁰ P. ej., léase la STS N° 688/1998 de 26 mayo.

²⁰¹ Según Jescheck y Weigend, el comiso por valor equivalente es una obligación de pago que se puede ejecutar como si de una multa se trata, aunque lógicamente sin poder aplicar una responsabilidad subsidiaria por el impago. JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 860.

decomiso de sus bienes.²⁰² Entiendo que esta observación no se aplica al caso español, pues una cosa es el comiso por valor equivalente y otra el comiso de contenido obligacional denominado *comiso impropio*, consistente en el pago de una cantidad de dinero correspondiente al valor de la cosa.²⁰³ En tanto que el primero recae sobre bienes de los responsables con un determinado valor, el segundo otorga al responsable de la infracción la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero. Esta última modalidad de comiso no está incluida en la legislación española.²⁰⁴ Véase que el art. 127 CP *no impone al responsable criminal la obligación de pagar una cantidad de dinero*. Lo que señala la norma, es que este comiso recaerá sobre los bienes que le pertenecen, por un valor equivalente al de los bienes cuyo comiso no se efectuó.

El Derecho Comparado ha incorporado esta forma de comiso, o algunas bastante similares, como lo es el comiso impropio mencionado atrás. P. ej., en el Código Penal alemán, concretamente en el §74 c), se recoge la confiscación del valor sustitutorio,²⁰⁵ precisamente previsto para los casos en que el responsable ha aprovechado el instrumento o producto del delito, sea enajenándolo o usándolo, o ha frustrado de otro modo su comiso (v.g., destruyéndolo),²⁰⁶ de allí que se diga que tiene un carácter punitivo²⁰⁷ (claro que tiene ese carácter, pues no interesa la peligrosidad

²⁰² Para Gascón Inchausti, la no satisfacción del crédito por parte del autor de la infracción lleva al decomiso-embargo de bienes. Según él, es un mecanismo común en otros ordenamientos, tanto de corte angloamericano como continentales (p. ej., el alemán). GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 66.

²⁰³ Vid. AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC*, op. cit., p. 6 y MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP*, op. cit., p. 621. Para otros el comiso por valor equivalente y el comiso impropio son lo mismo. V.g., GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 957.

²⁰⁴ De esta opinión MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*, op. cit., Tomo I, Parte General, pp. 926 y 929.

²⁰⁵ Comiso sustitutivo del valor, según señala Manzanares Samaniego. En él se decomisa una suma de dinero correspondiente al valor del objeto cuyo comiso deviene imposible. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*. Granada, Editorial Comares, Tomo II, Parte Especial (Artículos 138 a 639), 2010, p. 995.

²⁰⁶ "§ 74c Einziehung des Wertersatzes

(1) Hat der Täter oder Teilnehmer den Gegenstand, der ihm zur Zeit der Tat gehörte oder zustand und auf dessen Einziehung hätte erkannt werden können, vor der Entscheidung über die Einziehung verwertet, namentlich veräußert oder verbraucht, oder hat er die Einziehung des Gegenstandes sonst vereitelt, so kann das Gericht die Einziehung eines Geldbetrags gegen den Täter oder Teilnehmer bis zu der Höhe anordnen, die dem Wert des Gegenstandes entspricht.

(2) Eine solche Anordnung kann das Gericht auch neben der Einziehung eines Gegenstandes oder an deren Stelle treffen, wenn ihn der Täter oder Teilnehmer vor der Entscheidung über die Einziehung mit dem Recht eines Dritten belastet hat, dessen Erlöschen ohne Entschädigung nicht angeordnet werden kann oder im Falle der Einziehung nicht angeordnet werden könnte (§ 74e Abs. 2 und § 74f); trifft das Gericht die Anordnung neben der Einziehung, so bemißt sich die Höhe des Wertersatzes nach dem Wert der Belastung des Gegenstandes.

(3) Der Wert des Gegenstandes und der Belastung kann geschätzt werden.

(4) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42."

StGB.

²⁰⁷ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., pp. 859-860.

del bien). Aquí cabe decomisar una cantidad de dinero del autor o partícipe hasta por el valor del objeto y no decomisar bienes cuyo valor sea equivalente al del bien cuyo comiso no se efectúa, como sucede en España. La misma regla se aplica cuando el bien ha sido transmitido a un tercero que no esté comprendido en los supuestos del § 74 a). Igual se prevé en relación con las ganancias. En concreto, según el § 73 a,²⁰⁸ el comiso del valor cabe cuando no es posible la incautación de un objeto determinado, sea por su estado o por otro motivo, o cuando se prescindiera de incautar el objeto sustitutivo de otro que ya no tiene el autor o partícipe (§73 II). Incluso se prevé el comiso del valor junto con la incautación del objeto, cuando el valor de éste sea inferior al valor del objeto inicial.

En el art. 111 del Código Penal Portugués, específicamente en su apartado 4²⁰⁹ se regula el comiso de valor, al indicar que si la recompensa, los derechos, cosas o ventajas referidos en los números anteriores no pueden ser apropiados en especie, la pérdida será sustituida por el pago al Estado de su respectivo valor.

En Italia también se prevé esta medida, sin embargo no se contempla como una regla general aplicable a cualquier caso, sino que se dispone para ciertos delitos, p. ej., para los delitos contra la Administración Pública.²¹⁰

²⁰⁸ “§ 73a Verfall des Wertersatzes

Soweit der Verfall eines bestimmten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von dem Verfall eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 2 Satz 2 abgesehen wird, ordnet das Gericht den Verfall eines Geldbetrags an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben dem Verfall eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt.”

StGB.

²⁰⁹ “Artigo 111

Perda de vantagens

1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

2 - São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

3 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.

4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor.”

Código Penal Português.

²¹⁰ “322-ter. Confisca

1. Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessa dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo.

2. Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca

En Suiza, en el art. 71 CP,²¹¹ se prevé la confiscación del valor. Cuando los valores patrimoniales a confiscar no existan,²¹² procede ordenar a favor del Estado el pago de una suma equivalente. La medida puede afectar a terceros, salvo que se trate de alguno de los supuestos contemplados en el art. 70.2 CP.

La legitimidad del comiso por valor equivalente que contempla el art. 127 CP se cuestiona bajo ciertas circunstancias, a saber, cuando la desaparición de los bienes no es imputable al sujeto y cuando se aplica a los instrumentos empleados para preparar o cometer la infracción pues, si han desaparecido, el peligro de su eventual empleo también se ha diluido.²¹³ Sobre el primer tema y para imponer límites a una regulación que es claramente desmesurada, algunos autores creen conveniente imponer este comiso *únicamente* cuando el comiso originario se frustra por motivos imputables al sujeto. Este es el caso de García Arán²¹⁴ o Rodríguez Puerta, quien si-

di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma.

3. Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto a il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato.”

Código Penal Italiano. Disponible en: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36763>.

Del artículo 314 al 320 de ese cuerpo normativo se regulan los delitos contra la Administración Pública.

²¹¹ “Art. 71

Risarcimenti

1 Se i valori patrimoniali sottostanti alla confisca non sono più reperibili, il giudice ordina in favore dello Stato un risarcimento equivalente; nei confronti di terzi, tuttavia, il risarcimento può essere ordinato soltanto per quanto non sia escluso giusta l'articolo 70 capoverso 2.

2 Il giudice può prescindere in tutto o in parte dal risarcimento che risulti presumibilmente inesigibile o impedisca seriamente il reinserimento sociale dell'interessato.

3 In vista dell'esecuzione del risarcimento, l'autorità inquirente può sottoporre a sequestro valori patrimoniali dell'interessato. Il sequestro non fonda alcuna pretesa privilegiata in favore dello Stato nell'ambito dell'esecuzione forzata.”

Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

²¹² No existe el valor patrimonial según Aguado Correa, cuando el bien se ha enajenado, se ha escondido o se ha utilizado; o cuando el comiso no puede tener lugar porque el valor patrimonial consiste en una disminución del patrimonio; o cuando no es posible demostrar la identidad entre las ganancias directas del delito y los objetos que hayan de ser decomisados. AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 122.

²¹³ SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 845-846. Abel Souto considera la regulación desmesurada, ya que no depende de que el individuo haga fracasar la confiscación, “...sino que se tolera una desposesión patrimonial de individuos que no han participado en la frustración del comiso.” ABEL SOUTO, Miguel. “Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo.” En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, La Ley, N° 11, Sección Temas de actualidad. Legislación aplicada a la práctica, Diciembre 2004, p. 84.

²¹⁴ “Cuando se sustituye el objeto originariamente decomisible por otro de su mismo valor económico, algún fundamento debe tener dicha sustitución. Puesto que el valor económico de los objetos o bienes originariamente decomisables no se relaciona con su peligrosidad objetiva, ni con la relación patrimonial ilícita con el objeto, el fundamento de la sustitución debe ser autónomo respecto del comiso original y solo puede situarse en la sanción de la imposibilidad de ejecutarlo. Aquí aparece el componente punitivo de este comiso... que aunque no sea formalmente una pena, debería ser tratado como si

guiendo a Puente Aba,²¹⁵ señala que la aplicación del comiso del valor por sustitución es adecuada “siempre que pueda probarse que los sujetos responsables del delito, de forma dolosa o imprudente, han llevado a cabo conductas tendentes a evitar el comiso de los instrumentos empleados en la ejecución o preparación del delito (conductas dirigidas a frustrar la ejecución del comiso). Entiendo que de no admitirse en estos supuestos el comiso del valor equivalente se estaría privilegiando injustificadamente a aquellos sujetos responsables de un hecho ilícito que no conservan los bienes u objetos decomisables frente a aquellos que los mantienen en su poder; máxime cuando es posible comprobar que, precisamente, los hicieron desaparecer para hacer fracasar la confiscación. De no admitirse lo anterior, el mensaje político criminal resultaría en esos supuestos absolutamente contradictorio. Esta interpretación permitiría asimismo excluir la aplicación del comiso por valor equivalente en aquellas otras hipótesis en las que la destrucción o desaparición de los efectos decomisables no fuera imputable al sujeto.”²¹⁶

A mi modo de ver, esta interpretación desconoce el contenido de la norma, que claramente indica que el comiso por valor equivalente procederá ante cualquier circunstancia en la que no se pueda decomisar el bien directamente asociado con la infracción. Dicho de otra manera, los motivos por los cuales se frustra el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias del hecho son intrascendentes (p. ej., puede ser que la desaparición del bien sea fortuita²¹⁷). Estamos ante una norma que carece de criterios restrictivos. Tanto, que a pesar de que la normativa supranacional que he analizado vincula el comiso por valor equivalente a los productos de la infracción, en España se aplica indiscriminadamente a los efectos, los instrumentos y las ganancias. Por tanto, si se insiste en mantener el comiso en estos términos, como mínimo, de *lege ferenda* se debe restringir su imposición a ciertas hipótesis, v.g., cuando el bien directamente relacionado con la infracción no puede ser decomisado por un comportamiento voluntario del sujeto que disponía de él.

Tratándose del segundo tema, entiendo que el comiso por valor equivalente *desnaturaliza* el comiso de efectos e instrumentos, pues si el fundamento de esta figura radica en la peligrosidad de los bienes, en caso de pérdida o destrucción no

lo fuera, es decir, exigiendo que las circunstancias que lo motivan sean, de una forma u otra, imputables al sujeto... la expresión legal “por cualquier circunstancia”... debería ser interpretada como referida exclusivamente a circunstancias imputables dolosa o imprudentemente al sujeto...” GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 959.

²¹⁵ Puente Aba cree que el comiso por valor equivalente solo cabe en relación con aquellos sujetos que de manera intencionada han frustrado el comiso de los efectos e instrumentos: PUENTE ABA, “Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal.” En: *Panóptico: contra la cultura carcelaria*, op. cit., p. 129.

²¹⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003.” En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3ª edición, 2004, p. 653.

²¹⁷ De otra opinión, Mapelli Caffarena. Éste indica que: “Cualquier circunstancia que impida aplicar el comiso, no permite operar con el de valor equivalente. Así, por ejemplo, si el autor empleó su vehículo para cometer un atraco y el mismo resulta destruido, esta circunstancia impedirá no sólo aplicar el comiso de los instrumentos, sino cualquier otro.” MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 417.

hay razón para sustituirlos con otros bienes que no son peligrosos.²¹⁸ Otra cosa es que se desee sancionar al individuo que haga desaparecer aquellos bienes (sanción por frustrar el comiso de los instrumentos y efectos),²¹⁹ caso en el cual el comiso, por no ser una pena, no será la medida adecuada para alcanzar ese propósito.

Con respecto a las ganancias la situación cambia. Como la razón de su comiso se vincula con la valía económica de los bienes provenientes de la infracción (de ahí que se hable de *ganancias* en el art. 127 CP), no hay ningún impedimento para que los órganos jurisdiccionales competentes eviten ese enriquecimiento ilícito a través del comiso de otros bienes del condenado en aquellos casos en los que no se pueden decomisar directamente las ganancias, p. ej., porque el sujeto las haya aprovechado (ocultándolas o consumiéndolas). En cualquier caso será necesario suprimir la ventaja patrimonial que ha obtenido el autor o partícipe del hecho, de ahí que el comiso por valor equivalente deba avalarse.²²⁰ Sin embargo, al igual que sucede con

²¹⁸ Vid. en ese sentido, SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2005, pp. 181-182; PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 994; PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.*, pp. 16-17; RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3ª edición, 2004, p. 653; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 930. Ramón Ribas considera que si el fundamento de este comiso es la peligrosidad de determinados bienes y su función prevenir su reutilización criminal, el comiso de otros bienes por un valor equivalente no tiene sentido alguno. RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 786. Vizueta Fernández para solventar este problema, llega a pretender que este comiso se aplique solo sobre bienes que contengan una peligrosidad semejante a la de los efectos o, sobre todo, instrumentos que no han podido decomisarse, interpretación que como él mismo reconoce, no se atiene al tenor literal del precepto. VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos." En: *RGDP, op. cit.*, p. 29.

²¹⁹ "La regulación reciente del comiso, en aplicación de normas europeas previstas para determinados delitos como el blanqueo de dinero (Decisión Marco del Consejo de la UE de 26 de junio de 2001), se ha ampliado considerablemente al incluir el comiso del «valor equivalente» a los bienes utilizados para delinquir, cuando éstos no puedan decomisarse (LO 15/2003 de reforma del Cp), lo que se aparta del fundamento del comiso en estos casos porque ya no recae sobre objetos potencialmente peligrosos, sino sobre una cantidad dineraria o unos bienes equivalentes a su valor. Ello lo aproxima a una pena pecuniaria, recuperándose parte de la naturaleza de pena que se había pretendido superar." MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8ª edición, p. 621. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CORDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.*, p. 958. Incluso en países donde el comiso ha sido catalogado como medida de seguridad, p. ej., Italia, la doctrina concluye que cuando no se aprecia ninguna peligrosidad en el bien a decomisar, como sucede en el caso del comiso por valor equivalente, el comiso es una medida sancionatoria y no una medida de seguridad patrimonial y por tanto no cabe su aplicación retroactiva. Sobre el tema, léase CARNEVALI R., "La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación." En: *RDP, op. cit.*, p. 116.

²²⁰ Son de la misma opinión RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3ª edición, 2004, p. 652 y PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 994.

el comiso de efectos e instrumentos, para poner en sintonía esta medida con los principios constitucionales que rigen en materia de sanciones,²²¹ se debe restringir su aplicación a los casos en los que el comiso se ha frustrado por motivos que son imputables al responsable criminal.

Algunos autores creen que en lugar del comiso por valor equivalente, se debió contemplar la transformación del comiso en el pago de una cantidad de dinero correspondiente al valor del bien cuyo comiso no se pudo materializar.²²² En primer término, creo que con la legislación actual el comiso del dinero del responsable criminal es procedente, pues el art. 127 CP emplea el término *bienes* y éste comprende el dinero.²²³ Dicho en otras palabras, el comiso de una suma de dinero del responsable criminal equivalente al valor de los bienes cuyo comiso se frustró, es viable jurídicamente. Otra cosa es que se pretenda incorporar una figura de carácter obligacional como alternativa al comiso de los bienes vinculados directamente con la infracción. Si el legislador optase por esta opción, que veo procedente tratándose de las ganancias, debe reformar el texto legal, de manera que una vez demostrado que el comiso no es posible (sea sobre los bienes vinculados directamente con la infracción, o sobre otros que tengan igual valor), el autor o partícipe adquiere una obligación por una suma de dinero correspondiente al valor de esos bienes.

Para Ramón Ribas el comiso por valor equivalente es en buena medida innecesario tratándose de las ganancias, ya que el art. 127 CP contempla que el comiso recaiga sobre cualesquiera que sean las transformaciones que sufran esas ganancias.²²⁴ No comparto esta postura, sobre porque el comiso subrogatorio supone mayores exigencias probatorias que el comiso por valor equivalente. Me explico con un ejemplo. Si A, condenado por narcotráfico, colocó las ganancias provenientes de la infracción (un inmueble con un valor de un millón de euros), fuera del alcance de la autoridad jurisdiccional, ésta puede proceder a ordenar el comiso de otros bienes de aquel (pensemos en otro inmueble y algunos vehículos) que tengan ese mismo valor. Tratándose de las transformaciones el panorama cambia, pues se debe demostrar que el bien sobre el que recae el comiso es el resultado de la transformación que sufrió el directamente vinculado con el delito. P. ej., que el millón de euros que posee el imputado es el producto de la venta del inmueble que obtuvo como ganancia del tráfico de drogas.

²²¹ Sobre la naturaleza penal de esta forma de comiso, véase el cap. III., apartado III.C.2 de esta investigación.

²²² Para Manzanares Samaniego, esto es mejor a sustituir el comiso por otro de bienes cuya relación con el hecho no importa y que probablemente terminarán convertidos en metálico: MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 930.

²²³ "Dentro del concepto de esos bienes que van a sustituir a los que originariamente eran objeto de comiso se halla sin duda el dinero, es decir, no es necesario que la sustitución los sea con otros bienes que posea el sujeto, lo puede ser con bienes diferentes y como decimos por dinero que éste tenga, lo que será sin duda lo más fácil y frecuente." MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004*, op. cit., p. 295.

²²⁴ RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 786.

El art. 127 CP no plantea reglas en cuanto al cálculo del valor de los bienes cuyo comiso no es factible. Para no hacer de este comiso una medida de imposible aplicación (pues no siempre se puede determinar el valor exacto del bien), también debería incorporarse una disposición al respecto, permitiendo al juzgador realizar una estimación prudencial.²²⁵ Así sucede p. ej., en la legislación alemana (§73 b)²²⁶ y en la suiza (art. 70.5²²⁷). Nótese que en esta última se admite dicha estimación prudencial cuando el valor de los bienes no puede ser determinado, o solo puede serlo con costos desproporcionados.

Siempre en cuanto al tema de la valoración, el hecho de que lo obtenido pueda emplearse para cubrir las responsabilidades civiles, no significa que el comiso sea una figura dirigida al cobro de esas responsabilidades. Por consiguiente, creo que se equivoca Magro Servet al sostener que el decomiso por valor equivalente se debe hacer sobre la valoración estimada al alcance de la responsabilidad civil.²²⁸ Esto supondría desnaturalizar la figura jurídica, e ignorar que el art. 127 CP señala que el comiso por valor equivalente tendrá como referencia el valor de los bienes que han sido considerados efectos, instrumentos o ganancias de la infracción y no las cantidades que se adeuden a quienes figuren como perjudicados.

La última objeción que se puede hacer al art. 127. 3 CP es que el comiso por valor equivalente cabe tanto en el comiso puro y simple de efectos, instrumentos y ganancias de la infracción (art.127.1 CP) como el supuesto del comiso ampliado (art. 127.1, párrafo 2 CP) y el comiso en delitos imprudentes (art.127.2 CP),²²⁹ lo que puede considerarse absurdo en ciertas circunstancias. Pensemos en este ejemplo. A es

²²⁵ En igual sentido, AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.*, pp. 6-7.

²²⁶ "§ 73b Schätzung

Der Umfang des Erlangten und dessen Wert sowie die Höhe des Anspruchs, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer das aus der Tat Erlangte entziehen würde, können geschätzt werden." StGB.

²²⁷ "Art. 70

b. Confisca di valori patrimoniali.

Principi

...

5. Se l'importo dei valori patrimoniali sottostanti a confisca non può essere determinato o può esserlo soltanto con spese sproporzionate, il giudice può procedere a una stima."

Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

²²⁸ Para este autor, con el comiso por valor equivalente "Se abre la opción judicial de practicar la medida de comiso respecto a bienes de lícita procedencia si se agotan las vías para la traba de bienes, verificándose el comiso en la valoración estimada al alcance de la responsabilidad civil. Se concreta en el apartado 5.º la venta en pública subasta de los bienes de lícita procedencia decomisados para aplicar su producto al pago de las responsabilidades civiles." MAGRO SERVET, Vicente. "El régimen de la responsabilidad civil de las personas jurídicas «delincuentes» en el Proyecto de Código Penal." En: *Práctica de Tribunales*. Editorial La Ley, N° 39, Sección Práctica Procesal, Junio 2007. La cita se haya en el por él denominado Esquema del régimen de responsabilidad civil de las personas jurídicas dimanante de la responsabilidad penal en el Proyecto de Código Penal. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>.

²²⁹ En igual sentido se expresa el Informe del Consejo Fiscal: DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.*, p. 147.

condenado por narcotráfico. De conformidad con el art. 127.1 párrafo 2 CP se ordena decomisar todo su patrimonio, pues no es proporcional con sus ingresos legítimos. Como esa orden no se puede cumplir (por cualquier causa), la norma señala que el juzgador deberá disponer el comiso sobre otros bienes cuyo valor sea equivalente, lo que carece de sentido si se considera que el comiso inicialmente decretado alcanzaba todo el patrimonio de A.

VIII. Comiso y delitos imprudentes.

Como señalé acápite atrás, el art. 127 CP preveía el comiso en términos generales, sin profundizar en la naturaleza dolosa o culposa de la infracción. A raíz de esto, algunos autores señalaron que tratándose de delitos imprudentes no se podía hablar de *instrumenta sceleris*, ya que no hay en estos casos una relación intencional entre el objeto y el resultado.²³⁰ Desde su óptica, el concepto de *instrumenta sceleris* pasaba por la intencionalidad del autor al emplear el objeto para preparar o cometer la infracción. Esta discusión doctrinaria acabó con la LO 5/2010, de 22 de junio, que de forma expresa, incorporó el comiso tratándose de cualquier delito imprudente con pena privativa de libertad superior a un año.

La inclusión del comiso como regla general aplicable en relación con las infracciones imprudentes es positiva, pues no puede negarse las graves consecuencias que se pueden derivar de los delitos imprudentes.²³¹ Al igual que en las infracciones

²³⁰MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, pp. 46-47. En otra obra, Manzanares Samaniego señala: "Pensamos que la instrumentación recogida en el repetido artículo carece de sentido en la infracción culposa, porque encierra necesariamente una relación intencional con el resultado. A mayor abundamiento esta interpretación -respetuosa con el texto legal- evita hasta cierto punto que la vulneración del principio de proporcionalidad se extienda como mancha de aceite desde las infracciones de dolo directo hasta las imprudencias leves." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.*, p. 626. Es importante aclarar que estas observaciones de Manzanares Samaniego se realizan con base en una legislación que no contemplaba de forma expresa el comiso de instrumentos en las infracciones imprudentes.

²³¹ Al respecto apunta Quintero Olivares: "Otro tema, que también se aborda, es el de la hasta ahora incomprensible exclusión del comiso de los instrumentos de comisión de los delitos imprudentes, exclusión que puede ser materialmente muy injusta si se valora el enfrentamiento entre los egoísmos de los autores de delitos imprudentes -contra la seguridad vial, contra el ambiente, por ejemplo- y las dramáticas consecuencias que pueden derivarse de sus actos. No había razón alguna para que no se pudiera acordar la pérdida de los efectos que provengan de esos actos y de los instrumentos o bienes con los que se haya ejecutado, condición en la que debe entrar en su caso el vehículo de motor con el que se haya causado el daño, así como de las ganancias provenientes de ese delito imprudente." QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010, p. 109. Del mismo modo, apuntó Aguado Correa: "En ese momento manifestamos que si bien comprendíamos, en atención a consideraciones de proporcionalidad, la circunscripción del comiso de efectos e instrumentos a los delitos cometidos dolosamente, no entendíamos por qué tiene que ocurrir lo mismo en los supuestos de comiso de ganancias, pues las ganancias obtenidas ilícitamente a través de los delitos imprudentes también deberían ser confiscadas." AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.*, p. 16. En sentido contrario, García Arán considera que el traslado de todos los objetos generales del comiso en delitos dolosos

dolosas, las imprudentes pueden producir un enriquecimiento importante para el responsable que debe suprimirse (p. ej., el blanqueo imprudente²³²). También podemos encontrar efectos e instrumentos peligrosos (v.g., un homicidio imprudente cometido con un arma de fuego que aunque legal, ni fue custodiada debidamente ni lo será luego, con lo cual es probable su empleo en la comisión de futuras infracciones).²³³

La norma presenta dos salvaguardas en la aplicación del comiso. La primera está relacionada con la pena. Solo cabe en infracciones imprudentes cuya pena prevista supere el año de privación de libertad. Esta circunstancia a juicio de Aguado Correa, permite evitar que se tache de desproporcional la medida.²³⁴ La segunda consiste en el carácter potestativo del comiso, lo que no sucede con los delitos dolosos, donde esta medida tiene un carácter preceptivo.²³⁵ Creo con González Cussac²³⁶ que esto último permite evitar respuestas excesivas, pues si bien el art. 128 CP prevé el examen de proporcionalidad que debe realizar el juzgador al imponer la medida, la disposición contenida en el art. 127.2 CP para las infracciones imprudentes tiene mayor amplitud, al no imponer límites al operador jurídico, como sí sucede con el art. 128 (p. ej., en este último se exige la licitud comercial del objeto, lo que no siempre coincide con su peligrosidad; o la satisfacción de las responsabilidades civiles).

El art. 127 CP contiene disposiciones generales que se aplican al comiso en delitos imprudentes. V.g., lo relacionado con el tercero de buena fe no responsable

al caso imprudente no casa bien con la naturaleza de este último y puede ser desmesurado. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 968. Igualmente, Landrove Díaz cree que no hay razones de política criminal que justifiquen extender el comiso a los delitos imprudentes. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, Tecnos, 6ª edición, 2005, p. 130.

²³² Sobre la necesaria introducción de la modalidad imprudente del delito de blanqueo de capitales, léase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Artículo 301." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6ª edición y 1º con este título, 2011, p. 452.

²³³ De un criterio diverso es Mapelli Caffarena. Para él, la extensión del comiso a los delitos imprudentes demuestra una tendencia expansiva que se aleja de su fundamento peligrosista, pues "Sólo cuando el sujeto emplea el objeto decomisible para la ejecución del delito, conociendo y queriendo hacerlo, estamos en condiciones de afirmar que, si se le permite que siga poseyéndolo, puede resultar peligroso en el futuro." MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 410.

²³⁴ AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 510.

²³⁵ Hava García considera que esta última circunstancia obliga al juzgador a fundamentar su decisión de imponer la medida, señalando cuáles bienes son los que decomisa y las razones de ello. HAVA GARCÍA, "Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)" En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, op. cit., p. 161. Desde mi óptica, el juzgador tiene el deber de fundamentar cualquier medida que adopte, tenga ésta carácter preceptivo o no.

²³⁶ González Cussac considera que incorporar esta regla como potestad discrecional del órgano jurisdiccional en casos de delitos imprudentes, es una de las vías para evitar el comiso en casos donde constituye una respuesta excesiva. GONZÁLEZ CUSSAC, "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO; et ál., *BIMJ*, op. cit., p. 17.

del delito que ha adquirido el bien legalmente;²³⁷ el comiso por valor equivalente y la regulación sobre el destino de lo decomisado. Tratándose del comiso en los casos en los que no se imponga una pena, la situación es similar. Repito lo expuesto hace algunos acápites: se requiere como mínimo que la situación patrimonial ilícita esté acompañada de un injusto penal. Entiendo que esta exigencia es conciliable con la regulación del comiso en las infracciones imprudentes, pues el art. 127.2 CP habla de la *pena prevista* por el legislador, sin que sea necesario que se haya producido alguna condena. Por lo tanto, en el caso de una conducta imprudente que no llegue a ser sancionada con una pena, si se configura una situación patrimonial ilícita no habrá impedimento para disponer el comiso (piénsese, p. ej., un blanqueo imprudente cometido por quien no puede actuar culpablemente).

En relación con los bienes que se pueden someter a este comiso, aunque el art. 127.2 CP prevé el de los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el hecho, entiendo que no podrán decomisarse los instrumentos empleados en la preparación, ya que este vocablo (preparar), sí se vincula a la intencionalidad,²³⁸ con lo cual habría que suponer que solo se relaciona con hecho doloso.²³⁹

Finalmente nos vamos a referir brevemente al comiso previsto en el art. 385 bis del Código Penal. Según esta norma “... *el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128...*”. Aunque en principio mantener esta cláusula no era indispensable, pues se ha admitido el comiso en cualquier delito imprudente, su presencia tampoco es inconveniente, ya que como señalé en el capítulo III de esta investigación, algunos autores consideran que el vehículo al ser el objeto sobre el que recae la conducta típica no se puede considerar un instrumento. Desde esa perspectiva (que no comparto), sería indispensable contemplar expresamente su decomiso, ya que el art. 127 CP no menciona los objetos de la infracción, alcanzando solamente aquellos que son simultáneamente efectos, instrumentos o ganancias del hecho. Sobre el art. 385 bis CP volveré luego, al examinar los regímenes especiales de comiso contenidos en el Código Penal y en otras leyes.

²³⁷ Así lo indica HAVA GARCÍA, “Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)” En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.*, p. 161, también GALLEGOSOLER, “Art. 127.” En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.*, p. 300.

²³⁸ El Diccionario de la Lengua Española define el verbo preparar como: “Prevenir, disponer o hacer algo con alguna finalidad.” RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

²³⁹ En igual sentido, GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.*, p. 969.

IX. Destino de los bienes sometidos a comiso.

El comiso tiene como efecto que la titularidad del derecho que pesa sobre el bien pase al Estado desde la firmeza de la sentencia.²⁴⁰ Aunque el art. 127 CP solamente habla de la pérdida de los efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias de la infracción y no de su consecuente adquisición por parte del Estado, Choclán Montalvo²⁴¹ estima que así se desprende del art. 374.4 CP, que en lo que interesa, señala que *los bienes decomisados en sentencia que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales serán adjudicados íntegramente al Estado.*

Aunque además de ésta, hay otras disposiciones que indican que los bienes decomisados se adjudicarán al Estado (p. ej., el artículo 5.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando²⁴²), lo cierto es que tanto el art. 374 CP como el art. 5.6 mencionado, son normas que regulan específicamente el comiso en ciertas infracciones, en el primer caso las relacionadas con el narcotráfico y en el segundo las vinculadas con el contrabando. Asimismo, tienen algunas diferencias importantes con lo dispuesto en la regulación general. P. ej., mientras el art. 374.4 CP contempla también la satisfacción de las costas procesales, el art. 127 CP solo prevé la de las responsabilidades civiles. De la misma manera, en tanto que este último establece que el destino de los bienes decomisados dependerá de su licitud comercial, en el art. 5.6 de la LO 12/1995 no se considera ese extremo. Por lo expuesto, estamos ante preceptos particulares²⁴³ que contrario a lo que estima Choclán Montalvo, no son útiles para integrar el art. 127 CP, como si fuesen reglas de aplicación general. Creo que lo recomendable será una reforma del art. 127 citado, que incluya expresamente la adjudicación a favor del Estado de los bienes, o mejor dicho, de los derechos que pesan sobre ellos.

²⁴⁰ Como ya indiqué, algunos autores consideran que el comiso es una causa de expropiación pues desde su óptica lo que se pierde es la propiedad. Así p, ej., CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 67, MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.*, p. 254. Yo creo que lo que se pierde es el derecho que el autor o partícipe del hecho tiene sobre el bien y que no necesariamente es un derecho real de propiedad.

²⁴¹ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 67.

²⁴² "Artículo 5. Comiso...

6. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a) de esta Ley Orgánica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo."

²⁴³ García Arán habla de ellos como normas que prevén un destino distinto para los bienes. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 969.

Según el apartado 5 del art. 127 CP, el destino de los bienes decomisados dependerá de si son de lícito o ilícito comercio, ya que si lo son, se venderán. La licitud comercial según escribió Manzanares Samaniego en algunas de sus obras,²⁴⁴ es una noción de discutible contenido, sin embargo lo que se puede admitir es que tiene que ver con la existencia de ciertas prohibiciones en torno a la transmisión del objeto derivadas de sus propias características. Si las prohibiciones se reducen a la necesidad de una autorización administrativa para la enajenación o tenencia, habrá que concluir que la ilicitud no es absoluta y en ese tanto, cabe darle al bien el destino que corresponde como si fuese cualquier otro de lícito comercio.²⁴⁵ Esta postura aunque razonable no es unánime, pues hay quienes consideran que si el bien no es de transmisión libre y está sujeto a limitaciones y prohibiciones, debería considerarse de ilícito comercio.²⁴⁶ Esta última posición no me parece adecuada, pues no tra-

²⁴⁴ En una obra reciente, este autor parece cambiar de criterio, al decir que por lícito comercio se habrá de entender que el bien no esté sometido a ninguna prohibición jurídica, explícita o implícita, reglamentaria o no. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 931.

²⁴⁵ Decía Manzanares Samaniego que “*Se trata de un concepto de discutible contenido. Para Córdoba, “las cosas son de ilícito comercio en cuanto su transmisión está sometida a ciertas prohibiciones, como prohibiciones implícitas, no a las personas titulares de la pertenencia -piénsese vg. en los incapaces-, sino a los objetos mismos -vg. las armas, estupefacientes y explosivos-”. Aceptamos que la ilicitud no descansa en la persona concreta del propietario, pero la duda surge en cuanto dichas prohibiciones operan con frecuencia como simples limitaciones en el sentido de requerirse determinada autorización administrativa para la enajenación o tenencia. Entonces, al no ser absoluta la ilicitud del comercio, cabe en principio la pública subasta.*” MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso.” En: *REP, op. cit.*, p. 88.

²⁴⁶ Lo considera de esta forma CEREZO DOMÍNGUEZ, “Capítulo 33. Comiso.” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.*, p. 699; DE LAMO RUBIO, J. “De las consecuencias accesorias.” En: GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J. M. *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal.* Barcelona, Bosch, 1998, p. 358. Se indica: “*Para determinar qué bienes son de lícito o ilícito comercio hay que partir de la consideración, como efectúa la doctrina, que serán de ilícito comercio aquellos cuya transmisión esté sometida a determinadas prohibiciones, que pueden venir señaladas en la ley penal, civil, o en la normativa administrativa correspondiente.*” Vid también AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 508. Para llegar a esta conclusión la autora toma en cuenta la Consulta 2/1986, de 21 de marzo, sobre ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal, de la FGE, que en lo que interesa señala: “*Aunque en perspectiva lógica no ofrece dudas la naturaleza de efectos de ilícito comercio para las sustancias estupefacientes y psicotrópicas productos de un tráfico ilegal, es necesario justificarla en un orden jurídico, porque el artículo 48 del Código penal no expresa qué deba entenderse por efectos de ilícito comercio. Creemos que deben reputarse como tales no sólo aquellas cosas que estén fuera del comercio de un modo absoluto (res extracommercium), sino también aquellas otras cuya transmisión no es libre y que por estar sujetas a limitaciones o prohibiciones y no ser objeto de tráfico lícito (artículo 1.271 del Código civil) conllevan la nulidad del acto y el comiso de las mismas (artículo 1.305 del Código civil). Luego si la ilicitud relativa está representada en el radio del artículo 48 del Código penal, los estupefacientes y psicotrópicos objeto del delito definido en el artículo 344 del Código penal ... se someterán al régimen de los efectos de ilícito comercio, porque aunque su extracomercialidad no lo sea de modo incondicionado, al ser géneros prohibidos (artículos 2,2.º de la Ley de 8 de abril de 1967 y 2,2.º del Real Decreto 2.829/1977, de 6 de octubre)..., su tráfico está limitado por prohibiciones legales de adquirir, enajenar, fabricar y producir (Ley de 8 de abril de 1967 para los estupefacientes y Real Decreto de 6 de octubre de 1977 para las sustancias psicotrópicas).*” FGE. Consulta 2/1986, de 21 de marzo, sobre ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal. Disponible en: <http://www.fiscal.es>. Autores como García Arán consideran lícitos comercialmente los bienes cuya transmisión no está sometida a prohibiciones. Aunque reconoce que hay bienes de lícito comercio cuya transmisión está sometida a condiciones (p. ej., las armas), no llega a pronunciarse en cuanto al destino que deben

tándose de bienes cuya ilicitud comercial es absoluta, no hay motivo para que no se proceda a su enajenación, claro está, cumpliendo con los cánones que han sido ignorados.

La norma señala claramente que el producto de lo vendido mediante subasta judicial,²⁴⁷ se debe destinar a cubrir las responsabilidades civiles del penado (lo que se hace siguiendo el orden de prelación que establece el art. 126 CP²⁴⁸), siempre que la ley no disponga otra cosa, como sucede en materia de tráfico de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores.²⁴⁹

La pregunta que surge es si se les debe dar este destino incluso en el caso de que el penado sea solvente. Autores como De Lamo Rubio;²⁵⁰ Cerezo Domínguez;²⁵¹ Fernández Pantoja;²⁵² Choclán Montalvo²⁵³ y Manzanares Samaniego²⁵⁴ estiman que solo en caso de no serlo, el producto de la venta de lo decomisado se podrá destinar al pago de las responsabilidades civiles. Aunque ciertamente, es absurdo que el au-

recibir cuando son decomisados. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 969.

²⁴⁷ Arts. 643 ss. y concordantes, LEC. Véase sobre el tema AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, op. cit., p. 275; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG*, op. cit., p. 979.

²⁴⁸ "Artículo 126.

1. Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente:

1. A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios.
2. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa.
3. A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago.
4. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.
5. A la multa.

2. Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado."

²⁴⁹ En este ámbito se cuenta con Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, BOE N° 129 de 30 de mayo de 2003.

²⁵⁰ DE LAMO RUBIO, "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE; *et ál., Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, op. cit., p. 359.

²⁵¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, op. cit., p. 700.

²⁵² FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., Tomo IV, pp. 994-995.

²⁵³ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 69.

²⁵⁴ "Creemos que tal conclusión se deriva de la naturaleza que el comiso tiene en nuestro Código. Como pena que es, debe atender no sólo a las exigencias de la prevención, sino también, y en primer término, a la idea de retribución. Partiendo de esa base, resulta evidente que, si el comiso desemboca en la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias del propio reo, desaparece el daño patrimonial que tal sanción representa en principio. Se sacrifica, pues, en cierta manera, la pena de comiso, para salvaguardar los intereses de los acreedores del condenado. De ahí que a dicha solución haya de acudir exclusivamente si el dilema se presenta como ineludible." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: REP, op. cit., p. 90.

tor o partícipe se vea exento de satisfacer la responsabilidad civil que le quepa simplemente porque, p. ej., las ganancias del hecho que cometió han sido destinadas a ese propósito tras su decomiso, el texto de la norma no demanda su insolvencia.

Para evitar estos inconvenientes, Choclán Montalvo recomienda entender que las responsabilidades civiles se deben hacer recaer en primer término sobre el patrimonio del condenado y solo en caso de que éste no sea suficiente, se debe aplicar el producto de la venta de lo decomisado. Es decir, solo subsidiariamente se destinarán los bienes decomisados a satisfacer la responsabilidad civil.²⁵⁵ A esta propuesta le puedo hacer sendas observaciones. La primera que señalé atrás: la norma no hace distinciones entre solventes o insolventes, de allí que debería aplicarse en ambos casos.²⁵⁶ La segunda es que de conformidad con los arts. 110 y 111 CP, la responsabilidad civil comprende en primer término la restitución.²⁵⁷ Siendo que el criterio rector en este ámbito es la restauración del orden a jurídico a la situación en que se encontraba antes del hecho, la devolución del objeto tiene una condición preferente tratándose de los delitos que impliquen una privación de un bien a la víctima, al extremo de no admitirse que cuando esa restitución sea posible²⁵⁸ el

²⁵⁵ En este sentido, señala Choclán Montalvo: “... el artículo 127 debe ser entendido en el sentido de que el producto del comiso se destinará a satisfacer las responsabilidades civiles del penado que se encontraren pendientes, por lo que la obligación de pago que se deriva del artículo 109 debe realizarse con cargo al patrimonio del propio penado tras la sentencia, afecto en su totalidad a esa responsabilidad, y solo subsidiariamente con cargo a los bienes transmitidos ipso iure al Estado. La situación es más evidente cuando se trata de bienes de un tercero no responsable penalmente por el hecho. Es claro que la responsabilidad civil debe satisfacerse primeramente con los bienes del deudor principal, el responsable penal, y sólo subsidiariamente con bienes pertenecientes a un tercero.” CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 69.

²⁵⁶ Con esta misma orientación, véase AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 508.

²⁵⁷ El artículo 110 CP señala:

“La responsabilidad civil establecida en el artículo anterior comprende:

1° La restitución.

2° La reparación del daño.

3° La indemnización de perjuicios materiales y morales.”

Por su parte, indica el artículo 111:

“1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.

2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.”

Según Gallego Soler, cuando los efectos se correspondan con el propio objeto material de la infracción penal lo común será que en lugar de su decomiso se proceda a su restitución. GALLEGO SOLER, “Art. 127.” En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*, op. cit., p. 299.

²⁵⁸ La restitución debe ser del mismo bien. Si se entrega un bien diferente o el equivalente en dinero estamos ante una reparación o indemnización. Así, ALASTUEY DOBÓN, Carmen. “Artículo 111.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 449. Según Quintero Olivares, el empleo en el art. 111 del vocablo *bien*, en lugar del término *cosa*, pretende ampliar el objeto de la restitución, de manera que incluya también al dinero. Ahora, los intereses correspondientes a ese dinero por el tiempo que haya estado en poder del responsable del delito pueden exigirse por ese concepto (restitución) o por el de indemnización. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 4ª edición, 2010,

perjudicado la rechace y solicite en su lugar una indemnización.²⁵⁹ Por tanto, para los casos en que la restitución del bien decomisado sea la forma idónea de satisfacer la responsabilidad civil debe procederse con ésta, lo anterior sin perjuicio de que con la infracción penal también se hayan causados daños y perjuicios materiales y morales que el autor o partícipe del hecho deba reparar o indemnizar con su patrimonio. Será entonces para estas últimas hipótesis (la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales²⁶⁰) que la tesis de Choclán Montalvo se pueda aplicar, de manera que el patrimonio del autor o partícipe del hecho sea el que responda y solo de forma subsidiaria (entiéndase, cuando el autor o partícipe sea insolvente), se satisfaga esa responsabilidad con el producto de la venta de lo decomisado. Esto siempre y cuando se comparta su postura, pues repito, el operador jurídico no está autorizado por el legislador para distinguir entre solventes e insolventes.

Un problema que no soluciona el art. 127 CP es el destino de los bienes en el caso de que las responsabilidades civiles estén cubiertas, o de que las personas afectadas con el comiso no sean penados (o en consecuencia, no tengan a su cargo la satisfacción de las responsabilidades civiles). De *lege ferenda*, es necesario reco-

p. 741. Sobre el tema de la restitución, véase también ROIG TORRES, Margarita. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 114 y ss.

²⁵⁹ Así, GALLEGU SOLER, José Ignacio. "Art. 110." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 268-269. Según éste, cabe la renuncia a la restitución cuando el bien se restituye con tal deterioro o menoscabo que se ha hecho inutilizable. En este supuesto sí cabe la indemnización contemplada en el numeral 112 CP. Por su parte, Alastuey Dobón señala que: "*La restitución, como contenido de la responsabilidad civil, supone la entrega al legítimo poseedor o propietario de la cosa de la que ha sido privado en virtud de la infracción. Como es obvio, esta modalidad de responsabilidad civil sólo afecta a los delitos que consistan en la privación de un bien a la víctima por parte del autor. En ellos, la restitución se presenta como modalidad preferente de resarcimiento, y sólo cuando no sea posible se deberá acudir a la reparación o indemnización.*" ALASTUEY DOBÓN, "Artículo 111." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 449.

²⁶⁰ Según Alastuey Dobón, a pesar de que el Código Penal distingue los daños y perjuicios, ambos hacen referencia a una misma realidad: "*al menoscabo patrimonial o moral sufrido por una o varias personas como consecuencia de la comisión de un ilícito penal -puesto que estamos ante la responsabilidad civil derivada del delito- y que comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia que se ha dejado de obtener -daño emergente y lucro cesante- El daño -o perjuicio- así definido puede ser resarcido de dos formas distintas: en forma específica o por el equivalente, y ésta es la interpretación que debe darse a la terminología empleada por el legislador... Así, los arts. 111 y 112 contemplan formas de resarcimiento en forma específica, mientras que el art. 113 recoge el resarcimiento por el equivalente, que consiste en el pago de una suma pecuniaria como contraprestación al daño ocasionado. El resarcimiento en forma específica se define como la remoción de la causa del daño y la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo; en embargo en muy pocas ocasiones será posible conseguir mediante el resarcimiento que se eliminan por completo los daños y que todo vuelva a ser como antes de que fuera cometido el delito. En todo caso, volver al estado de cosas existente con anterioridad a la comisión del delito es un objetivo que debe intentar alcanzarse. Por ello, cuando el delito haya consistido en la sustracción de un bien el resarcimiento consistirá, primariamente, en su devolución (restitución del art. 111), más el abono, en su caso, de los deterioros y menoscabos que haya sufrido. Si el delito es de otra índole o si la restitución no es posible, jugarán ya las otras modalidades de resarcimiento, en forma específica: obligaciones de dar, de hacer o de no hacer (art. 112) o resarcimiento por equivalente (art. 113). Ambas modalidades de resarcimiento pueden combinarse entre sí...*" ALASTUEY DOBÓN, Carmen. "Artículo 110." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 448.

nocer al Estado como adquirente. Si se desea que tales activos tengan un destino específico y no solo que ingresen en el patrimonio público, también se requiere la incorporación de disposiciones adicionales en torno a este tema.

Si los bienes decomisados no son comercio lícito, se les debe dar el destino que señalen los reglamentos (v.g., tratándose de armas se aplica el capítulo IX del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas²⁶¹), o en su defecto, se deben inutilizar. P. ej., las drogas deben ser destruidas,²⁶² al igual que los efectos intervenidos que se relacionan con delitos cometidos contra la propiedad intelectual e industrial.²⁶³ También hay otras disposiciones en el Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción²⁶⁴ y en la LECrim, concretamente en el capítulo II bis del Título V del Libro II, denominado De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales.

El art. 127.5 CP finalmente, contempla la posibilidad de inutilizar el bien de ilícito comercio. Según la RAE, inutilizar significa “*Hacer inútil, vano o nulo algo*”.²⁶⁵ Entiendo que la inutilización puede comprender la simple manipulación de los bienes, especialmente aquellos que en principio se consideran peligrosos, de manera que no siempre sea indispensable su completa destrucción. Esta opción que se plantea como el último destino que se debe dar a los bienes decomisados de ilícito comercio, debería incorporarse al texto legal como una alternativa al comiso mismo. P. ej., no ordenar el comiso del bien peligroso cuando esa peligrosidad se pueda acabar a través de una sencilla modificación, o mediante la supresión o alteración de alguna de sus características, que incluso puede no entrañar necesariamente su inutilización. Esta clase de respuestas, que ya se plantean en otros ordenamientos como el alemán, también permitirían evitar un quebranto del principio de proporcionalidad respecto a la trascendencia del hecho y la intensidad en el reproche que se puede hacer a los autores del hecho.²⁶⁶ Del mismo modo, podría incluirse en la legislación penal la opción de que el bien decomisado que no es intrínsecamente peligroso sea sometido a explotación, sea por la Administración Pública o por otras personas, de manera que se obtenga su mayor rentabilidad.²⁶⁷ Aunque esta alternativa se puede entender comprendida en el artículo 367 septies de la LECrim en relación con los bienes de la criminalidad organizada, pues se encomienda a la Oficina de Recuperación de Activos la administración de dichos bienes²⁶⁸ (lo que a mi modo

²⁶¹ BOE N° 55 de 5 de marzo de 1993.

²⁶² Artículo 4.4 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y artículo 367 ter, apartado 1 LECrim.

²⁶³ Se dispone de esta manera en el art. 367 ter, apartado 3 LECrim.

²⁶⁴ BOE N° 294 de 08 de diciembre de 1976.

²⁶⁵ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.

²⁶⁶ Comparte esta opinión MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP*, op. cit., p. 525. Vid. también MANZANARES SAMANIEGO, “El Comiso y la Caucción en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal.” En: *BMJ*, op. cit., p. 7.

²⁶⁷ Sobre la explotación de los bienes, véase MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5° edición, 2011, p. 413.

²⁶⁸ “Artículo 367 septies.

El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos.

de ver abarca precisamente la adopción de cualquier medida dirigida a su explotación), debería incorporarse de manera expresa para cualquier bien decomisado, p. ej., en una ley como la LECrim.

X. Algunos principios constitucionales relacionados con la figura jurídica del comiso.

Aunque el comiso es una consecuencia accesoria, eso no significa que haya perdido todo vínculo con los principios básicos presentes en el ordenamiento jurídico que por su carácter general, irradian la normativa penal y procesal penal.²⁶⁹ Al contrario, participa de algunas de las garantías asociadas a la pena, p. ej., la proporcionalidad con la naturaleza o la gravedad de la infracción (art. 128 CP), o el principio de legalidad en todas sus vertientes.²⁷⁰

Aunado a lo anterior, como expuse al examinar la naturaleza jurídica del comiso,²⁷¹ por tener de *lege lata* un carácter punitivo, está sometido (o mejor expuesto, *debería estar sometido*) a las garantías que consagra la CE y el CEDH en materia de sanciones.

Dicha Oficina tendrá la consideración de Policía Judicial, y su organización y funcionamiento, así como sus facultades para desempeñar por sí o con la colaboración de otras entidades o personas las funciones de conservación, administración y realización mencionadas en el párrafo anterior, se regularán reglamentariamente.

Asimismo, la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, por cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada. El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a los que se refiere este apartado podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

El Plan Nacional sobre Drogas actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan.”

²⁶⁹ Esta es la posición de Prats Canut y Morán Mora, quienes señalan reiteradamente que la transformación del comiso de pena a consecuencia accesoria no debe suponer la derogación de las garantías en general. PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3º edición, 2004, p. 658. En igual sentido, OCAÑA RODRÍGUEZ, “Una propuesta de regulación del comiso.” En: *RDPP*, op. cit., p. 75.

²⁷⁰ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP*, op. cit., p. 50.

²⁷¹ Véase capítulo III apartado III.C.2 de esta investigación.

A. Principio de legalidad.

Como medida de carácter penal que supone una restricción de derechos (p. ej., del derecho a la propiedad²⁷² sobre los instrumentos de la infracción²⁷³), el comiso está sometido al principio de legalidad, en su dimensión técnica. Además de la ley previa, escrita y estricta,²⁷⁴ se impone su interpretación restrictiva²⁷⁵ y se prohíbe la aplicación retroactiva,²⁷⁶ v.g., la de leyes que amplíen el ámbito de aplicación de esta figura jurídica, como sucede con el comiso ampliado en relación con los hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio.

Algunos autores, como Choclán Montalvo, consideran que es parte del principio de legalidad, en su manifestación de garantía procesal, la exigencia de que el comiso sea adoptado en sentencia de forma expresa, tal y como lo señala el art. 1 LECrim. Entiende que el concepto de pena contenido en esta norma debe interpretarse con

²⁷² De conformidad con lo que establece el Protocolo adicional al CEDH, la propiedad solo podrá ser privada por causa pública y en las condiciones previstas por la ley. En igual sentido, el art. 33 CE señala que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes. Aunque en la CE no está contemplado el caso del comiso (pues menciona la indemnización), se puede pensar que si el principio de legalidad se contempla para casos en los que hay una indemnización, con mucha mayor razón regirá en aquellos supuestos donde el legislador no contempló indemnización alguna.

²⁷³ Entiendo que solo se puede hablar de un quebranto al derecho a la propiedad cuando éste es reconocido por el ordenamiento jurídico, p. ej., el derecho de propiedad que tiene el afectado sobre los instrumentos empleados en la comisión de un delito (un vehículo o un inmueble, etc.). Tratándose de las ganancias la situación es distinta. Con independencia de las apariencias existentes, como la infracción no es un modo de adquirir la propiedad (u otro derecho) que el ordenamiento jurídico reconozca, su comiso no puede considerarse lesivo de un derecho legítimo.

²⁷⁴ "Hoy,..., el principio de legalidad, tanto en su dimensión política cuanto en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, y se traduce en los cuatro principios anteriormente enunciados: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución... Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (*lex scripta*), la prohibición de analogía (*lex stricta*), el principio de irretroactividad (*lex praevia*), así como el principio *non bis in idem*..." CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3º edición, 1999, pp. 110-111.

²⁷⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 152; PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3º edición, 2004, pp. 649-650. Estos últimos señalan: "La consecuencia accesoria de comiso... ha de ser siempre objeto de interpretación restrictiva, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, necesariamente, ha de limitarse, conforme al tenor legal del propio texto del artículo 127 del CP/1995, de manera que las reglas específicas de comiso para el tráfico de drogas (art. 374 CP/1995), no son más que una aclaración, aunque importante, y una aplicación concreta a los delitos relativos al narcotráfico, a los efectos que provienen de una infracción penal y a los instrumentos con que tal infracción se cometió..."

²⁷⁶ CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., pp. 339-340. En igual sentido se pronuncia la STS Nº 1146/2006 de 22 noviembre; así como CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 111. Finalmente, aclaro que me refiero a la ley no favorable. Si es favorable cabe su aplicación retroactiva.

amplitud, con lo cual debe comprender cualquier medida restrictiva de derechos cuya imposición requiera la aplicación de las garantías procesales vinculadas con el principio de la legalidad.²⁷⁷ Se trata de una postura que ya se perfilaba en la jurisprudencia.²⁷⁸

El principio de legalidad se debe aplicar en la determinación del objeto sometido a comiso, lo que supone interpretar restrictivamente los vocablos efectos e instrumentos, así como ganancias. Se debe establecer en la ley el alcance personal de la medida (entiéndase, los sujetos titulares de los bienes sobre los que recae el comiso), así como su contenido y sus efectos.

Un problema adicional surge si entendemos el comiso como una medida de carácter sancionatorio (como de *lege lata* sucede). El art. 25.1 de la CE reza: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.” La sanción entonces, es una consecuencia vinculada a la existencia de un delito, una falta o una infracción administrativa únicamente. Ahora, el comiso que se impone en los casos en los que no hay pena alguna (art. 127.4 CP) carece de alguno de los citados presupuestos, ya que no se configura un delito, una falta o una infracción administrativa, sino únicamente una situación patrimonial ilícita. Se trataría entonces, de una medida de carácter punitivo que no tiene como presupuesto o antecedente alguna de las tres hipótesis que de manera taxativa señala la CE. Por esto es tan importante sintonizar la regulación legal del comiso, tanto de efectos e instrumentos como de ganancias, con sus fundamentos y su orientación teleológica, lo que a su vez, implica suprimir los rasgos sancionatorios contenidos en el art. 127 CP.

B. Principio de proporcionalidad. Artículo 128 del Código Penal.

Señala el artículo 128 CP:

“Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.”

El art. 128 CP (no decreto del comiso, o decreto de un comiso parcial), es aplicable en relación con bienes de lícito comercio en dos hipótesis. La primera, cuando

²⁷⁷ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 31 y CHOCLÁN MONTALVO, “La investigación del patrimonio de origen criminal.” En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ*, op. cit., p. 121.

²⁷⁸ Vid. v.g., STS N° 2473/1992 de 12 noviembre.

no hay relación entre el valor de los efectos o instrumentos del delito y la infracción penal. La segunda, cuando se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.²⁷⁹

Entiendo que solo en la primera alternativa se aborda la cuestión de la proporcionalidad.²⁸⁰ Concretamente, se incorpora el principio de proporcionalidad en sentido estricto,²⁸¹ que en palabras de Mapelli Caffarena, obliga a los órganos jurisdiccionales a considerar la oportunidad del comiso cuando “el valor o la naturaleza de la infracción (a lo que se ha de sumar el daño que ocasione la pena impuesta por la misma) sea menor que el perjuicio que se causa con el comiso.”²⁸²

Como se expuso en el primer capítulo de esta investigación, el examen de proporcionalidad se incorporó a la legislación española cuando el comiso tenía el carácter de pena. En aquel contexto, era factible hacer una valoración basada en la culpabilidad del autor. La inclusión del comiso en el catálogo de las consecuencias accesorias no restó trascendencia a ese tema, pues cualquier medida de intervención de derechos²⁸³ está sometida al principio de proporcionalidad, basado en el canon constitucional que busca impedir el sacrificio innecesario de derechos para el fin que

²⁷⁹ GALLEGU SOLER, José Ignacio. “Art. 128.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 301. También RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 788. Habla de supuestos alternativos GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 970; PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, “Artículo 127.” En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, Tomo IV, 2000, p. 1000 y DE LAMO RUBIO, “De las consecuencias accesorias.” En: GARCÍA VICENTE; et ál., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, op. cit.*, p. 368. Pese a lo anterior, García Arán considera, como señalaré más adelante, que la satisfacción de la responsabilidad civil es un requisito para que no se imponga el comiso o se imponga parcialmente en casos de desproporción. Algo similar sucede con Fernández Pantoja, quien a pesar de hablar también de dos circunstancias, cree que una es cumplimiento indispensable, a saber, la satisfacción de las responsabilidades civiles. FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “Artículo 128.” En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, p. 1004.

²⁸⁰ En igual sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 46.

²⁸¹ El principio de proporcionalidad en sentido amplio incluye los tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cree Mir Puig que los tres conceptos se afirman respecto de un fin beneficioso para intereses públicos o particulares que debe perseguir cualquier intervención estatal que limite derechos fundamentales. Indica: “La intervención estatal que persiga tal finalidad beneficiosa limitando derechos fundamentales sólo será constitucional si es proporcionada a dicha finalidad, cosa que requerirá que la limitación de derechos resulte: 1) idónea para alcanzar aquella finalidad, esto es, que sea capaz de conseguirla; 2) necesaria para el repetido fin, en el sentido de que éste no se pueda obtener mediante una intervención no lesiva o menos lesiva de derechos fundamentales; 3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que no suponga más coste para los derechos que beneficio a obtener.” MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 96-97; MIR PUIG, Santiago. “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal.” En: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir.). *Constitución y principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 74-78.

²⁸² MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, op. cit.*, p. 52. Véase también MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, 5ª edición, 2011, p. 409.

²⁸³ GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 972.

se pretende.²⁸⁴ Hablo de un juicio de comparación entre la finalidad perseguida y el tipo de restricción que se impone a la persona, de manera que la limitación no sea marcadamente superior al beneficio obtenido en favor de la colectividad. Los términos naturaleza y gravedad de la infracción están referidos respectivamente, a la trascendencia del bien jurídico y la intensidad de la lesión provocada a éste.²⁸⁵ Como el examen se realiza en relación con los objetos, es necesario considerar las circunstancias en las que se efectuará el comiso, v.g., si el bien pertenece al autor de la infracción o a un tercero, o si los bienes son para cubrir necesidades básicas, etc.²⁸⁶

El art. 128 CP es una norma que atenúa el carácter imperativo contenido en el art. 127 CP. Algunos creen que también la amplitud de esta última disposición (que autoriza a imponer el comiso a bienes de lícito comercio y bienes que son propiedad de terceros), queda limitada a través del art. 128.²⁸⁷

Autores como Manzanares Samaniego considera un desacierto hacer girar sobre la licitud o ilicitud comercial del bien este correctivo, pues se confunde hasta cierto punto la ilicitud con la peligrosidad, lo que a su vez se da porque no se distingue entre el comiso y el destino de lo decomisado. Mientras que la peligrosidad, enten-

²⁸⁴ Sobre lo expuesto por el TC sobre este principio véanse p. ej., las SSTC 136/1999 de 20 julio y 62/1982 de 15 octubre.

²⁸⁵ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 409. Para Manzanares Samaniego, en tanto que la naturaleza apunta hacia el bien jurídico protegido, la gravedad lo hace a la pena correspondiente al tipo en abstracto, ya que es la que determina esa gravedad. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 936. En relación con el antiguo artículo 48 CP, Manzanares Samaniego consideró desacertada la referencia hecha a la naturaleza de la infracción, pues en última instancia permite al tribunal seleccionar, con base en personalísimas apreciaciones, aquellas infracciones que considera indignas de la institución. Según él, si el legislador lo que se deseaba era marginar el comiso en ciertas infracciones debió indicarlo expresamente. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El comiso. Artículo 48." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983*. Madrid, Edersa, Tomo V-Vol. 1, Libro I del Código Penal, 1985, p. 425. Se trata de una crítica válida hoy en día, máxime si se considera que el art. 127 CP admite el comiso en cualquier clase de infracción (dolosas, imprudentes, hechos contra la seguridad vial, etcétera), con lo cual no se comprende que el juez pueda optar por su inaplicación o su aplicación parcial en razón de la naturaleza de la infracción.

²⁸⁶ Es de esta opinión PUENTE ABA: "...el art. 128 del CP contiene una regla de proporcionalidad... Además de este criterio legalmente consagrado, debe destacarse que la jurisprudencia ha valorado otros para dilucidar si el comiso es aplicable o no al caso concreto: así, se ha atendido a la participación concreta de la persona propietaria de los bienes posiblemente decomisables; además, para cuantificar el valor del bien se ha tenido en cuenta no sólo su coste de mercado, sino también el valor de uso para su dueño, el grado de utilidad para satisfacer sus necesidades." PUENTE ABA, "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." En: AP, op. cit., p. 991. También léase PUENTE ABA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: RP, op. cit., p. 52. Esto desprende también de la STS Nº 594/1997 de 28 abril. En sentido contrario, Manzanares Samaniego señala que: "Nada hay en el artículo 128 sobre las circunstancias personales del afectado por la consecuencia jurídica... Hay, sin embargo, autores que prefieren atenerse a la pena concreta, lo que sin duda, sería más justo." MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 936.

²⁸⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG*, op. cit., p. 546. Sobre los requisitos que contempla el art. 128 CP, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; et ál., *Manual de DPPG*, op. cit., p. 469.

dida como “proyección hacia probables delitos futuros”, puede ser un requisito para el comiso de instrumentos y productos de la acción constitutiva de delito o falta, la simple ilicitud comercial no. Aunado a esto, no todos los objetos peligrosos son de ilícito comercio. La posibilidad de adquirir libremente cosas peligrosas, pero fácil y legalmente sustituibles, es el argumento para rechazar su comiso.²⁸⁸

Siempre en esta línea de ideas, Manzanares Samaniego entiende que este correctivo tiene sentido solamente cuando los bienes no son peligrosos, pues si lo son, el legislador podría regular su comiso de manera automática, bastando la previa comprobación de esa circunstancia. La licitud o ilicitud comercial, agrega, solo se tomará en cuenta en la ejecución. No hay obstáculo para que el bien de ilícito comercio quede en manos de la autoridad correspondiente, la misma que actuaría si no hubiese intervención judicial.²⁸⁹ En sentido contrario, Saavedra Ruiz señala que la licitud comercial debe entenderse de forma amplia, con lo cual se deben tomar en cuenta las normas administrativas o civiles que incidan en la licitud del tráfico del efecto o instrumento que se trate.²⁹⁰ Esta también parece ser la postura de García Arán, para quien es lógico que los objetos deban ser de lícito comercio, pues en caso contrario se impone la necesidad de retirarlos de circulación.²⁹¹

Hecha esta exposición, corresponde tomar postura. Creo el tema debe resolverse distinguiendo entre la licitud comercial y la peligrosidad (precisamente lo que se echa de menos en el análisis de Saavedra Ruiz y García Arán). El que un bien sea sometido a ciertos requisitos administrativos que no se han cumplido, no le hace peligroso intrínsecamente, o de ilícito comercio de manera absoluta. Por lo tanto, el destino que se debe dar a ese bien debería ser el mismo que corresponde a cualquier otro que esté en el comercio de los hombres.

En el art. 128 CP no se contempla la peligrosidad de los efectos e instrumentos y esto es un problema, ya que puede ordenarse el comiso en relación con bienes no peligrosos, o prescindirse de él a pesar de su peligrosidad. Es indispensable considerar el fundamento y la función que tiene este comiso y en consecuencia, de *lege ferenda* autorizar al órgano jurisdiccional para que no imponga la medida cuando los bienes no son peligrosos, excluyendo así, p. ej., los bienes que se pueden adquirir fácilmente en el comercio. También se pueden incorporar al texto legal, algunas medidas de incalculable valor en lo que a la aplicación del principio de proporcionalidad se refiere, mismas que ya están contenidas en otros ordenamientos jurídicos, v.g., la opción de inutilizar la cosa, modificarla, o disponer de ella en determinada

²⁸⁸ MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 247-248. MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caucción en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ*, op. cit., pp. 6-7.

²⁸⁹ MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 248.

²⁹⁰ SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: *CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 853.

²⁹¹ GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: *CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 970.

forma (§74 b del CP alemán).²⁹² Se trata de disposiciones que solucionan de mejor manera la necesidad existente, al cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Así p. ej., cuando en lugar de disponer la pérdida de titularidad del bien, se ordena solamente un cambio en sus características. Del mismo modo, tampoco se debe prescindir del comiso cuando a pesar de la desproporcionalidad entre el valor del bien y la naturaleza o gravedad de la infracción, no se ha neutralizado el peligro que supone ese bien.²⁹³

Tratándose de la satisfacción de las responsabilidades civiles, la disposición está relacionada con consideraciones victimológicas²⁹⁴, pues incluso cuando el comiso sea proporcional, si están satisfechas las responsabilidades civiles cabe imponerlo parcialmente, o no imponerlo por completo.

Creen algunos que la satisfacción de la responsabilidad civil debe entenderse como un requisito para renunciar al comiso en caso de desproporción.²⁹⁵ A mi modo de ver no, pues del tenor de la norma se desprende que son hipótesis excluyentes.

²⁹² “§ 74b Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

(1) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so darf sie in den Fällen des § 74 Abs. 2 Nr. 1 und des § 74a nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung betroffenen Täter oder Teilnehmer oder in den Fällen des § 74a den Dritten trifft, außer Verhältnis steht.

(2) Das Gericht ordnet in den Fällen der §§ 74 und 74a an, daß die Einziehung vorbehalten bleibt, und trifft eine weniger einschneidende Maßnahme, wenn der Zweck der Einziehung auch durch sie erreicht werden kann. In Betracht kommt namentlich die Anweisung,

1. die Gegenstände unbrauchbar zu machen,

2. an den Gegenständen bestimmte Einrichtungen oder Kennzeichen zu beseitigen oder die Gegenstände sonst zu ändern oder

3. über die Gegenstände in bestimmter Weise zu verfügen.

Wird die Anweisung befolgt, so wird der Vorbehalt der Einziehung aufgehoben; andernfalls ordnet das Gericht die Einziehung nachträglich an.

(3) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so kann sie auf einen Teil der Gegenstände beschränkt werden.”

StGB.

²⁹³ Reclama un vínculo entre la aplicación del art. 128 y la peligrosidad del bien RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 788.

²⁹⁴ Así lo indica MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP*, op. cit., p. 52. En un sentido similar, RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *EPC*, op. cit., p. 531 y RAMÓN RIBAS, “Libro I: Título VI (Art. 127)”. En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 674.

²⁹⁵ Dice García Arán: “...cabría renunciar total o parcialmente al comiso desproporcionado, siempre que se hubiera satisfecho la responsabilidad civil, puesto que en caso contrario la venta de los bienes de lícito comercio deben servir para satisfacerla.” GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 973. Esta posición también parece desprenderse de las palabras de Prats Canut y Morán Mora para quienes “...parece razonable y responde a un principio de coordinación de los preceptos penales, que si los efectos del comiso se aplican en primer término a cubrir la responsabilidad civil “ex delicto” (art. 127 CP/1995), no lo es el renunciar al mismo si dicha responsabilidad no está cubierta, porque justamente en el ámbito de reparación a la víctima es donde encontrará su justificación en términos de proporcionalidad.” PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3ª edición, 2004, p. 659. Vid también MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 410.

Además, la proporcionalidad del comiso en un caso concreto se valora de cara al cumplimiento de los fines que persigue éste y la satisfacción de las pretensiones civiles no es uno de esos propósitos. Lo anterior no excluye que los bienes cuyo comiso no se ordena, pero sobre los cuales pesa alguna medida cautelar, puedan responder por tales pretensiones, como sucedería con cualquier otro bien que integre el patrimonio de quien sea considerado responsable en el ámbito civil. Igualmente, bien puede pasar que la responsabilidad civil no se haya satisfecho completamente sino solo en parte (p. ej., tratándose de varios condenados solo algunos han satisfecho su cuota), o que el condenado no sea solvente, hipótesis en las cuales no parece razonable que se impida no decretar el comiso o decretarlo parcialmente, cuando motivos de proporcionalidad así lo aconsejan.²⁹⁶

Del mismo modo, en caso de que las responsabilidades civiles estén satisfechas, el comiso sigue siendo facultativo, así que solo deberá proceder cuando se requiera para alcanzar los fines que le son particulares a esta medida. V.g., no se puede prescindir del comiso en relación con bienes que son peligrosos simplemente porque se han cubierto las citadas responsabilidades.

En el art. 128 CP solo se ha contemplado el comiso de efectos e instrumentos, excluyéndose el de las ganancias. Algunos critican la omisión²⁹⁷ y otros como Aguado Correa, creen que a pesar de esto, el principio de proporcionalidad será aplicable a su comiso pues tiene rango constitucional.²⁹⁸ En sentido contrario, Saavedra Ruiz estima lógica la exclusión de las ganancias, toda vez que tienen un origen ilícito²⁹⁹ y la licitud comercial es un requisito contemplado en el art. 128. Esta última también es la postura de Manzanares Samaniego;³⁰⁰ Peris Riera y Plá Navarro;³⁰¹ Mapelli Caffarena³⁰² y Cazorla Prieto, quien cree que no se puede dejar al culpable enriquecerse con los beneficios obtenidos.³⁰³

²⁹⁶ "Si bien el hecho de que, en ocasiones, la responsabilidad civil puede estar fragmentada, por existir varios responsables o por haberse señalado unos plazos, hace que la condición legal de que esté completamente satisfecha pueda resultar excesivamente exigente." CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG*, op. cit., p. 370. Creen también demasiado rigurosa la exigencia de que las responsabilidades civiles estén satisfechas por completo, PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., Tomo IV, 2000, p. 1001; CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, op. cit., p. 705 y MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 3ª edición, 1996, p. 216.

²⁹⁷ FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 128." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., Tomo IV, p. 1004.

²⁹⁸ AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 510.

²⁹⁹ SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 853.

³⁰⁰ Se excluyen las ganancias por ser la más clara manifestación del enriquecimiento ilícito: MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Comentarios y jurisprudencia, op. cit., Tomo I, Parte General, p. 935.

³⁰¹ PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., Tomo IV, 2000, p. 1001.

³⁰² En un artículo de revista, Mapelli Caffarena sin dar sus razones, señaló que la exclusión de las ganancias del art. 128 CP no significaba que su comiso estuviese fuera del ámbito de aplicación de

Desde mi óptica, el principio de proporcionalidad debe aplicarse también a las ganancias, básicamente porque aunque en su origen están vinculadas a la comisión de una infracción, no son intrínsecamente peligrosas y sobre todo, porque como señalé en el capítulo III, el comiso de ganancias es una medida de Derecho público y de *lege lata* con carácter sancionador, de ahí que deba estar sometida a los principios que limitan el poder de imperio del Estado, como lo son los de legalidad o de proporcionalidad aquí expuesto. Se trata de principios que tienen fundamento constitucional, dirigidos a limitar y condicionar la legitimidad de la intervención del aparato estatal en un Estado de Derecho.³⁰⁴ Nótese además que la aplicación del principio de proporcionalidad al comiso de las ganancias es una opción que también se contempla en otras legislaciones, p. ej., en el §73 c I del StGB se prevé la exclusión de la confiscación cuando sea de una carga o dureza excesiva para el afectado.³⁰⁵ Finalmente, aunque en efecto, por la orientación teleológica que caracteriza al comiso de ganancias (corregir una situación patrimonial ilícita), no serán comunes los casos donde la medida pueda considerarse desproporcional, ciertamente los pueden haber. Choclán Montalvo p. ej., piensa en el penado que ha realizado *ex post* actos de reparación a favor de la colectividad, que compensen con creces el beneficio injusto obtenido.³⁰⁶ Por todo esto y para hacer innecesaria una interpretación extensiva del art. 128 CP como la que sugiere realizar Aguado Correa (que no se omite indicar es viable jurídicamente, pues el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y por ende, constituye un elemento directivo de todo el ordenamiento jurídico), se debe reformar la norma e incluir el término *ganancias*.

Finalmente, como el principio de proporcionalidad es de aplicación general, hay que entender que el art. 128 CP rige tanto para los comisos realizados con base en el art. 127 CP como para aquellos que se disponen conforme algunas regulaciones específicas contenidas en la Parte Especial.³⁰⁷ Lo anterior encuentra sustento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que además de reconocer la aplicación del

los principios de intervención mínima y proporcionalidad: MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.*, p. 52. En una obra posterior se pronunció con mayor detenimiento sobre el tema, señalando que el art. 128 nunca se debía aplicar tratándose de las ganancias. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, 5° edición, 2011, pp. 409, 415.

³⁰³ CAZORLA PRIETO, "El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia del 29 de julio de 2002. Caso Banesto." En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; ZUGALDÍA ESPINAR, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, op. cit.*, p. 82.

³⁰⁴ "El principio de proporcionalidad es un límite constitucional a cualquier intervención estatal que afecte derechos fundamentales." Así, MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal, op. cit.*, p. 95.

³⁰⁵ "§ 73c Härtevorschrift

(1) Der Verfall wird nicht angeordnet, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Die Anordnung kann unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat.

(2) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42 entsprechend."

StGB.

³⁰⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 47.

³⁰⁷ Son de la misma opinión AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 511 y GALLEGO SOLER, "Art. 128." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.*, p. 301.

principio de proporcionalidad en relación con el comiso,³⁰⁸ también ha señalado que el art. 128 es aplicable a las formas especiales de comiso incorporadas en relación con algunos delitos, p. ej., en materia de narcotráfico.³⁰⁹ Siempre sobre este tema, algunos autores exceptúan de lo anterior las ganancias contempladas en el art. 431 CP,³¹⁰ pues por ser ganancias, no están abarcadas en el art. 128 CP. Reitero, ese extremo es intrascendente, pues el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional, con lo cual no es necesario que la ley y en este caso concreto, el Código Penal, lo consagre para que su aplicación tenga lugar.³¹¹ Esto sin embargo, no elimina la necesidad de incluir las ganancias de forma expresa en el art. 128 CP, para evitar cualquier duda que pueda surgir al respecto.

C. Principio de culpabilidad.

Hay quienes estiman que el comiso por ser una consecuencia accesoria, no está sometido al principio de culpabilidad, principio que cuenta con fundamento constitucional³¹² y que se vincula con la imposición de las sanciones.³¹³

³⁰⁸ Vid. la STS N° 798/2008 de 12 noviembre. En ella se indica que si bien la aplicación del comiso no se compadece con los principios de proporcionalidad y divisibilidad propios de la aplicación de las penas (pues no es una pena sino una consecuencia accesoria), el legislador, a través del art. 128, dispuso la aplicación de ese principio. Igualmente, vid. las SSTs N° 844/2007 de 31 octubre y 397/2008 de 1 julio.

³⁰⁹ V.g., SSTs N° 1030/2003 de 15 julio; 844/2007 de 31 octubre y N° 397/2008 de 1 julio.

³¹⁰ Así MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, p. 937. Saavedra Ruiz considera que el art. 128 CP se aplica a todos los supuestos de comiso previstos en la Parte Especial, salvo el del artículo 431, en relación con las dádivas, presentes o regalos en los delitos de cohecho y tráfico de influencias, “por razones de toda evidencia”, que lamentablemente, no expone. SAAVEDRA RUIZ, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 853. Prats Canut y Morán Mora primero señalan que el art. 128 es una regla general, aplicable a los tipos penales de la Parte Especial excepto a los supuestos previstos en el artículo 431 CP, “en que ha de decretarse preceptivamente el comiso en los casos de cohecho” y luego, incurriendo en lo que creo es una contradicción, señalan que los arts. 127 y 128 son las guías para interpretar restrictivamente normas extensivas en materia de comiso. PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3° edición, 2004, pp. 647 y 661 respectivamente.

³¹¹ Aunque el principio de proporcionalidad en sentido amplio no está consagrado expresamente en el texto de la CE, se admite sin reservas pues “...se deriva del propio reconocimiento constitucional de principios, como los que acogen derechos fundamentales, que por su propia naturaleza no tienen determinados de antemano sus límites, por lo que sus limitaciones posibles dependen de que en el caso concreto sirvan a la satisfacción de otros principios sin suponer mayor coste que beneficio... Más que un principio independiente, la proporcionalidad es el criterio de solución de los concretos conflictos entre principios, exigido por la propia pretensión de vigencia de todos los principios en conflicto.” MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 100-101. Si a pesar de no estar consagrado expresamente en la CE, se reconoce el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, con mayor razón debemos entender que su aplicación en el ámbito penal no dependerá de su reconocimiento expreso en el art. 128 CP, o en cualquier otra norma perteneciente a esta rama del ordenamiento jurídico.

³¹² De este criterio, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, pp. 146-147; MIR PUIG, *Bases constitucionales del Dere-*

Ciertamente, si aceptásemos la aplicación de ese principio, el comiso solo se podría imponer al sujeto declarado penalmente responsable de la infracción y exclusivamente sobre los bienes de su propiedad. Del mismo modo, siendo que la culpabilidad es un concepto graduable,³¹⁴ el comiso también debería serlo, de manera que la intensidad de esta consecuencia jurídica sea acorde a la entidad de la infracción cometida. En la legislación española la situación es otra, pues el art. 127 CP contempla el comiso en casos donde no se ha impuesto una pena y en relación con bienes que pertenecen a terceros. Aunque estas circunstancias demuestran que la aplicación del comiso no guarda relación con la culpabilidad del autor o partícipe de la infracción, Choclán Montalvo cree que tratándose de los efectos e instrumentos el comiso no debe sobrepasar la medida de aquella. Por eso, señala el autor, el legislador estableció como correctivo el principio de proporcionalidad, o la cláusula de rigor contenida en el art. 128.³¹⁵ No concuerdo con él. Entiendo que el comiso no depende de una conducta culpable. El de efectos e instrumentos debe tener como criterio rector la peligrosidad de los bienes. De esa peligrosidad depende (o debería depender) tanto la procedencia de la medida como su extensión, sin que tenga trascendencia la culpabilidad que pueda atribuírsele al autor o partícipe (persona que además, puede no ser el titular del derecho sobre el bien a decomisar). Algo similar sucede con el comiso de ganancias, pues por su finalidad (supresión de una situación patrimonial ilícita), carece de todo interés la culpabilidad con que haya actuado el responsable criminal.

Dicho esto, no podemos dejar de mencionar que el comiso, tanto el de efectos e instrumentos como el de ganancias, de *lege lata* tiene un carácter sancionatorio. Reconocer esto apareja un problema, ya que debería someterse su aplicación al principio de culpabilidad y los demás principios que garantizan la legitimidad de una sanción.³¹⁶ En consecuencia, el comiso solo podría disponerse tras la imposición de una condena y únicamente sobre bienes del condenado.³¹⁷ Si no se desea esta situación será necesaria una reforma legal del art. 127 CP, que elimine los componentes sancionatorios que contiene el comiso (p. ej., es necesario introducir como elemen-

cho Penal, op. cit., p. 125 y JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del Derecho Penal. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*. Madrid, Editorial Dykinson S.L., N° 5, 1999, pp. 42-44. A pesar de no estar consagrado constitucionalmente, estos autores relacionan el fundamento de este principio con el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

³¹³ RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, pp. 775 y 779; MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal, op. cit.*, p. 134.

³¹⁴ CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales, op. cit.*, p. 221.

³¹⁵ CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.*, p. 340 y CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, pp. 121-122.

³¹⁶ De la misma opinión CORTÉS BECHIARELLI, "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero, op. cit.*, p. 115 y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Comiso." En: JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*. Madrid, El Derecho y Quantor, S.L., 2010, p. 96.

³¹⁷ Véase lo dicho en relación con la transformación del comiso de pena a consecuencia accesoria: cap. III, apartado II.

to de valoración la peligrosidad de los efectos e instrumentos -intrínseca o en relación con alguien- y excluir el comiso por valor equivalente en relación con estos). Si se desea conservar el carácter sancionatorio que se asocia al comiso por valor equivalente (pues se entiende como una sanción por haber frustrado el comiso de los bienes directamente vinculados con la infracción), para no vulnerar el principio de culpabilidad, se deberá como mínimo, restringir la aplicación de esta forma de comiso, p. ej., a los casos en que el responsable criminal ha sido responsable también de impedir el comiso.

D. Presunción de inocencia.

La presunción de inocencia, cuya naturaleza de presunción en sentido técnico jurídico es cuestionada doctrinalmente,³¹⁸ es una exoneración a favor del acusado de la carga de la prueba, de manera que si quien acusa no puede procurar suficiente prueba de cargo para enervar ese principio, deberá declararse la inocencia del primero.³¹⁹ Dicho en otras palabras, si no hay prueba de cargo que la desvirtúe, deberá optarse por la inocencia y no por la culpabilidad.³²⁰

³¹⁸ Algunos consideran que no es una presunción pues no tiene los elementos de ésta (hecho base, nexos lógicos, hecho presunto). Así, MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999, p. 37; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada, Editorial Comares, 2007, p. 56 y SILVA MELERO, Valentín. "Presunciones e indicios en el proceso penal." En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, Instituto Editorial Reus, N° 1, Año LXXXIX, julio-agosto de 1944, p. 533. En sentido contrario, FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Madrid, La España Moderna, Tomo I, 1930, pp. 244-245; CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 593. Según este último, "...se aprecia una estructura verdaderamente presuntiva, en la que se puede considerar como máxima de experiencia la consideración de que es normal... que quien vive en sociedad pacíficamente y dedicándose a sus menesteres cotidianos no cometa delito alguno. El hecho básico es la afirmación de que todas las personas viven en sociedad pacíficamente y dedicadas a sus ocupaciones habituales para procurarse lo necesario para vivir. El hecho consecuencia es la afirmación de que quien vive en sociedad se considera, en principio y salvo prueba en contrario, como una persona pacífica y dedicada a sus asuntos propios, o sea, como una persona no responsable de ningún acto delictivo o, si se prefiere, como inocente o inculpable de cualquier delito." Finalmente, COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Derecho Procesal Penal Español*. Madrid, CESEJ-Ediciones, 2006, p. 77. Para ellos, la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* y se es absolutamente inocente hasta que haya una sentencia condenatoria firme y definitiva.

³¹⁹ BORRAJO INIESTA, Ignacio. "Presunción de inocencia. Investigación y prueba." En: DELGADO GARCÍA, Joaquín (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 18. Al respecto, dice Pérez-Cruz Martín: "...significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y... de la intervención en los mismos del inculpado. Practicada una mínima prueba, en principio, la valoración de la misma corresponderá al tribunal enjuiciador, conforme prescribe el art. 741 LECrim." PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *Derecho Procesal Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2ª edición, 2010, p. 608.

³²⁰ COBO DEL ROSAL; et ál., *Derecho Procesal Penal Español*, op. cit., p. 77-78.

En tanto que la presunción de inocencia lo que exige es que se articulen todos³²¹ los medios de prueba adecuados para extraer conclusiones lógicas en un caso concreto, el *in dubio pro reo* constituye una regla de valoración de la prueba, de forma que procederá la absolución cuando ésta no sea suficiente para que el órgano jurisdiccional alcance un estado de certeza sobre los hechos y sobre la responsabilidad del imputado en ellos.³²² En este punto es donde se relacionan la presunción y el principio: si no hay suficiente prueba de cargo que desvirtúe la inocencia, deberá absolverse.

Ahora bien, la presunción de inocencia no se agota en la prueba de los elementos del delito, sino que alcanza la prueba de los presupuestos que autorizan cualquier intervención estatal restrictiva de derechos de naturaleza sancionatoria, como lo es de *lege lata* el comiso.³²³ Por lo expuesto, se debe demostrar la concurrencia de los presupuestos establecidos por la ley para su imposición. Entiendo que se debe alcanzar un *juicio de certeza* en cuanto al vínculo que une los bienes a decomisar y la infracción. El órgano jurisdiccional debe tener por demostrado que el bien es un efecto, un instrumento o la ganancia proveniente de un delito, conclusión a la que se puede arribar a través de prueba directa o indirecta.³²⁴

³²¹ Según Nieva Fenoll, cuando el TC habla de una *mínima actividad probatoria que pueda entenderse como de cargo*, en realidad se refiere a la necesidad de que se realice toda la actividad probatoria posible en el caso concreto, lo que supone la prueba de cargo como la de descargo. “*En realidad, más que mínima actividad probatoria, si se consulta la jurisprudencia de los últimos casi treinta años, parece que el Tribunal Constitucional debería haber hablado más bien de la “máxima actividad probatoria”, a fin de describir con mayor verosimilitud lo exigido.*” NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010, p. 94.

³²² “...si no existe prueba de cargo que pueda considerarse como razonablemente suficiente, desarrollada y practicada de manera correcta, no puede haber condena porque no se ha destruido convenientemente la presunción constitucional de inocencia. Pero, si tal prueba ha existido, si bien de su resultado pueden desprenderse dudas, es facultad del Tribunal absolver en virtud del principio *in dubio pro reo*. Podría decirse, en este sentido, que la distinción se resuelve en una cuestión de grado, en la determinación de cuando no ha existido en absoluto prueba de cargo frente a los supuestos en que la misma se ha dado en alguna medida.” VILATA MENADAS, Salvador. “Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. (Comentario a la STC, 151/2002, de 15 de julio de 2002).” En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002*. Navarra, Editorial Aranzadi, Tomo III (Setiembre-Diciembre), 2003, pp. 2239-2240.

³²³ Lo entiende de esta manera CHOCLÁN MONTALVO, en sus obras *El patrimonio criminal*, *op. cit.*, p. 35 y “La investigación del patrimonio de origen criminal.” En: MARCHENA GÓMEZ, EDJ, *op. cit.*, p. 125. Asimismo Prats Canut y Morán Mora, quienes señalan: “...la consecuencia accesoria de comiso está igualmente vinculada por el derecho a la presunción de inocencia que se desenvuelve técnicamente como una presunción “*iuris tantum*”, de modo que puede ser desvirtuado cuando el Tribunal sentenciador haya dispuesto de una mínima actividad probatoria de cargo, obtenida con las pertinentes garantías legales y constitucionales, que tanto puede ser directa como indirecta, o indiciaria; siempre, en este último caso, que existan diversos indicios, debidamente probados y que partiendo de ellos se pueda llegar al hecho consecuencia...” PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, *op. cit.*, 3º edición, 2004, p. 656.

³²⁴ Léase el cap. V, apartado I.D.4.a de esta investigación, sobre la aptitud de la prueba indirecta para destruir la presunción de inocencia.

E. Principio acusatorio, derecho de defensa y fundamentación de la sentencia.

Aunque el principio acusatorio no aparece expresamente reconocido en la CE; su art. 24.2³²⁵ consagra una serie de garantías jurisdiccionales³²⁶ dentro de las cuales se ha ubicado este principio. Como señala Martínez Galindo, “el derecho a la defensa, a ser informado de la acusación, y a un proceso con todas las garantías y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva como compendio de todos ellos, integran el denominado sistema acusatorio, donde está incluido el principio acusatorio.”³²⁷

El comiso, al perder la condición de pena accesoria, dejó de estar abarcado por el art. 79 CP que en lo que interesa, prevé su preceptiva aplicación cuando así lo demande la pena principal. Como consecuencia accesoria y sobre todo, como consecuencia accesoria cuya imposición está sometida expresamente al principio de proporcionalidad, su imposición no es forzosa. Esta situación tiene una clarísima consecuencia a nivel procesal, a saber, la necesidad de que el tema deba ser objeto de debate entre partes, con todo lo que ello implica. El órgano jurisdiccional no puede actuar de oficio y la solicitud de comiso, que no puede ser genérica (p. ej., no cabe solicitar, sencillamente, que se impongan las consecuencias accesorias que sean procedentes, o solicitar el comiso de los instrumentos sin decir cuáles son) y debe estar fundamentada.³²⁸ La defensa debe tener la oportunidad de rebatir la solicitud y ofrecer la prueba que estime oportuna, en los mismos términos que lo puede hacer con respecto a cualquier otro tópico sometido a discusión.³²⁹

Tanto la jurisprudencia³³⁰ como la doctrina³³¹ reconocen pacíficamente que el comiso es una consecuencia jurídica que no puede ser decretada de oficio. La parte

³²⁵ “Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia...”

³²⁶ Así las llama MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho penal, op. cit.*, p. 78.

³²⁷ MARTÍNEZ GALINDO, Gema. “Vigencia del principio acusatorio.” En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, N° 1, Sección Informe de Jurisprudencia, Enero 2004. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>.

³²⁸ Comparten esta opinión PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3° edición, 2004, p. 660.

³²⁹ El Ministerio Fiscal acepta sin reparos las conclusiones antes vertidas. En la Circular N° 2/2005, la FGE señala expresamente que el comiso solo puede ser acordado a petición de las partes acusadoras, salvo que se trate de géneros prohibidos o de ilícito comercio, a cuyo comiso se procederá dada su naturaleza. También considera indispensable individualizar los bienes cuyo comiso se solicita sin que quepa una petición genérica.

³³⁰ STC N° 123/1995 de 18 julio y SSTS N° 2473/1992 de 12 noviembre; 1285/1994 de 21 junio; 1216/1995 de 29 noviembre; 91/1996 de 7 febrero; 418/2001 de 12 marzo; 1349/2002 de 19 de julio; 423/2003 de 17 marzo; 987/2004 de 13 septiembre; 916/2004 de 16 julio; 483/2007 de 4 junio y 640/2011 de 21 junio, entre muchas otras.

acusadora debe solicitar su imposición y esa petición se debe someter al debate contradictorio. La necesaria fundamentación de la sentencia en cuanto a este extremo también está fuera de discusión.³³²

Siempre sobre este tema, creo necesario examinar el contenido de la STS N° 418/2001 de 12 de marzo. En este caso, a pesar de reconocer que el Ministerio Fiscal no solicitó el comiso de la droga y el dinero, lo que contraviene el principio acusatorio, el TS solo acogió el reclamo en relación con el dinero, manteniéndose el comiso de la droga pues según su postura, al tratarse de un bien de tráfico ilícito su destino no puede ser otro que el decretado por el tribunal sentenciador. Esta posición también la comparte Zaragoza Aguado, autor que entiende que la ausencia de petición no impide el comiso de géneros prohibidos o de ilícito comercio.³³³ A mi modo de ver, esta interpretación solamente cabe en casos donde la legislación prevé expresamente el destino que se debe dar a ciertos bienes peligrosos (p. ej., el art. 374 CP prevé la destrucción de la droga). No siendo así y a pesar de la peligrosidad del bien, será necesario respetar el principio acusatorio.

Para garantizar la discusión sobre los presupuestos fácticos que autorizan la imposición del comiso, es indispensable dar audiencia al titular del bien cuyo comiso se reclama, sea el autor o partícipe de la infracción o un tercero, para que pueda defender la desconexión entre el bien y el hecho. Así se expresa, p. ej., la STC N°

³³¹ GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquín. "El comiso: examen del artículo 374 del Código Penal." En: *Revista general de derecho*. Valencia, Año LIV, N° 640-641, Enero-Febrero 1998, pp. 86, 90-91; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, pp. 536-537; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL, *et ál., Curso de DPPG, op. cit.*, p. 976; GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, *op. cit.*, p. 970; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 844; AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 505; GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.*, p. 299; PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3° edición, 2004, p. 648; DE LAMO RUBIO, "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE; *et ál., Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, op. cit.*, p. 373; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "Los llamados fraudes alimentarios y el Código Penal." En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, N° 69, Sección Legislación aplicada a la práctica, Marzo 2010, apartado IV de esta obra. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. "Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del «poder de acusar» y del Ministerio Fiscal?" En: *Diario La Ley*. N° 6771, 4 septiembre 2007, Año XXVIII, apartado II. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>; CAMPUS ALCARAZ, Natividad; URBANO LANZAS, Guillermo. "El comiso en el nuevo Código Penal de 1995: llamamiento urgente a la nueva jurisprudencia y doctrina." En: *Revista de Ciencias Penales*. Asociación Española de Ciencias Penales, Vol. 2, N° 1, 1 semestre de 1999, p. 115, entre muchos otros.

³³² La decisión de ordenar el comiso debe ir precedida de la correspondiente motivación, así SSTS 536/2000 de 27 marzo; 998/2002 de 3 de junio; 343/2003 de 7 de marzo; 297/2006 de 6 de marzo; 859/2007 de 24 de octubre y 640/2011 de 21 junio, entre muchas otras. Cfr. también CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 33.

³³³ ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado." En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.*, pp. 48-49.

92/1997 de 8 de mayo y las SSTs N° 99/2008 de 6 de febrero y N° 56/1997 de 20 de enero. El problema que se suscita es que a ese tercero se le debe conceder la condición de parte sin que haya una regulación que contemple su intervención en el proceso, de ahí que sea necesario buscar soluciones acudiendo a la analogía. P. ej., en la mencionada sentencia N° 56/1997, el TS habla de la aplicación de las reglas previstas para los supuestos de responsabilidad civil de terceras personas (615 y siguientes de la LECrim).³³⁴ Como consecuencia de este vacío legal, en la práctica judicial son las características del caso concreto lo que permite determinar si se han vulnerado o no los derechos del tercero en el proceso. Veamos algunos ejemplos. En la STS N° 1081/1997 de 23 de julio, se confirmó lo dispuesto en torno al comiso, tras señalar que en la fase de ejecución de sentencia existía la posibilidad de que el titular demostrase que los bienes pertenecían a un tercero no responsable del delito. Esta tesis se reiteró en la STS N° 475/2004 de 7 de abril. El TS confirmó el comiso de un vehículo que había sido catalogado como instrumento de la infracción, sin perjuicio de que en la ejecución de la sentencia recurrida, la esposa del recurrente pudiese acreditar que era titular de buena fe del vehículo decomisado. De esto se extrae que para el TS, aunque es deseable que el tercero pueda defender sus intereses desde el inicio del proceso, la intervención a una avanzadísima altura procesal (fase de ejecución de sentencia) no vulneraría sus derechos fundamentales. En un sentido diverso, en la STS N° 1349/2002 de 19 julio, concluyó que el comiso de los bienes hallados en el domicilio de la imputada y su esposo que no fue parte en el proceso, lesionaba el derecho de defensa de éste. Ante este panorama el TS suprimió dicho comiso. Con una orientación similar, la STC N° 151/2002 de 15 de julio, resolvió un amparo promovido contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Álava confirmada por

³³⁴ “Con este punto de partida, parece obligado poner de manifiesto que, para evitar esa indefensión constitucionalmente proscrita, 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...” Esta solución es la misma que asumió la FGE en la Circular N° 1/2005, de 31 marzo. Igualmente, la estima oportuna ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica*, op. cit., p. 420; DE LAMO RUBIO, “De las consecuencias accesorias.” En: GARCÍA VICENTE; et ál., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, op. cit., p. 367 y PLAZA SANJUAN, Vicente. “Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito.” En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, La Ley, N° 17, Sección Estudios, Junio 2005, p. 20.

el TS, que además de condenar al cónyuge de la recurrente, ordenó el comiso de un vehículo de motor que ella reclamó como suyo de manera exclusiva. En esa sentencia, el TC desestimó el reclamo de esa persona, al considerar que había tenido conocimiento de la actuación judicial desde el inicio del procedimiento y por consiguiente, pudo poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial, para limitar el alcance del comiso a la cuota de su cónyuge antes de que la sentencia condenatoria fuese ejecutada.

Si como señala el TS y el TC,³³⁵ la indefensión que tiene relevancia constitucional se da cuando se produce un real menoscabo en el derecho de defensa, de manera que no es posible defenderse en términos reales y efectivos, lo que puede darse porque se priva al interesado “*de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa del real derecho*”; o porque se dicta una resolución que menoscaba “*la esfera jurídica de quien no ha sido parte en el juicio previo a la resolución, y que no ha tenido por tanto oportunidad de defenderse de la acusación en que se pedía el pronunciamiento*”, creo dudoso concluir que se respeta el derecho de defensa del tercero que solamente ha tenido derecho a recurrir una determinada sentencia que ordena el comiso sobre sus bienes, o de la persona que debe demostrar en la fase de ejecución de sentencia su condición de tercero de buena fe, como si no fuese precisamente lo contrario (que le demuestren que es de mala fe), lo que se impone en razón del principio de inocencia. Lo que sí es claro es que este confuso panorama es producto del vacío normativo que hay en cuanto a la intervención que debe tener el tercero titular dentro del proceso penal. Se trata de un vacío que no debería subsanarse a través de la interpretación (con los resultados disímiles que se pueden producir, como ya vimos), sino a través de la reforma de la LECrim.

Cuando se habla de terceros que no han tenido oportunidad de defenderse de una medida punitiva, lógicamente se hace referencia a terceros reales, no aparentes, así que no hay indefensión cuando este tercero es ficticio. “*... es difícil concebir que se ha producido indefensión cuando se ha omitido, muchas veces por la imposibilidad que deriva de la propia trama del acusado, la audiencia al hombre de paja o a la sociedad meramente formal, sin realidad económica, constituida a nombre de personas de confianza, pero dominadas fáctica y económicamente por el acusado oído en juicio.*”³³⁶ Se trata de un criterio atinado, pues no es comprensible que la apariencia formal se imponga sobre la verdadera situación de los bienes.³³⁷

Finalmente, un problema distinto es si el condenado puede impugnar lo decidido en cuanto al comiso con el argumento de que los bienes sobre los que recae la medida son de un tercero, o si solo el tercero puede hacerlo en defensa de sus

³³⁵ SSTs N° 599/2001 de 10 abril y 1349/2002 de 19 julio; SSTC 145/1990 de 1 de octubre; 106/1993 de 22 de marzo y 205/1994 de 11 de julio.

³³⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 37. Vid. igualmente CHOCLÁN MONTALVO, “La investigación del patrimonio de origen criminal.” En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, p. 127.

³³⁷ Léase el apartado V.E del presente capítulo, donde se analizan el tema del levantamiento del velo.

propios intereses. La jurisprudencia ha mostrado ambas posturas. La primera en la STS N° 475/2004 de 7 de abril. La segunda en las SSTS N° 1349/2002 de 19 de julio y 1074/2004 de 18 de octubre. A mi modo de ver, estamos ante un tema de legitimación procesal, con lo cual es el tercero y no el condenado quien debe ejercer la defensa de sus propias pretensiones.

Del principio de tutela judicial efectiva se desprende que la resolución que acuerda el comiso deba estar motivada en cuanto a los extremos antes mencionados (la concurrencia de los presupuestos que autorizan la medida, así como su alcance).³³⁸ Si se requiere una petición expresa en cuanto al comiso de un bien para que el titular de éste se pueda defender, también se requiere que el órgano jurisdiccional dé a conocer los motivos que le conducen a tomar una decisión al respecto, sea desestimando la petición de la parte acusadora o acogiendo la misma, ya que solamente así es posible el control sobre la decisión adoptada.

³³⁸ SSTS N° 1998/2000 de 28 diciembre; 694/2002 de 15 abril; 998/2002 de 3 de junio y 1679/2003 de 10 de diciembre. Para Choclán Montalvo la individualización de la consecuencia jurídica obliga al tribunal a razonar la estimación que hace de la cuantía del beneficio ilícito, aunque no haya una norma que expresamente lo diga así. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., pp. 37-38.

CAPÍTULO V. FORMAS ESPECIALES DE COMISO CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PENAL Y EN OTRAS LEYES

En este capítulo examinaré la regulación del comiso ampliado, que si bien está contenida en la disposición general (art. 127 CP), por estar referida únicamente al fenómeno de la criminalidad organizada y el terrorismo, puede catalogarse como una forma especial de comiso. Asimismo, abordaré las reglas especiales que sobre este tema se contemplan en relación con algunos delitos, tanto en el CP como en otras leyes (en concreto, los delitos contra la seguridad vial; los relacionados con el tráfico de drogas; el blanqueo de capitales; sobre la ordenación del territorio y urbanismo; el cohecho y tráfico de influencias y el contrabando). También abordaré la referencia al comiso contenida en el Código Penal Militar y en las legislaciones sobre navegación aérea y sobre régimen jurídico de control de cambios.

I. Comiso ampliado (art. 127.1 párrafo 2 del Código Penal).

El comiso ampliado es una herramienta diseñada para luchar y erradicar la delincuencia organizada y el terrorismo. A continuación haré unas breves consideraciones en relación con estos fenómenos, de manera que se pueda comprender la decisión del legislador de incluir la mencionada figura jurídica en el art. 127 CP.

A. Delincuencia organizada, terrorismo y comiso ampliado.

La criminalidad organizada es un fenómeno criminológico complejo, que afecta prácticamente a todos los países y que en algunos de ellos adquiere connotaciones particulares (p. ej., los cárteles del narcotráfico en México o Colombia, o las mafias italianas o rusas). Se trata de una criminalidad grave, que amenaza todos los ámbitos de la vida en sociedad, de ahí que su prevención, persecución y castigo se haya convertido en una prioridad en el mundo entero.¹

La organización supone, como señala Sánchez García de Paz, una reducción o exclusión de factores que en otras circunstancias inhibirían la comisión de delitos. Además de reducir los sentimientos de responsabilidad, permite construir estructuras orientadas a la planificación y comisión de conductas criminales, así como el eventual encubrimiento de sus miembros. La unión de fuerzas y la división de las tareas, provoca un mayor peligro para los bienes jurídicos, a lo que contribuye tam-

¹ Comparte este pensamiento, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites." En: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Dir.). *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*. Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, N° 92, 2001, p. 86.

bién la profesionalización de los miembros del grupo: “Algunas de las formas más graves de comportamiento criminal, debido precisamente a su complejidad, están a cargo casi exclusivamente de grupos criminales: por ejemplo el tráfico de estupefacientes o de armas, o el terrorismo; también el blanqueo de dinero, el tráfico ilegal de mano de obra o de personas destinadas a la prostitución. En otros casos la peligrosidad se manifiesta por el alcance expansivo de la actividad delictiva de la organización: conductas de gravedad relativa cometidas por un individuo, como la corrupción, adquieren otras dimensiones cuando se multiplican sus efectos bajo la autoría de la organización. No es comparable el traficante individual de armas que la organización dedicada al tráfico ilegal a nivel internacional de armas. O el fraude de subvenciones de la Unión Europea cometido por un individuo aislado que el llevado a cabo por una organización.”²

Como cualquier otra empresa, la criminalidad organizada tiene el propósito de obtener beneficios económicos. Por eso se dedica a cualquier actividad criminal que sea rentable, a nivel nacional o internacional.³ Ahora bien, para que la comisión de infracciones penales valga la pena, se requiere que se pueda disponer de los beneficios económicos mencionados. En este punto, es donde el blanqueo de capitales adquiere un papel medular: “Teóricamente, los sectores comerciales de la criminalidad organizada son todos los ámbitos de la actividad lucrativa. Donde en el mercado exista demanda de bienes y servicios hay oferta. Donde la demanda reclama a la oferta con dinero, la disposición de ofertar hace acto de presencia fácilmente. También la demanda de bienes y servicios, que son ilegales o desacreditados socialmente, encuentra predisposición a ser ofertada si prometen grandes beneficios según la relación gastos-ingresos... El beneficio económico de la criminalidad organizada es poder económico para quien pueda disponer de él. Especialmente, cuando representado por dinero en efectivo, o por transacciones bancarias o cualquier otro instrumento de pago es reinvertible en la economía legal. Es reinvertible, tan pronto como pierde su mancha de proceder de una fuente delictiva. De esta manera es útil como medio generador de

² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL. “Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado.” En: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.); NIETO MARTÍN, Adán (Coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Salamanca, Vol. II, 2001, pp. 677-678.

³ “The globalization of trade, consumer demand (even for illegal products), and the financial system, has made it attractive and easy for criminal organizations to move from national into transnational activities. Though only some organized crime groups operate at this level, there are inextricable connections between those groups which operate exclusively at the national level and those that operate at the national and transnational levels. As a result of this and other factors, the transnational dimension of organized crime has taken unprecedented strides. New opportunities to operate transnationally have become a magnet that has attracted an increased number of organized crime groups that traditionally operated predominantly at the national level to move to operate transnationally. The main attractions to operate transnationally are access to lucrative markets the opportunity to exploit points of vulnerability in different societies, and the ability to operate from areas where the organization is relatively safe from the efforts of law enforcement.” BASSIOUNI, Cherif M.; VETERE, Eduardo. “Towards understanding organized crime and its transnational manifestations.” En: BASSIOUNI, Cherif M.; VETERE, Eduardo (Comp.). *Organized Crimen. A compilation of U.N. Documents 1975-1998*. New York: Transnational Publishers, Inc., 1998, pp. xxxii-xxxiii. En igual sentido, BUENO ARÚS, Francisco. “Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas.” En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 1, 1990, p. 956.

demanda en el mercado, cuando el riesgo de ser descubierto es pequeño y pequeño también es el peligro de que una persecución penal estatal pueda seguir el rastro del beneficio. Esta utilidad tiene un valor para la criminalidad organizada, quien logra el beneficio económico a través del blanqueo del dinero. Al blanquearlo queda limpio de manchas, libre de toda mácula... Si no existiera el blanqueo de dinero no merecería la pena la criminalidad organizada, como debe de merecer según su cálculo empresarial, de manera que sería menos, o incluso, nada atractiva... sin éste (refiriéndose al blanqueo) no sería posible ni la lucratividad de la criminalidad organizada, ni sería tan peligrosa para la economía de la sociedad, como lo es ahora.”⁴

El fenómeno de la legitimación o blanqueo de capitales (entendido como “... aquellos procedimientos tendentes a desvincular de su origen ilícito los bienes, fondos o capitales procedentes de un delito grave, y, una vez dotados de una apariencia legítima, reintroducirlos en el sistema financiero legal”)⁵ y que según Blanco Cordero, se presenta desde hace muchos siglos,⁶ se convierte en un problema mayúsculo para todos los Estados, precisamente porque las organizaciones criminales (y no solamente los criminales que actúan individualmente), reintroducen en la economía legal sus cuantiosas ganancias, afectándola seriamente.⁷ Como señala Choclán Montalvo, haciendo referencia a las conclusiones de la Presidencia tras el Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, “... el blanqueo de capitales

⁴ BOTTKE, Wilfried. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania.” En: *Revista Penal*. N° 2, 1998, pp. 2-3. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/2/showToc>.

⁵ DELGADO GARCÍA, Dolores. “Configuración jurisprudencial del delito de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas. ¿Inversión de la carga de la prueba?” En: *Publicaciones 2004. Fiscales. Delitos de naturaleza económica*. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España, p. 1015. Disponible en: http://www.cej.justicia.es/cej/html/publicaciones_01.htm.

⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2002, p. 37.

⁷ “...frente a la delincuencia más clásica propia del timador, el carterista o el atracador, nuestra sociedad ha conocido nuevas formas de criminalidad caracterizadas por unos niveles de rentabilidad desconocidos hasta hace bien poco... el delito ha llegado a convertirse en nuestros días en un medio válido para generar cantidades de bienes y de dinero lo suficientemente elevadas como para provocar desequilibrios significativos en el propio sistema económico. En estas condiciones, la transición de la ilegalidad hacia la legalidad adquiere significación propia y se convierte en una tarea necesaria en sí misma.” FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 68. En igual sentido, señala Wilfried Bottke: “El blanqueo de dinero puede ser incluso ruinoso para una sociedad libre... la sociedad libre no es posible sin el mercado. El mercado no es realizable sin la libertad de comercio económico de todos los participantes en el mercado... ello es así porque la libertad verdaderamente realizable depende también de la situación económica de cada uno... Como participante en el mercado es necesario tener dinero para que su libertad jurídica, la expresión de sus intereses en dinero y la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre el precio con los demás participantes del mercado, sea una realidad practicable... El mercado útil al a libertad reclama un reparto limpio de oportunidades entre todos los ciudadanos que concurren en el mercado como demandantes u ofertantes de bienes o servicios... El dinero que procede de delitos no es conveniente para la libertad general, puesto que existe una realización parcial de la demanda. Cuando se acumula obstaculiza el inicio, las posibilidades y las necesidades de una competencia limpia del libre mercado. El blanqueo de dinero posibilita acumular dinero procedente de delitos y reinvertirlo en el mercado. El dinero blanqueado dota de mayor poder social poco limpio. Es útil para facilitar las ventajas del juego sucio en la competencia. También es apropiado para comprar la influencia política y conduce a la corrupción.” BOTTKE, “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania.” En: *RP*, op. cit., p. 3.

está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca.”⁸

Los estudios elaborados por organizaciones internacionales confirman lo preocupante de la situación. En octubre de 2011, Naciones Unidas⁹ publicó un reporte según el cual en el año 2009 las ganancias provenientes de la delincuencia se aproximaron a los 2.1 trillones de dólares, lo que equivale al 3,6% del PIB mundial. Si solo se considera la criminalidad organizada transnacional más tradicional (v.g., la dedicada al tráfico de drogas, de personas, petróleo, vida silvestre, órganos y armas), las ganancias correspondían al 1,5% del PIB mundial y la mitad de esos ingresos se vinculaban con el narcotráfico. Asimismo, las mejores estimaciones de las cantidades de dinero que fueron legitimadas en ese año se acercaban a los 1,6 trillones de dólares, o en otras palabras, al 2,7% del PIB mundial. Ya en el ámbito europeo, la versión abierta del *European Union Organised Crime Situation Report* del año 2005, señala que en Alemania, p. ej., el beneficio obtenido por las organizaciones criminales alcanzó una suma cercana a los 1,34 billones de euros. Para el caso español en el año 2005, la Europol atribuía a la criminalidad organizada un capital estimado de 1,45 billones de euros, e ingresos de un billón de euros.¹⁰

Dada la enorme magnitud de los beneficios económicos que puede llegar a obtener, se entiende por qué la criminalidad organizada no tiene reparos al intentar consolidarse y legitimar los ingresos que obtiene. Por ese motivo trata de controlar la economía y de intervenir en todos los ámbitos de decisión del poder estatal, sea éste ejecutivo, legislativo o judicial.¹¹ La corrupción de funcionarios y la obstaculiza-

⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 19. En igual sentido, señala Gascón Inchausti: “Más en concreto, no puede perderse de vista que, normalmente, a la delincuencia organizada primaria se encuentra frecuentemente unido... el delito de blanqueo de capitales, que pone de relieve cómo la intención última de los grupos delictivos organizados consiste en colocar «en circuito legal» el producto del delito, para poder disfrutar de él con plenitud.” GASCÓN INCHAUSTI, “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes.” En: *CDF*, op. cit., p. 3. Vid. también Conclusiones de la Presidencia, *Consejo Europeo de Tampere*, 15 y 16 de octubre de 1999, conclusión N° 51. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm.

⁹ United Nations Office on Drugs and Crime. *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research report*. 2011, p. 9 y 127. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf.

¹⁰ EUROPOL. *2005 European Union Organised Crime Situation Report*. The Hague, 2005, p. 29. Disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2005/oct/europol-org-crim-public.pdf>.

¹¹ “Dos características del crimen organizado le distinguen del resto de las asociaciones criminales... En primer lugar, la pretensión de maximización del beneficio económico a través del control del poder económico y político utilizando medios ilícitos. Propio de la definición criminológica del crimen organizado es la formación de estructuras mafiosas. Se persigue la infiltración en la economía mediante la monopolización de sectores económicos para alterar la libre competencia. Arma decisiva lo es también la infiltración en el poder político en todas sus esferas de decisión, local, regional y nacional; en el ámbito ejecutivo y policial, e incluso legislativo y judicial. Y todo ello con los medios de la violencia, la amenaza y la corrupción en sentido amplio... el crimen organizado, amenaza en último término intereses de rango estatal como la libre competencia en el mercado y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho... Y en segundo lugar, característico del crimen organizado es la adopción, a los fines antes indicados, de una estructura similar a la de las empresas comerciales, en particular en lo que respecta a la configuración de diferentes estructuras logísticas y niveles de jerarquía, generalmente separadas en compartimentos estancos.” SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Función político

ción de la labor que desempeña el aparato de administración de justicia, por ejemplo, son situaciones que comúnmente se pueden vincular con su existencia.¹² Se trata de una forma de criminalidad que por lo expuesto repercute en las instituciones democráticas, socavando las bases del Estado de Derecho.¹³ Puede suceder también que en lugar de actuar discretamente, la criminalidad organizada entre en confrontación abierta con las instituciones y es así como investigadores, jueces, periodistas o fiscales acaban perseguidos y muertos.¹⁴

Ante este panorama, es fácil concluir que la simple imposición de penas, incluso las más fuertes, no es una medida suficiente, pues no impide que el condenado una vez que sale de prisión, sus socios en la actividad delictiva u otras personas relacionadas con él (p. ej., su familia), disfruten de los beneficios económicos, o que estos sean empleados para cometer nuevas infracciones, máxime si se considera que, esos beneficios comúnmente son ocultados de diferentes formas, para mantenerlos fuera del alcance de la autoridades.¹⁵ El comiso por el contrario, es una herramienta idónea para impedir que el delincuente común y en particular, la delincuencia que

criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado." En: ARROYO ZAPATERO, *et ál., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam., op. cit.*, pp. 663-664. Léase también CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.*, p. 335.

¹² España no es la excepción. Sobre el tema, se señala: "In Spain in 2004, 24 out of 494 criminal groups are reported to have used various forms of trafficking in influence. The largest share, (that is, 15 groups) tried to corrupt or influence police authorities, followed by corruption in the business sector." Council of Europe. *Organised crime situation report 2005. Focus on the threat of economic crime.* Strasbourg, 2005, p. 54. Disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005E.pdf>. Véase también NAVAS APARICIO, Alfonso. *Alcances e implicaciones del crimen organizado internacional en Panamá, Costa Rica, Nicaragua y Honduras: propuestas para la adopción de políticas públicas.* San José, Relaciones Externas de FUNPADEM, 2007, p. 11. Agrega Mario Montoya: "...las organizaciones criminales se han convertido en un verdadero y propiamente dicho contrapoder en el interior del Estado, condicionando intolerablemente su desarrollo democrático. Para tratar de dominar la escena política, el crimen organizado acudirá a su principal arma: la corrupción. Es éste un importante medio de penetrar los tres poderes del Estado,... Con grandes sumas de dinero compran la voluntad no sólo de quienes aprueban las leyes, sino también de aquellos a cargo de hacerlas cumplir, como los miembros de la policía; en este aspecto la corrupción ocasiona grandes problemas y toma ventajas de los bajos ingresos y la falta de educación." MONTOYA, Mario. *Mafia y crimen organizado.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 118.

¹³ Sobre el tema, vid. NAVAS APARICIO, Alfonso. "Alcances e implicaciones económicas del crimen organizado internacional en Costa Rica: propuestas para la adopción de políticas públicas". En: *Impacto del crimen transnacional en Centroamérica: los casos de Nicaragua y Costa Rica.* San José, FUNPADEM, 2007, pp. 80-81.

¹⁴ United Nations Office on Drugs and Crime. *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment.* 2010, p. 15. Disponible en: <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/tocta-2010.html>.

¹⁵ P. ej., en relación con el tráfico de drogas, indica Bárbara Huber: "Los traficantes sofisticados de drogas acumulan sus ganancias en cuentas bancarias impersonales y otras formas de inversiones dentro y fuera del país en que residen; también usan instalaciones bancarias clandestinas o se ocultan tras unas reglas estrictas de secreto bancario que existen en algunos países. Cuando las ganancias son reinvertidas, camufladas en cuentas o distribuidas entre la familia del criminal, es muy difícil encontrarlas y si llegan a encontrarse es prácticamente imposible el separar los bienes que proceden del crimen y que tienen otro origen. Así pues, los gobiernos de muchos países comienzan ahora a confiar en la confiscación de bienes como una tercera dimensión del control de las drogas, además del castigo y de la destrucción de las incautadas." HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.*, pp. 167-168.

actúa con criterios empresariales, pueda disponer de los cuantiosos beneficios económicos que suele obtener con sus actividades.¹⁶ Y es que si los grupos criminales no pueden disponer de las ganancias, pierden su razón de ser. En ese tanto, el comiso es una consecuencia de mayor trascendencia que la pena misma, incluso la de prisión.¹⁷

El fenómeno de la delincuencia organizada no solo se manifiesta a través de colectivos cuyas actividades se dirigen a la búsqueda de un lucro económico. También se refleja en agrupaciones que tienen fines ideológicos, políticos e incluso religiosos.¹⁸ Me refiero al terrorismo, o en palabras de Cancio Meliá, a *la criminalidad organizada política*,¹⁹ que como apunta la doctrina, por esa finalidad es más difícil de controlar penalmente, ya que cuesta conseguir un punto de equilibrio entre el respeto de los principios sobre los que se construye un Estado de Derecho y una eficaz respuesta a este fenómeno.²⁰

¹⁶ Lo entiende de esta forma OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP*, *op. cit.*, p. 73. Igualmente Zaragoza Aguado, que en lo que interesa indica: "El auge y crecimiento del narcotráfico, unido al de otras actividades delictivas organizadas en general, y la consideración de que todas ellas no son sino un gran negocio que reporta incalculables ganancias, han reorientado los objetivos de la política criminal. Los instrumentos jurídicos internacionales vienen insistiendo constantemente en dos aspectos que son fundamentales a estos efectos: de una parte, en la prevención y represión de las conductas de blanqueo, y de otra, en la incautación de los beneficios conseguidos con esas actividades criminales. Es evidente, pues, que una de las prioridades de la política criminal actual es revitalizar la figura del comiso, y dotar de mayor operatividad y profundidad a las investigaciones que tienen por objeto la identificación e incautación de los productos y de las ganancias que tengan un origen criminal." ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ*, *op. cit.*, p. 14. Léase también JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP*, *op. cit.*, p. 91. Para este último, la idea elemental es que el delito no resulte provechoso.

¹⁷ En la lucha contra el crimen organizado la confiscación busca "...servir como una "tercera dimensión" en esa lucha y el de privar al delincuente y a la organización que lo apoya del capital que ha usado para sus actividades pasadas y el que usaría para la continuación de sus negocios." HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP*, *op. cit.*, p. 175. Sobre este tema vid. también RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. "Instrumentación cautelar del comiso." En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá, Vol. 8, N° 2, 2006, p. 152. Para Blanco Cordero, una de las sanciones más eficaces en relación con la delincuencia organizada es el comiso de los beneficios que ha obtenido ésta y su asignación al Estado. BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁸ Habla del terrorismo como criminalidad organizada con fines diversos a los económicos CARNEVALI R., "La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación." En: *RDP*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, p. 645. Corcoy, Gómez y Besio hablan de la violencia política organizada. Así: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; BESIO, Martín. "Consideraciones previas a los arts. 571 a 580." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1118.

²⁰ "...en un Estado de Derecho ni frente al terrorismo, ni frente a ningún otro tipo de delincuencia es admisible que el Estado utilice el llamado "Derecho penal del enemigo", entendiendo por tal un Derecho que criminaliza meras expresiones de ideas, por reprobables que parezcan, o conductas muy alejadas de la puesta en peligro de bienes jurídicos, que impone penas desproporcionadas o contrarias al

Aunque el terrorismo internacional que se basa en motivos religiosos ha marcado un antes y un después en este tema, (nadie puede negar que después de los atentados suicidas del 11 de septiembre de 2001 cometidos en los Estados Unidos por miembros de Al Qaeda, el terrorismo pasó a convertirse en una preocupación para el mundo entero, sentimiento que se incrementó tras los atentados del 11 de marzo en Madrid²¹ y el 7 de julio de 2005 en Londres²²), hay algunos países que han sufrido este fenómeno desde hace décadas. Este es el caso de España con el terrorismo nacionalista de ETA,²³ de ahí que la regulación penal que existe en esta materia (a diferencia de lo que sucede con las delincuencia organizada común) es de *larga data* (y ciertamente, muy severa).²⁴ Si bien el Tribunal Supremo definió el terrorismo de ETA como una forma de delincuencia organizada,²⁵ si nos ceñimos al concepto técnico de criminalidad organizada que se deriva de las normas supranacionales, debemos diferenciarlo, pues su estrategia se basa en infundir temor en la población (intimidación masiva), en dar a conocer sus acciones (lo que llaman algunos el elemento de proyección estratégica de combate al sistema político establecido que es característico del terrorismo²⁶), pero no en mantener ocultos los actos delictivos que comete con el propósito de obtener ventajas económicas o materiales, notas características de la delincuencia o criminalidad organizada alrededor del orbe.²⁷ Como bien ha señalado el TS, el terrorismo no solo supone la presencia de

principio de humanidad, y que, en última instancia, limita o elimina derechos y garantías del imputado en el proceso penal..." MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 18ª edición, 2010, p. 922.

²¹ El 11 de marzo de 2004 en Madrid, cuatro trenes de la red de Cercanías de Madrid fueron el blanco de un ataque terrorista, que cobró la vida a 192 personas. Aunque se atribuyó al terrorismo yihadista, algunos dudas sobre la autoría intelectual de la masacre. P. ej., SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, p. 1076.

²² En esta fecha, cuatro explosiones tuvieron lugar en medios de transporte público de Londres. Tres bombas estallaron en tres vagones del metro y una en un autobús. Producto de este golpe terrorista, hubo más de 50 personas muertas y 700 heridas. Al respecto, <http://www.elpais.com/comunes/2005/londres/>.

²³ La organización terrorista ETA (Euskadi Ta Askatasuna) anunció un cese de su actividad armada el pasado 20 de octubre de 2011. Si éste fuese un cese definitivo (pues ya en el pasado ha anunciado otras treguas y las ha roto), se pondría final a más de 4 décadas de atentados, muertes y extorsiones. Según El Mundo, desde que cometió su primer atentado en 1960, esta organización ha asesinado a un total de 829 personas, de las que 506 eran miembros de las fuerzas de seguridad, 48 empresarios y 39 políticos. Léase: ESCRIVÁ, Ángeles. "ETA anuncia el cese definitivo de su 'actividad armada'". En: *El Mundo*, 20 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/19/espana/1319034890.html>.

²⁴ Para Cancio Meliá, la más severa, tanto en extensión de la incriminación como en intensidad de las penas de toda Europa. CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, *op. cit.*, p. 646.

²⁵ Véase p. ej., la STS N° 633/2002 de 21 de mayo de 2002.

²⁶ CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, *op. cit.*, p. 650.

²⁷ Sobre las distinciones entre el crimen organizado y el terrorismo, véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 136. También QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita." En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. España: Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 178.

grupos organizados que realizan las conductas típicas, sino también la existencia de un determinado objetivo: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. “Así pues, el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo.”²⁸

Con la reforma introducida mediante la LO5/2010, de 22 de junio, los límites entre uno y otro fenómeno han quedado zanjados, pues el art. 571 CP, dedicado a regular el tema de las organizaciones y grupos terroristas, incluyó ese criterio teleológico que se apuntó atrás: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Zaragoza Aguado entiende que la amenaza del terrorismo internacional desarrollada al amparo de las nuevas tecnologías, en especial internet, ha crecido debido a los cambios en la estructura y *modus operandi* de los grupos terroristas. Frente a los grupos terroristas tradicionales, asentados en un territorio y que adoptan una estructura jerárquica, el terrorismo internacional se expande por todo el mundo en células o grupos autónomos que se comunican, adoctrinan e intercambian experiencias por esa vía, lo que no supone la presencia de una organización global dotada de conexión interna, de manera que se pueda acceder a ella una vez que se identifica cualquier célula.²⁹ Creo que estas características convierten estos grupos (que hoy en día se expresan claramente en el terrorismo islamista radical), en un verdadero problema en términos criminológicos y en relación con los cuales no es fácil articular una adecuada propuesta de política criminal, ya que es complicada la labor de investigación de sus actividades, como también lo es identificar su patrimonio.

Ante los fenómenos criminológicos antes descritos y ya en el ámbito del comiso, el admitir un grado de distancia entre los bienes a decomisar y la infracción penal (como sucede en el comiso por valor equivalente y el comiso subrogatorio), no siempre es suficiente. Pese a que se trata de un avance importante desde el punto de vista de política criminal,³⁰ tratándose de la criminalidad organizada se requieren respuestas más agresivas, ya que por la complejidad de sus actividades es común que se generen masas patrimoniales de considerable cuantía, que si bien se pueden vincular con la organización delictiva, difícilmente se logran relacionar con las personas físicas que son sometidas a proceso, o con los concretos hechos que están siendo discutidos.

²⁸ STS N° 503/2008 de 17 julio.

²⁹ ZARAGOZA AGUADO, Javier. “Previo Sección 2ª”. En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, pp. 1944-1945.

³⁰ Así lo considera GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 69.

La doctrina consideró que con la LO 15/2003 el legislador había desaprovechado la oportunidad para regular en términos generales el comiso de los beneficios obtenidos por los grupos organizados.³¹ La situación cambió con la LO 5/2010, de 22 de junio, pues a través de la misma el legislador incluyó el comiso ampliado en el párrafo 2 del art. 127.1 CP. Para algunos, ésta es la respuesta que permite avanzar hacia una mayor desvinculación entre el hecho concreto y el bien sobre el que recae la medida, ya que se admite el decomiso de bienes originados en hechos distintos a los que están siendo efectivamente enjuiciados.³²

A través de la LO 5/2010, como señalé en el capítulo II de esta investigación, se pretende sintonizar el ordenamiento jurídico penal español con la DM 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005. Esta última, que se enmarca en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo, se apoya en una idea básica: la prueba de la intervención del sujeto en algún concreto delito y su pertenencia a la organización, son los elementos que autorizan el decomiso de todos los bienes que se puedan considerar efectos, instrumentos y ganancias de su actividad delictiva organizada, sin que sea necesario probar la intervención del sujeto en los delitos previos que se relacionan con esa actividad.³³

Dice el art. 127.1 párrafo 2 CP lo siguiente:

“El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.”

Aunque la inclusión de este comiso está justificada por la necesidad de ser más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada, como expondré en los próximos acápite, la técnica legislativa empleada no fue la mejor.³⁴ De igual forma, se superó con creces lo dispuesto en los instrumentos supranacionales, pues en tanto en estos se circunscribió el comiso ampliado a un catálogo de delitos que comúnmente se sancionan con penas elevadas y se contempló el decomiso parcial de los bienes, en el art. 127.1 párrafo 2 CP la figura jurídica se previó con carácter general (en relación con todos los delitos y penas) y de manera total. Sobre todos estos temas, volveré más adelante.

³¹ Haciendo propias las consideraciones de Aguado Correa, RODRÍGUEZ PUERTA, “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003.” En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3^o edición, 2004, p. 654.

³² Véase al respecto GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 70.

³³ DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, op. cit., p. 69.

³⁴ En igual sentido, AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 508.

B. El comiso ampliado en el Derecho comparado.

Como señalé al examinar el comiso de ganancias *ordinario*, en el Código penal suizo la confiscación de valores patrimoniales es una medida ajena a las penas y las medidas de seguridad. Ya en el terreno de la confiscación de los valores patrimoniales, encontramos dos variantes a saber, la confiscación de valores patrimoniales que constituyen el producto de un delito, o están destinados a determinar o recompensar al autor de un delito y la confiscación de valores patrimoniales de una organización criminal (y que a mi modo de ver es básicamente un comiso ampliado). Esta última modalidad está regulada en el numeral 72 del CP.³⁵ Según la norma, el juez ordenará la confiscación de todos los valores patrimoniales sobre los que la organización criminal tiene poder de disposición. Es decir, no se requiere demostrar que los valores están vinculados con un delito determinado.³⁶

El punto medular en este caso es el llamado poder de disposición que la organización criminal tiene sobre los valores patrimoniales, concepto que según la doctrina, es de orden más fáctico que jurídico, entiéndase “*la posibilidad de disposición y la voluntad de disposición.*”³⁷ Ahora, en la norma se indica que los valores pertenecientes a quien participó o apoyó una organización criminal (según la define el art. 260 ter),³⁸ es decir, de quien ha sido condenado por pertenecer o apoyar a una

³⁵ “Art. 72

Confisca di valori patrimoniali di una organizzazione criminale

Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un’organizzazione criminale ha facoltà di disporre. I valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un’organizzazione criminale (art. 260ter) sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell’organizzazione.”

Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

³⁶ BLANCO CORDERO, “Comiso ampliado y presunción de inocencia.” En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, op. cit., p. 73.

³⁷ “*La organización debe tener posibilidad de disponer de los valores patrimoniales en cualquier momento y utilizarlos según sus necesidades. No obstante, esta concretización fáctica de este concepto conduce a que puedan ser objeto de decomiso determinados valores patrimoniales que económicamente son ajenos y cuyo decomiso puede ser objetable en un Estado de Derecho.*” AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 127. En igual sentido, MAUGERI, Anna María. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milano, Giuffrè Editore, 2001, pp. 185-186. Esta autora se refiere al art. 59.3 del CP suizo que entró en vigor en agosto de 1994 y que en buena parte, se corresponde con el art. 72 que estoy analizando.

³⁸ “Art. 260ter

Organizzazione criminale

1. Chiunque partecipa a un’organizzazione che tiene segreti la struttura e i suoi componenti e che ha lo scopo di commettere atti di violenza criminali o di arricchirsi con mezzi criminali, chiunque sostiene una tale organizzazione nella sua attività criminale, è punito una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

2. Il giudice può attenuare la pena (art. 48a) se l’agente si sforza d’impedire la prosecuzione dell’attività criminale dell’organizzazione.

3. È punibile anche chi commette il reato all’estero, se l’organizzazione esercita o intende esercitare l’attività criminale in tutto o in parte in Svizzera. L’articolo 3 capoverso 2 è applicabile.”

Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

organización criminal, se presumen, salvo prueba en contrario, bajo el poder de disposición de la organización, con lo cual su comiso sería procedente.³⁹ Hablamos de una presunción legal⁴⁰ que trae aparejada la inversión en la carga de la prueba y que como veremos en su momento, es similar a la introducida en el Código penal español.

En la legislación alemana, la incautación ampliada se prevé en el §73 d Código Penal.⁴¹ Es una modalidad de comiso que el legislador alemán introdujo en el año 1992 y que según la doctrina, tiene el propósito de facilitar el comiso de los beneficios obtenidos en el ámbito de la criminalidad organizada.⁴² En esencia, busca confiscar los beneficios que proceden de un hecho distinto al enjuiciado. En palabras de Jescheck/Weigend, “Este instituto debe resolver adecuadamente la situación en la que a un autor le son encontrados elementos patrimoniales... sobre cuyo origen, a la vista de la escasa entidad de sus ingresos legales, no cabe sino aceptar que es de carácter delictivo... Por lo tanto, si se demuestra que el delito cometido por el autor está vinculado al ámbito de la “criminalidad organizada” la confiscación (ampliada) de los beneficios se extiende también a los componentes patrimoniales hallados.”⁴³

La confiscación ampliada de los beneficios (*Erweiterter Verfall*) exige dos requisitos, a saber, que el autor haya realizado un hecho antijurídico (no necesariamente culpable) que en su tipificación remita expresamente al §73 d, y que las circunstancias justifiquen la conclusión de que un determinado objeto que se ha encontrado al autor (aunque sea propiedad de un tercero), ha sido obtenido por o para la comisión de un hecho antijurídico, sin que sea necesario que provenga del hecho

³⁹ Como apunta Blanco Cordero, el artículo 72 del Código penal suizo autoriza el comiso de bienes sobre los que la organización criminal ejerce un poder de disposición y presume sometidos a ese poder los bienes de las personas que participen o apoyen a la organización criminal, salvo prueba en contrario. BLANCO CORDERO, “Comiso ampliado y presunción de inocencia.” En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, op. cit., p. 73.

⁴⁰ En este sentido GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 92.

⁴¹ “§ 73d Erweiterter Verfall

(1) Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn ein Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb nicht gehört oder zusteht, weil er den Gegenstand für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat. § 73 Abs. 1 Satz 2, auch in Verbindung mit § 73b, und § 73 Abs. 2 gelten entsprechend.

(2) Ist der Verfall eines bestimmten Gegenstandes nach der Tat ganz oder teilweise unmöglich geworden, so finden insoweit die §§ 73a und 73b sinngemäß Anwendung.

(3) Ist nach Anordnung des Verfalls nach Absatz 1 wegen einer anderen rechtswidrigen Tat, die der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung begangen hat, erneut über den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers zu entscheiden, so berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.

(4) § 73c gilt entsprechend.”

StGB.

⁴² JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 854; AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 147.

⁴³ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., pp. 854-855.

que se está juzgando.⁴⁴ Nótese que la norma no exige que se demuestre esa procedencia, bastando con que las circunstancias que rodean el caso sustenten dicha conclusión.

Como señala Aguado Correa, si bien el hecho antijurídico que realiza el sujeto debe remitir al §73 d StGB y dicha remisión se presenta sobre todo en tipos penales que, por lo general, son cometidos por organizaciones criminales, ello no impide que los objetos decomisados proceda de otros delitos que no contienen la ya citada remisión, toda vez que la norma autoriza decomisar objetos de otros hechos antijurídicos distintos a aquellos por los que se juzga al sujeto cuando las circunstancias permitan suponer su procedencia delictiva.⁴⁵

La confiscación ampliada puede recaer sobre cualquier elemento que suponga una ganancia de carácter ilícito y puede alcanzar los aprovechamientos obtenidos y los objetos que sustituyen otros, en los términos apuntados por el §73 II. Además se debe aplicar el §73 y en esa medida, se debe confiscar una cantidad monetaria que corresponda al valor del objeto obtenido en caso de que éste ya no pueda ser entregado.

La regulación de esta modalidad de comiso ha sido objeto de críticas. Algunos autores creen que es excesiva en su objeto, pues puede alcanzar bienes que proceden de cualquier delito y no solamente los conseguidos en el ámbito de la criminalidad organizada.⁴⁶ Del mismo modo se dice que quebranta el principio de culpabilidad, pues al igual que sucede con la confiscación, llamémosle ordinaria, al aplicarse el criterio de las ganancias brutas se convierte en una sanción punitiva, que como tal debería estar supeditada a la comisión culpable de un hecho.⁴⁷ Existen dos críticas adicionales. La primera, relacionada con el derecho a la propiedad privada del autor o el tercero. Según Jescheck y Weigend, en la confiscación simple de beneficios y el comiso de instrumentos y productos, el menoscabo al derecho a la pro-

⁴⁴ A modo de ejemplo, Jescheck/Weigend señalan: *"El autor es condenado por tráfico ilegal de sustancias estupefacientes valoradas en 5.000 DM. A la vista de que el autor sólo percibe ayuda social, el tribunal supone que la cantidad de 50.000 DM encontrada en la vivienda del sujeto tiene asimismo su origen en el tráfico de drogas.... A tenor del § 73d la confiscación ampliada de las ganancias delictivas también sería adoptada en este caso aunque el autor fuera inculpable a causa de una enfermedad mental."* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, *ibídem*, p. 855.

⁴⁵ AGUADO CORREA, *El comiso*, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁶ Así, Herzog y Horn, citados por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, *op. cit.*, p. 855. Según Jescheck/Weigend, *"...la extensión de la pérdida de las ganancias a, por ejemplo, una cantidad de dinero que el traficante de drogas ha conseguido ejerciendo espontáneamente de carterista no puede ser justificada a través del objetivo de la lucha contra la "delincuencia organizada"."* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, *ibídem*, p. 855.

⁴⁷ De este criterio Eser y Benseler, citados por AGUADO CORREA, *El comiso*, *op. cit.*, p. 150. En esa misma página, la autora indica que para la doctrina alemana *"...dado que el Erweiterter Verfall se rige por el Bruttoprinzip, este precepto es inconstitucional por infringir el principio de culpabilidad, al permitir la imposición de una pena o una sanción próxima a la pena... sin haber demostrado la culpabilidad del sujeto."* Ahora, Aguado Correa también agrega que en la exposición de motivos de la ley que introdujo este párrafo, el legislador alemán señaló que la confiscación ampliada de beneficios era una medida penal *sui generis* con carácter *cuasi condicional*. Para Eser, por ser una medida que tiene al menos un carácter *cuasi penal*, debe someterse al principio de culpabilidad. *Ibídem*, pp. 149-150. En igual sentido, Lackner y Weßlau, citados por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, *op. cit.*, p. 856.

propiedad se legitima porque los bienes adquiridos delictivamente no pueden ser considerados propiedad del autor o el tercero y porque se trata de una medida proporcional de cara al afectado, adecuada y necesaria para proteger intereses colectivos (según ambos autores, es la intervención estatal menos lesiva para cubrir necesidades de carácter preventivo general, pues dejar las ganancias obtenidas en manos del autor o partícipe puede incentivar la comisión de hechos punibles). Ahora bien, agregan, tratándose de beneficios ajenos al delito esto es cuestionable, ya que no hay conocimiento sobre un efecto intimidatorio adicional de esta medida.⁴⁸ La última crítica se relaciona con la disminución de las exigencias probatorias en dos extremos: la comisión por parte del condenado del hecho de procedencia y el origen del objeto de la confiscación ampliada. Basta, señalan Sánchez García de Paz;⁴⁹ así como Jescheck y Weigend, con que las circunstancias justifiquen la suposición, lo que supone una vulneración del *in dubio pro reo*. Apuntan los dos últimos: “Evidentemente, la incompatibilidad con dicho principio existe en la medida en que la pérdida ampliada de las ganancias (con aplicación del principio del beneficio bruto) se presenta como una pena. Pero aun cuando la exacción ampliada del provecho delictivo comprenda sólo el beneficio neto y, por ende, posea un carácter "cuasi-restitutorio", aquélla sigue siendo una sanción impuesta por un delito y está sujeta por ello a las severas exigencias probatorias de la StPO. De ahí que la jurisprudencia haya corregido acertadamente el tenor literal del § 73d I 1, por medio de una interpretación conforme a la Constitución, según la cual para poder ordenar la confiscación ampliada de los beneficios sea necesaria la "completa convicción judicial" del origen delictivo de los elementos patrimoniales... Sin embargo, con ello desaparece la ventaja claramente deseada por el legislador de aplicar sin problemas este instituto jurídico: a partir de ahora el tribunal debe estar convencido de que el autor ha cometido el hecho motivador, de que ha realizado un tipo de procedencia que se remite al § 73d y, además, de que el objeto de la confiscación de los beneficios tiene su origen en tal hecho de procedencia. Si no se prueba la culpabilidad del autor en relación con el hecho motivador o el de procedencia, la imposición de la medida sólo puede tener lugar bajo el principio del beneficio neto.”⁵⁰

Aunque la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional evita la colisión entre el comiso ampliado y la Carta Fundamental, al exigir un juicio de convicción

⁴⁸ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, ibídem*, p. 856. A pesar de que Jescheck/Weigend no lo estiman problemático, lo cierto es que el comiso de instrumentos y productos de terceros también ha sido objeto de críticas doctrinarias por quebrantar el derecho a la propiedad y el principio de culpabilidad. Al respecto, apunta Manzanares Samaniego, “pese a la preocupación del Código Penal alemán por limitar el comiso de cosas de terceros a los casos en que la relación del propietario con el hecho -incluso a posteriori- es desaprobada por el ordenamiento jurídico, no faltan críticas a una regulación que en la opinión de numerosos autores resultaría incompatible con la garantía que el artículo 14 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania concede al derecho de propiedad. El carácter básicamente represivo y cuasipenal de este comiso haría muy difícil compatibilizar la renuncia a una culpabilidad específicamente penal con el principio mismo de culpabilidad.” MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: AP, *op. cit.*, p. 525.

⁴⁹ SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, op. cit.*, p. 169.

⁵⁰ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 856-857. Sobre la interpretación del §73 d StGB que ha hecho el Tribunal Supremo alemán, véase también AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 150.

con base en la prueba de que el acusado ha obtenido los bienes de hechos antijurídicos, es innegable que también muta las características más esenciales que atribuyó el legislador alemán a esta figura.

Siempre relacionado con lo anterior, se apunta un quebranto al principio acusatorio. En concreto, como la confiscación ampliada puede alcanzar múltiples hechos punibles, en realidad se está exigiendo al acusado defenderse de la acusación por infracciones que no serán concretadas en los mismos términos que el hecho motivador. Se trata de un objeto del proceso penal carente de límites y la defensa en estos casos se hace imposible. Los autores en resumen, sugieren derogar esta figura cuya constitucionalidad estiman dudosa.⁵¹

En otros países hay legislaciones penales especiales que prevén esta clase de comiso. P. ej., en Portugal, la Lei N° 5/2002, de 11 de Janeiro, denominada *Medidas de combate à criminalidade organizada*, en su art. 7⁵² prevé que en caso de condena por los delitos mencionados en el art. 1 del mismo cuerpo normativo (y que tienen como común denominador su relación con la delincuencia organizada), para efectos de la pérdida de bienes a favor del Estado, se *presumirá* que constituyen ventajas de la actividad criminal la diferencia que haya entre el patrimonio del condenado y aquel que sea congruente con sus ingresos legales. El término de patrimonio además abarca no solo los bienes que estén en posesión del acusado, o para los que tiene el dominio o beneficio desde que asumió esa condición procesal o luego de esto; sino también los que ha transferido a otros a título gratuito o mediante una contraprestación irrisoria en los cinco años anteriores a su condición de acusado; los que ha recibido en ese mismo lapso y claro está, las utilidades y otros beneficios derivados de los bienes indicados en el art. 111 CP. Es una norma con un alcance importante, máxime que establece una serie de presunciones sobre el origen de bienes que al momento del comiso, no están en el patrimonio del condenado, o que éste adquirió tiempo atrás. Finalmente, la ley en examen en su art. 9,⁵³ permite que el condenado

⁵¹ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 857.

⁵² "Perda de bens a favor do Estado

Artigo 7º

Perda de bens

1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

2 - Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:

a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;

b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;

c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3 - Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111º do Código Penal."

Lei N° 5/2002, de 11 de Janeiro. Medidas de combate à criminalidade organizada. Disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis.

⁵³ "Artigo 9º

Prova

1 - Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no nº 2 do artigo 7º.

demuestre el origen lícito de la mencionada diferencia patrimonial a través de cualquier medio de prueba lícito, desvirtuando así la presunción ya citada. También prohíbe el empleo de las presunciones que se mencionaron atrás cuando los bienes han sido adquiridos con el rendimiento obtenido a través de actividades lícitas; cuando se hallaban en el patrimonio del acusado 5 años antes de la acusación, o cuando fueron adquiridos con rendimientos obtenidos en ese mismo lapso.

En la regulación británica⁵⁴ e italiana⁵⁵ también encontramos ejemplos de lo antes expuesto, en los que se admite la confiscación de todos los bienes del conde-

2 - Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal.

3 - A presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens:

a) Resultam de rendimentos de actividade lícita;

b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido;

c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior.

4 - Se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação. Se a liquidação for posterior à acusação, o prazo para defesa é de 20 dias contados da notificação da liquidação.

5 - A prova referida nos n.os 1 a 3 é oferecida em conjunto com a defesa.”

Lei N.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Medidas de combate à criminalidade organizada.

⁵⁴ Drug Trafficking Offences Act 1986. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/32/section/1/enacted>. Esta normativa, que fue reemplazada en gran parte con la Drug Trafficking Act 1994, circunscribió su aplicación a infracciones relacionadas con el tráfico de drogas. Sobre este tema véase HUBER, “El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas.” En: *AP, op. cit.*, p. 171. También la Proceeds of Crime Act 2002, en la sección 10, contempla una serie de presunciones a las que debe remitirse el órgano jurisdiccional en caso de que considere que el condenado ha tenido un estilo de vida criminal. Son presunciones que deberán emplearse para concluir si el condenado se ha beneficiado de su conducta criminal y a cuánto asciende la cuantía de ese beneficio. Esta normativa está disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>.

Importante aclarar que el proceso para adoptar una confiscation order, que regula la Proceeds of Crime Act 2002 está desvinculado del proceso penal, en un claro intento de solucionar el problema de dificultad probatoria que existe en relación con el origen de los bienes. Así, GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 591.

⁵⁵ Legge n. 646 del 13 settembre 1982 (legge Rognoni - La Torre o legge antimafia). Introdujo algunas presunciones y la inversión en la carga de la prueba en la Legge 31 maggio 1965, n. 575, denominada Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere. En concreto, en su artículo 14 señaló:

" Dopo l'articolo 2 della legge 31 maggio 1965, n. 575, sono aggiunti i seguenti:

...

Art. 2ter-- Nel corso del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione previste dall'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, iniziato nei confronti delle persone indicate nell'art. 1, il tribunale, ove necessario, può procedere ad ulteriori indagini oltre quelle già compiute a norma dell'articolo precedente.

Salvo quanto disposto dagli articoli 22, 23 e 24 della legge 22 maggio 1975, n. 152, il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei confronti della quale è stato iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, e che sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego.

Con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza. Nel caso di indagini complesse il

nado (o en el caso de Italia, los bienes sobre los que tiene poder de disposición, aunque no sea su titular⁵⁶) y se invierte la carga de la prueba, pues será el condenado quien demuestre el origen lícito de su patrimonio.

Como se extrae de la anterior exposición, el comiso o confiscación que se diseña en torno a la organización criminal, en buena parte de los ordenamientos jurídicos puede comprender los bienes sobre los que hay únicamente un poder de disposición y que no *necesariamente* se relacionan con un *determinado* delito. Finalmente, la potestad de comiso ampliada va de la mano con la inversión de la carga de la prueba en cuanto al origen de esos bienes.⁵⁷

provvedimento può essere emanato anche successivamente, ma non oltre un anno dalla data dell'avvenuto sequestro.

Il sequestro è revocato dal tribunale quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione o quando è dimostrata la legittima provenienza dei beni.

Se risulta che i beni sequestrati appartengono a terzi, questi sono chiamati dal tribunale, con decreto motivato, ad intervenire nel procedimento e possono, anche con l'assistenza di un difensore, nel termine stabilito dal tribunale, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca.

I provvedimenti previsti dal presente articolo possono essere adottati, su richiesta del procuratore della Repubblica o del questore, quando ne ricorrano le condizioni, anche dopo l'applicazione della misura di prevenzione, ma prima della sua cessazione. Sulla richiesta provvede lo stesso tribunale che ha disposto la misura di prevenzione, con le forme previste per il relativo procedimento e rispettando le disposizioni di cui al precedente comma".

Disponibile en: <http://www.normattiva.it>.

Como se extrae de la norma, se prevé la incautación de bienes una vez abierto el proceso penal, cuando haya indicios suficientes de que son fruto de actividades ilícitas, o que se han adquirido con el rendimiento de éstas. En ese contexto, se considera un indicio de peso la desproporción entre el nivel de vida y la entidad de los ingresos aparentes o declarados. Esta confiscación tiene un carácter preventivo. Según informó el Consejo Fiscal español, esta ley en principio "*...era aplicada incluso a personas simplemente sospechosas o indagadas por determinadas actividades delictivas relacionadas con la mafia, lo que determinó que dicha disposición legal fuera declarada inconstitucional. Esta declaración motivó la posterior reforma del texto legal y la promulgación de la Ley 50/94 de 8 de agosto que permite aplicar este procedimiento a las personas condenadas por las actividades criminales previstas a estos efectos.*" Informe del Consejo Fiscal, DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, op. cit., pp. 145-146. También podemos mencionar la Legge 7 agosto 1992, n. 356, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. Ésta, en el art. 12 sexies prevé para ciertos delitos la confiscación de bienes del condenado cuya procedencia no pueda justificarse y que sean desproporcionados con sus ingresos. No omito indicar que esta norma fue modificada por la Legge 13 febbraio 2001, N° 45, disponibles ambas en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/010451.htm>.

⁵⁶ Vid. art. 12 sexies mencionado líneas atrás.

⁵⁷ Sobre este tema, Vid. SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, op. cit., pp. 168-169.

C. El comiso ampliado en la jurisprudencia del TEDH.

Los criterios que ha vertido el TEDH sobre este tema deben enmarcarse necesariamente en la normativa cuya aplicación ha sido cuestionada. En el caso Welch contra Reino Unido, al demandante, condenado por la importación de cannabis al Reino Unido, se le aplicó retroactivamente la Drug Trafficking Offenses Act de 1986, normativa que entró en vigor después de sucedidos los hechos. Según esa normativa, correspondía confiscar las ganancias ilícitas obtenidas con el delito y en caso de impago, debía sustituirse esa medida por dos años de prisión. La legislación mencionada también contiene una presunción sobre el origen delictivo de los bienes o el dinero transmitido durante los 6 años previos a la acusación penal, salvo que se aportase prueba en contrario. En este caso, el demandante reclamó el quebranto del art. 7 del CEDH (que prohíbe imponer penas más graves que la aplicable al momento en que se comete la infracción), pues se le había confiscado una suma importante de dinero con base en una ley posterior a los hechos.

Para decidir si la confiscación contenida en la regulación antes señalada era o no una sanción o pena en los términos que señala el art. 7.1 párrafo 2 de la CEDH, el TEDH tomó en cuenta diversos criterios, a saber, si se imponía tras la condena por una infracción; la naturaleza y el objetivo de la medida; su calificación en el Derecho interno; los procedimientos para su imposición y ejecución, así como su gravedad. Concluyó que era una medida que tenía conexión con el delito y requería una condena penal; que su naturaleza preventiva (prevenir que los bienes fuesen usados en nuevas operaciones de narcotráfico y garantizar que el crimen no fuese lucrativo), no excluía que también buscase castigar al delincuente. Para el TEDH, si bien la gravedad de la medida no era determinante, sí lo eran las amplias presunciones legales según las cuales, todo lo que había pasado por las manos del acusado durante un periodo de tiempo era fruto del tráfico de drogas, salvo que demostrase lo contrario; el hecho de que el comiso recayese sobre el producto del tráfico de estupefacientes y no se limitase al enriquecimiento o beneficios efectivos; el poder discrecional del juez para, al momento de fijar la cuantía del comiso, tomar en cuenta el grado de culpabilidad del acusado, así como también la posibilidad de imponer una pena de prisión si había impago. Todo esto provocó que el TEDH estimara que la confiscación efectuada tenía un carácter represivo y dedujese que el demandante había sufrido con esa medida un perjuicio mayor que aquel al que estuvo expuesto por cometer las infracciones por las que había sido condenado.⁵⁸ Una situación

⁵⁸ Caso Welch contra Reino Unido. Sentencia de 9 de febrero de 1995. TEDH 1995\5. En lo que aquí importa, indica: *“Sin embargo, varios aspectos del pronunciamiento de una orden de acuerdo con la Ley de 1986 incorporan la idea de pena tal como se conoce generalmente, aunque pueden ser considerados esenciales para el régimen preventivo inherente a la Ley de 1986. Las presunciones legales del artículo 2.3 de la Ley de 1986, según las cuales todo bien en manos del delincuente durante un periodo de seis años es fruto del tráfico de estupefacientes salvo si se demuestra lo contrario (apartado 12 supra), el hecho de que la orden de confiscación haga referencia al producto del tráfico de estupefacientes y no se limite al enriquecimiento o beneficio efectivo (ver artículo 1 y 2 de la Ley de 1986, apartado 12 supra), el poder discrecional del juez de fondo para tomar en consideración, cuando fija la cantidad de la orden, el grado de culpabilidad del acusado (apartado 13 supra), así como la posibili-*

análoga se aprecia en el Caso Jamil contra Francia.⁵⁹ En éste, con base en los mismos parámetros ya mencionados (si la medida -en este caso el encarcelamiento del demandante por el impago de una multa- se impone tras una condena por un delito; la calificación de la medida en el derecho interno, su naturaleza y objeto, los procedimientos involucrados en la adopción y aplicación, así como su gravedad), el TEDH estimó que se había dado la aplicación retroactiva de una norma que se articula en el contexto de la lucha contra el tráfico de drogas y que no obstante las apariencias, debía considerarse una pena.

Estas conclusiones no se han consolidado en resoluciones posteriores de ese Tribunal. Al contrario. Veamos primero el Caso Air Canadá contra Reino Unido.⁶⁰ En un avión de esta compañía, se localizó un contenedor que al ser abierto, reveló contener 331 kilos de resina de cannabis, valorada en 800.000 GBP. El número de la carta de transporte aéreo del contenedor era falso, el sistema informático de flete no disponía de ningún dato sobre el contenedor y ninguna carta de transporte aéreo había sido establecida y enviada con respecto a él. La compañía, que anteriormente había sido apercebida sobre la necesidad de mejorar sus controles de seguridad, sufrió de parte de los inspectores el embargo del aparato, cuya restitución quedó subordinada al pago de 50.000 GBP. Según el TEDH, esta medida (el pago de una suma de dinero como condición para recuperar el avión), además de ser proporcional al interés general que se persigue en el combate del narcotráfico, no puede considerarse protegida por el art. 6 del Convenio, pues no tiene carácter penal. No es una sanción o multa, sino una condición para la restitución. La ausencia de una acusación en materia penal o de una disposición penal por naturaleza, como la circunstancia de que los tribunales represivos no hubiesen intervenido, en combinación con el hecho de que no existió ninguna amenaza de procedimiento penal en el caso de que la compañía no obedeciera, lo demuestran así. De otra opinión, el Juez Walsh concluyó que la medida era penal, pues se tomó días después del vuelo en cuestión, lo que acredita que las autoridades aduaneras querían llamar la atención sobre la importancia del debido control de las mercancías; porque sin acusar a la empresa, se le sancionó a través del siguiente mecanismo: se embargó el aparato y luego se subordinó su restitución al pago de 50.000 GBP, pago que la empresa debía hacer ya que el avión estaba en tránsito y lleno de pasajeros. Según entendió este Juez, aunque en el derecho británico este procedimiento se considera más civil que penal, esto no vincula al TEDH, que para determinar lo anterior debe examinar la naturaleza y gravedad de la medida y aquí la empresa fue penalizada con 50.000 GBP, en realidad por el acto delictivo de una o de varias personas desconocidas por ella, entiéndase por un acto del que no era responsable. Si la confiscación está calificada de resolución *in rem*, la sanción fue impuesta *in personam*. Los Jueces Martens y Russo suscribieron también una opinión disidente con el voto mayoritario, tras considerar que la confiscación tiene un claro carácter penal, ya que tiene como finalidad sancionar una infracción para evitar su repetición. Entiende que la confis-

dad de un arresto subsidiario por falta de pago (apartado 14 supra), son todos elementos que, considerados conjuntamente, indican que se trata de un régimen represivo."

⁵⁹ En igual sentido, véase el Caso Jamil contra Francia. Sentencia de 08 de junio de 1995. TEDH 1995\20.

⁶⁰ Caso Air Canadá contra Reino Unido. Sentencia de 5 de mayo de 1995. TEDH 1995\15.

cación de bienes legales, como sucede en este caso, solo cabe si esos bienes pertenecen al autor de la infracción, ya que si pertenece a un tercero, hay garantías que se aplican a favor de éste. Esa persona debe ser autorizada a probar que no es en absoluto responsable por el hecho de que su bien haya servido para cometer la infracción. Concluyen que la privación de propiedad sin indemnización, por la vía de un castigo, únicamente es compatible con el art. 1 del Protocolo adicional (que prevé el derecho de propiedad) si el propietario tiene alguna responsabilidad. Así las cosas, la confiscación a título de sanción sin que el propietario pueda invocar su inocencia, invierte el justo equilibrio entre la protección del derecho al respeto de los bienes y las exigencias del interés general.

Si bien esta resolución no versa sobre el comiso ampliado sino solamente sobre el comiso o confiscación de un instrumento del delito, me parece importante mencionarla, ya que niega a este instituto el carácter de penal,⁶¹ tal y como también sucede en el caso Agosi contra Reino Unido⁶² y en el próximo caso que se analizará.

En el caso Phillips contra Reino Unido,⁶³ el demandante, condenado por importar resina de cannabis, alegaba violación de los derechos a la presunción de inocencia y a la propiedad privada en un proceso por tráfico de drogas, pues le fue aplicada una presunción legal al dictarse en su contra una orden de decomiso por una elevada cantidad de dinero.

El TEDH ponderó la Drug Trafficking Act de 1994, según la cual un Tribunal de la Corona debe ordenar el decomiso con respecto a quien ha sido sentenciado por uno o más delitos de tráfico de drogas, cuando entienda que ha recibido en algún mo-

⁶¹ Para Vervaele, esta decisión es decepcionante, pues *“Al no colocar esta forma de confiscación bajo la protección jurídica del CEDH, se crea un peligroso precedente, y los Estados miembros son libres de sustraer las sanciones de carácter patrimonial a las severas condiciones de la protección jurídica del Derecho penal y del CEDH.”* VERVAELE, John. “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?”. Traducción de LAZO LÓPEZ, María José; MORENO MORENO, Fernando. En: *Revista Penal*. Barcelona, Editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha. N° 2, 1998, p. 71.

⁶² Caso Agosi contra Reino Unido. Sentencia de 24 de octubre de 1986. TEDH 1986\13. La empresa Agosi compró de manera legítima una elevada cantidad de monedas que otros introdujeron de manera irregular al Reino Unido. Se negó el carácter sancionatorio de la confiscación de las monedas pues el procedimiento penal se siguió solo contra los contrabandistas y no contra Agosi. Es una decisión con opiniones disidentes, p. ej., la del Juez Pettiti, para quien: *“Si los servicios de Aduanas hubieran actuado en la vía penal, por supuesta complicidad, contra el Administrador de Agosi, habría contado éste con un proceso justo. Pero como dichos Servicios no acusaron a Agosi, resulta injusto impedirle que recurra en la vía civil o incumplir las reglas del artículo 6 sobre los “derechos y obligaciones de carácter civil”, que están en juego indudablemente en el caso de autos. Se llegó así a mantener una sanción administrativa, impuesta por los Servicios de Aduanas, sin que se justificara la culpabilidad de Agosi. El artículo 6.1 significa, ciertamente, que no se puede, invocando una transferencia de competencia o un cambio en la calificación jurídica, privar al justificable de las garantías normales que corresponden al objeto del procedimiento. Puede citarse, en este sentido, la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo en el caso Oztürk. El Estado que, debido a su organización judicial, no ha actuado penalmente contra una persona, no puede privarle de las garantías del artículo 6 alegando que no existió un proceso penal e impidiéndole, a la vez, acudir a la vía civil. Así, no se permitió a Agosi que probara su inocencia en la vía penal ni que justificara su derecho en un procedimiento civil. Recibió, pues, en este caso, un trato peor que el dispensado al autor de la infracción... Por tanto, a mi entender, se violó el artículo 6.1.”*

⁶³ Caso Phillips contra Reino Unido. Sentencia de 5 de julio de 2001. TEDH 2001\435.

mento un pago u otra recompensa en conexión con el tráfico de drogas. El decomiso, según esa normativa, será en la cantidad que corresponda a las ganancias del tráfico de drogas que el Tribunal valore que haya adquirido la persona, a menos que el Tribunal esté convencido de que en el momento del comiso solamente pueda ser realizable una cantidad menor. Para determinar si el individuo se ha beneficiado y hasta qué punto, del tráfico de drogas, los apartados 2 y 3 del art. 4 incorporan una presunción, al exigir que el Tribunal asuma que cualquier bien que aparezca como propiedad del defendido en cualquier momento desde su condena, o durante los seis años anteriores a la fecha en que comenzó el procedimiento penal, fue recibido como pago o recompensa en conexión con el tráfico de drogas y que cualquier gasto sufragado por él durante el mismo período, fue hecho con las ganancias del tráfico de drogas. Esta asunción legal puede ser refutada por el defendido con respecto a cualquier bien o gasto, si demuestra que es incorrecta, o que puede haber un grave riesgo de injusticia si se asume (art. 4.4).

Lo que se cuestiona es, si la aplicación del citado artículo al procedimiento de decomiso que se realizó con posterioridad a la condena por la importación de resina de cannabis, supone una nueva acusación en los términos planteados en el art. 6.2 del CEDH. Si no fuese así, la segunda pregunta es si ese art. 6.2 del Convenio debe aplicarse para proteger al demandante de las presunciones hechas durante el procedimiento del comiso. En este caso el TEDH le negó la naturaleza de pena a esa confiscación, basándose en tres criterios: su calificación en el Derecho interno, la naturaleza del procedimiento y la gravedad de la sanción. En cuanto al primero, negó que el procedimiento implicase una nueva acusación o delito, pues se trataba de un proceso posterior a la condena por los delitos penales. En cuanto al segundo, si bien en el proceso de comiso se dio por sentado que el demandante se había beneficiado del tráfico de drogas en el pasado, lo anterior debido a las presunciones legales, el proceso no pretendía su condena o absolución por ningún otro delito relacionado con drogas, sino solamente valorar la cantidad apropiada en que se debía fijar el comiso. Además, aquella circunstancia (que se había beneficiado del tráfico de drogas anteriormente), no se reflejó en sus antecedentes penales. Por último, en cuanto a la pregunta acerca de si el art. 6.2 debe tener alguna aplicación para proteger al demandante de las presunciones hechas durante el proceso de decomiso, se negó que en el caso en examen fuese aplicable el derecho a ser presumido inocente, toda vez que éste surge solamente en relación con el delito concreto del que se le acusa. Una vez que el acusado ha sido declarado culpable de ese delito, el art. 6.2 no puede tener aplicación en relación con las alegaciones hechas sobre el carácter y conducta del imputado como parte del proceso de dictar sentencia, a menos que tales acusaciones fuesen de tal naturaleza y grado como para agregar una nueva acusación, situación que fue descartada.

No obstante que las conclusiones distan mucho de las expuestas en la sentencia dictada en el Caso Welch contra Reino Unido, el TEDH al concluir que el procedimiento de decomiso es análogo al empleado para determinar la cantidad de una multa o el período de cárcel a imponer a un condenado, citó esa resolución, indicando: *“Esta es, desde luego, la conclusión a la que llegó en su Sentencia Welch contra el Reino Unido de 9 de febrero de 1995 cuando, habiendo examinado la realidad de la*

situación, decidió que la orden de decomiso constituía una «pena» según el sentido del artículo 7.”

Tras las anteriores consideraciones y siempre en el Caso Phillips contra Reino Unido, el TEDH hizo una serie de reflexiones en torno a las presunciones legales que me interesa destacar aquí. En concreto, afirmó que Convenio no se opone a su existencia, sin embargo, exige a los Estados que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa. Luego de negarse a examinar en abstracto la compatibilidad de las disposiciones de la Ley de 1994 mencionada⁶⁴ con el Convenio, el TEDH estimó que en el caso concreto la aplicación de la presunción no estaba exenta de garantías, pues además de que el demandante podía ofrecer prueba de que había adquirido los bienes de forma distinta al tráfico de drogas, el juez tenía discreción para no aplicarla si creía que conllevaba un riesgo de injusticia. Entiende el TEDH que el juzgador fue reticente a emplear la presunción porque no había prueba directa de que el demandante estuviese involucrado en el tráfico de drogas con anterioridad y porque efectuó el cálculo con base en las pruebas que presentaron tanto la fiscalía como el mismo demandante, razonando por qué los bienes procedían de una fuente ilícita. Es decir, a pesar de que el TEDH avaló el empleo de las presunciones legales en el ámbito penal, descartó que se hubiese hecho uso de las mismas fuera de límites razonables. No deja de llamar la atención que el TEDH señale que si hubiese sido cierto el recuento de las actividades económicas del demandante, le hubiese resultado fácil refutar la presunción legal. Tal apreciación, a mi modo de ver es correcta según las máximas de la experiencia, pues ciertamente demostrar el origen de los bienes puede resultar ordinario y simple para su titular, siempre y cuando ese origen sea legal. Esto no significa que de no articularse esa prueba por el imputado quepa presumir que su origen es ilícito.

Al menos en lo relacionado con las presunciones legales, se ofrecen consideraciones análogas en la sentencia dictada con ocasión del caso Salabiaku contra Francia. El TEDH reconoció expresamente que la presunción de inocencia quedaría enervada si la presunción legal privase al Juez de su facultad de apreciación probatoria: *“Todos los sistemas legales conocen las presunciones de hecho o de Derecho. Es claro que el Convenio no se opone, en principio, a dichas presunciones, pero en materia penal obliga a los Estados contratantes a mantenerse dentro de ciertos límites. Si, como parece entender la Comisión ... el apartado 2 del artículo 6 se limitase a establecer una garantía que deben respetar los Jueces durante el desarrollo de los procedimientos judiciales, sus exigencias se confundirían de hecho, en gran parte, con el deber de imparcialidad que impone el apartado 1. Sobre todo, el legislador nacional podría libremente privar al Juez de instancia de una auténtica facultad de apreciación y dejaría sin*

⁶⁴ Como indiqué antes, la legislación aplicada al demandante prevé que la orden de decomiso debía fijarse en la cantidad que correspondiese a las ganancias del tráfico de drogas que el tribunal valorase había adquirido. Para determinar hasta qué punto se había dado ese beneficio, se acude a una presunción legal, a saber, asumir que cualquier bien que apareciera como de su propiedad en cualquier momento desde su condena, o durante los seis años anteriores a la fecha en que comenzó el procedimiento penal, fue recibido como pago o recompensa en conexión con el tráfico de drogas y que cualquier gasto sufragado por él durante el mismo período, fue hecho con las ganancias del tráfico de drogas.

contenido a la presunción de inocencia si las palabras "legalmente declarada" implican un reenvío incondicional al Derecho interno. Un resultado así no concordaría con el objeto y la finalidad del artículo 6 que, al proteger el derecho de todos a un proceso justo y, especialmente, al beneficio de la presunción de inocencia, pretende consagrar el principio fundamental de la preeminencia del Derecho..."⁶⁵ Después de apuntar que el quebranto del Convenio no se podía determinar en abstracto, concluyó que en ese caso específico no se había irrespetado el art. 6.2 del CEDH, ya que a pesar de la presunción contenida en el art. 392.1 del Código de Aduanas francés, a cuyo tenor el poseedor de mercancías de contrabando sería considerado responsable de la infracción, los juzgadores se habían cuidado de no aplicarla. En su lugar procedieron a valorar las pruebas, concluyendo que había elementos suficientes, graves, precisos y concordantes para apoyar la condena.

Entiendo que con el caso Phillips contra Reino Unido el TEDH cambió de criterio, erróneamente. Como bien se apunta en la opinión parcialmente disidente de dos de los Jueces, se ha tenido una visión muy estrecha del art. 6.2, ya que determinar si los bienes que están en poder del demandante son producto del tráfico de drogas es el meollo del procedimiento de decomiso y, por tanto, son los hechos medulares sobre los que el Tribunal que dicta la sentencia está obligado a decidir. No se trata de hechos no determinantes, considerados solo para fijar el período de una pena, sino de hechos trascendentes que se ponderan con el propósito de privarle de la cantidad sustancial de dinero que el Tribunal concluya, con la ayuda de las presunciones legales, que ha derivado de actividades esencialmente criminales. Aunado a esto, los requisitos del art. 6 según ha reconocido el mismo TEDH, abarcan todas las fases del proceso, con lo cual lo relacionado con el comiso de los bienes se debería someter a las exigencias de un proceso equitativo y la presunción de inocencia, ambos principios íntimamente vinculados entre sí.

Finalmente, el caso Geerings contra The Netherlands⁶⁶ también nos ofrece algunas ideas sobre este tema. El TEDH, tras señalar que el art. 6.2 de la CEDH no cubre el procedimiento de decomiso que sigue a la condena penal a menos que pueda considerarse una nueva acusación (tesis que había expuesto en otras resoluciones), indicó que mientras en el caso Phillips contra Reino Unido el demandante había sido condenado por un delito de tráfico de drogas y no logró explicar el origen de sus bienes (de ahí que podía presumirse que estos procedían de actividades ilegales), en el caso Geerings no se demostró que el demandante estuviese en posesión de los bienes y había sido absuelto de los cargos que se le atribuían (entre otros, robo de mercancías). Según el TEDH, solo había una duda razonable de que había cometido el delito y no se podía demostrar que la ventaja que se pretendía confiscar se había obtenido de delitos de la misma clase. Por lo expuesto, concluyó que la medida se había basado en una presunción de culpabilidad, lo que no era compatible con el art. 6.2 mencionado.

⁶⁵ Caso Salabiaku contra Francia. Sentencia de 7 de octubre de 1988. TEDH 1988\20. En igual sentido, Caso Grayson y Barnham contra Reino Unido. Sentencia de 23 de septiembre de 2008. TEDH 2008\61.

⁶⁶ Case of Geerings v. The Netherlands. STEDH de 1 de junio de 2007. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

Hecha la anterior exposición, creo que la conclusión más importante que se puede desprender es que la ausencia de criterios uniformes que permitan entender qué confiscación de un patrimonio criminal, sobre todo en relación con el comiso ampliado, tiene o no naturaleza penal para el TEDH.⁶⁷

D. Examen del párrafo 2 del artículo 127.1 CP.

Esta disposición legal tiene dos vertientes, la primera de naturaleza sustancial o material, pues extiende la figura jurídica del comiso a bienes que no están relacionados directamente con el delito enjuiciado. También tiene una naturaleza procesal, pues establece una regla sobre cómo el órgano jurisdiccional puede tener por demostrado el origen ilícito de los bienes (a saber, una presunción legal).⁶⁸

Del párrafo segundo del artículo 127.1 CP se extraen varios temas que merecen un análisis pormenorizado. Me refiero a los bienes objeto de este comiso y la interpretación que corresponde hacer del verbo *ampliar*. También es necesario precisar en cuáles delitos procede imponer este comiso, tarea que pasa por dar contenido a las expresiones *actividades delictivas*, *ingresos legales* y *organización o grupo criminal o terrorista* y *delitos de terrorismo*. Igualmente y entre otros extremos, se debe abordar la presunción que establece la norma en cuanto al origen ilegal de los bienes, basada en la desproporción entre el patrimonio de los condenados y sus ingresos legales; la situación de los bienes de terceros, así como el acuerdo del TS del 5 de octubre de 1998 y su vínculo con el comiso ampliado.

1. Objeto del comiso ampliado. Uso del verbo *ampliar*.

A pesar de que el comiso ampliado es un instrumento diseñado con el propósito de acabar con los *beneficios de carácter económico* que se vinculan con ciertos fenómenos criminales, el párrafo 2 del art. 127.1 CP abarca no solo las ganancias, sino también los efectos, bienes e instrumentos procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. Nuevamente, el legislador rompe la conexión que debería existir entre el comiso y su fundamento y fines, pues como se ha venido señalando, el comiso de los instrumentos y efectos solamente se entiende por la peligrosidad de estos (sea intrínseca, sea en relación con alguien).

⁶⁷ De una opinión similar, VERVAELE, "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?". En: *RP, op. cit.*, p. 80.

⁶⁸ Pérez Cebadera habla de un componente material y uno procesal. PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 78.

Aunado a esto, el comiso ampliado alcanza todo el patrimonio del condenado cuyo valor se pueda considerar desproporcionado con sus ingresos legales. De esta manera, se cierra la puerta al comiso *parcial* de bienes. Autores como Aguado Correa y Fernández Teruelo creen que este error se puede atemperar con la aplicación del art. 128 CP,⁶⁹ sin embargo, como en esta norma no se incluyen las ganancias, siempre habrá quienes consideren erróneamente,⁷⁰ que el comiso de éstas deberá ser total. A mayor abundamiento, el art. 127.1 párrafo 2 CP prevé un comiso de carácter preceptivo,⁷¹ con lo cual se impide al órgano jurisdiccional no ordenarlo por completo, lo que hubiese sido útil para evitar injusticias.

El hecho de que los bienes sometidos a comiso ampliado sean los de valor desproporcionado con los ingresos legales del condenado es considerado por algunos autores un criterio limitador cuantitativo, con el que el legislador evita decomisar la totalidad del patrimonio de alguien.⁷² Ahora, si el sujeto no tiene ingreso lícito alguno, el comiso alcanzará todos sus bienes, pues todos desbordan su capacidad económica.

Finalmente, lo que motiva el comiso de un bien es la desproporción mencionada y no el hecho de que haya sido catalogado como efecto, instrumento o ganancia de la infracción (esto como veremos luego, sencillamente se presume). Tan es así que si el condenado tiene bienes que han sido empleados para cometer una o varias infracciones distintas a la enjuiciada y cuyo valor no es desproporcional con sus ingresos legales, su comiso no procederá, lo anterior incluso a pesar de que sean bienes peligrosos, esto porque el comiso ampliado no toma en cuenta esa circunstancia.

⁶⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 122 y AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 509.

⁷⁰ Digo *erróneamente* pues el principio de proporcionalidad tiene fundamento constitucional, con lo cual debe aplicarse al comiso de las ganancias aunque el art. 128 CP no las contemple de forma expresa. Sobre el tema véase *supra* cap. IV, apartado X.A.

⁷¹ Considera que el comiso ampliado deja sin efecto lo dispuesto en el art. 128 CP, FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 119 y VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, op. cit., p. 2004.

⁷² RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 787; QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, op. cit., p. 108 y CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, op. cit., p. 696.

En cuanto al uso del verbo *ampliar*, con él el legislador autoriza el comiso de bienes que no se relacionan con la concreta actividad que está siendo enjuiciada.⁷³ Si se tratase de los hechos sometidos a juzgamiento, la *ampliación* del comiso carecería de sentido, pues ya se prevé el decomiso de efectos, instrumentos y ganancias en el art. 127.1 párrafo 1 CP.

2. Sobre las *actividades delictivas* y los *ingresos legales*.

El art. 127.1 párrafo 2 CP usa la expresión *actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista*. Con ésta, el legislador excluye el comiso ampliado tratándose de las faltas y circunscribe su aplicación a los bienes procedentes de actividades que tienen alguna relación con las que desarrolla la organización o grupo criminal o terrorista. Cabe preguntarse qué sucede cuando el condenado no es miembro de la organización, sino solo alguien que actúa al servicio

⁷³ En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 120 y GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 966. El Consejo General del Poder Judicial, al comentar el Anteproyecto de reforma del Código Penal, consideró que la iniciativa podía atentar contra la seguridad jurídica, pues lo que buscaba era el decomiso de todos los efectos, instrumentos o ganancias procedentes de una actividad delictiva distinta y previa a la enjuiciada, ya que de lo contrario, en el texto legal no se hubiese usado la expresión "ampliar el decomiso", sino únicamente se hubiese previsto el decomiso de todos los beneficios económicos que en la propia sentencia se considerasen procedentes de la actividad delictiva sometida a juzgamiento. Así, indicó: "*La propuesta obedece a la conveniencia político-criminal de privar a quienes cometen delitos en el seno de una organización criminal del beneficio procedente de actividades delictivas previas puestas de manifiesto, no por estar dicha procedencia probada en sentencia firme alguna, sino por el incremento patrimonial injustificado del sujeto... El punto de partida... es que el objeto del comiso en estos casos son efectos, bienes, instrumentos o ganancias procedentes de una actividad delictiva distinta, es decir, previa de la que motiva la ampliación del comiso, ya que, de no ser así, el precepto no hablaría de "ampliar", sino, simplemente, de decomisar todos los beneficios económicos que en la propia sentencia se consideren procedentes de esa concreta actividad delictiva objeto de enjuiciamiento. Para esto no sería necesaria la nueva norma, que pretende ampliar el decomiso de ganancias que van más allá de las correspondientes a la concreta conducta delictiva objeto del enjuiciamiento. Es, pues, éste el único significado político-criminal real de esta norma, ya que, como antes se ha apuntado, en el ámbito de la criminalidad organizada solo suele conseguirse probar la intervención de sus integrantes en algún concreto delito y su pertenencia continuada a la organización, pero es poco frecuente que sea posible probar sus concretas intervenciones en otros delitos anteriores. Actividad delictiva previa que, sin embargo, parece notoria, a veces, a la vista, precisamente, del injustificado patrimonio de los implicados.*" DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, op. cit., p. 69. En sentido contrario, el Consejo Fiscal valoró la reforma de manera positiva. Consideró en su informe que la expresión "ampliar el decomiso" hacía referencia a una medida de mayor extensión que la prevista en el párrafo primero del 127 apartado 1 CP. DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, ibídem, p. 144.

de ésta: “Imaginemos el sujeto contratado por la organización para llevar a cabo trabajos puntuales específicos, como el traslado de las drogas en un avión o el manejo del barco en el que se transportan inmigrantes. Si el sujeto es condenado, junto con otros miembros de la organización delictiva, pero no se llega a acreditar su pertenencia a la misma, aunque sí la existencia de un patrimonio desproporcionado que no puede justificar, ¿se le podrá decomisar dicho patrimonio?”⁷⁴ Creo que cabrá el comiso ampliado únicamente cuando esa persona haya sido condenada por alguna de las conductas contempladas en los arts. 570 bis o 570 ter CP, pues son estas disposiciones las que definen los conceptos de organización y grupo criminal. Aunado a esto, si bien tratándose de las organizaciones criminales, el art. 570 bis CP tipifica la cooperación a cualquier clase con la organización (con lo cual podría comprenderse una conducta como la citada en el ejemplo anterior), en el tipo penal referido a los grupos criminales no existe esa misma previsión y solo se sanciona a quienes constituyan, financien o integren el grupo. Por tanto, p. ej., si una persona sin ser parte del grupo criminal, realiza un acto de colaboración con éste y no se le sanciona como autor o partícipe del delito cometido en el art. 570 ter, no cabrá imponer el comiso ampliado sobre su patrimonio, esto incluso a pesar de que su valor sea superior a sus ingresos legales.

El legislador español no planteó exigencias en torno a la actividad delictiva que da origen a los bienes, con lo cual puede ser o no de la misma naturaleza que la sometida a condena.⁷⁵ Con esto abarcó, al menos inicialmente, los supuestos a) y b) del artículo 3.2 de la DM 2005/212/JAI del Consejo. Sin embargo, al señalar cuáles bienes se deben considerar de procedencia ilícita, decidió abandonar ese camino y centrarse exclusivamente en supuesto c) del ya mencionado art. 3.2. Al indicar cuáles bienes son los de procedencia ilícita (en concreto, los que tengan un valor desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de las personas condenadas), estableció un límite que solamente se puede soslayar con una interpretación extensiva de la norma, inadmisibles si consideramos que la disposición tiene un carácter punitivo (sobre esto regresaré luego). Dicho en otras palabras, como el art. 127.1 párrafo segundo, tras incorporar el decomiso de los bienes procedentes de las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista o de un delito de terrorismo, especificó cuáles son los bienes que se deben considerar así, se debe concluir que simultáneamente excluyó el decomiso de otros bienes, incluso el de aquellos en relación con los cuales pese a no haber dicha desproporción patrimonial hay certeza sobre su procedencia irregular. Del mismo modo, como el comiso ampliado se dispone específicamente en relación con la delincuencia organizada y el terrorismo, quedan por fuera

⁷⁴ BLANCO CORDERO, “Comiso ampliado y presunción de inocencia.” En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, op. cit., p. 102.

⁷⁵ Según Blanco Cordero, lo razonable es pensar que los bienes proceden de cualquier actividad de la organización criminal con independencia de su naturaleza. “Por ejemplo, si el sujeto es condenado por tráfico de drogas cometido en el marco de una organización criminal, y tiene un patrimonio desproporcionado que no puede justificar, se presume que dicho exceso procede de la actividad delictiva de la organización, sea el tráfico de drogas o cualquier otro delito.” BLANCO CORDERO, “Comiso ampliado y presunción de inocencia.” En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, op. cit., p. 103. Con un criterio distinto, Pérez Cebadera cree que los bienes deben proceder de la misma actividad delictiva, o de una similar a la enjuiciada. PÉREZ CEBADERA, op. cit., p. 73.

otros fenómenos en los que también las ganancias obtenidas pueden llegar a ser considerables, p. ej., los casos de corrupción en los que el autor (que no es parte de una organización criminal) acumula riqueza con el paso del tiempo.⁷⁶ Éste por ejemplo, es un caso en el que existe la desproporción entre activos e ingresos descrita en la norma y en el cual, a pesar de no vincularse con la delincuencia organizada o el terrorismo, el comiso podría ser una herramienta importante. Por lo anterior, lo recomendable sería que los concretos delitos en los que se desea su aplicación remitan expresamente al art. 127.1 párrafo 2 CP.

El artículo también usa las palabras *ingresos legales*. Fernández Teruelo cree que el término *ilegal* debe considerarse sinónimo de *delictivo*, con lo cual quedan por fuera aquellos ingresos que se han generado por actividades fiscales opacas o propias de la economía sumergida, evitándose así que el comiso ampliado se convierta en un mecanismo expropiador por razones fiscales.⁷⁷ Concuero con él. Los bienes a decomisar provienen de actividades *delictivas* y no de otras actividades que aunque irregulares, no han sido tipificadas penalmente. Además, lo que se presume en el art. 127.1 párrafo 2 CP es que los bienes provienen de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo, con lo cual la prueba en contrario puede estar dirigida no solo a demostrar que los bienes tienen un origen lícito; sino también que proceden de actividades que aunque irregulares no son delictivas (p. ej., actividades propias de la economía sumergida); que proceden de faltas (pues si bien los arts. 570 bis y 570 ter hablan de la comisión reiterada de faltas, el comiso ampliado solo contempla las actividades

⁷⁶ "...es patente que queda incomprensiblemente fuera de la "presunción" la riqueza acumulada, por ejemplo, por un funcionario corrupto, respecto del cual sería preciso probar mínimamente que la única explicación posible de su patrimonio es un determinado delito. Eso resulta especialmente complejo en casos de corrupción continuada en el tiempo, en los que se establece una relación cuasi estable entre corruptores y corrompidos sin necesidad de imputar una u otra ganancia a una operación delictiva concretable en el tiempo, y sin que sea tampoco fácil calificar esa relación como supuesto de criminalidad organizada." QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, op. cit., p. 109. En igual sentido, RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 787. Lamenta que en la reforma no se abarcaran con el comiso ampliado las ganancias de la corrupción aunque no haya una organización criminal detrás, BLANCO CORDERO, Isidoro. "La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas." En: *Diario La Ley. Especial reforma del Código Penal*. Editorial La Ley, N° 7534, Sección Tribuna, jueves 23 de diciembre de 2010, Año XXXI, p. 27; BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, op. cit., p. 102; VAELLO ESQUERDO, Esperanza. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 3° edición, 2010, p. 160 y CASTILLO MONTERREY, Marcelo. "El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante Ley Orgánica 5/2010." En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; GORJÓN BARRANCO, María; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. *La reforma penal 2010*. Salamanca, Ratio Legis, 2011, p. 113.

⁷⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 122; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7657, Sección Doctrina, 22 de junio de 2011, Año XXXII, p. 11.

delictivas cometidas en el marco de la delincuencia organizada y el terrorismo); o que procediendo de delitos, no son delitos cometidos en el marco de la delincuencia organizada o el terrorismo. Esto confirma que el término *ilegal* debe entenderse como sinónimo de *delictivo*.

3. Organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo.

El art. 127.1 párrafo 2 CP señala que el comiso ampliado se aplica a los casos de condena por delitos cometidos en el marco de una *organización o grupo criminal*. La pregunta que surge es qué contenido cabe asignar a la organización criminal y al grupo criminal.

Esther Hava García considera que la organización criminal deberá entenderse conforme con lo dispuesto en la normativa comunitaria. En relación con los grupos criminales, cree que se deberán excluir los casos donde lo que hay es un mero acuerdo ocasional y transitorio, en donde se carece por completo “... de un mínimo de organización dirigida no ya a la comisión de un delito concreto, sino al despliegue de actividades delictivas.”⁷⁸

Esta interpretación no se ajusta al texto del Código Penal. Los términos organización o grupo criminal están definidos normativamente a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio, en concreto, en el apartado 1 del art. 570 bis (organizaciones criminales) y el apartado 1 del art. 570 ter del CP (grupos criminales).⁷⁹ Entiendo que habrá que acudir a estas normas para colmar el significado de los términos contenidos en el art. 127.1 párrafo 2 CP.⁸⁰

⁷⁸ HAVA GARCÍA, “Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)” En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, op. cit., pp. 160-161.

⁷⁹ En este sentido GALLEGU SOLER, “Art. 127.” En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*, op. cit., p. 300.

⁸⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 119; FERNÁNDEZ TERUELO, “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas).” En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 11; AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 509; GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 966 y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “El comiso.” En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*. Madrid, La Ley, 2012, p. 215. Vid. también la STS N° 223/2012 de 20 marzo, que señala que el elemento *organización criminal* contemplado en el art. 369 bis, debe comprenderse con la definición legal de organización contenida en el art. 570 bis.

Tratándose de la organización criminal, la primer característica es la intervención de más de dos personas (entiéndase, tres como mínimo⁸¹). La segunda es el carácter estable o por tiempo indefinido de la organización (lo que excluye los acuerdos ocasionales o los acuerdos para cometer un número limitado de delitos, o para delinquir en un lapso más o menos limitado⁸²). La tercera consiste en un reparto de funciones o tareas de manera concertada y coordinada. Se requiere en consecuencia, de una mínima estructura que permita la coordinación.⁸³ La cuarta, la finalidad de cometer delitos, o de perpetrar reiteradamente faltas. El art. 570 bis.1 CP usa el plural de ambos sustantivos (delitos y faltas), con lo cual no será organización criminal la que acuerde la comisión de un único delito o falta.

La norma no demanda que los delitos que se busca cometer sean de cierta gravedad, tan es así que prevé dos escalas punitivas, aplicables según se trate de delitos graves o de los demás casos entre los que se incluye la comisión (si bien reiterada), de faltas. Entiendo lo anterior como un equívoco del legislador, ya que desde una perspectiva criminológica, las organizaciones criminales que son realmente peligrosas son las que se dedican a la comisión comúnmente violenta de ciertas infracciones graves.⁸⁴ También se echa de menos que se hubiese incluido la búsqueda de un beneficio económico o material, ambos extremos que hubiesen sido útiles para evitar que este nuevo tipo penal de peligro abstracto y mera actividad, creado para combatir un fenómeno complejo (recordemos que la delincuencia organizada es una empresa criminal dirigida a obtener y maximizar los beneficios económicos que obtiene con la comisión de delitos⁸⁵), se aplique a situaciones que no tienen tanta relevancia en términos criminológicos.⁸⁶

⁸¹ Sánchez García de Paz considera que lo recomendable hubiese sido que la norma exigiese un número mayor de miembros. Así, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1926.

⁸² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, *ibidem*, p. 1926.

⁸³ "...debe reconducirse a la organización criminal sólo los casos donde se aprecie cierta complejidad organizativa, de la que es señal el reparto estable de tareas o funciones entre sus integrantes y su ejercicio de modo coordinado." SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, *ibidem*, p. 1927.

⁸⁴ Como señala Cancio Meliá, el fundamento del especial injusto de la organización criminal radica en que el uso de la violencia que es consustancial a ella. No valen cualesquiera delitos y mucho menos faltas, a menos que la organización criminal deba ser "cualquier agrupación estable y funcionalmente diferenciada de ladrones de gallinas." CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, *op. cit.*, p. 651.

⁸⁵ "La expresión crimen organizado viene a designar, desde un punto de vista criminológico, la asunción de la actividad criminal por grupos de delincuentes organizados logísticamente al modo de una empresa criminal con el fin de maximizar los beneficios económicos derivados del delito; actividad criminal que suele centrarse en delitos de particular gravedad como la extorsión, el tráfico de drogas, de armas, de personas destinadas a la prostitución, de inmigrantes ilegales, etc., el blanqueo de capitales o el secuestro, entre otros." SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, *op. cit.*, p. 1924.

⁸⁶ Muy crítica con la decisión del legislador de no limitar esta figura a delitos de cierta gravedad y a la finalidad de obtener un beneficio económico o económicamente evaluable, MAGALDI PATER-NOSTRO, María José. "Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada." En: TIRVIÓ PORTÚS, Jordi. "Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: *Revis-*

El tipo penal básico sanciona a quienes promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan la organización criminal, sea que tenga por fin cometer delitos graves u otros delitos. También castiga a quienes participen activamente en la organización, formen parte de la organización o cooperen con ella, sea económicamente o de cualquier modo. Así las cosas, además de sancionar a los líderes (entiéndase, quienes promocionan, constituyen, coordinan o dirijan la organización), sanciona también a los miembros de ésta, sean activos o no (basta con formar parte de la organización), o a los que simplemente cooperen con ella, lo que incluye el supuesto de quien sin ser parte de la organización colabora con la misma. Es decir, se puede punir la simple complicidad que no necesariamente es sinónimo de pertenencia.⁸⁷

El artículo 570 ter CP incorpora una definición de grupo criminal. Según ella, éste consiste en “*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.*”

El legislador español elabora la definición de grupo criminal a partir de la ausencia de las características de la organización criminal, es decir, como una figura de carácter residual frente a ésta.⁸⁸ Aunque comparten el número de integrantes (tres o más personas) y los fines perseguidos (comisión de delitos o faltas de manera reiterada, ambos sustantivos empleados en su forma plural), el grupo criminal o carece de estabilidad temporal, o carece de concertación y coordinación en el reparto de tareas o funciones (entiéndase, de una estructura organizacional), o carece de ambos.⁸⁹ Ahora, a diferencia de algunos autores (p. ej., Sánchez García de Paz⁹⁰),

ta Jurídica de Catalunya. Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX, p. 70.

⁸⁷ Para García Albero será necesario excluir algunas conductas: “*Tamaño apertura a formas innomiadas de simple complicidad exigirá de mucho cuidado a la hora de excluir del tipo simples conductas que quepa calificar de “neutrales” o “estandarizadas”, por mucho que el sujeto conozca que el servicio o la prestación del bien, se efectúa a la organización, siempre que además se trate de actos cotidianos de escasa trascendencia (“minima non cura praetor”).*” GARCÍA ALBERO, Ramón. “Arts. 570 bis-570 quater.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011, p. 1707.

⁸⁸ Así lo indica expresamente el apartado XXVIII del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio. También JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *RDP, op. cit.*, p. 99 y CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, *op. cit.*, p. 651.

⁸⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, *op. cit.*, pp. 119-120. Para Muñoz Conde, el grupo solo exige la concertación, no siendo indispensable ni el carácter estable o por tiempo indefinido, ni la coordinación entre sus miembros. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, 18° edición, 2010, p. 910.

⁹⁰ Según esta autora, este tipo penal no comprende la concertación para cometer un único delito, lo que le diferencia de la mera conspiración para delinquir o la codelinquencia. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. “Artículo 570 ter.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*.

no me parece tan clara la distinción entre las conductas que prevé esta norma y otros actos preparatorios, v.g., la conspiración para delinquir.⁹¹ Pensemos p. ej., en cuatro personas que se han puesto de acuerdo para cometer tres robos en viviendas que están claramente señaladas. Además de constituir e integrar el grupo, así como trazar un plan para ingresar a los inmuebles, han acordado que los robos los efectuarán en un lapso de seis días (uno cada día) y que luego de repartir el botín, no volverán a encontrarse nuevamente. Esta hipótesis fáctica, que encuadra perfectamente en el artículo 570 ter, es una expresión del acuerdo que se contempla en el artículo 17.1 CP (conspiración para delinquir), pues aunque en este artículo se habla del concierto para ejecutar un delito, la doctrina no descarta su aplicación cuando los conspiradores han decidido cometer varios delitos.⁹² En suma, con el grupo criminal también se pueden abarcar supuestos de codelincuencia, en particular de conspiración para delinquir.⁹³ Ahora, la confusión no siempre se da, pues pese a sus semejanzas, entre ambas figuras también hay diferencias, así que dependerá del examen que se haga de cada caso. P. ej., mientras que en la conspiración basta con que haya dos personas, en estos tipos penales se exige un mínimo de tres. La conspiración solo se castiga en relación con ciertos delitos (p. ej., delitos contra la vida o la integridad física) y con una pena que depende de la pena correspondiente al delito de referencia consumado. La organización o grupo criminal se castiga en relación con cualquier delito y su pena es autónoma. Finalmente, mientras que la conspiración queda absorbida una vez que el hecho criminal entra en la fase de ejecución o consumación, la organización o grupo criminal son delitos autónomos de aquellos que pueda llegar a cometer la organización o el grupo.⁹⁴

Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1930. A pesar de reconocer que los límites son difusos, Cortés Bechiarelli también cree que a diferencia del grupo criminal, la conspiración para delinquir nace para la consumación de una infracción concreta. CORTÉS BECHIARELLI, "El comiso", En: JUANES PECES, *Reforma del Código Penal*, op. cit., p. 94.

⁹¹ Es del mismo criterio que expongo García Alberó. Éste señala: "Si ni la permanencia, ni el reparto de funciones, ni la estabilidad, definen al grupo, ¿Cuál es la nota definitiva esencial? Pues simplemente la "unión" de más de dos personas con el propósito de cometer delitos o faltas reiteradas. Así las cosas, la figura plantea problemas de delimitación frente a la conspiración para delinquir,... Pero si la permanencia ya no es requisito del grupo, parece que sólo queda la concreción del delito, en singular, como criterio de distinción entre un acto preparatorio que, no se olvide, resultará desplazado por la ejecución del delito propuesto, y el nuevo delito de pertenencia a grupo criminal." GARCÍA ALBERO, "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo II, pp. 1705-1706.

⁹² "Por otra parte, el hecho de que el art. 17.2 se refiera a la conspiración para cometer un delito plantea la problemática de decidir qué tratamiento debe darse a aquellos casos en que los conspiradores hayan decidido cometer varios. La solución más convincente, atenta a la naturaleza dependiente de los actos preparatorios respecto a los correspondientes tipos de la parte especial, pasa por la apreciación de un concurso ideal de delitos, de modo que una sola acción será constitutiva de varias infracciones (por ejemplo, conspiración para el homicidio y para el robo), única opción que permite, por cierto, determinar debidamente la pena..." LLABRÉS FUSTER, Antoni. "Artículo 17." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 134.

⁹³ Como señala Cancio Meliá, tan es así que las reglas generales contenidas en el CP sobre la conspiración para delinquir quedan abolidas por esta situación: CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, op. cit., p. 652.

⁹⁴ Diferencias expuestas por MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., 18ª edición, 2010, p. 910.

El tipo penal solo sanciona a quienes constituyan, financien o integren el grupo criminal y no se hacen distinciones en la escala punitiva con base en criterios jerárquicos. Esto, según algunos, es coherente con la idea de que el grupo es un agregado de personas que carece precisamente de estructura jerárquica.⁹⁵

En mi opinión el error está en pretender regular el fenómeno de los grupos criminales de manera prácticamente idéntica al de las organizaciones criminales. Para los primeros, el legislador también creó un tipo penal de peligro y de mera actividad (el tipo penal no precisa la producción de ningún resultado, nótese que no se necesita que el grupo haya iniciado su programa delictivo, bastando solo con su finalidad), que puede extenderse sobre fenómenos cuya gravedad criminológica no es la propia de la delincuencia organizada. Así podemos llegar al extremo de aplicar o no este artículo basándonos únicamente en el número de delitos a realizar. V.g., si en el caso antes expuesto los 4 individuos solo hubiesen acordado cometer un robo en lugar de tres, el artículo 570 ter no podría aplicarse (esta última norma habla de *delitos*) y en consecuencia, ese acuerdo quizá se catalogaría como un acto preparatorio impune.

Con el terrorismo se da el mismo fenómeno, pues el legislador español también desbordó los límites planteados en la DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo. La LO 5/2010, de 22 de junio, aunque incorpora una definición de *organización y grupo terrorista* que se echaba en falta,⁹⁶ remite a los conceptos de *organización y grupo criminal* que por las razones que expuse atrás, son problemáticos. En concreto, son organizaciones y grupos terroristas las *organizaciones o grupos* que además de ostentar la categoría de *criminales* según los artículos 570 bis y ter CP, presentan un elemento subjetivo adicional (el propósito de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, lo anterior a través de la comisión de los delitos de terrorismo, que son los previstos en la Sección 2º del Capítulo VII de Título XXII denominado Delitos contra el orden público).⁹⁷

Como bien indica la doctrina, el legislador obvió que la alusión al grupo contenida en la jurisprudencia del TS era solo para poner en claro que las dimensiones numéricas de la organización no eran decisivas para su calificación y que no se han dado dificultades para aprehender típicamente a las células terroristas, ya que aunque mantengan conexiones superficiales en red con la organización matriz, siguen cum-

⁹⁵ GARCÍA ALBERO, "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo II, p. 1707.

⁹⁶ Antes de la reforma, los arts. 515.2 y 516 CP castigaban las organizaciones terroristas sin definir-las, lo que provocó un debate en torno al tema. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "Artículo 571." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1937.

⁹⁷ Se expresa en este sentido GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 966. En palabras de Sánchez García de Paz, se trata de una figura agravada en relación con la organización y el grupo criminal. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 571." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, pp. 1936-1937. Como indica Manzanares Samaniego, se establece una finalidad y unos medios determinados para conseguirla MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. *Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo II, Parte Especial, p. 1492.

pliendo con los requisitos del concepto de organización, de ahí que no era necesario diluir el concepto unitario de organización terrorista.⁹⁸

Aunado a esto, el art. 127.1 párrafo 2 CP habla de organizaciones o grupos criminales o terroristas, o de un delito de terrorismo. Con esto se abre la puerta del comiso ampliado en perjuicio de quienes sin ser parte de una organización o grupo terrorista, cometen aisladamente un delito de terrorismo. Aunque esta decisión legislativa es acorde con las ideas que existen en torno a esta temática y en donde además de la presencia de una organización o grupo, también se considera censurable la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, lo que bien se puede hacer a través del comportamiento individual contenido p. ej., en el art. 577 CP, si no hay elementos para concluir que el sujeto es parte de una organización o grupo, o bien que se ha dedicado a estas actividades en el pasado (de hecho, pueden demostrarse negativamente ambas cosas), a raíz de la presunción legal que examinaremos luego, la mera desproporción entre el patrimonio del condenado y sus ingresos legales obligará al juez a imponer el comiso, lo que es criticable.

4. Presunción legal sobre el origen ilícito de los bienes.

Como indiqué páginas atrás, las dificultades para probar la vinculación de los bienes con la actividad criminal de los condenados por actividades delictivas cometidas en el marco de las organizaciones criminales, ha sido motivo de preocupación desde hace mucho tiempo. La tendencia en las normas supranacionales se dirige a relajar o invertir la carga de la prueba en este ámbito, en detrimento de las garantías que disciplinan el ordenamiento jurídico penal.⁹⁹ Así lo recomiendan, p. ej., la Convención de Viena de 1988, la de Palermo de 2000, la de Mérida de 2003 y claro está, la DM 2005/212/JAI, siempre y cuando sea compatible con los Derechos internos de cada Estado. Del mismo modo, se propone el uso de presunciones en cuanto al origen de los bienes sobre los que recaerá el comiso.

Basándose en el artículo 3.2 c) de la Decisión Marco mencionada,¹⁰⁰ el legislador español ha creado una base jurídica para presumir la procedencia delictiva de

⁹⁸ CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, op. cit., p. 660.

⁹⁹ Sobre el tema véase CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 336-337 y VERVAELE, "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal? En: *RP*, op. cit., p. 68. Vervaele señala: "...los principios fundamentales del Derecho (procesal) penal están expuestos a una dura prueba. Las sanciones de confiscación se refieren con frecuencia no solo a los hechos tenidos expresamente en cuenta, sino también a hechos similares. Además, a menudo se trata de una cuestión de carga de la prueba consistente en tener suficientes indicios o hacerlos más plausibles; en lo relativo al origen legítimo de los bienes o de los valores se invierte la carga de la prueba."

¹⁰⁰ Sobre el examen de esta norma y su incorporación a la legislación española, véase el cap. II, apartados III.C; IV y V de esta investigación.

aquellos bienes cuya adquisición lícita no se puede probar.¹⁰¹ Se estableció una *presunción legal*, según la cual se considera proveniente de la actividad delictiva cometida en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo, el patrimonio del condenado cuyo valor sea desproporcionado con respecto a sus ingresos legales.

Como bien entiende Quintero Olivares, de esta manera se desvinculan los actos concretos que realizó el sujeto titular del bien y el origen de éste, de manera que la idea de pertenencia a la organización o grupo criminal o terrorista (y agregaría yo, la condena por un delito de terrorismo), unida a la tenencia de bienes es suficiente para concluir que esos bienes están vinculados a las actividades delictivas de la organización o grupo (o, repito, a las propias de un delito de terrorismo), sin que sea necesario demostrar la participación efectiva (en el sentido técnico-penal) del titular del bien en un acto delictivo concreto.¹⁰² Ahora bien, determinar si la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP se ajusta a los principios constitucionales que irradian el proceso penal español es lo pretendo a continuación.

4. a. Sobre las presunciones y la inversión de la carga de la prueba.

Antes de examinar la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP, es necesario hacer algunas consideraciones de carácter general en torno al empleo de las presunciones en materia penal y la inversión de la carga de la prueba.

El órgano jurisdiccional puede conocer un hecho de manera directa cuando la actividad probatoria lo tiene como objeto. También lo puede hacer de manera indirecta, entendiéndose, cuando de la existencia de un hecho se deduce la de aquel que es precisamente el hecho que está siendo sometido a discusión en el proceso.¹⁰³ Esta-

¹⁰¹ De manera expresa, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal señala: “... se ha completado la regulación existente del comiso permitiendo a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividad delictiva cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de la organización criminal.” DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, op. cit., p. 9. Véase también RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 787.

¹⁰² QUINTERO OLIVARES, “La reforma del comiso (art. 127 CP).” En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, op. cit., p. 108.

¹⁰³ Entiende Álvarez Sánchez de Movellán que: “...las presunciones pueden definirse como un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado (hecho indicio), se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho (hecho presunto), que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos.” ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, op. cit., p. 10. Seone Spiegelberg indica: “...las presunciones son un procedimiento lógico de determinación de los hechos relevantes para la decisión de un litigio, que partiendo de uno o varios hechos base, debidamente demostrados, y armónicamente combinados entre sí, nos permite dar por acreditado otro

mos ante una operación intelectual basada en las máximas generales de la experiencia, que le señalan al juez o al legislador cuál es el modo normal en que suceden las cosas y los hechos.¹⁰⁴ Éste método es precisamente, el método presuntivo.¹⁰⁵

Hay dos clases de presunciones, las judiciales y las legales. Cuando el juicio lógico que se mencionó atrás es realizado por el legislador y por ende, la presunción está recogida en la ley, estamos ante una presunción legal. Si ese juicio lógico tiene el origen de su formación en el órgano jurisdiccional, estaremos ante una presunción judicial. En tanto que en las primeras el hecho se considera cierto, sea definiti-

hecho distinto (hecho presumido), al apreciarse, a través de las máximas de experiencia, la conexión lógico racional entre ellos, según criterios de normalidad.” SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2º edición, 2007, pp. 357-358.

¹⁰⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1970, p. 694.

¹⁰⁵ Las presunciones no son medios de prueba sino un método de razonamiento “...por el cual partiendo de un hecho (llamado hecho base) se llega a un hecho nuevo (llamado hecho presunto) aplicando un nexo lógico o, en palabras de la STS de 24 de mayo de 2004... «la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base —el hecho demostrado—; la afirmación presumida —el hecho que se trata de deducir—; y el nexo de ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano, estando constituido este criterio por las reglas de la sana crítica de las usadas para la valoración de otros medios de prueba».” ABEL LLUCH, Xavier. “II. Nulidad de dictamen pericial acordada oralmente en el acto del juicio en primera instancia y posterior designación de nuevo perito judicial. Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 13 de abril de 2011, Ponente Excmo. D. Francisco Marín Castán.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7730, Sección Dossier Jurisprudencia sobre Derecho Probatorio, 7 de noviembre de 2011, Año XXXII, p. 16. En igual sentido, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.*, pp. 3 y 45. Debe agregarse que los conceptos de indicio y presunción varían según quien los exponga, pues p. ej., en tanto hay autores que los identifican, otros lo diferencian. Sobre esto, léase PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1995, pp. 153 y ss. Asimismo, en tanto algunos les consideran medio de prueba, otros le niegan esa condición. LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indicios*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, pp. 30-40. Gorphe p. ej., considera que la diferencia es únicamente de puntos de vista sobre un mismo objeto: “...uno expresa más bien la cosa que sirve de signo (indicio); otro, el hecho en que se basa la inferencia (circunstancia); en fin, el otro, la relación lógica (presunción).” GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía Editores, 1950, p. 249. Montañés Pardo habla del indicio como el hecho base de una presunción y la prueba indiciaria como la presunción formada en un proceso penal. MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.*, p. 105. Devis Echandía, tras criticar a quienes identifican los indicios y las presunciones judiciales, concluye que el indicio es el hecho conocido del cual se obtiene, a través de una operación lógica-crítica, un argumento probatorio que permite inducir de aquel otro hecho desconocido; la presunción judicial será el principio lógico, basado en las máximas de experiencias generales o en conocimientos especializados que suministra un perito, que le es útil al juzgador para determinar el valor probatorio del indicio o de cualquier otra prueba. “El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla...” DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 613. En un sentido similar, Ortells Ramos habla de la presunción judicial como una operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada y por tanto, ya valorada, o en los hechos formalmente fijados de otro modo (admisión, “ficta confessio”). Para él, no hay prueba de presunciones, sino uso del razonamiento presuncional en la sentencia, siempre que se den las condiciones para ello. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Navarra, Editorial Aranzadi, 10º edición, 2010, p. 379. Entiendo que el indicio es el hecho base y la presunción es el razonamiento que parte de aquel. En igual sentido, PÉREZ-CRUZ MARTÍN; *et ál.*, *op. cit.*, p. 542. La prueba es previa al mecanismo de las presunciones y éstas actúan partiendo de los hechos reconstruidos mediante la prueba. También lo cree de esta forma DE LA OLIVA, SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime; BANACLOCHE PALAO, Julio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, Civitas, 2001, p. 643.

vamente (presunciones *iuris et de iure*) o cierto mientras no haya prueba en contrario (presunciones *iuris tantum*), en las judiciales o también denominadas presunciones *hominis*,¹⁰⁶ el hecho se considera probable, a menos que las presunciones conduzcan a la certeza sobre el hecho, esto cuando encuentren apoyo en leyes físicas inmodificables, o se trate de varias presunciones deducidas de indicios graves, precisos y concordantes.¹⁰⁷

El uso de las presunciones (en concreto, las judiciales), aunque común en ámbito penal no está regulado en la LECrim,¹⁰⁸ de ahí que rija lo dispuesto en la LEC, básicamente por dos razones. La primera, porque entre la prueba por indicios del proceso penal y las presunciones judiciales que contempla la legislación civil no hay distinción.¹⁰⁹ La segunda, porque según el art. 4 LEC, ésta tiene carácter supletorio en defecto de las normas procesales penales.¹¹⁰

El artículo 385 LEC señala que las *presunciones legales* dispensan de prueba del hecho presunto a la parte que este hecho favorezca; que solo son admisibles cuando se haya demostrado con certeza el hecho indicio del que parte la presunción; que cuando la ley contemple una presunción salvo prueba en contrario, esa prueba podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto, como a probar la inexistencia del vínculo entre el hecho probado y el hecho presunto y finalmente, que las presunciones legales admitirán prueba en contrario salvo que la ley lo prohíba expresamente.¹¹¹ Por su parte, el art. 386, que regula las *presunciones*

¹⁰⁶ Sobre el tema, apunta Rocha Degreef: *“Las llamadas presunciones “hominis” (de hombres o simples) son las que el juez establece por el examen de los indicios según su ciencia y su conciencia, vale decir sin sujeción a ningún criterio legal ... son las consecuencias que el juez, según su prudencia o arbitrio, deduce de un hecho conocido para establecer uno desconocido por las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho principal que se examina... en general se admite que esa apreciación se hará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.”* ROCHA DEGREEF, Hugo. *Presunciones e indicios en el juicio penal*. Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 116.

¹⁰⁷ DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 694.

¹⁰⁸ PÉREZ-CRUZ MARTÍN; *et ál.*, *op. cit.*, p. 541.

¹⁰⁹ *“La prueba de indicios no es otra cosa que la transposición al proceso penal de lo que, en otros ámbitos jurisdiccionales se designa como fijación de los hechos a través de presunciones y, más concretamente, es un mecanismo de fijación de los hechos idéntico al de las presunciones judiciales...”* VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid, La Ley, 1993, p. 141. De la página 141 a 155, este autor desacredita los argumentos de quienes se muestran en contra de reconocer la identidad existente entre la prueba por indicios propia del proceso penal y la fijación de hechos mediante presunciones judiciales del proceso civil.

¹¹⁰ “Artículo 4. Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.”

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE N° 7, 8 de enero de 2000.

¹¹¹ “Artículo 385. Presunciones legales.

1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

judiciales, sostiene que a partir de un hecho admitido o probado el tribunal puede presumir la certeza de otro hecho si entre ambos hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Prevé también la obligación del tribunal de plasmar sus razonamientos en la sentencia y la admisión de prueba en contrario, tanto sobre la existencia del hecho presunto como sobre el vínculo entre el hecho probado o indicio y el hecho presunto.¹¹²

Ambas clases de presunciones comparten sus elementos: un hecho indicio, un nexo lógico y un hecho presunto.¹¹³ El indicio es todo supuesto de hecho distinto del supuesto de hecho presunto, que es más fácilmente comprobable que éste, o que simplemente está comprobado.¹¹⁴ El indicio o los indicios (la presunción se puede construir a partir de varios hechos base), deben estar completamente acreditados, lo anterior a través de los mecanismos normales de demostración probatoria.¹¹⁵ Por su parte, el hecho presunto es el hecho consecuencia y tiene dos características, a saber, es un hecho controvertido o desconocido¹¹⁶ y es distinto al indicio, pues se construye a partir de éste.¹¹⁷

Finalmente, el vínculo lógico es el nexo entre hecho base o indicio y hecho presunto. Verificado el primero, se puede afirmar que el segundo se ha verificado.¹¹⁸ Esa afirmación será cierta o probable según sea la presunción legal o judicial.

Las presunciones judiciales son principios lógicos que se basan en las máximas de la experiencia y que permiten una adecuada valoración de la prueba. Entienden algunos, p. ej., Devis Echandía que por eso no son presunciones, sino reglas para el criterio del juzgador.¹¹⁹ En este mismo orden de ideas apunta Gascón In-

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.”

¹¹² “Artículo 386. Presunciones judiciales.

1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.”

¹¹³ ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 377 y ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, op. cit., p. 11.

¹¹⁴ ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 378.

¹¹⁵ SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, op. cit., p. 359 y VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 140: “No podrá considerarse probado, pues, un indicio, sino sobre la base de una actividad probatoria procesal, practicada con todas las garantías, de cuyo contenido objetivo resulte la certeza del hecho indicio y que, valorada de conformidad con las reglas de la experiencia y de la lógica conduzca al convencimiento del juzgador sobre la certeza del hecho indicio.”

¹¹⁶ De difícil o imposible comprobación, o simplemente, no comprobado, según señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, op. cit., p. 29.

¹¹⁷ SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, op. cit., p. 361.

¹¹⁸ ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 378.

¹¹⁹ DEVIS ECHANDÍA, op. cit., p. 694. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, op. cit., p. 20, señala que en las presunciones judiciales “...las máximas de experiencia responderán a reglas de la sana crítica que no están contenidas en precepto legal alguno.” En igual sentido, Cobo del Rosal, Quintanar Díez y

chausti que las presunciones judiciales aluden “... a la posibilidad de que el juez funde su convicción “en indicios” o en “hechos concretos”; y esto es tanto como dar cabida a las presunciones, pues su esencia consiste justamente en que el tribunal considere como cierto un hecho que no es objeto de prueba directa (el hecho presunto: en este caso, que un determinado bien tiene la consideración de producto del delito) por estar convencido de la certeza de otro hecho; o de otros hechos (el indicio o los indicios), con los que existe un enlace directo con arreglo a máximas de experiencia que gozan de un fundamento sólido.”¹²⁰

Para que las presunciones judiciales puedan cumplir con su función procesal, el vínculo entre el o los indicios y el hecho presunto debe ser consecuencia del razonamiento del órgano jurisdiccional.¹²¹ Hablamos de un razonamiento ajustado a las reglas de la sana crítica, que en palabras de López Barja de Quiroga, parte de hechos base perfectamente probados y de un enlace basado en una ley natural probada y acreditada. Este autor entiende que deben sopesarse otras alternativas y su exclusión requerirá una desacreditación fundada, con lo cual se excluyen las conjeturas.¹²² La exigencia de la motivación de la sentencia es esencial en este caso,¹²³ pues solo de esta forma se puede garantizar el control sobre los razonamientos por los cuales el órgano jurisdiccional ha llegado a una determinada convicción.

Las presunciones legales como ya apunté atrás, parten de una premisa diferente. En tanto que en la prueba de indicios es el órgano jurisdiccional quien establece el vínculo entre los indicios y el hecho presunto, en las presunciones legales es la ley quien ex ante establece ese vínculo.¹²⁴ El legislador, en lugar de permitir que el juzgador valore los indicios, establece su valor. Para eso, fija un hecho diferente al hecho que se debe probar y entiende que, si concurre ese hecho, se debe tener por verificado el hecho a probar o hecho presunto. Como se desprende del artículo 385.1 LEC, en la presunción legal, el nexo lógico entre el hecho presunto y el hecho indicio es la consagración por parte del legislador de una máxima de experiencia que provoca un cambio en el objeto de la prueba, ya que éste deja de ser el hecho presunto y pasa a ser el hecho indicio.¹²⁵ El legislador atribuye a un hecho (el indicio), las consecuencias jurídicas que corresponden a otro, pues según la experiencia,

Zabala López-Gómez consideran que la prueba indiciaria es llamada impropia prueba de presunciones. Así, COBO DEL ROSAL; *et ál., Derecho Procesal Penal Español, op. cit.*, p. 538.

¹²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 86.

¹²¹ SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, op. cit.*, p. 364.

¹²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2º edición, 2007, p. 1237.

¹²³ Así lo prevé el artículo 386.1.II LEC.

¹²⁴ Entiende Carnelutti que en las presunciones legales o *praesumptiones iuris*, la ley vincula la apreciación del juez por medio de sus reglas. Ese vínculo, añade: “...può essere assoluto, nel senso che dalla presunzione il giudice debba dedurre in ogni modo un dato fatto, o relativo nel senso che lo debba dedurre solo in quanto non sia fornita la prova del contrario. Secondo questo criterio le presunzioni legali si distinguono in presunzioni legali relative (*praesumptiones iuris tantum*) e presunzioni legali assolute (*praesumptiones iuris et de iure*).” CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova, Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Tomo I. Funzione e composizione del proceso. 1936, p. 811. Véase también SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, op. cit.*, p. 364.

¹²⁵ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.*, p. 30.

el primero es *índice* o *equivalente natural* del segundo.¹²⁶ Hay dos clases de presunciones legales. Las *iuris et de iure* o absolutas¹²⁷, que no admiten prueba en contrario y las *iuris tantum*, o relativas, que sí la consienten. Aunque al igual que en las primeras el legislador señala cuál es la consecuencia normal que se extrae de uno o varios hechos base, en las segundas se admite a las partes articular prueba en contrario.¹²⁸ Ahora, si bien *las iuris tantum* admiten esa prueba, como el nexo lógico entre indicio y hecho presunto está establecido legalmente, la parte beneficiada con él puede partir de su concurrencia.¹²⁹ Finalmente, la prueba en contrario debe *convencer plenamente* al órgano jurisdiccional de la falsedad del hecho presunto,¹³⁰ o del vínculo o nexo entre el hecho base y el hecho presunto.

El empleo de la prueba por indicios para destruir la presunción de inocencia es comúnmente admitida por la jurisprudencia tanto del TC¹³¹ como del TS¹³² y por la doctrina, siempre y cuando su aplicación se someta a ciertos cánones.¹³³ Entiendo que la misma debe aceptarse en el proceso penal, pues lo contrario nos llevaría a la nefasta conclusión de que se debe absolver en todos los casos en los que no exista prueba directa, a pesar de existir indicios que, examinados bajo los cánones de la sana crítica, puedan llevar al juzgador a concluir con un grado de certeza que el hecho criminal sucedió y que fue el imputado quien lo cometió.¹³⁴ Como apunta Climent Durán, las presunciones judiciales son imprescindibles para realizar la mayor parte de los razonamientos, para valorar la mayor parte de pruebas y extraer las

¹²⁶ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 816.

¹²⁷ Hay autores que considera que éstas no son verdaderas presunciones, pues entienden la prueba en contrario como un requisito de la auténtica presunción. Así, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁸ SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, *op. cit.*, p. 364 y CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 811.

¹²⁹ SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, *op. cit.*, p. 367.

¹³⁰ Así, ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 197.

¹³¹ SSTC 174/1985 de 17 de diciembre; 169/1986 de 22 de diciembre; 107/1989 de 8 de junio; 155/2002 de 22 de julio; 43/2003 de 3 de marzo; 135/2003 de 30 de junio; 61/2005 de 14 de marzo y 263/2005 de 24 de octubre; entre otras.

¹³² SSTC N° 543/2000 de 27 de marzo; 1184/2000 de 26 de junio; 762/2001 de 30 de abril; 1717/2001 de 27 de septiembre; 139/2009 de 24 de febrero; 1088/2009 de 26 de octubre y 569/2010 de 8 de junio; entre muchas otras.

¹³³ Véase p. ej., PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad de acusado y presunción de inocencia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 15; DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pp. 614-615; ZARAGOZA AGUADO, Javier. "Artículo 301." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1167 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "Blanqueo de capitales, presunción de inocencia y prueba indiciaria." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7736, Sección Tribuna, 15 noviembre 2011, Año XXII, pp. 10-12. Cuestiona la admisión de la prueba por indicios LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 1237. Para él debería reconocérsele solo un espacio muy reducido y únicamente cuando se cumplan varios requisitos. En igual sentido, COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*. Madrid, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008, p. 723; LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961, pp. 166-167 y VILATA MENADAS, "Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. (Comentario a la STC, 151/2002, de 15 de julio de 2002)." En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002*, *op. cit.*, p. 2239.

¹³⁴ En igual sentido, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 138-139.

consecuencias que de ahí procedan.¹³⁵ Lógicamente, por ser prueba indirecta, su empleo debe someterse a ciertas condiciones, p. ej., los indicios deben estar demostrados; deben estar sometidos a una verificación constante, tanto en su demostración como en su capacidad deductiva; deben ser plurales e independientes; deben ser concordantes de manera que converjan en la conclusión, misma que debe ser inmediata, con lo cual no se admite que al hecho consecuencia pueda llegarse mediante varias deducciones y finalmente, se requiere el que órgano jurisdiccional motive el proceso lógico que ha realizado.¹³⁶

Corresponde ahora determinar si las presunciones judiciales y legales *iuris tantum* suponen una inversión en la carga de la prueba. La doctrina no tiene una posición unánime sobre este tema, que Rosenberg describe como una disputa de orden terminológico.¹³⁷ En tanto que para algunos no se da un traslado de la carga

¹³⁵ CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, p. 581. Dice también Cobo del Rosal: “En definitiva, cualquier decisión judicial conlleva la aplicación de presunciones, con un carácter más o menos explícito, y con una eficacia más o menos decisiva, y así sería incluso aunque se prohibiera expresamente la utilización de presunciones por parte de los jueces y tribunales.” COBO DEL ROSAL; *et ál.*, *Derecho Procesal Penal Español*, *op. cit.*, p. 538.

¹³⁶ En la STS 2029/2001 de 6 de noviembre, p. ej. (pues muchas sentencias los contienen) se señalan los siguientes requisitos:

A) Los indicios han de estar plenamente acreditados;... Esto significa que debe constatarse si cada indicio o hecho base se afirma como cierto sobre una verdadera prueba objetiva de cargo...

B) Los indicios han de ser plurales...si bien excepcionalmente cabe que el indicio sea único pero de singular potencia acreditativa...

C) Han de ser los indicios concomitantes al dato fáctico a probar. Es decir: deben estar conectados o relacionados material y directamente con el hecho criminal y su agente. Esta Sala en tal sentido viene declarando que “resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba ha sido, tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de ‘circum y stare’, implica estar alrededor y esto supone ... no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella”...

D) Deben estar interrelacionados: “Derivadamente esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación”...

E) Es necesario que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de demostración existiendo entre ambos un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” ...

F) En el ámbito de lo formal es preciso que la Sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que se apoya el juicio de inferencia, y que explicita el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado...”

Por su parte, Montañés Pardo señala: “El derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria... por lo que la prueba de indicios puede tener valor probatorio siempre que la misma cumpla con los requisitos exigidos por la jurisprudencia,... esto es, que los indicios estén plenamente probados y que entre los mismos y los hechos que se infieren exista, debidamente explicitado y motivado, un enlace preciso, directo, coherente, lógico y racional según las reglas del criterio humano.” MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.*, p. 110.

¹³⁷ Señala Rosenberg: “La presunción produce, pues, una modificación del tema de la prueba, y no de los principios relativos a la distribución de la carga respectiva. Por eso, efectivamente, se reduce a una mera disputa terminológica la cuestión de saber, si la presunción invierte la carga de la prueba y exime de ésta a quien está favorecido por la presunción, o si la presunción sólo alivia esa carga, puesto que en lugar del hecho presunto deben probarse los presupuestos de la presunción. Desde el punto de

de la prueba, sino únicamente un cambio en los hechos a probar, para otros las presunciones determinan una inversión de la carga probatoria.

Para los primeros, la presunción, por mucho que reduzca los problemas probatorios de una de las partes al aligerar su peso, no es sinónimo de exoneración de la carga de la prueba (y su correspondiente inversión). La presunción hace más fácil la prueba, pero la carga sigue posicionándose en la misma parte.¹³⁸ Tan es así que si la parte que se favorece con la presunción no demuestra los hechos, la afectación la sufre ella misma y no la parte contraria. Esto es acorde con la regla según la cual la falta de fijación de un hecho como cierto perjudica a quien tiene la carga de probarlo.¹³⁹

La inversión obliga al perjudicado a demostrar al órgano jurisdiccional que no han ocurrido los hechos que sostiene la parte beneficiada. En la presunción, la prueba del perjudicado se puede dirigir a demostrar que el hecho indicio, el hecho presunto o el vínculo entre ambos no se dan y esto, lógicamente, es más fácil que lo primero.¹⁴⁰ La regla que atribuye a la acusación la carga de la prueba no ha sido alterada (de hecho, no puede ser alterada), aunque sí los hechos concretos que deben ser probados.¹⁴¹ Lo anterior, sin embargo, no excluye que una parte procesal tenga interés en ofrecer prueba para combatir la que ofrece su contrario. Este interés no puede considerarse una carga, o a lo sumo, podrá considerarse una carga natural, pero no jurídica.¹⁴²

Para quienes acogen la segunda postura, la presunción además de facilitar la prueba al favorecido con la presunción, trastoca la posición probatoria que tenía la parte no favorecida, imponiéndole una carga que hasta entonces no tenía: “...el hecho de tratar de probar lo contrario del hecho presunto es la sobrecarga probatoria surgida por efecto de la presunción judicial, y en esto radica la inversión probatoria: se

vista del parte favorecida por la presunción es dable hablar de un alivio de la prueba... ya que en lugar de los presupuestos propios de la consecuencia jurídica, debe probar los presupuestos de la presunción; desde el punto de vista del adversario se preferirá hablar de una inversión de la prueba, pues tiene que probar lo contrario del hecho presunto. Sin embargo esta terminología no exterioriza divergencia alguna.” ROSENBERG, op. cit., p. 195.

¹³⁸ *“Affinchè di presunzione iuris tantum veramente si tratti e non di inversione dell’onere della prova occorre che stia davanti al giudice un fatto diverso dal fatto da provare, che la legge stima collegato a quest’ultimo per guisa da far ritenere che dato il primo, ne consegua il secondo. Se questo diverso fatto no vi è, non si tratta tanto di presunzione relativa quanto di relevatio ab onere probandi... Deve dunque considerarsi come un errore sistematico quello di chi ritiene che le presunzioni legali vere e proprie costituiscano una inversione dell’onere della prova.” CARNELUTTI, op. cit., pp. 819-820.*

¹³⁹ DE LA OLIVA, SANTOS, et ál., op. cit., p. 646.

¹⁴⁰ Con esta misma orientación ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 110.

¹⁴¹ *“...aquello que de procesal tiene la carga de la prueba es inmutable, y no puede ser modificado ni por la voluntad de las partes, ni por la voluntad del Juez. Por el contrario, aquello que de material tiene la carga de la prueba, en principio, no existe violencia en su modificación.” ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, op. cit., p. 51.*

¹⁴² DE LA OLIVA, SANTOS, et ál., op. cit., p. 646.

*ha de probar un hecho que, de no haber existido esa presunción judicial, no habría habido necesidad de probar.*¹⁴³

Expuesto lo anterior, me corresponde tomar postura. Entiendo que la presunción traslada al imputado la carga de la prueba, en contrario, de los hechos presuntos. Como reconoce la doctrina civilista, la presunción añade una carga que ordinariamente no existe, con el propósito de compensar el nexo que vincula el hecho presunto con el hecho indicio, nexo que no se basa en la certeza, sino solo en una probabilidad cualificada fundada en las máximas de experiencia.¹⁴⁴ Ahora, en tanto que en la presunción judicial la no demostración del hecho presunto no exime a la acusación de la tarea de demostrar los indicios y el vínculo existente entre estos y el hecho presunto, como tampoco exime al órgano jurisdiccional de su deber de fundamentar el iter lógico seguido para arribar a un juicio de certeza a través de pruebas indirectas (iter lógico que debe apegarse a las reglas de la sana crítica); en la presunción legal es el texto normativo quien convierte en certeza lo que en principio es solo un juicio de probabilidad cualificada. El juzgador debe tener por cierto un hecho presunto aun y cuando no haya podido formar su convicción en ese sentido.

La inversión de la carga de la prueba es una noción que provoca recelo entre los juristas¹⁴⁵ y no siempre con justificación, pues a diferencia de lo que sucede con la presunción legal (donde la demostración de un único hecho base conduce a la certeza de un hecho presunto, salvo que se articule prueba en contrario), en la presunción judicial se parte de la presencia demostrada también, de varios indicios que, analizados bajo ciertos cánones, son los que dan pie a un juicio de certeza. En este contexto, la inversión o siendo más precisos, el desplazamiento que se da en la carga de la prueba en cuanto al hecho presunto no tiene tanta trascendencia, pues incluso en caso de no articularse prueba en contrario, un pronunciamiento en contra del acusado sigue demandado la demostración del hecho base y el nexo entre éste y el hecho presunto. Sin dicha demostración, no operaría una sentencia desfavorable a sus intereses.

¹⁴³ CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, pp. 764-765. También Leguisamón, quien considera que las presunciones legales invierten la carga probatoria, no así las judiciales: “... las presunciones simples o judiciales no influyen sobre la carga de la prueba, porque son principios de experiencia para valorar las pruebas y para determinar si un hecho se encuentra o no probado, sin que alteren en absoluto la aplicación de la regla ordinaria sobre la distribución de la carga; que las legales *iuris tantum* eliminan el hecho presumido del presupuesto fáctico para la producción de efectos jurídicos perseguidos por quien las invoca, e imponen a la otra parte la carga de probar el hecho contrario o la inexistencia del primero; y que la *iuris et de iure* se limitan a regular el primer aspecto...” LEGUISAMÓN, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁴ DE LA OLIVA, SANTOS, *et ál.*, *op. cit.*, pp. 647-648.

¹⁴⁵ ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ*, *op. cit.*, p. 53.

4. b. Estudio de la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP.

Como se desprende del párrafo 2 del art. 127.1 CP, el patrimonio del condenado por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista, o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con sus ingresos legales, se presumirá procedente de las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo (subyace la idea de que el condenado está vinculado con la organización o grupo criminal o terrorista, o sencillamente con el terrorismo). La desproporción entre el patrimonio y los ingresos legales va de la mano con la presunción antes expuesta, sin que sea necesario demostrar técnicamente (entiéndase, con el rigor que plantea el proceso penal), que el autor o partícipe intervino en hechos criminales que no son los concretamente enjuiciados y sometidos a condena, o que los bienes han tenido una relación directa (como efectos, instrumentos o ganancias) con esos hechos.

La regla probatoria antes descrita se articula solo en relación con la delincuencia organizada y el terrorismo. Los efectos, instrumentos y las ganancias de la criminalidad por llamarla de alguna manera, *ordinaria*, no están sometidos al comiso ampliado y en consecuencia, se mantiene el deber del quien realiza la acusación de demostrar que los bienes sobre los que pretende el comiso están relacionados con una determinada infracción (entiéndase, que son los efectos, instrumentos o ganancias de ésta).

1º Presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*.

Lo primero que hay que establecer es si es una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Para Hava García es una presunción que debe considerarse *iuris tantum* si no se desean roces con la Constitución Política.¹⁴⁶ También son de esta opinión Sanz Díez de Ulzurrun Lluch;¹⁴⁷ Gascón Inchausti;¹⁴⁸ Vidales Rodríguez;¹⁴⁹ García Arán;¹⁵⁰

¹⁴⁶ “La ampliación del comiso... se vertebra en torno a una presunción, en cuya virtud se entenderá que el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el marco de la organización o grupo criminal, o por delito de terrorismo, proviene de la actividad delictiva siempre que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas. Con el fin de evitar caer en una infracción de las garantías judiciales constitucionales, deberá interpretarse dicha presunción como *iuris tantum*, permitiendo por tanto la prueba en contra respecto del origen delictivo de los bienes.” HAVA GARCÍA, “Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)” En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, op. cit., p. 161.

¹⁴⁷ SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. “La reforma operada en el delito de blanqueo de capitales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2008, p. 353.

¹⁴⁸ “... es cierto que nada se dice en la norma acerca de la admisibilidad de la prueba en contrario, sino que ésta se sirve de un lacónico e inexpressivo -a estos efectos- “se entenderá”; pero ante la indefinición del texto legal resulta lógico decantarse por la interpretación más favorable al acusado, y ésta es la de

Fernández Teruelo;¹⁵¹ Jiménez-Villarejo Fernández;¹⁵² Delgado López¹⁵³ y el Consejo Fiscal,¹⁵⁴ aunque estos cuatro últimos no dan las razones de ello. En sentido contrario hay quienes creen que se trata de una presunción *iuris et de iure*. P. ej., Aguado Correa¹⁵⁵ y Gallego Soler.¹⁵⁶ Desde mi óptica es una presunción *iuris tantum* por la sencilla razón de que el art. 385 LEC dice que las presunciones legales admiten prueba en contrario *salvo expresa disposición legal* y este no es el caso del artículo 127.1 párrafo 2 CP.¹⁵⁷

2º Problemas constitucionales del comiso ampliado.

Algunos principios que encuentran fundamento en la CE e inspiran el ordenamiento jurídico penal y procesal penal, son puestos en entredicho con el comiso ampliado, en concreto con la decisión del legislador de incorporar una *presunción legal* para determinar el origen ilícito de los bienes.

entender que la presunción es ordinaria y iuris tantum." GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pp. 97-98.

¹⁴⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, op. cit., p. 1996. Dice que estamos ante una presunción que admite prueba en contrario.

¹⁵⁰ GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 967.

¹⁵¹ FERNÁNDEZ TERUELO, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 11 y FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 121.

¹⁵² JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP*, op. cit., p. 100.

¹⁵³ DELGADO LÓPEZ, "El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas." En: CIMÁS GIMÉNEZ, *Manuales de formación continuada*, op. cit., p. 304.

¹⁵⁴ Informe del Consejo Fiscal, en DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, op. cit., p. 146. También se habla de una presunción *iuris tantum* en la Circular 4/2010, de la Fiscalía General del Estado, *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, p. 18. Disponible en: <http://www.fiscal.es>.

¹⁵⁵ AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 509.

¹⁵⁶ GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*, op. cit., pp. 299-300.

¹⁵⁷ "Declara el artículo 385.3 que "Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba." Por tanto, y siempre con arreglo a la literalidad del precepto, en los supuestos de presunción legal habrá que partir de que por defecto, ésta deberá entenderse que es *iuris tantum*, en las cuales la ley tipifica cuál es la consecuencia normal y lógica que se deriva de la concurrencia de determinados hechos base, pero se permite a los litigantes articular prueba en contrario." ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, op. cit., p. 35.

Presunción legal vs. Presunción de inocencia.

Como expuse en las líneas precedentes, las presunciones suponen una inversión de la carga de la prueba y el artículo 127.1 párrafo 2 CP no es la excepción. De hecho, la doctrina que ha analizado la figura del comiso ampliado coincide pacíficamente en este extremo.¹⁵⁸

Las normas de la carga de la prueba indican a cuál parte le corresponde articular la prueba sobre los hechos controvertidos (*carga de la prueba en el sentido formal*), o a cuál le toca soportar los efectos desfavorables que se susciten cuando alguno de esos hechos no ha sido probado de forma suficiente (*carga de la prueba en sentido material*). Buena parte de la doctrina entiende, como consecuencia de la presunción de inocencia, que en el proceso penal no existe *carga de la prueba en sentido formal*. La carga de prueba ha sido desplazada sobre la parte acusadora, sin que se pueda pedir a la defensa que demuestre hechos negativos.¹⁵⁹ Inclusive, para

¹⁵⁸ Léase p. ej., CEREIJO SOTO, “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso.” En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 7; GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 967; FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 121; FERNÁNDEZ TERUELO, “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas).” En: *Diario La Ley*, op. cit., p. 11; PÉREZ CEBADERA, op. cit., p. 72; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Lección 17. Las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad penal.” En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. Madrid, Iustel, Tomo I, 2010, p. 363 y CARNEVALI R., “La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación.” En: *RDP*, op. cit., p. 117.

¹⁵⁹ La doctrina habla la *probatio diabólica* de los hechos negativos. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Colex, 2º edición, 2007, p. 110; COBO DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, op. cit., p. 724. En igual sentido, señala Bajo Fernández: “Ya con anterioridad a la vigencia en nuestro Derecho de la Constitución de 1978, se venía sosteniendo que en el procedimiento penal no era posible operar con presunciones legales aunque admitiesen la prueba en contrario, porque implicaban una inversión de la carga de la prueba, cuando en el proceso criminal no se puede hablar legítimamente de la existencia de un *onus probandi* en sentido formal, dado el principio de investigación de oficio que rige en dicho proceso...” Más adelante apunta: “...la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos...” BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios.” En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Madrid, La Ley, Tomo 1, Doctrina, 1991, pp. 971 y 972, respectivamente. Léase también CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, p. 35. Sobre este tema, apunta Silva Melero: “... por la índole y la finalidad del proceso penal, los principios que informan la carga de la prueba en el civil carecen de aplicación. La distinción fundamental es que, mientras en el proceso civil, de un modo general y sin entrar en matices, la carga de la prueba se proyecta sobre las partes que tienen la disposición del contenido del proceso, aunque hoy este principio se haya limitado extraordinariamente en la doctrina, en el proceso penal los elementos dirigidos a descubrir la verdad son facili-

los que creen que las reglas sobre la carga de la prueba son las mismas en cualquier rama del ordenamiento jurídico, la presunción de inocencia es el principio básico tratándose de la persecución de los delitos, con lo cual son los acusadores quienes tienen que probar la comisión del hecho y la autoría del imputado, o en sentido contrario, éste está exento de probar su propia inocencia, o su falta de culpabilidad.¹⁶⁰ Estos mismos argumentos hacen que la doctrina mayoritaria considere inadmisibles las presunciones legales en el Derecho penal.¹⁶¹

Lo antes expuesto, como adelanté, no es una postura unánime. P. ej., Gascón Inchausti no ve inconveniente en emplear presunciones legales en la materia penal. Con respecto al comiso, considera que las presunciones legales permiten superar los problemas que tiene la prueba directa sobre el origen ilícito de los bienes, ya que “... cuando existe una presunción legal la parte que promueve el decomiso se puede limitar a probar los indicios para lograr que el tribunal fije como cierta la procedencia ilícita de los bienes en cuestión; como reflejo de ello, en la parte contraria nacerá la

*tados por las partes, pero también por la iniciativa del Juez... La misma acción penal no puede considerarse dirigida a provocar una acusación, sino precisamente la declaración de aquella verdad... la carga de la prueba gravita sobre el Ministerio público, el Juez instructor y el Tribunal... La persecución del delito interesa al Estado. Cuando el inculpado o la parte perjudicada han admitido la verdad de un hecho, el Juez no puede, por ello, declarar terminada la investigación, sino que debe proceder a todas las averiguaciones precisas para llegar a la conclusión de si tal afirmación responde a la verdad... Si la verdad no se descubre, la consecuencia es la absolución.” SILVA MELERO, “Presunciones e indicios en el proceso penal.” En: RGLJ, *op. cit.*, pp. 535-536.*

¹⁶⁰ CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, pp. 705-706, 711; VILATA MENADAS, “Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. (Comentario a la STC, 151/2002, de 15 de julio de 2002).” En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002*, *op. cit.*, p. 2238. Este autor hace eco de la STC 31/1981 de 28 de julio, que en lo que interesa, explica que debe existir un mínimo de actividad probatoria que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse la culpabilidad del imputado para que se desvirtúe la presunción de inocencia.

¹⁶¹ LEONE, *op. cit.*, p. 162; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Colex, 3ª edición, 1999, p. 87; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 110. Para Cobo del Rosal, “no existe ni debe existir en un Derecho penal avanzado prueba de presunciones de clase alguna. Y si algo debe quedar claro es lo siguiente: diga lo que diga la terminología judicial, una cosa es la presunción, inadmisibles en un proceso penal de todo punto, y otra la prueba indiciaria. Cuando no existe una prueba plena y directa, pues, o se archiva o se absuelve o el enjuiciamiento criminal en sus exigencias de certeza establece ésta, merced a la clara y limpia deducción a partir de los indicios, pero nunca jamás a través del régimen de presunciones... en el Derecho penal la presunción no tiene cabida, únicamente la de inocencia... Esto ha de quedar muy claro desde ahora, y en Derecho penal material y en Derecho procesal penal... si las presunciones contra reum han sido erradicadas del Derecho penal material, también deberían serlo del proceso penal.” COBO DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, *op. cit.*, pp. 723-724. Vid. igualmente COBO DEL ROSAL; *et ál.*, *Derecho Procesal Penal Español*, *op. cit.*, p. 539; DELGADO GARCÍA, Joaquín. “Prueba de indicios.” En: DELGADO GARCÍA, Joaquín (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 379; BAJO FERNÁNDEZ, “Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios.” En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. *op. cit.*, p. 971; CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, p. 593; PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, pp. 72 y 79; MORALES PRATS, Fermín. “Art. 305.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6ª edición y 1ª con este título, 2011, p. 485. En sentido contrario, ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado.” En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ*, *op. cit.*, p. 54; GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, p. 93 y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias.” En: GIL GIL; *et ál.*, *Curso de DPPG*, *op. cit.*, p. 979.

carga de la prueba en contrario...”¹⁶² Para él, si la inversión de la carga de la prueba que se prevé en relación con el comiso fuese pura y dura, el acusado debería demostrar el origen lícito de todo su patrimonio, pues esa sola condición (la de acusado), lo colocaría en la situación de que todo su patrimonio puede ser decomisado. Precisamente para evitar lo anterior y por tanto, para demarcar el ámbito en que se empleará la inversión de la carga de la prueba, es que se acude a las presunciones. El acusado no está obligado a probar el origen lícito de todos sus bienes, sino solo el de aquellos en relación con los cuales se aplica una determinada presunción. Es ésta la que traslada al acusado la carga de la prueba en torno a ciertos temas, para evitar las consecuencias que se vinculan a la presunción. Una vez que se tienen por demostrados ciertos indicios sobre el origen ilícito de los bienes a decomisar, sea porque están contemplados en una presunción legal (es el caso del art. 127.1 párrafo 2 CP), o porque el propio órgano jurisdiccional lo concluyó de esa manera, recae en el acusado la obligación de romper el vínculo entre esos indicios y el hecho presunto, lo que solo se puede lograr a través de la prueba en sentido contrario, es decir, demostrando el origen lícito de los bienes.¹⁶³

Examinados estos razonamientos, no los considero de recibo. Aunque en efecto, con el decomiso ampliado no se da una inversión de la carga de la prueba en el sentido más extenso (pues si fuese así el condenado debería demostrar plenamente que los bienes no proceden de actividades delictivas cometidas en el marco de la organización criminal o terrorista), es innegable que se da un desplazamiento del *onus probandi* en su perjuicio, si bien no sobre el hecho indicio (desproporción entre activos e ingresos), sí sobre el hecho presunto (a saber, el origen ilícito de los bienes). Aunado a esto, en la presunción legal la prueba en contrario (entiéndase, la que deberá ofrecer el condenado) debe conducir al órgano jurisdiccional *a un grado de certeza*,¹⁶⁴ repito, *de certeza y no de duda*, circunstancia que también confirma que el desplazamiento de la prueba efectivamente acontece.

Basándose en algunas resoluciones del TC que analizaré luego, hay quienes creen que esta figura jurídica no quebranta la presunción de inocencia, pues aunque de este principio se desprende que nadie puede ser declarado responsable de un

¹⁶² GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 88; GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., p. 595.

¹⁶³ “Debe reconocerse así que las presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba son sólo facetas de un mismo fenómeno: hacer referencia a la presunción supone poner el acento en la constatación por el legislador de que existe un nexo legal entre ciertos indicios y ciertos hechos presuntos, de modo que la prueba de los primeros debe ser suficiente para que el juzgador tenga por ciertos los segundos; aludir a la inversión de la carga de la prueba, por su parte, supone fijarse en las consecuencias de la existencia de una presunción legal sobre la dinámica de actuación de la acusación y en especial de la defensa en el marco del proceso.” GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pp. 89-90; GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 595-597.

¹⁶⁴ ROSENBERG, op. cit. p. 197.

delito sin pruebas de cargo válidas, esas pruebas han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y el comiso no lo es.¹⁶⁵

Tal postura no es pertinente, pues si bien el origen ilícito de los bienes no es un elemento constitutivo de la infracción penal concretamente enjuiciada, es un presupuesto para la imposición del comiso ampliado, medida que a su vez tiene una naturaleza sancionatoria, de ahí que esté sometida a los principios y garantías propias del ámbito penal y procesal penal.¹⁶⁶ Como señala Choclán Montalvo, la presunción debe abarcar también la prueba de los presupuestos que autorizan cualquier intervención estatal restrictiva de derechos de naturaleza sancionatoria (como lo es el comiso).¹⁶⁷

¹⁶⁵ “...la presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, mientras que el decomiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquella mediante un pronunciamiento penal...” ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ*, *op. cit.*, p. 56; ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica*, *op. cit.*, p. 442. Con la misma orientación, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *RDP*, *op. cit.*, p. 100; SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, “La reforma operada en el delito de blanqueo de capitales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: CUERDA RIEZU, *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*, *op. cit.*, p. 354. Esta autora no apoya su postura en lo dispuesto por el TC. Simplemente señala que la presunción no afecta ni los elementos del delito, ni a la participación del culpable en los hechos, sino a la extensión de una consecuencia jurídica. Finalmente, la FGE señala: “La incorporación de la presunción legal, plasmada en el inciso final del transcrito segundo párrafo del apartado primero del art. 127 CP no afecta en si misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia. En realidad se trata de una presunción que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en el que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra él; sus consecuencias, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado.” FGE, Circular 4/2010, *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, p. 18. Esta también parece ser la posición de Bujosa Vadell, que en relación con la DM 2005/212/JAI señala: “A primera vista la mencionada presunción del origen ilegal de los bienes parece frontalmente contraria a la presunción de inocencia y por tanto muy difícilmente ponderable con ella. Pero es importante fijarnos en un importante detalle: la presunción del origen ilegal de los bienes no se establece a efectos de fundamentar la condena penal, sino sólo a los efectos de delimitar los bienes objeto de decomiso. La presunción de inocencia se habrá desvirtuado a través de la mínima actividad probatoria de cargo y obtenida con todas las garantías. Es a efectos de determinar la consecuencia accesoria cuanto juega la presunción del origen ilegal y a efectos exclusivamente patrimoniales, o más precisamente, de confiscación de parte del patrimonio del ya condenado.” BUJOSA VADELL, Lorenzo. “El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006.” En: *Revista General de Derecho Europeo*, iustel.com, Nº 13, mayo de 2007, p. 3.

¹⁶⁶ En igual sentido, PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 74 y GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, p. 94. A pesar de estar de acuerdo con el comiso ampliado, este autor reconoce que la figura jurídica está sometida a las garantías del proceso penal.

¹⁶⁷ CHOCLÁN MONTALVO, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, *op. cit.*, p. 343 y CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, *op. cit.*, p. 35.

A mayor abundamiento, el comiso ampliado no alcanza los bienes que proceden del concreto hecho enjuiciado (si ese fuese el caso, se aplicaría el comiso ordinario), sino bienes que *legalmente se presume* son efectos, instrumentos y ganancias de otras actividades criminales que no han sido sometidas a juicio, que también *legamente se presume* se desarrollan en el marco de la criminalidad organizada o el terrorismo. No hablamos entonces de una disposición que nos indica cómo articular el comiso de los bienes relacionados *directamente* con la infracción enjuiciada, sino de una disposición que llega al extremo de señalar que en cualquier caso donde el condenado no ofrezca prueba para demostrar el origen lícito de su patrimonio, se presumirá que éste proviene de conductas criminales que no han sido sometidas a debate y menos aun acreditadas.

Gascón Inchausti sostiene que el hecho de que la presunción legal haga más fácil la labor a la acusación y cause desventajas a la defensa (pues la primera no tendrá que esforzarse para probar un extremo muy complejo como es la vinculación entre el delito y los bienes que provienen de él, bastándole con probar el indicio), no es razón suficiente para negar su uso en materia penal, pues sucede lo mismo con la prueba por indicios, ya que tanto en uno como en otro caso sigue siendo necesario que el tribunal esté convencido de la certeza del hecho presunto: “... *la presunción no convierte las convicciones en meras probabilidades, sino que integra una vía distinta para que el tribunal forme su convicción acerca de una cuestión fáctica.*”¹⁶⁸ Para este autor lo negativo de atribuir ventajas a la acusación (objetivo que se busca con las presunciones legales), se contrarresta con la seguridad jurídica que genera y que beneficia a la defensa, ya que en comparación con la prueba por indicios, donde el tribunal puede construir la sentencia sobre una presunción basada en indicios no debatidos en el proceso, en este caso el acusado conoce de antemano cuáles son los indicios que podrán emplearse en su contra, de modo que puede desde el inicio del proceso, orientarse a desactivarlos. Incluso, al existir una presunción legal, se puede afirmar que no hay otra vía válida para que el tribunal se convenza del hecho presunto aparte de la prueba sobre los indicios legalmente tipificados.¹⁶⁹

Nuevamente, no comparto la posición de Gascón Inchausti. Como consecuencia de la presunción de inocencia se da un desplazamiento de la prueba hacia la parte acusadora, ya que será ésta quien deba probar todos los elementos que integran su pretensión¹⁷⁰ (y dentro de los cuales figura el comiso de los bienes). Aunque toda presunción supone un cambio en esa regla (lo que *prima facie*, nos llevaría a cuestionarnos su legitimidad constitucional), hay una enorme diferencia entre las presunciones judiciales y las legales. En las últimas la acusación no tiene la obligación de demostrar el vínculo entre el indicio (la desproporción entre patrimonio e ingresos del condenado) y el hecho presunto (a saber, que los bienes constituyen

¹⁶⁸ GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., p. 601.

¹⁶⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 95. Vid. también GASCÓN INCHAUSTI, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., p. 601-602.

¹⁷⁰ Así se expresa MONTAÑÉS PARDO, op. cit., p. 81.

efectos, instrumentos o ganancias de delitos provenientes de actividades delictivas cometidas en el marco de organizaciones o grupos criminales o terroristas, o de un delito de terrorismo), con lo cual se prescinde de la necesidad de que el órgano jurisdiccional llegue a un juicio de certeza sobre la existencia de ese vínculo. En la presunción legal no es indispensable que el juzgador llegue a la convicción (entiéndase, a la certeza) sobre ese extremo, como sí sucede con las presunciones judiciales y por tanto, si el imputado no puede articular prueba para demostrar que el origen de los bienes es legítimo, o como plantean algunos autores, no puede introducir la duda en cuanto a ese tema,¹⁷¹ el órgano jurisdiccional *debe* considerar cierto (y no probable) la concurrencia del hecho presunto.

Reconozco que ante las presunciones legales la defensa debe asumir un papel activo, similar al que desarrollaría en relación con las presunciones judiciales, pues los indicios tienen la capacidad de acabar con la presunción de inocencia. Sin embargo, mientras que en las presunciones legales ante la no articulación de prueba por parte de la defensa el legislador debe dar por cierto el nexo o vínculo entre el indicio y el hecho presunto, en las presunciones judiciales no, pues esa ausencia probatoria no exime en modo alguno a quien realiza la acusación de su deber de demostrar el hecho base y el vínculo entre éste y el hecho presunto.

Cree Gascón Inchausti que no se quebranta la presunción de inocencia pues la acusación debe demostrar la procedencia ilícita de los bienes a través de la acreditación de los indicios que dispuso el legislador.¹⁷² A mi modo de ver lo que debe demostrar la acusación (de hecho, lo único que debe demostrar), es un solo indicio, que como he venido indicando, genera un estado de probabilidad cualificada y es el legislador quien ha dispuesto que el mismo se considere suficiente para que se tenga como cierto el hecho presunto, entiéndase, la procedencia ilícita ya mencionada. Asimismo, la llamada seguridad que se atribuye a la presunción legal (en el sentido de que el imputado sabe cuáles son los indicios que se emplearán en su contra y de que la concurrencia del indicio definido legalmente es la única vía para tener por demostrado el hecho presunto que autoriza el comiso ampliado), no legitima su empleo en el ámbito penal, básicamente por dos razones. La primera, porque este razonamiento nos lleva al concluir que si se demuestra sin necesidad de la presunción, o en otras palabras, mediante prueba directa, que el patrimonio del condenado procede de actividades criminales cometidas en el marco de la delincuencia or-

¹⁷¹ Algunos autores entienden que tratándose de las presunciones legales, basta con que el acusado haga dudar al juzgador. Hugo Rocha Degreef, p. ej., cree que en el ámbito penal las presunciones contra el acusado nunca deben ser absolutas, de ahí que siempre pueda ofrecer prueba. Además, no está obligado a destruir completamente la presunción de ley, sino solo a suscitar dudas para que no quepa condenar: ROCHA DEGREEF, *op. cit.*, pp. 121-122. En igual sentido y ya en relación con el comiso ampliado, señala Pérez Cebadera que el imputado con su explicación, debe crear en el juzgador un estado de duda razonable que le impida acordar el comiso de los bienes. PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 76. Finalmente, para Caty Vidales, bastará con el que el imputado haga dudar del origen de los bienes. VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, *op. cit.*, p. 1996. No comparto sus afirmaciones, pues, aunque loables, no se ajustan a lo que en buena técnica, es una presunción legal.

¹⁷² GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, p. 97.

ganizada o el terrorismo, su comiso no sería procedente, pues solo a través del indicio definido legalmente (la desproporción), puede acreditarse dicha circunstancia. La segunda, porque en la prueba por indicios, la concurrencia de estos, el nexo lógico y el hecho presunto deben someterse a discusión desde el inicio mismo del proceso, de manera que no se den sorpresas que afecten el ejercicio de la defensa.¹⁷³ Si no fuese así, no tendría sentido que la normativa que regula el tema contemple la articulación de prueba en contrario.

En resumen, la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP es contraria a la presunción de inocencia, pues aunque la acusación sigue teniendo sobre sus hombros la obligación de demostrar el hecho base, al tener como cierto el nexo entre el hecho base y el hecho presunto, se traslada al imputado la carga de demostrar la no concurrencia de ese vínculo, o del hecho presunto, lo que precisamente busca evitar el artículo 24.2 CE. En lugar de que la acusación demuestre que concurren los presupuestos necesarios para la imposición del comiso, a saber, la comisión de otras actividades criminales (entiéndase, que no son la concretamente enjuiciada), la intervención del imputado en esas actividades y el vínculo de los bienes con las mismas, la presunción legal examinada impone al condenado probar el origen de su patrimonio y relaja por completo las exigencias probatorias en relación con las actividades criminales de las que, se supone, proceden los bienes que serán decomisados, así como con respecto a la autoría o participación del acusado en esos hechos, lo que también constituye un quebranto al *in dubio pro reo*. En ese sentido, recordemos que si la acusación no puede demostrar, sea a través de prueba directa o indirecta, que los bienes proceden o se relacionan con un delito (lo que constituye el presupuesto fáctico para el comiso ampliado), a la luz de este principio lo que correspondería es el no decreto del comiso. Aunado a esto, el *in dubio pro reo* se ve puesto en entredicho¹⁷⁴ desde que se niega al órgano jurisdiccional, a través de una presunción legal, la posibilidad de no decretar el comiso cuando del examen de la prueba evacuada no se desprenda un juicio de certeza en cuanto a la concurrencia de su presupuesto, es decir, cuando tenga dudas sobre la procedencia ilícita de los activos a decomisar.

¹⁷³ Esta opinión es también la de Pastor Alcoy, para quien las inferencias sorprendidas en la sentencia no son procedentes. *“En la mayoría de ocasiones los hechos indiciarios aparecen como tales desde el inicio de la investigación. Así, la defensa podrá articular los correspondientes medios probatorios bien para demostrar la inexistencia del hecho-base o bien para explicar satisfactoriamente lo sucedido mediante pruebas o contra-indicios de los que puede desprenderse que los indicios no resultan en realidad incriminatorios... también ocurre que los hechos que el juez considera en la sentencia condenatoria como indicios incriminadores, no se han presentado como tales en juicio, de forma tal que la defensa no ha tenido la posibilidad de desbaratarlos ni contradecir los juicios inferenciales sorprendidos introducidos en la sentencia. La prueba indirecta debe estar rodeada de unas garantías exquisitas. Resulta inadmisibles que planea inadvertidamente por el proceso para materializarse de forma incriminadoramente sorpresiva en la sentencia...”* PASTOR ALCOY, *op. cit.*, p. 161.

¹⁷⁴ Según Jescheck-Weigend, en Alemania el comiso ampliado viola el principio *in dubio pro reo* pues supone un descenso de las exigencias probatorias en torno a la comisión por el condenado del hecho de procedencia, así como del origen en este último del objeto de la confiscación ampliada de los beneficios. No sucede lo mismo con la presunción de inocencia, pues ésta no expresa nada sobre el alcance de la prueba con que esa presunción pueda ser desvirtuada. JESCHECK; WEIGEND, *Tra- tado de DPPG, op. cit.*, pp. 856-857.

Debe agregarse que ninguna de las conclusiones antes expuestas varía si se considera que el comiso no tiene una naturaleza penal, sino p. ej., civil, ya que en esta rama del ordenamiento jurídico se parte de la misma premisa: el accionante es quien debe aportar la prueba de los hechos que integran su pretensión y si no lo hace, o lo hace de manera indebida o insuficiente, el juzgador debe reputar los hechos no probados, denegando su pretensión.¹⁷⁵

Finalmente, agregar que hay resoluciones del TS sobre la presunción de inocencia y en las cuales se niega la inversión de la carga de la prueba en materia de comiso, señalando que es la acusación la que debe demostrar que los bienes tienen un origen ilegal y no el imputado el que deba probar lo contrario: la legalidad de su patrimonio.¹⁷⁶

Presunción legal vs. Libre valoración de la prueba.

La exclusión de las presunciones legales del ámbito penal (o al menos, de las presunciones contra reo), es reconocida por buena parte de la doctrina. Una de las razones de esa exclusión obedece a que tales presunciones son opuestas al libre convencimiento del juez.¹⁷⁷

Las presunciones en general, tienen legitimación como técnica normativa pues tienen como punto de partida máximas de experiencia contrastadas. Esto no obstante, no significa que la máxima de experiencia pueda llevarnos *per se* a un juicio de certeza. Nicolás Framarino, al examinar el tema de las presunciones y los indicios, partió de la distinción de dos conceptos elementales, a saber, *lo constante* y *lo*

¹⁷⁵ CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, p. 699. Comparte esta opinión Choclán Montalvo. Según él, como regla de principio en esta rama del ordenamiento jurídico es el actor quien debe probar el dominio sobre el bien y que quien lo posee carece de título. Así sucede, p. ej., tratándose de la acción reivindicatoria. CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.*, p. 343-344.

¹⁷⁶ "En efecto, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998 expresó que: «el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal... debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio». No existe prueba directa de tal procedencia, sino una inferencia contra reo. La jurisprudencia exige una relación directa con la actividad ilícita enjuiciada (STS 31/2003, de 16 de enero), de modo que si no se determina claramente en la sentencia, falta un requisito imprescindible para la aplicación de los artículos 127 y 374 citados por el recurrente, la afirmación expresa de que el dinero ocupado eran ganancias procedentes de la venta de drogas (STS 1528/2002, de 20 de septiembre), pues, en todo caso, debe constar la procedencia del delito y no pertenencia a un tercero, como condiciones para acordarse el decomiso (STS 235/2001, de 20 de febrero)." STS 1040/2005 de 20 de septiembre.

¹⁷⁷ CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, pp. 593-594; SILVA MELERO, "Presunciones e indicios en el proceso penal." En: *RGLJ, op. cit.*, pp. 536-537. Este último autor refiriéndose al proceso penal señala: "... resulta inoperante cualquier disposición en torno a las presunciones jurídicas de carácter relativo (*iuris tantum*), que dispensan de prueba a los favorecidos por ellas... Excluidas del proceso penal, salvo alguna excepción, las presunciones jurídicas, tanto las absolutas como las relativas, por ser opuestas al libre convencimiento del juez..."

ordinario en el modo de obrar de la naturaleza. Entendió que lo constante es lo que se presenta como verdadero en todos los casos particulares comprendidos en las especies y lo ordinario, lo que se presenta como verdadero en el mayor número de casos comprendidos en la especie. Del constante modo de ser y obrar de la especie se deducen consecuencias ciertas en cuanto al individuo, es decir, lo constante en la especie es ley de certeza para el individuo. Del ordinario modo de ser y obrar de la especie se deducen consecuencias probables en cuanto al individuo, con lo cual lo ordinario en la especie es ley de probabilidad para el individuo.¹⁷⁸ Framarino señaló que las presunciones parten de la idea de lo que es ordinario en la especie, o sea, la adherencia de un atributo o característica a un sujeto en el mayor número de casos,¹⁷⁹ no en todos, con lo cual de su aplicación lo que se puede obtener es un grado de probabilidad y no de certeza. Ahora bien, aunque tratándose de la prueba por indicios se da la misma situación, pues no puede hablarse *prima facie* de certeza, ésta puede adquirirse cuando se respetan sus requisitos y exigencias, p. ej., que los indicios estén plenamente acreditados, que sean varios, etcétera,¹⁸⁰ situación que no cabe en la presunción legal, pues el legislador ha dispuesto que el hecho presunto se tenga por cierto una vez que concurra el indicio, sustituyendo la valoración del órgano jurisdiccional.

En materia penal la certeza criminal debe ser sustancial, no formal. La presunción legal es incompatible, a mi modo de ver, con la búsqueda de esa verdad material, con la búsqueda de certeza como único sustento válido de un juicio de culpabilidad, pues por un lado, por sí misma solo permite arribar a un juicio de probabilidad cualificada (ya que no puede asegurarse que en todos los casos suceda lo que en la presunción se prevé) y por otro, porque cierra la puerta al juez para que

¹⁷⁸ FRAMARINO DEI MALATESTA, *op. cit.*, pp. 234-235.

¹⁷⁹ "No partimos, como queda dicho, de la idea de lo constante en la especie respecto de todos sus individuos, sino de lo ordinario; y lo ordinario de la presunción es la adherencia de un atributo a un sujeto en el mayor número de los casos, en las especies comprendidos, no en todos: por esto mismo la ordinaria adherencia de un predicado a los individuos de una especie se resuelve en la probable adherencia del predicado a uno en particular. Hay siempre identidad, puesto que todo ser comprende en su totalidad sus atributos, lo cual determina entre éstos y el ser la relación de identidad parcial; pero esta identidad efectiva se presenta a nuestro espíritu, no como identidad efectiva en el individuo, sino en la especie: en el individuo tal identidad se ofrece solo como probable. El predicado aquel no lo percibimos, pues, en sí, en el individuo al cual lo referimos, sino en el mayor número de los individuos de la especie, por lo que lo atribuimos como probable a un individuo dado, o lo que es igual, lo presumimos en él... Como la presunción tiene su móvil, no en la idea de lo constante, sino en la de lo ordinario, síguese que la presunción es un argumento probatorio de simple probabilidad, no de certeza. Comúnmente las presunciones se dividen en simples y legales: simples son aquellas que se dejan, en cuanto a la determinación de su valor probatorio, a la apreciación del juez, y legales, aquellas a las cuales atribuye la ley un valor probatorio dado. Mas para nosotros, que nos hemos declarado contra todas las pruebas legales, esta distinción no tiene valor científico; en nuestro sentir, las presunciones legales son irracionales: en lo criminal no cabe hablar más que de las simples." FRAMARINO DEI MALATESTA, *ibidem*, pp. 247-248. En un sentido similar, Climent Durán señala que "El principio de normalidad, fundamento de las presunciones abstractas, asentado en una idea de probabilidad, se ha convertido en certeza moral tras sufrir la depuración referenciada, de la misma manera que los restantes medios probatorios también experimentan una adecuada depuración sobre su fiabilidad." La depuración que menciona consiste en que los hechos básicos en que se asientan las presunciones concretas han sido probados, así como que la conexión racional existente entre los hechos básicos y el hecho consecuencia ha sido objeto de análisis crítico a través de contrapruebas y verificaciones judiciales. CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, pp. 618-619.

¹⁸⁰ MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.*, pp. 106-107.

valore la prueba conforme con las reglas de la sana crítica. En su lugar, le vincula al *iter* lógico seguido por el legislador, lo que es claramente un error, ya que puede suceder que a pesar de la concurrencia del indicio, por las particularidades del caso concreto, el órgano jurisdiccional no alcance un grado de verosimilitud tan elevado que deje sin dudas a cualquier hombre razonable.¹⁸¹

Acorde con lo anterior, el sistema de valoración de pruebas que rige en el proceso penal español, según se ha interpretado el art. 741 LECrim,¹⁸² cierra la puerta a que el poder de convicción de cada prueba pueda estar jerarquizado o predefinido. Por este mismo motivo no se puede señalar como regla de principio que la prueba directa tenga mayor valor que la indiciaria, o que algunos indicios tengan mayor valor que otros. El sistema probatorio que rige en materia penal es el de libre valoración de la prueba, según el cual la valoración de la prueba debe hacerse con arreglo a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica.¹⁸³ La norma señala que el juzgador debe valorar la prueba según su conciencia (frase que aunque poco afortunada), se ha entendido como sinónimo de motivación racional que pueda ser controlada por otro tribunal.¹⁸⁴ Aunque en principio, no hay impedimento para que la legislación tenga hechos por supuestos, la libertad del convencimiento del órgano jurisdiccional no puede ser regulada previamente y la presunción legal limita precisamente esa libertad.¹⁸⁵

Una cosa es admitir que el origen de los bienes se puede demostrar a través de prueba indiciaria y otra, muy distinta, es que ese origen se pueda derivar de un único indicio que solamente genera un grado de *probabilidad cualificada*, negándole al órgano jurisdiccional la libertad de valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y a través de las cuales, bien podría concluir que a pesar de existir una desproporción entre activos e ingresos legales, no se puede demostrar con certeza que los bienes se originan o relacionan con la comisión de delitos; o que siendo así, proceden de delitos que no guardan relación con la actividad desplegada en el marco de la delincuencia organizada o el terrorismo. En estos casos, como señala Vidales Rodríguez, las dudas deberían disiparse a favor del reo.¹⁸⁶

¹⁸¹ De esta forma habla Nieva Fenoll de la completa convicción del juez. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 85.

¹⁸² STC N° 263/2005 de 24 de octubre.

¹⁸³ PÉREZ-CRUZ MARTÍN; *et ál.*, *op. cit.*, p. 608.

¹⁸⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, pp. 130-131.

¹⁸⁵ FLORIAN, Eugenio. *Delle Prove Penali*. Varese, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 3° Edizione, 1961, p. 251.

¹⁸⁶ "Sin desconocer que en la mayor parte de los casos los bienes del condenado tendrán el origen delictivo que se le supone, y admitiendo asimismo que los hechos constatados constituyen poderosos indicios, no creo que puedan descartarse otros supuestos en los que los bienes tengan una procedencia ilegal o que, incluso siendo delictiva, no guarde relación alguna con esa manifestación de la delincuencia. En tales hipótesis, esto es, cuando no pueda constatarse la vinculación entre el bien y el crimen organizado las dudas, según entiendo, deberán disiparse a favor del reo; incluso como digo, aunque existan fundadas sospechas, de que procede de la realización de un hecho delictivo, siempre que éste sea ajeno a la organización criminal." VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; *et ál.*, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, *op. cit.*, p. 1995.

Curiosamente (y digo curiosamente porque como he demostrado, la presunción legal vincula al órgano jurisdiccional), Gascón Inchausti reconoce que el único problema que puede existir con el comiso ampliado es que el tribunal esté vinculado por la presunción legal, es decir, que ésta sea de carácter forzoso. Voy a exponer brevemente su postura. Para él, es necesario que el legislador articule las presunciones de manera que se faculte al órgano jurisdiccional a desvincularse de ellas. Por tanto, la clave estará en la forma en que el legislador introduzca la presunción legal al proceso penal, en la correcta selección de los indicios (uno o varios, según se requiera) y en la solidez de las máximas de experiencia, que deben ser fiables, estables y contrastadas, de manera que se justifique el vínculo entre el hecho presunto y los indicios tipificados. Entiende este autor que se requieren presunciones vinculadas a ámbitos delictivos concretos y basadas en elementos socio-culturales que estén ligados a las coordenadas tiempo y espacio. Por eso descarta las presunciones de carácter muy general, pues podrían provocar la inconstitucionalidad de la norma que la contiene. Igualmente, cree que frente a la presunción legal el imputado tiene dos vías de actuación. La primera, acudir a la prueba en contrario a la que se le debe aplicar el principio *in dubio pro reo*, con lo cual si hay dudas sobre la justificación del origen del patrimonio que ofrece el acusado, el tribunal debe resolver a su favor y no disponer el comiso. La segunda, cuestionar en el caso concreto el vínculo entre el indicio y el hecho presunto en que se asienta la presunción, o en otras palabras, demostrar que la máxima de experiencia en su caso no opera, lo que también se podrá considerar como prueba en contrario. El tribunal por su parte, debe estar facultado para desvincularse de la presunción cuando considere que su aplicación no cabe en el caso concreto, lo que es igual a admitir que el tribunal también puede atender de oficio la segunda modalidad de prueba en contrario que se mencionó atrás.¹⁸⁷ En un sentido similar, Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch cree que esta presunción legal supondría el recurso a la prueba de indicios.¹⁸⁸

Desde mi óptica la tesis de Gascón Inchausti no es correcta, pues una vez demostrado el hecho base y ante la ausencia de prueba en sentido contrario (en cuanto al hecho presunto, o el nexo entre éste y los indicios, prueba que debe articular el condenado), *el tribunal solo puede tener por cierto el hecho presunto*. Salvo que se haya suministrado una prueba en contrario, el juez *no tiene ni motivo ni oportunidad para hacer uso de la libre apreciación de la prueba*.¹⁸⁹ Ésta es precisamente la clave de las presunciones legales. Rosenberg aclara que en la presunción legal no es el juez quien de los indicios extrae la conclusión con respecto a la concurrencia del hecho presunto, sino que es la ley la que lo presume, haciendo innecesaria la práctica de prueba en cuanto al hecho presunto.¹⁹⁰ En tanto que en la presunción legal

¹⁸⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pp. 95-97 y GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 602-603.

¹⁸⁸ SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, "La reforma operada en el delito de blanqueo de capitales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: CUERDA RIEZU, *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*, op. cit., p. 353.

¹⁸⁹ ROSENBERG, op. cit. p. 198.

¹⁹⁰ "No es el juez quien de los hechos iniciales extrae la conclusión respecto del hecho presunto sino que lo ha hecho la ley; no el juez sino la ley presume el hecho. No se trata de la comprobación de he-

solo basta con demostrar el hecho indicio, en la judicial quien tiene la carga de la prueba debe demostrar tanto éste como el vínculo con el hecho presunto, lo que supone la articulación de prueba sobre las máximas de la experiencia en que se base dicho nexo. Esto porque en la presunción judicial los indicios no están tipificados y en consecuencia, no se puede examinar *ex ante* si la máxima de experiencia en la que se basa la presunción es válida. Ésta es la esencia del sistema de libre valoración de la prueba, conocido en otras latitudes como libre convicción o sana crítica racional. Como señala Cafferata Nores, este último supone la posibilidad de que el juez logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia convictional de la prueba con total libertad, pero respetando los principios de la recta razón, entiéndase, las normas de la lógica, los principios incontrastables de las ciencias y la experiencia común. Asimismo, se impone al juez la motivación de sus decisiones, de manera que exponga las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las conclusiones a las que llegó y los elementos de prueba que empleó para alcanzarlas.¹⁹¹

Como si los problemas que acarrea el empleo de una presunción legal no fuesen suficientes, véase que en la legislación española la aplicación del comiso ampliado tiene *carácter preceptivo*. A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones (p. ej., la de Reino Unido), en España el juzgador no puede negarse a aplicar la presunción, lo que le puede llevar a ordenar el comiso a pesar de las dudas que pueda tener en cuanto al origen de los bienes.

En suma, *de lege ferenda* es necesario prescindir de la presunción legal. En su lugar, el hecho base que contempla el art. 127.1 párrafo 2 CP se debe considerar un indicio más, que se articula en relación con un presunción judicial. El comiso ampliado requerirá que el órgano jurisdiccional tenga por demostrado, *con certeza*, que los bienes se relacionan con una actividad delictiva previa a la enjuiciada. Solo cuando exista esa certeza podrá disponer el comiso.

Comiso ampliado, derecho a guardar silencio y a no declarar en contra de sí mismo.

Hay autores que creen que el comiso ampliado lesiona el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (derechos que su vez son parte del derecho de defensa), toda vez que si el acusado no articula prueba sobre la desproporción que hay entre sus activos y sus ingresos legales, su silencio corroboraría que sus activos proceden de una actividad delictiva relacionada con la delincuencia organizada; o supondría reconocer la comisión de otros delitos que ni siquiera se acu-

chos sino de la aplicación del derecho, cuando el juez en virtud de la presunción legal toma en consideración el hecho presunto. El juez basa en él su sentencia, no porque se trata de un hecho probado sino, precisamente, lo hace sin prueba; la presunción hace superfluas la prueba y la verificación del hecho presunto. ROSENBERG, *ibídem*, p. 197.

¹⁹¹ CAFFERATA NORES, *op. cit.*, pp. 46-47.

san.¹⁹² Otro problema se genera con la posibilidad de demostrar la procedencia lícita de parte de los bienes, pues supondría asumir que el resto tiene origen delictivo.¹⁹³ No menos complicado es pensar en la hipótesis en la que los bienes, a pesar de proceder de la comisión de un delito, proceden de uno que no tiene relación con la delincuencia organizada o el terrorismo. Según Vidales Rodríguez, la presunción legal coloca al imputado en la difícil situación de justificarse y reconocer la comisión de un delito, o de resignarse a perder su patrimonio.¹⁹⁴

De otra opinión, Gascón Inchausti cree que el comiso ampliado no afecta el derecho a declarar contra sí mismo pues no es la actividad mediante la que demuestra el origen de ciertos bienes lo que permite extraer el origen ilícito de otros, sino directamente el hecho de no acreditar el origen de los segundos. Es decir, el que realice actividad probatoria en contrario no le aporta un plus incriminatorio que afecte su actividad defensiva.¹⁹⁵ A mi modo de ver la tesis de Gascón Inchausti sería admisible si nos encontrásemos antes una presunción judicial, pues el silencio del imputado, o la versión que rinda sobre los hechos, no exime a la acusación de la tarea de demostrar la concurrencia de los indicios y el nexo entre estos y el hecho presunto. Sin embargo, tratándose de una presunción legal, la no articulación de prueba en contrario por parte del condenado es sinónimo de concurrencia -con grado de certeza- del hecho presunto y por tanto se quebranta su derecho a guardar silencio. En otras palabras, su decisión de no declarar es sinónimo de que no se ha desvirtuado el indicio legal que pesa en su contra y la consecuente inferencia que realiza el órgano jurisdiccional a partir de él.

El TEDH ha entendido que en la noción de juicio justo contenida en el art. 6.1 de la CEDH descansan el derecho a guardar silencio y el derecho a no auto incriminarse. El último presupone que “... las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la «persona acusada». Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida por parte de las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y a asegurar los fines del artículo 6.1...”¹⁹⁶ Este mismo Tribunal, que considera necesario ser prudente al valorar el silencio del acusado en su contra y cuestiona las condenas basadas sola o esencialmente en la negativa a responder a preguntas o a declarar, también concluyó que se podía tomar en cuenta ese silencio en si-

¹⁹² Cortés Bechiarelli cree que la norma coloca al condenado en el deber de autodenunciar la comisión de otras infracciones, o de relatar los beneficios obtenidos de la economía sumergida no ilícita penalmente. CORTÉS BECHIARELLI, “El comiso”, En: JUANES PECES, *Reforma del Código Penal*, op. cit., p. 96.

¹⁹³ VIDALES RODRÍGUEZ, “El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales.” En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, op. cit., pp. 1997-1998.

¹⁹⁴ VIDALES RODRÍGUEZ, “El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales.” En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, ibídem, p. 1998.

¹⁹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., p. 97. Sobre el silencio del imputado véase PASTOR ALCOY, op. cit., p. 74. Éste entiende que el silencio del imputado no es un indicio incriminatorio, sin embargo, no permite llegar a una inferencia distinta a la incriminatoria.

¹⁹⁶ Caso J. B. contra Suiza, sentencia de 3 de mayo de 2001. TEDH 2001\322. Con una orientación similar, Caso Quinn contra Irlanda. Sentencia de 21 de diciembre de 2000. TEDH 2000\169.

tuaciones que requiriesen una explicación por parte del imputado, para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo. En consecuencia, será el examen de las circunstancias del caso concreto, en particular la trascendencia que los tribunales le concedan a esa decisión del acusado y el grado de coacción inherente a la situación, lo que permitirá determinar si se ha infringido el art. 6 del Convenio.¹⁹⁷

Ante este panorama, cabe preguntarse si el comiso ampliado, tal y como está estructurado en la legislación penal española, constituye una medida de presión de tal índole que puede quebrantar la voluntad del imputado, imponiéndole la obligación de declarar. Estimo que la respuesta es afirmativa, ya que si no da cuenta del origen de sus bienes (lo que incluso lo puede colocar en la disyuntiva de tener que reconocer que ha cometido hechos criminales al margen de la criminalidad organizada o el terrorismo), se arriesga al comiso de su patrimonio. La medida, por tanto, es el resultado directo de su decisión de no articular prueba en contrario (uso la expresión *resultado directo* pues repito, por ser una presunción legal, una vez demostrado el hecho base, se presume el nexo lógico entre éste y el hecho presunto). Situación distinta sería si estuviésemos ante una presunción judicial. Tratándose de la prueba por indicios, la certeza no vendría impuesta por el legislador y la acusación no estaría exenta de demostrar los presupuestos del comiso. En este contexto podría respetarse el derecho del imputado a guardar silencio, incluso con mayores garantías que las planteadas por el mismo TEDH, toda vez que la imposición del comiso se produciría tras la acreditación de sus presupuestos, con independencia de la decisión del acusado de no declarar, o bien de procurar alguna otra prueba a su favor. Quiero aclarar que no pretendo demeritar la posición del TEDH en cuanto a este tema, ya que entiendo que en un sistema de libre valoración de pruebas es plausible que el órgano jurisdiccional extraiga conclusiones de esa abstención del imputado en ciertas circunstancias, p. ej., cuando a éste le es sumamente fácil articular prueba en sentido contrario y se concluye con apego al más elemental sentido común, que no lo hace porque carece de respuesta para los hechos que se le atribuyen. Como señala Pérez Cebadera, no es que si el acusado no ofrece contraindicios o prueba que acredite el origen lícito de los bienes, o guarda silencio, pueda estimarse que estemos un indicio de culpabilidad, sino que simplemente deja incólumes los indicios que demuestran que los bienes tienen un origen ilícito.¹⁹⁸

Finalmente, repetir que si bien en cualquier presunción legal la prueba en contrario sobre el hecho presunto debe conducir al juzgador a la convicción (certeza) de que ese hecho no existió, algunos autores que han examinado la presunción contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP se conforman con que el imputado genere una duda, una situación de incertidumbre, en el órgano jurisdiccional sobre el origen de los bienes.¹⁹⁹ Esta interpretación, a mi modo de ver, pone en evidencia lo impro-

¹⁹⁷ Sobre el tema, léanse las siguientes sentencias: Caso Condrón contra Reino Unido. Sentencia de 2 de mayo de 2000. TEDH 2000\129; Caso John Murray contra Reino Unido. Sentencia de 8 de febrero de 1996. TEDH 1996\7; Caso Krumpholz contra Austria. Sentencia de 18 de marzo de 2010. TEDH 2010\52.

¹⁹⁸ PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 76.

¹⁹⁹ V.g., GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pp. 95-97; GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de*

cedente que resulta articular presunciones legales en el ámbito penal y procesal penal, pues hay que desnaturalizarlas para que con su aplicación, no se quebranten los principios constitucionales más básicos.

A modo de conclusión, entiendo que de *lege ferenda*, se debe suprimir la presunción legal examinada. De esta forma, la decisión del imputado de no declarar, o de no articular prueba en contrario no le acarrearán consecuencias negativas. Si decide declarar y articular prueba, ésta deberá valorarse como cualquier otra, capaz o no de crear un estado de certeza o de duda -según sea para lo que se ofrezca-, en cuanto al origen de los bienes.

Presunción legal vs. Principio acusatorio.

El art. 127.1 párrafo 2 CP vulnera el principio acusatorio pues se presume la comisión de múltiples hechos punibles (la norma habla de *actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo*), que no han sido ni serán concretados en los mismos términos que el hecho que motivó la condena²⁰⁰ (véase que no han sido acusados ni demostrados), de ahí que el acusado no podrá defenderse. Ante este problema de difícil solución -salvo que se suprima el comiso ampliado-, de *lege ferenda* debería exigirse que esas actividades delictivas sean como mínimo de la misma clase o similares a las enjuiciadas.

Para algunos, el uso del término *deberá* en el art. 127.1 párrafo 2 CP también demuestra que el comiso ampliado es ajeno al principio acusatorio y que podrá acordarse de oficio.²⁰¹ Aunque cabe esa interpretación, entiendo que no es correcta, básicamente por dos motivos. El comiso ordinario, previsto en el art. 127.1 CP igualmente es de carácter preceptivo y a pesar de esto se acepta pacíficamente²⁰² que su imposición está sometida a los principios de contradicción y acusatorio. La segunda razón: estos dos principios que acabo de mencionar tienen fundamento constitu-

Derecho Procesal, op. cit., p. 603; PÉREZ CEBADERA, op. cit., p. 76 y VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, op. cit., p. 1996.

²⁰⁰ De esta opinión, aunque refiriéndose a la legislación alemana, JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG*, op. cit., p. 857.

²⁰¹ GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*, op. cit., pp. 299-300.

²⁰² Sobre la aplicación al comiso, como categoría general, de los principios que informan el sistema penal, véase SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 844. Prats Canut y Morán Mora señalan que la transformación del comiso en consecuencia accesoria no supone la derogación de los principios de legalidad y acusatorio, pues estos principios son informadores del sistema punitivo, tanto material como rituario. Incluso, ni cuando el comiso era pena, dichos principios eran específicos de esa figura. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3º edición, 2004, p. 648.

cional y por tanto, la interpretación del art. 127.1 párrafo 2 CP (que tiene rango de Ley Orgánica), debe ceñirse a los mismos.

3º El acuerdo de la Sala de lo Penal del TS, de fecha 5 de octubre de 1998 y su relación con el comiso ampliado.

Nunca han sido extrañas las investigaciones policiales en materia de narcotráfico que culminan con el decomiso de importantes cantidades de droga que al no haber sido puestas en el comercio, no han generado un beneficio económico para el imputado que también se pudiese decomisar. Por lo anterior y por la dificultad que hay para establecer un ligamen concreto entre la ganancia y *la parte de secuencia de la actividad total de tráfico que se proyecta en el delito enjuiciado*,²⁰³ el Tribunal Supremo, en la Junta realizada el día 5 de octubre de 1998, sometió a examen la interpretación de los arts. 48 y 344 bis e) del CP de 1973 (arts. 127 y 374.1 del CP vigente). Para el Magistrado ponente, el comiso de bienes debía circunscribirse únicamente a los efectos derivados del delito enjuiciado y no al resto de bienes que tuviese el imputado, incluso aunque se sospechase que procedían de acciones vinculadas con el narcotráfico. Para otros Magistrados, la medida podía comprender bienes no relacionados con la concreta operación enjuiciada, siempre que se demostrase que tenían el mismo origen ilícito, haciendo alusión a la presencia de indicios que pudiesen llevar al órgano juzgador a la convicción de que también se trataba de ganancias derivadas del tráfico de drogas.²⁰⁴ Así las cosas, el Pleno de la Sala Penal adoptó por mayoría una interpretación más amplia, dirigida a avalar el comiso de bienes de origen ilícito generados con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado. Reza el acuerdo: «Único: Interpretación de los arts. 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión: El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio».

Con esta interpretación el patrimonio del delincuente dejó de estar protegido. Según ha señalado la jurisprudencia del TS que ha hecho eco del citado acuerdo,²⁰⁵ una vez que ha recaído una condena por una operación frustrada en sus expectativas económicas, el comiso podrá decretarse contra los bienes que posee el

²⁰³ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 77.

²⁰⁴ Se citaron 4 indicios que permiten vincular el patrimonio con otras operaciones de tráfico de drogas, a saber: Intervención de una persona enjuiciada en una operación importante de tráfico de drogas; ocupación de dinero en una cantidad desproporcionada a sus medios legales de vida; anomalía en la tenencia de dicha cantidad de dinero por ser inusual en los usos modernos, p. ej., tener en metálico grandes cantidades en la casa y falta de explicación razonable de la procedencia lícita de dicho dinero. Así, GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para la unificación de la jurisprudencia. Años 1991-2002*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2º edición, 2003, pp. 253-254.

²⁰⁵ P. ej., las SSTs N° 1030/2003 de 15 de julio y N° 450/2007 de 30 de mayo.

condenado con anterioridad al acto enjuiciado, cuando concurren dos condiciones: 1. Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas (o de cualquier otro delito); 2. Que se respete el principio acusatorio.²⁰⁶

La procedencia de los bienes debe demostrarse con certeza, lo anterior a través de prueba indirecta y sin que sea necesario que se demuestre cada uno de los actos criminales que da origen a los bienes.²⁰⁷ Bastará entonces con que se demuestre la actividad criminal en términos genéricos.²⁰⁸ Esa demostración puede equipararse con la que se realiza en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente y puede basarse en los siguientes indicios:

“a) que el condenado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad, por la que por fin fue condenado; a tal efecto, pueden servir declaraciones policiales que atestigüen los contactos, reuniones, movimientos o en general cualquier acto que, aunque en su momento sólo constituyera una sospecha racional, con el descubrimiento de la operación enjuiciada, adquieren nueva virtualidad y fuerza; las intervenciones telefónicas o los registros domiciliarios a menudo suministran datos de anteriores operaciones a la enjuiciada y sin embargo no descubierta, pero que precisamente por eso sí generaron una ganancia incorporada al patrimonio del delincuente.

b) Que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante el período de tiempo en el que el condenado se venía dedicando, en los términos antes dichos, a la actividad delictiva en cuestión.

c) Que el bien o patrimonio a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada o lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, rentas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido.

d) Que en la financiación, administración o disfrute del bien concurren circunstancias o procedimientos ajenos al normal tráfico económico, como por ejemplo el recurso a mecanismos de opacidad en la tenencia y transmisión de bienes o capitales, transferencias financieras con el extranjero (más aún si la operación se realiza con paraísos fiscales), excesivos movimientos en dinero metálico, disposición de divisas, etc. Probados estos extremos y puestos en relación unos con otros, entendemos que resultará acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no

²⁰⁶ En igual sentido, ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ*, *op. cit.*, p. 52 y ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica*, *op. cit.*, p. 418.

²⁰⁷ Aguado Correa indica que para proceder al comiso de las ganancias se debe demostrar que proceden de la comisión del delito de que se trata y esto se debe hacer descansar, según el TS, en la existencia de prueba y en una valoración racional de la misma, aunque con carácter general bastará con que conste la inexistencia de otros medios de vida o de otros ingresos lícitos por parte del acusado para que pueda explicar la procedencia del dinero. AGUADO CORREA, “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, *op. cit.*, p. 504.

²⁰⁸ PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 73. Para Blanco Cordero, si existe prueba directa de la procedencia de los bienes (concurso de delitos) ya no se aplicará el comiso ampliado, sino el comiso común. BLANCO CORDERO, “Comiso ampliado y presunción de inocencia.” En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, *op. cit.*, p. 96.

proceda propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito."²⁰⁹

La segunda exigencia es el respeto del principio acusatorio, con lo cual quien formula la acusación es el que debe demandar el comiso sobre esos bienes que no se relacionan directamente con el hecho enjuiciado, individualizando o especificando los bienes cuyo comiso pide. Asimismo, es necesario que la imposición de la medida se someta al principio de contradicción.²¹⁰

Ese acuerdo del TS, que en lo medular, abre la puerta a un comiso más amplio,²¹¹ recibió respaldo legal a través de la introducción de un segundo párrafo en el art. 127.1 CP. Como apunta Aguado Correa, no solo en relación con delitos vinculados con tráfico de drogas, sino con respecto a cualquier delito cometido en el marco de una organización o grupo criminal y no solo sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores, sino también sobre los efectos, bienes e instrumentos.²¹² Entiendo que además con respecto a actividades delictivas que pueden no tener un vínculo con la concretamente enjuiciada, lo que es aún más delicado.

Luis Rueda García cree que el hecho de que los órganos jurisdiccionales apliquen el acuerdo del TS pacíficamente es un motivo para considerar constitucional el ahora art. 127.1 párrafo 2 CP.²¹³ No comparto esta conclusión, pues el acuerdo del Tribunal Supremo (que sin lugar a dudas supuso una extensión en el ámbito de lo decomisable tratándose de delitos relacionados con el tráfico de drogas), antes de la introducción del comiso ampliado en el art. 127.1 párrafo 2 CP *carecía de fundamento legal*.²¹⁴ Aunque se llegase a demostrar que los bienes procedían de la misma actividad criminal (el tráfico de drogas), el comiso *ordinario* estaba diseñado (y sigue estándolo), para alcanzar los efectos, instrumentos y ganancias de la *concreta*

²⁰⁹ ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.*, p. 32. Vid también ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, pp. 418-419. Hay muchas resoluciones del TS donde se acepta una demostración en términos genéricos del delito determinante en materia de blanqueo de capitales. V.g., SSTS N° 1842/1999 de 28 de diciembre; 157/2003 de 5 de febrero; 198/2003 de 10 de febrero; 1595/2003 de 29 de noviembre; 33/2005 de 19 de enero; 1142/2005 de 20 de septiembre; 392/2006 de 6 de abril y 1012/2006 de 19 de octubre, entre muchas otras.

²¹⁰ BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.*, p. 97. La aplicación de los principios acusatorio y de contradicción en relación con cualquier forma de comiso es reclamada por autores como Octavio de Toledo y Ubieto. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIE-TO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.*, pp. 2-3.

²¹¹ Consideran dicho acuerdo la consagración del comiso ampliado PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 73 y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. "Tráfico de drogas." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011, p. 1361.

²¹² AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 504.

²¹³ RUEDA GARCÍA, "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea, op. cit.*, p. 228.

²¹⁴ VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, *op. cit.*, p. 1994. Según ella, hablamos de una creación jurisprudencial carente de cobertura legal.

actividad criminal que es sometida a juicio y no de otras, sean o no de la misma clase. Esta conclusión tampoco varía si se considera que la normativa supranacional hablaba de una extensión del comiso como la apuntada, pues antes de la incorporación de esas ideas a través del párrafo 2 del artículo 127.1 CP, no había una disposición que avalase dicho proceder. En suma, el acuerdo del TS, aunque loable, no deja de ser una invención jurisprudencial que no tenía sustento legal alguno, o no lo tenía hasta que se introdujo el comiso ampliado en el art. 127.1 párrafo 2 CP.

Del mismo modo, el breve argumento que expuso el TC para legitimar el citado acuerdo del TS es cuestionable. Veámoslo. El TC, en las sentencias N° 219 y 220, ambas del año 2006, señaló que el comiso no guarda relación con el principio de presunción de inocencia, ya que éste supone que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas válidas en relación con los elementos esenciales del delito. Una vez constada la culpabilidad del acusado y en lo que aquí interesa, en la aplicación de las consecuencias accesorias, ese derecho deja de estar en juego.²¹⁵ Como he venido manifestando, la presunción de inocencia también debe aplicarse en relación con los presupuestos que justifican la imposición de cualquier medida de naturaleza penal. Si bien no se trata de un elemento del delito, el comiso es una medida restrictiva de derechos, de claro contenido punitivo (al menos tal y como está regulado en la legislación española), de ahí que no está exenta de los derechos y garantías que revisten el proceso penal. Además, aunque en ambos casos se aplicó el acuerdo del TS al que he hecho referencia, el TC no hizo mayores consideraciones en relación con él, limitándose a señalar que los órganos jurisdiccionales concluyeron de manera motivada y con fundamento en derecho (me pregunto yo cuál derecho, pues el art. 127 CP solo contemplaba en aquel entonces el comiso de bienes relacionados con el delito enjuiciado), que los bienes, si bien no procedían de los hechos delictivos juzgados, lo eran de la misma actividad delictiva desarrollada previamente.

Aunado a lo anterior, el alcance del acuerdo del TS es mínimo en comparación con los alcances que el legislador atribuyó al comiso ampliado, pues en éste se desvinculan por completo los bienes y la actividad delictiva de la que se presume proceden y que puede ser o no de la misma clase que la enjuiciada. A diferencia de lo que sucedía con el acuerdo del TS, donde el comiso de las ganancias procedentes del narcotráfico se podía extender a las ganancias provenientes de operaciones anteriores de la misma naturaleza que aquella que está sometida a juicio, siempre que se demostrara ese origen (demostración en la que los indicios tenían y tienen un lugar medular), en el comiso ampliado la condena por ciertos delitos (los cometidos al amparo de organizaciones o grupos criminales o terroristas, o de un delito de terrorismo), es lo que permite concluir que todos los bienes del condenado cuyo valor sea desproporcional a sus ingresos legales (o mejor dicho, en relación con los cuales no pueda demostrar su origen lícito), proceden de una actividad delictiva que no queda demostrada ni siquiera de forma genérica; que se presume es realizada por el

²¹⁵ SSTC N° 219/2006 y 220/2006, ambas de 3 julio.

condenado y que se presume es cometida en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo.²¹⁶

5. Comiso ampliado y otros tipos penales que contemplan el fenómeno de las organizaciones y grupos criminales.

El tratamiento del fenómeno de la criminalidad organizada en la legislación penal española se da a través de dos mecanismos principales. El primero, la creación de tipos penales que sancionan el vínculo (p. ej., la mera pertenencia) a las organizaciones o grupos criminales, sin que se requiera otro comportamiento distinto a ese. Este es el caso de los arts. 570 bis o 570 ter CP. La segunda, la constitución de causales de agravación de la pena previstas ante la presencia de colectivos organizados. Así sucede p. ej., con la trata de seres humanos (art. 177 bis. 6); la prostitución y corrupción de menores (arts. 187. 4; 188. 4 b) y 189. 3 e); del descubrimiento y revelación de secretos (art. 197. 8); los delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4), daños (art. 264. 3. 1); el blanqueo de capitales (art. 302. 1); el tráfico de drogas (arts. 369. 1. 2º, 369 bis, 370. 2 y 371. 2); los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social (arts. 305. 1. b y 307. 1. b respectivamente) y los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (arts. 271. c y 276. c, respectivamente).

Nótese que muchos de esos tipos penales, que son previos a la LO 5/2010 de 22 de junio, usan expresiones que no necesariamente coinciden con las planteadas en los artículos 570 bis o 570 ter. P. ej., en los artículos 189.3. e), 271.c) y el 177 bis. 6) se alude a la *organización o asociación incluso de carácter transitorio*. Con una mejor sistemática, otros tipos penales hablan de las organizaciones o grupos criminales (v.g., el art. 197.8 habla de ambos fenómenos, o el art. 264.3.1 CP solamente contempla la organización criminal). En cualquier caso, el concurso que se pueda producir con la comisión de estos delitos y los previstos en los arts. 570 bis o 570 ter es intrascendente a efectos de la aplicación del comiso ampliado, pues de conformidad con el artículo 127.1 párrafo 2 CP, éste solamente procederá cuando haya un condenado por las conductas previstas en los numerales 570 bis (organizaciones criminales); 570 ter (grupos criminales); 571 (organizaciones y grupos terroristas) y 572 a 580 (delitos de terrorismo). Recordemos que el art. 127.1 párrafo 2 CP habla de condenados por *delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo*, con lo cual lo primero que se debe demostrar es la existencia de una organización o grupo criminal o terrorista, o bien de un delito

²¹⁶ Entiende, creo que con acierto, Vidales Rodríguez que una cosa es admitir que el origen ilícito de los bienes se pueda presumir mediante indicios y otra muy diferente es *“que la condena por un delito concreto permita inferir que todos los bienes del condenado respecto de los que no pueda demostrarse su lícita obtención son producto de una actividad delictiva que, de un lado, queda sin demostrar, ni siquiera sea de modo genérico; y, de otro, se presume llevada a cabo en el seno de una organización criminal. Y esto es, precisamente, lo que acontece en relación con la facultad ampliada del decomiso que se comenta.”* VIDALES RODRÍGUEZ, “El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales.” En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, op. cit., p. 1995.

de terrorismo. Dicho en otras palabras, la configuración de cualquiera de los delitos mencionados (570 bis; 570 ter; 571 y 572 a 580 CP) son el punto de partida del comiso ampliado. Una vez que se cumple con este requisito, la imposición de la medida es procedente, siendo irrelevante si además se configura otro tipo penal que contemple el fenómeno de la delincuencia organizada (p. ej., un tráfico de drogas realizado por quienes pertenecen a una organización delictiva, artículo 369 bis CP), o cualquier otro delito en el que no se prevea esa circunstancia. V.g., se condena a A por dirigir una organización criminal dedicada a la comisión de homicidios por encargo y por cometer un homicidio en particular. Para el homicidio el legislador no contempló el tema de la delincuencia organizada, ni como elemento del tipo penal, ni como circunstancia agravante. Esto no impedirá que se aplique el comiso ampliado, pues como ya vimos, también se ha condenado a A por la conducta descrita en el artículo 570 bis CP.

No menos problemática es la relación que se establece entre los tipos cualificados y los delitos contemplados en los artículos 570 bis o ter CP. No se puede hablar de un concurso de delitos, pues la pertenencia a la organización no se puede contemplar de forma doble toda vez que se quebrantaría el *non bis in ídem*. Tampoco parece lógico prescindir de las cualificaciones especiales, pues sería desconocer el principio de vigencia. Lo que autores como García Albero sugieren, es considerar que los tipos cualificados son ley especial frente al régimen general que suponen el artículo 570 bis o ter,²¹⁷ solución que a mi modo de ver no está exenta de polémica. La definición de grupo criminal y organización criminal ha sido dada legislativamente, con lo cual entiendo que solo configurándose la misma (y no los tipos penales cualificados), se podrá proceder al comiso ampliado. Por otra parte, hay quienes estiman que entre los agravantes y los tipos penales de organización y grupo criminal no hay una relación de especialidad, subsidiariedad y consunción, sino que son preceptos que contemplan el mismo hecho. De este problema era consciente el legislador y para arreglarlo, decidió incluir como regla general una disposición que está hecha para solucionar (excepcionalmente) una errónea coordinación entre normas penales.²¹⁸ Incluyó en el artículo 570 quater apartado 2 párrafo segundo lo siguiente: “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8”. En esa regla número 4, se prevé la aplicación del precepto que contempla la pena más grave tratándose de hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código, ello en defecto de las otras reglas que contiene el art. 8 (especialidad, subsidiariedad, consunción).²¹⁹ Creo que

²¹⁷ En este sentido, véase GARCÍA ALBERO, “Arts. 570 bis-570 quater.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo II, p. 1712; así como la Circular 1/2002 de 19 de febrero de la Fiscalía General del Estado, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*. En ella se sigue esta tesis para resolver el problema concursal suscitado entre los arts. 318 bis 5 y 515 CP. Disponible en: <http://www.fiscal.es>.

²¹⁸ CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, op. cit., p. 655.

²¹⁹ “Artículo 8.

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

este desajuste solo podrá solucionarse derogando las cualificaciones que contienen los tipos penales en relación con las organizaciones y grupos criminales, de manera que el concurso de delitos sea viable en estos casos y en consecuencia, el comiso ampliado también lo sea.

Mención aparte requiere el tipo penal de la asociación ilícita. El art. 515.1 CP considera punibles las asociaciones ilícitas “que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.”

La norma contempla dos hipótesis: *La asociación ilícita inicial*, que se crea con el propósito de cometer y promover la comisión de delitos o faltas de forma organizada, coordinada y reiterada y *la sobrevenida*, que habiéndose constituido válidamente, luego asume dichos fines. En ambos casos, son asociaciones que tienen una finalidad ilegítima. Lógicamente el cumplimiento de las formas no garantiza la legitimidad de los fines perseguidos, de ahí que lo importante no es si la agrupación se constituyó conforme a las normas jurídicas; si en sus orígenes tenía objetivos lícitos, o si al menos guardó la apariencia de tenerlos. Lo relevante es si la asociación en la realidad persigue alguno de los fines que contempla el art. 515 CP.²²⁰

La jurisprudencia española ha sido clara al señalar que la asociación para que sea delictiva, debe presentar las siguientes características: “... a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación -en el caso del art. 515.1º inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita

-
2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
 3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
 4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

Para Serrano Gómez y Serrano Maíllo, en el art. 570 quater 2 CP, el legislador resolvió el conflicto aplicando el 8.4 CP, es decir, castigando por el precepto penal más grave. SERRANO GÓMEZ, SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, p. 1073. Muñoz Conde también cree que la relación entre los delitos de asociación ilícita y el de organizaciones y grupos criminales o terroristas, así como cuando se haya cometido un delito que prevea una cualificación específica por pertenencia a una organización se debe resolver por la regla de la alternatividad: MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, 18º edición, 2010, p. 911. Entiendo que tal interpretación no es correcta, pues el 8.4 alude expresamente a los tres primeros apartados del art. 8 CP y aclara que la regla en él contenida (aplicación del tipo penal más grave) solo se aplicará en defecto de las demás.

²²⁰ Lo importante son los objetivos reales y no los nominales: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 17º edición revisada y puesta al día, 2009, p. 779; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, 18º edición, 2010, p. 849 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1978, p. 245.

actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar... ”²²¹

Organización y permanencia²²² son los elementos básicos de la asociación contemplada en el tipo penal de la asociación ilícita. Estas características suponen la existencia de una organización cuya complejidad será la necesaria para la consecución del programa delictivo. Con esto se abre la puerta a organizaciones que aunque rudimentarias o informales, son suficientes o idóneas²²³ para la búsqueda de los objetivos trazados.

Tratándose de la finalidad, lo determinante es el objetivo que persiga la asociación y no cada uno de sus miembros: “... la asociación supone que la pluralidad de personas que la constituyen han de ser independientes y autónomas respecto de cada uno de los individuos que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene porqué ser ilícito. Ahora bien, ha de quedar claro que esa finalidad, que cuando es ilícita supone la conculcación del Código, ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos.”²²⁴

²²¹ STS N° 234/2001 de 3 de mayo. En la misma línea, se encuentran las SSTS N° 1/1997 de 28 de octubre y 415/2005 de 23 de marzo. Estabilidad, existencia de un fin propio de la asociación, distribución de funciones entre los miembros y jerarquización, son los requisitos que Quintero Olivares le atribuye a la asociación ilícita con base en los señalados en la sentencia N° 1/1997 de 28 de octubre citada antes. QUINTERO OLIVARES, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita.” En: FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, op. cit., p.184.

²²² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; DÍAZ CORTÉS, Lina (Col.). *Derecho Penal. Parte Especial*. Salamanca: CISE-Universidad de Salamanca, 3° edición, 2008, p. 411. Estos autores hablan de asociación ilícita como aquella que posea organización (estructura) y permanencia.

²²³ Según García-Pablos de Molina, “Patalano advierte..., que la doctrina incurre en un falso planteamiento metodológico al tratar de trasplantar al Derecho Penal las concepciones civilistas, en lugar de interpretar el concepto de asociación o el de organización en función y a la luz de los respectivos tipos penales, sin apriorismos, objeción que estimo bien fundada. Este autor prefiere referirse a la necesidad de una “organización idónea”, requisito que se apreciaría caso a caso, considerando la complejidad del programa criminal, el número de miembros de la asociación y la naturaleza del vínculo existente entre éstos. A su juicio, si la organización carece de la debida “idoneidad”, no puede hablarse de “asociación” y quiebra el presupuesto de este delito, por más que las personas que integraran aquella hubieran ejecutado concretos hechos criminales... El concepto de organización es un concepto funcional, ligado necesariamente a las circunstancias del caso concreto, y sin más limitaciones que el de su propia idoneidad.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, op. cit., pp. 227-228 y 236. Aunque la legislación comentada por el autor es diversa a la vigente hoy en día, buena parte de sus ideas siguen siendo plenamente válidas.

²²⁴ STS N° 1/1997 de 28 de octubre. Es de la misma opinión SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. “Artículo 515.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1792. Al respecto, apunta García-Pablos de Molina, “... los propios móviles o intenciones son irrelevantes. La finalidad de delinquir, por ejemplo, es finalidad de la asociación, es “objeto social”, no propósito o meta de los socios. Afiliarse “para” delinquir, con el objeto de delinquir, y hacerlo a una asociación que no tiene por objeto cometer delitos, es un comportamiento “atípico”: a pesar del “animus” del socio. Sin embargo: favorecer a una asociación de fines criminales, es una conducta típica, aunque se lleve a cabo sin propósito de cometer delitos. Lo que la ley describe y prohíbe son

Como se extrae de lo anterior, las notas características de la asociación son precisamente las que se destacan en el recién creado art. 570 bis CP, de ahí que el art. 515.1 CP debió suprimirse.²²⁵ No siendo así, surgen las dudas en cuanto al ámbito de aplicación de una y otra norma,²²⁶ lo que no es intrascendente pues el comiso ampliado requiere que se configure el delito de organización o grupo criminal o terrorista. Dar una interpretación extensiva al párrafo 2 del art. 127.1 CP, e incluir en él los casos en los que la condena sobrevenga por el delito de asociación ilícita quebrantaría el principio de legalidad penal, lo anterior incluso a pesar de que el art. 515.1 CP también se puede aplicar al fenómeno criminológico de la delincuencia organizada (de hecho, así se hizo durante muchos años).

En suma, la introducción de los nuevos tipos penales obliga a redefinir los límites del ámbito de aplicación del numeral 515.1 CP. Para algunos autores, el tipo penal de la asociación ilícita deberá reservarse para punir aquellos casos en que la asociación se ha constituido formalmente, lo que no sucede en las organizaciones criminales.²²⁷ Creo que dicha solución es insatisfactoria, pues en primer término el art. 515.1 CP contempla dos formas asociativas, una de las cuales es ilícita desde sus orígenes. En segundo lugar, porque no hay razones para colocar en una situación más favora-

comportamientos externos que apuntan a la asociación en cuanto empresa criminal y que suponen una aportación a la misma: no castiga "intenciones", ni -mucho menos- meros pensamientos." GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, op. cit., p. 172.

²²⁵ Ésta es la opinión expresada por GARCÍA RIVAS, Nicolás; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; CANCIO MELIÁ, Manuel; RODRÍGUEZ PUERTA, María José; FARALDO CABANA, Patricia; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; LAMARCA PÉREZ, Carmen; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel y GARROCHO SALCEDO, Ana. "Delitos de organización: Arts. 515 y 516, 570 bis y ss., 571 y ss." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.) *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 411.

²²⁶ Así lo señaló Patricia FARALDO CABANA, en el *XXIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca*. Ella intervino en la mesa denominada "La reforma de los distintos tráfico ilícitos: criminalidad organizada, tráfico de personas y el nuevo delito de trata de seres humanos", que tuvo lugar el día 25 de marzo de 2011. También SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, op. cit., p. 1069.

²²⁷ Como señalé, hasta antes de LO 5/2010 el art. 515 CP era empleado para abordar el fenómeno de las agrupaciones criminales. Tras la inclusión de las normas que regulan las organizaciones y grupos criminales, Sánchez García de Paz considera que los alcances de la mencionada norma deben replantearse. Entiende que el artículo 515 "...debe reservarse para la punición de asociaciones formalmente constituidas como tales y orientadas a la comisión de delitos, entendiéndose que se quiere proteger como bien jurídico el derecho constitucional de asociación, mientras que las figuras de la organización y el grupo criminal se orientarían a la protección del orden público y encontrarían su aplicación respecto de meras asociaciones de personas de hecho orientadas a delinquir." SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 515." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1794. En igual sentido Tamarit Sumalla considera que la diferencia entre el 570 bis y el 515 radica en que este último, además de la estabilidad y permanencia propias de la organización criminal, también requiere "una mínima estructura asociativa y una apariencia formal que permita confundirla con las asociaciones que participan normalmente en la vida social." TAMARIT SUMALLA, Josep María. "Artículo 515." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6º edición, 1º con este título, 2011, p. 1538. Finalmente, García Albero señala que en el caso de una asociación legamente constituida que promueve con posterioridad la comisión de delitos se dan notas específicas frente a la mera organización criminal, de ahí que puedan aplicarse por especialidad los artículos 515 y 517 CP. GARCÍA ALBERO, "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo II, p. 1712.

ble²²⁸ a quienes fundan, dirigen, presiden o integran activamente una asociación que tiene una apariencia formal y se dedica a la comisión de delitos, que a quienes realizan esas mismas conductas y otras tantas en una organización que no se ha constituido formalmente y busca ese mismo objetivo. Esto sería privilegiar el envoltorio que en el ámbito jurídico adoptó la asociación, lo que es absurdo si se piensa que una vez suprimido éste, v.g., a través de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, no hay diferencia con cualquier otra organización criminal.

Lo correcto reitero, de *lege ferenda* es suprimir dicha norma (art. 515.1 CP),²²⁹ de manera que cualquier organización, esté constituida formalmente o no, que cumpla los parámetros definidos en el art. 570 bis (ya de por sí bastante amplios), pueda considerarse organización criminal, con las consecuencias que ello implica.

6. Comiso ampliado sobre bienes de terceros y en casos donde no se ha impuesto una pena y se demostrado una situación patrimonial ilícita.

Podemos interpretar el párrafo 2 del art. 127.1 CP de dos maneras. La primera, como una unidad. La segunda, como una disposición que contiene dos partes: una, en la que se admite el comiso ampliado de bienes procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo. Otra, en la que se prevé una regla probatoria.

Autores como Luis Rueda García creen que el apartado primero del artículo 127 debe leerse integralmente. Por tanto, solo a quien se le impute la infracción y no un tercero, podría asumir la condición de sujeto pasivo del comiso ampliado.²³⁰ Comparto esta conclusión, pues una lectura fragmentada del párrafo 2 mencionado nos conduce a extremos absurdos. Me explico. La segunda interpretación nos llevaría a admitir el comiso ampliado en los casos donde no se ha impuesto una pena y sí se ha declarado la existencia de una situación patrimonial ilícita. Sería procedente el decomiso de bienes porque se *presume* que tienen alguna relación con actividades criminales que a su vez son conexas con el hecho que fue sometido a juicio, ignorando que ni aquellas, ni este hecho, entiéndase, el que mejor se logró precisar en modo, tiempo y lugar (justamente por eso fue acusado), motivó una condena. Algunos autores también creen que a esta conclusión se puede llegar porque la norma

²²⁸ Digo más favorable pues la cantidad de conductas que se tipifican en el art. 517 CP es menor que la contemplada en el art. 570 bis (p. ej., en este último también se sanciona el formar parte de la organización, no siendo necesario que se trate de una participación activa, como sí sucede en el art. 517 CP). Las penas contempladas en el art. 517 CP también son menores.

²²⁹ Cancio Meliá también es del criterio que la asociación ilícita no tiene espacio tras la reforma. CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, op. cit., p. 654.

²³⁰ RUEDA GARCÍA, "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, op. cit., pp. 224-225.

hace expresa mención a la condición de *condenados*,²³¹ sin embargo, creo que ésta no es una razón de peso para excluir la aplicación del apartado 4 del art. 127 CP, ya que también en el comiso ordinario (art. 127. 1 CP) se hace referencia a la pena como presupuesto del comiso y no por ello se deja de aplicar la medida cuando no imponiéndose esa, se configura una situación patrimonial ilícita. Así las cosas, la objeción más importante para negar el comiso ampliado en casos en los que no se llega a imponer la pena, es la falta de elementos para concluir con certeza que hay una relación entre los bienes a decomisar y el hecho enjuiciado. Pensemos en un caso. A, dirigente de una organización criminal dedicada al narcotráfico, da muerte a su esposa porque ésta quería abandonarlo. Otro ejemplo es que el mismo sujeto A conduzca de manera temeraria su coche y dé muerte a un peatón que se encontraba cruzando un paso de cebra. Aunque A sea condenado en ambos casos, tratándose de delitos que no guardan relación con organizaciones o grupos criminales (sea la organización que dirige, u otra organización o grupo criminal), no procederá extender el comiso sobre el resto de su patrimonio, inclusive a pesar de que se pueda demostrar fácilmente una desproporción entre éste y sus ingresos legales. El comiso quedará limitado a los efectos e instrumentos (pues no hay ganancias en los ejemplos que mencioné), *de las infracciones efectivamente cometidas*.

Del mismo modo, si pensásemos que el párrafo tiene dos partes independientes entre sí, también deberíamos aceptar la imposición del comiso ampliado sobre bienes de terceros. Una interpretación como ésta nos llevaría a concluir que en la legislación española se introdujo el supuesto previsto en el art. 3.3 de la DM 2005/212/JAI, con los riesgos que supone éste, pues por la titularidad de los bienes estos guardarán mayor distancia con los hechos que efectivamente fueron sometidos a proceso.

En resumen, entiendo que el art. 127.1 párrafo 2 debe interpretarse como una unidad. Con la expresión, *A estos efectos*,²³² el legislador da a entender que los bienes de origen ilícito sobre los que recae la presunción *son solo los que pertenecen al condenado*, lo que impide la imposición del comiso ampliado cuando no se imponga una condena, así como sobre bienes pertenecientes a terceros. Tratándose de estos últimos, solamente se cuenta con el comiso ordinario y los mecanismos existentes a efectos de determinar quién es el verdadero titular de los bienes directamente relacionados con la infracción, por ejemplo, el levantamiento del velo de la persona jurídica y la anulación de negocios jurídicos fraudulentos para hacer posible el decomiso (v.g., art. 374.3 CP).

²³¹ De esta opinión VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, op. cit., p. 1992.

²³² Art. 127.1 párrafo 2:

"El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. *A estos efectos* se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas."

7. Naturaleza jurídica de esta forma de comiso.

El comiso ampliado se origina, *al menos en el plano del deber ser*, con el propósito de alcanzar las ganancias obtenidas por las organizaciones criminales.²³³ Entiendo que es una orientación teleológica que no dista de la del comiso de ganancias, de ahí que su naturaleza jurídica sea la misma. Como expliqué en el capítulo III apartado III.C.2., se trata de una medida de carácter penal, que busca suprimir el enriquecimiento proveniente de las infracciones penales y que también puede tener efectos preventivos, evitando la reinversión de ganancias ilícitas en la economía legal y desincentivando la comisión de hechos criminales al demostrar que el crimen no paga.

De *lege lata* es indiscutible su carácter sancionador, pues su imposición está vinculada a la condena de una persona por cometer actividades en el marco de la criminalidad organizada o el terrorismo. Es una medida que se dirige *ad personam*, al patrimonio del condenado y no al de terceros. Además, solamente por el deseo de punir se explica el comiso ampliado de bienes que se presumen son efectos e instrumentos y que pueden no ser peligrosos. Siempre en esta línea de ideas, otro elemento que confirma mi conclusión es la desconexión que hay entre los bienes a decomisar y las actividades criminales de las que supuestamente proceden. No se dispone el comiso ampliado porque exista un vínculo entre ambos, sino porque hay una desproporción entre activos e ingresos del condenado que no ha sido justificada. Tan problemática es la inclusión de una presunción legal en esta norma, que el comiso ampliado puede abarcar bienes que no proceden de un delito, ya que bastará con que el condenado no articule prueba que desvirtúe el hecho base (la desproporción entre ingresos legítimos y patrimonio), para que se tenga por demostrado el hecho presunto (a saber, que los bienes proceden de actividades criminales vinculadas con la delincuencia organizada o el terrorismo). Como expuse a lo largo de los acápites anteriores, la presunción legal hace innecesario que el órgano jurisdiccional tenga por demostrado *con certeza* el vínculo entre los bienes y las actividades criminales de las cuales supuestamente proceden, con lo cual se concluye que la razón de ser del comiso ampliado es básicamente la de sancionar la tenencia injustificada de bienes por parte de quien ha sido condenado por determinados delitos (los de organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo). Sobre esto, me extenderé en el próximo acápite. De momento, solo señalar, a modo de conclusión, que el comiso ampliado de *lege lata* tiene un claro carácter punitivo.

²³³ QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, op. cit., p. 108.

8. Otras reflexiones sobre el comiso ampliado contenido en el art. 127.1 párrafo 2 CP.

Según algunos autores la normativa española no llegó al extremo de crear un delito de tenencia injustificable de bienes. De esta manera, además de negarse a equiparar lo inexplicable y lo delictivo, sigue manteniéndose la exigencia de establecer una relación entre un delito concreto y los bienes que se poseen.²³⁴ El Consejo General del Poder Judicial concluyó lo mismo al examinar este tema, señalando que el comiso ampliado vincula el patrimonio desproporcionado cuyo origen no se pueda demostrar como legal, con la actividad delictiva de la organización, con lo cual se evita que el patrimonio simplemente ilícito, pero no delictivo, sea suficiente para fundamentar el comiso ampliado de los bienes: “Esta precisión es de gran importancia para delimitar el ámbito del comiso ampliado, pues la ampliación del comiso no puede extenderse, y menos por vía de presunción, a cualquier patrimonio ilícito del sujeto, sino solo a aquel que se presume, salvo prueba en contra, vinculado directa o indirectamente a la actividad delictiva de la organización por la que el sujeto es condenado.”²³⁵

No comparto completamente estas afirmaciones. Aunque la tenencia injustificada de bienes no ha sido tipificada, tampoco procede excluir del ámbito del comiso ampliado el patrimonio que no proceda de una actividad delictiva; o que no proceda de una actividad delictiva no vinculada directa o indirectamente con la desplegada por la organización o grupo criminal al que está vinculado el condenado, pues por la presunción legal contenida en el párrafo 2 del art. 127. 1 CP, no es imprescindible que el órgano jurisdiccional llegue a concluir, con un grado de certeza, que los bienes tienen un determinado origen. Basta con que haya un condenado por actividades cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o

²³⁴ “... en principio, aparentemente –pues es una idea a revisar, como después veremos- no se ha llegado al extremo, recomendado en documentos de la OCDE, de crear directamente un delito de tenencia injustificable de bienes. No siendo así, subsiste, en principio, la necesidad de establecer una relación causal razonable entre el delito cometido (un delito concreto) y los bienes que se poseen. Este planteamiento, tradicional, y que se considera único compatible con la dificultad de presumir delitos no conocidos o probados y responder penalmente desde esa presunción, es abiertamente contestado y rechazado por los partidarios de fortalecer las respuestas penales ante la exhibición impune de riquezas de origen inconfesable. La equiparación entre lo “inexplicable” y lo “delictivo” es así tenida como la única manera no ingenua de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo. Por lo demás, se dice, tampoco está justificado un excesivo escándalo, dado que en otras parcelas del derecho –concretamente en el derecho tributario- el aumento injustificado del patrimonio tiene relevancia y puede ser fuente de obligaciones y sanciones.” QUINTERO OLIVARES, “La reforma del comiso (art. 127 CP).” En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, ibídem, p. 108. Véase igualmente RAMÓN RIBAS, “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo I, p. 786. Para Choclán Montalvo, el tipo penal de enriquecimiento ilícito es de dudosa compatibilidad con los principios constitucionales que disciplinan el Derecho penal por invertir la carga probatoria hacia aquel que posee ciertos bienes cuya procedencia lícita debe probar. Así, CHOCLÁN MONTALVO, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 336.

²³⁵ DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, op. cit., p. 70.

por un delito de terrorismo y que posea bienes cuyo valor sea desproporcional a sus ingresos legales.²³⁶

Lo anterior, sin embargo, no excluye la posibilidad de que el condenado articule prueba en contrario y logre demostrar que su patrimonio o la parte de él que se considera desproporcional tiene un origen ilícito pero no delictivo (p. ej., que procede de la comisión de faltas), o que procede de delitos no cometidos en el marco de la delincuencia organizada y el terrorismo. En esta hipótesis no cabrá el decomiso, pues se habrá probado la inexistencia del hecho presunto (a saber, que los bienes proceden de actividades *delictivas* cometidas en un determinado contexto). Lo que no podrá demostrar (o mejor dicho, lo que es intrascendente aunque lo pueda demostrar), es que los bienes se originan en actividades delictivas cometidas en el contexto de la delincuencia organizada o el terrorismo que son de *una clase diferente* a la que motivó su condena, pues la aplicación del comiso ampliado no requiere esa identidad.

No desconozco que demostrar el origen de los bienes puede resultar ordinario y simple para su titular siempre y cuando ese origen sea legal. Ahora, aunque autores como Climent Durán consideran que la regla básica sobre la carga probatoria puede alterarse si, además de la facilidad probatoria para una de las partes, se constata que la otra tiene verdaderas dificultades en la demostración del hecho que ha invocado en su propio provecho²³⁷ (como sucede en este caso, donde quien está en mejores condiciones de probar el origen lícito de los bienes es su titular), la no demostración de dicho extremo no le debe acarrear consecuencias negativas al procesado, pues en el ámbito penal o procesal penal no cabe esa inversión de la carga probatoria. La presunción de inocencia debe desvirtuarse con la prueba de cargo, sea directa o indirecta, lo que claro está, no impide al órgano jurisdiccional valorar la ausencia de explicaciones que comúnmente podrían justificar dichos ingresos.²³⁸ Importante añadir que esas explicaciones también deben ser buscadas

²³⁶ En igual sentido GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.*, pp. 299-300. En sentido contrario, señala Vidales Rodríguez: "Sin desconocer que en la mayor parte de casos los bienes del condenado tendrán el origen delictivo que se le supone, y admitiendo asimismo que los hechos constatados constituyen poderosos indicios, no creo que puedan descartarse otros supuestos en los que los bienes tengan una procedencia ilegal o que incluso, siendo delictiva, no guarde relación alguna con esa manifestación de la delincuencia. En tales hipótesis, esto es, cuando no pueda constatarse la vinculación entre el bien y el crimen organizado las dudas, según entiendo, deberán disiparse a favor del reo; incluso; como digo, aunque existan fundadas sospechas de que procede de la realización de un hecho delictivo, siempre que éste sea ajeno a la organización criminal." VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, op. cit., p. 1995.

²³⁷ CLIMENT DURÁN, op. cit., p. 757.

²³⁸ Como ha apuntado el TS, con acierto, en ciertas hipótesis el hecho de que el imputado no ofrezca una explicación alternativa a la que propone la acusación permite concluir que no la hay. Véase la STS Nº 468/2002 de 15 marzo: "Por otra parte el propio acusado no proporciona una explicación alternativa plausible de cómo pudieron quedar impresas sus huellas dactilares en la barra del bar, junto a la caja registradora forzada, precisamente la noche del robo, y mientras el bar se encontraba cerrado al público. Es cierto que no recae sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia, pero cuando existen pruebas de cargo serias de la realización de un acto delictivo, -y las huellas dactilares indudablemente lo son- la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcio-

por la parte procesal que formula la acusación, ya que es la principal interesada en descartar su existencia. P. ej., la acusación demuestra que el imputado, condenado por ser parte de una organización dedicada a la venta de droga a consumidores, ni ha trabajado ni ha hecho negocios lícitos durante años, no obstante lo cual tiene en su poder una importante cantidad de joyas (anillos, relojes, cadenas, etcétera), con los que comúnmente los adictos pagan la droga que consumen; o posee grandes cantidades de dinero en metálico en su vivienda; o tiene depósitos en sus cuentas bancarias que no son constantes en cuanto a su cantidad y periodicidad, etcétera.

Tras el estudio del art. 127.1 párrafo 2 CP, queda claro que la presunción legal allí contenida debe desaparecer. La desproporción entre patrimonio e ingresos legales debe ser considerada un indicio más, que el órgano jurisdiccional debe valorar junto a otros, p. ej., la presencia de operaciones en el ámbito financiero que se pueden estimar extrañas, la condena por ciertos delitos, etcétera; o como sugieren algunos, ser considerada una directriz o guía para que el juzgador vincule los indicios y el hecho presunto, pero sin sustituir su razonamiento.²³⁹ Lo que planteo no es algo novedoso. En materia de blanqueo de capitales, v.g., hay una consolidada jurisprudencia del TS que construye la aplicación de este tipo penal basándose en tres elementos: los incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas; la inexistencia de actividades económicas o legales y la vinculación o conexión con actividades delictivas o grupos relacionados con ellas.²⁴⁰ El sistema de libre apreciación de la prueba conduce a esto, ya que al igual que sucede con cualquier prueba directa, la eficacia probatoria de los indicios dependerá de su idoneidad para hacer que el juzgador arribe a un juicio de certeza sobre un hecho.²⁴¹

Aunado a esto, hay que recordar que el comiso de bienes relacionados con *actividades criminales* ya está contemplado en el art. 127.1 del CP. Bastará con que se impute la comisión de una *actividad delictiva*, entiéndase, la comisión de un conjunto de delitos que tienen lugar a lo largo del tiempo (lo que es característico en las infracciones cometidas al amparo de organizaciones criminales), para que proceda el comiso ordinario. Por tanto, el art. 127.1 párrafo 2 CP no es la primera norma que abre la puerta al comiso de bienes de organizaciones criminales o terroristas, sino una norma que rebaja al mínimo las exigencias probatorias, en la que se pierde por

nar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna .”

²³⁹ PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 79.

²⁴⁰ ZARAGOZA AGUADO, “Artículo 301.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 1172. Este autor habla de más de un centenar de resoluciones del TS con un porcentaje de confirmación de condenas cercano al 90%.

²⁴¹ “...la mayor o menor proximidad lógica de cada uno de los hechos básicos respecto del hecho consecuencia, su convergencia o univocidad al respecto, el que unos de tales hechos básicos puedan servir de apoyo a los otros y viceversa, en definitiva la mayor o menor capacidad de sugerencia de los indicios con relación al hecho necesitado de prueba, ha de ser apreciado conforme a reglas de la sana crítica utilizando las llamadas máximas de experiencia, los conocimientos científicos o cualesquiera otros elementos aptos en cada caso para razonar ese enlace preciso y directo al que se refiere el tan repetido art. 1.253 CC.” DELGADO GARCÍA, “Prueba de indicios.” En: DELGADO GARCÍA, *CDJ. La prueba en el proceso penal II, op. cit.*, p. 390.

completo el interés por imputar y demostrar esas actividades,²⁴² con las consecuencias nefastas que esto puede provocar.

Al condenar, el órgano jurisdiccional declara en sentencia la comisión de uno o varios delitos concretos, o bien la comisión de una actividad criminal determinada (p. ej., la venta de drogas desarrollada a lo largo de varios meses). En este último caso, quizá común tratándose de la criminalidad organizada pues las empresas criminales no se organizan para la comisión de un único hecho, no hay impedimento para decomisar, con base en el art. 127.1 CP (comiso ordinario), aquellos bienes que el tribunal considere, con un grado de certeza, provenientes de esa *actividad criminal acusada y enjuiciada*. Recapitulando, el comiso ordinario también debe proceder cuando se haya acusado la actividad criminal y no solo un hecho concreto (en ocasiones el de menos importancia, pues por ej., tratándose de una operación controlada, ese hecho ni siquiera ha producido una puesta en peligro del bien jurídico²⁴³) y simultáneamente, la defensa haya tenido la oportunidad de rebatir esa acusación.

Centrándonos en algunos problemas adicionales que contiene el art. 127.1 párrafo 2 CP, nótese que el legislador no exige una conexión entre las actividades criminales que no han sido sometidas a juicio y los hechos efectivamente procesados. De esta manera, se pueden llegar a decomisar bienes originados en actividades criminales que no han sido circunstanciadas en modo, tiempo y lugar ni siquiera en términos genéricos y que por ser completamente ajenas a los hechos condenados, impiden al condenado ejercer su derecho de defensa en relación con los presupuestos del comiso. Aunque acepto que el comiso ampliado puede (y debe) recaer sobre las ganancias procedentes de actividades criminales anteriores a la enjuiciada, es necesario que se demuestre (*juicio de certeza*), que existe una relación con los he-

²⁴² Lo que se puede hacer a través de la prueba por indicios. P. ej., señala Choclán Montalvo algunos de esos indicios: la vinculación del acusado con actividades delictivas, personas o grupos relacionados con esas actividades; el aumento de patrimonio durante el lapso en que se da ese vínculo y la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento patrimonial. CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., p. 342.

²⁴³ En referencia al comiso en materia de drogas, Choclán Montalvo expone una tesis que avala mi posición: "*Es frecuente en este tipo de procesos que la consideración aislada de un hecho concreto no permite una valoración global del fenómeno, y resulta muy difícil establecer un ligamen concreto entre la ganancia y la parte de la secuencia de la total actividad de tráfico que se proyecta en el delito enjuiciado en cada caso, a pesar de que sí se puede demostrar suficientemente que el patrimonio no justificado que posee el acusado deriva de aquella actividad ilícita. Si se quiere evitar el absurdo de que por la circunstancia de la fragmentación en causas particulares no sea posible en ninguna de ellas extender la medida de comiso al ingente patrimonio de quien no se conoce un medio lícito de vida, al art. 374 CP debe atribuirse un sentido más amplio que el que deriva del art. 127 CP, admitiendo que en cada causa por delito de tráfico de drogas, de la que resulte condenado el acusado, puede extenderse la resolución judicial a la confiscación de toda ganancia que tenga origen en delitos de esa clase imputables al acusado, siempre que quede suficientemente demostrada esa vinculación.*" En esta misma obra, el autor señala: "*...cuando en un proceso es posible asociar el incremento de patrimonio del acusado a la pertenencia a la organización criminal que ha sido declarada en sentencia, aunque no pueda demostrarse que deriva la ganancia de la concreta operación de tráfico enjuiciada, debe declararse que procede el comiso y la confiscación, pues en ese caso se habrá demostrado el vínculo objetivo que permite la medida sancionatoria.*" CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, op. cit., pp. 354 y 359, respectivamente.

chos sometidos a proceso, lo que solo es posible si las actividades criminales son de *la misma clase o similares a la enjuiciada*. Veamos un ejemplo. Se acusa que A, durante los últimos 5 años ha dirigido una organización dedicada al narcotráfico. Luego de varias transacciones a gran escala, que quedan debidamente documentadas a través de videos, se realiza una operación concreta tras la cual se le detiene. Se incautan 10 kg de cocaína y un millón de euros en sus cuentas bancarias. Se demuestra que ese dinero es la ganancia obtenida con el negocio del narcotráfico. Si el Ministerio Fiscal, p. ej., acusó la actividad criminal que realizaba A de forma sistemática y no solo el hecho u operación concreta que dio lugar a su detención, cabrá el *decomiso ordinario* de ese dinero. Si no lo hizo, el comiso ampliado tendrá lugar, pues ese dinero procede de la actividad criminal que el condenado venía realizando y que es de *la misma clase* que la sometida a condena. Quizá el tema pierde importancia a raíz de la presunción legal (pues en razón de ésta, se presume que el patrimonio proviene de delitos cometidos en el marco de la delincuencia organizada o el terrorismo), pero lo cierto es que, de *lege ferenda*, una vez suprimida dicha presunción, será necesario también hacer esa aclaración, exigiendo que las actividades criminales sean de la misma clase o similares al hecho condenado, pues solamente así se podría justificar una medida tan gravosa como lo es el comiso de bienes que se relacionan con hechos que en cualquier caso, no han sido objeto de acusación o condena. Dicho en otras palabras, aunque no hay problema en reconocer que a través de indicios es viable demostrar el despliegue de una actividad criminal de la misma naturaleza o similar a la enjuiciada (dada la relación que hay entre ellas), ello no es posible con una actividad totalmente diferente. Por tanto, si hay elementos para probar esta última, lo procedente es formular una acusación directamente sobre esos hechos y no evadir el problema probatorio a través de un comiso que en esas circunstancias sería claramente inconstitucional, por vulnerar entre otros, el derecho de defensa.

A la norma también se le pueden plantear objeciones en relación con el terrorismo. Nótese que se puede decomisar el patrimonio del condenado por un delito de terrorismo, quizá cometido sin relación alguna con organizaciones o grupos terroristas y quizá sin que se pueda demostrar que el condenado ha tenido intervención en actividades de esa misma naturaleza en el pasado, solo porque se presume legalmente que dada la desproporción patrimonial que hemos venido apuntando, ese patrimonio está relacionado con delitos de terrorismo, o con delitos cometidos al amparo de organizaciones o grupos criminales o terroristas con anterioridad al hecho que motivó la condena.

Otro problema radica en que el art. 127.1 párrafo 2 CP no contiene una determinación cuantitativa de lo confiscable. Como la presunción exime de prueba en ese ámbito (basta la desproporción entre los activos e ingresos), el comiso puede alcanzar todo el patrimonio del condenado, sin importar cuándo ingresaron los bienes a ese patrimonio (entiéndase, antes o después del hecho o hechos enjuiciados), con lo cual se puede exceder sobradamente lo que según la sentencia, fue el provecho derivado de un delito concreto, o de la concreta actividad criminal que ha sido enjuiciada. P. ej., según la acusación, A se dedicó al tráfico de drogas durante un año y gracias a la prueba disponible, se pueden calcular las ganancias que obtuvo duran-

te ese lapso. Su patrimonio, no obstante, triplica o cuadruplica ese monto y como A no puede justificar su origen, se decomisa íntegramente.

A mi modo de ver no se trata de ser ingenuos en relación con las dificultades probatorias que existen en relación con las actividades que realiza la delincuencia organizada o el terrorismo. Tampoco se trata de ignorar las disposiciones que rigen a nivel supranacional en torno a este tema. Lo que se busca es evitar lo que en palabras de Vidales Rodríguez es, un efecto perverso,²⁴⁴ pues si se presume legalmente que una parte, o incluso todo el patrimonio de un condenado tiene un origen ilícito, se puede perder el interés por investigar y sobre todo, por articular prueba para demostrar la comisión de hechos delictivos. También se podría perder el interés por procesar debidamente a quienes han desplegado actividades criminales durante largos períodos de tiempo, lo que supone demostrar precisamente la práctica de esas actividades. El comiso de todo el patrimonio del condenado podría ser incentivo suficiente para esto, pues es mucho más fácil demostrar un hecho concreto que motive una condena y un indicio (la desproporción patrimonial) y que en consecuencia, se proceda al comiso de todo un patrimonio, que tener que demostrar, sea a través de prueba directa, sea a través de indicios, que una o varias personas condenadas por delitos realizados al amparo de una organización o grupo criminal o terrorista, o bien por terrorismo, han incurrido en otras actividades criminales, así como la relación de los bienes con esas actividades.

En resumen, aunque creo que el comiso ampliado es una herramienta útil, entiendo que el legislador no la incorporó a la legislación española de la mejor manera. De *lege ferenda*, el comiso ampliado se debe reservar a las ganancias; se deben indicar expresamente los delitos en los que procede su aplicación (p. ej., se debe contemplar en los delitos de corrupción cometidos durante largos períodos de tiempo aunque no se cometan en el marco de la criminalidad organizada); la presunción legal debe suprimirse y la desproporción entre patrimonio e ingresos legales debe considerarse un indicio más a valorar por el juzgador, como sucede en cualquier otra presunción judicial.²⁴⁵ De igual manera, se debe autorizar el comiso ampliado parcial o el no decreto del mismo bajo ciertas circunstancias que van más allá de las que prevé el art. 128 CP (p. ej., cuando el comiso ampliado tenga efectos que superan la persona del condenado, afectado duramente, v.g., a su familia). Finalmente, se requiere que la actividad criminal que no ha sido acusada ni demostrada, sea de la misma naturaleza o similar que la sometida a proceso.

Si esta reforma no se produce, como mínimo habrá que entender que cuando el legislador propone una solución que en pocas líneas invierte la carga de la prueba, a lo que está haciendo referencia es a la posibilidad de que el juez llegue a la conclu-

²⁴⁴ VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, op. cit., p. 2004.

²⁴⁵ Comparte esta opinión Córdoba Roda, al señalar que no era necesario crear una presunción legal. Para él, "hubiera bastado con aplicar la doctrina genera sobre la prueba y en particular la de la prueba indirecta o por indicios." CÓRDOBA RODA, Juan. "Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso." En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX, p. 18.

sión sobre el origen ilícito del patrimonio del condenado a través del proceso lógico que se relaciona con la prueba por indicios. Posición absurda claro está, pues supone atribuir a un texto legal un significado que no tiene, sin embargo, es la única solución que veo si se desean evitar roces constitucionales en la aplicación del comiso ampliado, un comiso que hoy por hoy, se acerca peligrosamente a la confiscación general de bienes.

II. Comiso y delitos contra la seguridad vial (artículo 385 bis del Código Penal).

Antes de la reforma introducida con la LO 5/2010, de 22 de junio y según lo dispuesto en la LO 15/2007, de 30 de noviembre,²⁴⁶ el art. 381 CP contenía el único delito contra la seguridad vial (a saber, la conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás), en el que se contemplaba el comiso. En concreto, su apartado 3, decía que el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos contemplados en ese precepto debía considerarse instrumento a efectos del comiso.²⁴⁷ Dicha categorización del vehículo como instrumento en un delito imprudente respondía, según Manzanares Samaniego, al deseo del legislador de abarcar con el comiso un bien que no era instrumento en sentido propio,²⁴⁸ pues el vehículo era solamente un objeto al que se refería la norma. Como apunté al examinar el tema de los efectos e instrumentos de la infracción²⁴⁹ no comparto esta postura, pues el que un bien sea el objeto sobre el que recae la conducta típica, o que esté descrito en el tipo penal, no excluye *prima facie* su condición de instrumento, caso en el cual su comiso está autorizado por el art. 127 CP. La conducta contemplada en el numeral 381 mencionado es un ejemplo de lo anterior, pues el vehículo además de ser el objeto sobre el que recae la conducta típica (conducir), es simultáneamente el instrumento -de hecho el único que contempla el tipo penal-, con que se puede cometer la misma.²⁵⁰

²⁴⁶ LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial. BOE N° 288, 1 de diciembre de 2007, pp. 49505-49509.

²⁴⁷ "Artículo 381.

1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código."

²⁴⁸ MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.*, p. 524. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo I, Parte General, pp. 927-928.

²⁴⁹ Cfr. cap. III., apartado III.A de esta investigación.

²⁵⁰ Reitero que esta posición no es unánime en la doctrina. P. ej., para Magaldi Paternostro, en el artículo 381 (texto original según la LO 10/1995, de 23 de noviembre), el vehículo no tenía el carácter de instrumento. Cree que en aquellos supuestos en los cuales lo que se prohíbe bajo pena es

No obstante, teniendo claro que este no es un tema pacífico (pues como vimos en su momento, muchos autores son del criterio que el objeto de la infracción no puede ser simultáneamente su instrumento, como tampoco lo puede ser aquel objeto que describe la norma), la inclusión del art. 385 bis tiene algún interés.

Antes de la LO 5/2010, la doctrina debatía acerca de si el comiso era aplicable únicamente en relación con el delito previsto en el art. 381, o si comprendía otros delitos contra la seguridad vial.²⁵¹ Toda esta discusión acabó con la ley mencionada, que además de suprimir el apartado 3 del art. 381 CP, introdujo el artículo 385 bis,²⁵² convirtiendo el comiso del vehículo a motor o ciclomotor empleado en la comisión del hecho en una pauta procedente *para todos los delitos contra la seguridad vial*.²⁵³ El art. 385 bis CP lo que hace es señalar expresamente que el vehículo a motor o ciclomotor empleado en cualquier hecho de los previstos en ese Capítulo, es un instrumento del delito a los efectos de los arts. 127 y 128 CP. Es en lo medular, la misma previsión contenida en el art. 381.3 CP, pero ahora extendida a todos los delitos contra la seguridad vial. Como adelanté, si se hiciese un análisis adecuado del término instrumento tal previsión no era necesaria, pues en la mayoría de los tipos penales que contiene ese capítulo el vehículo es o puede ser efectivamente eso, el instrumento con que se comete la infracción.²⁵⁴ P. ej., así sucede en relación con los arts. 379, 380, 381 y 384 CP.

precisamente la utilización de un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de determinadas sustancias, o de modo temerariamente manifiesto, el vehículo no se constituye en el instrumento con el que se ejecuta la conducta prohibida, sino que el conducirlos en aquella situación o de aquel modo constituye la conducta prohibida. MAGALDI PATERNOSTRO, María José. "Art. 385." En: CORDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004, p. 1740.

²⁵¹ Sobre los alcances de dicha discusión, véase SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. "La conducción manifiestamente temeraria. Balance de la reforma operada por la LO 15/2007 y cuestiones pendientes." En: *Tráfico y Seguridad Vial*. N° 139, julio-agosto 2010, apartado VII. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?*, op. cit., pp. 582-583 y VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *RECPC*, op. cit., p. 12. Por ejemplo, González Casso señaló en 1998, en relación con el art. 385, que "Dados los términos amplios en los que está redactado el art. 127 no existiría problema para decretar el comiso en el resto de los delitos contra la seguridad del tráfico, de ahí la innecesidad del precepto." GONZÁLEZ CASSO, Joaquín. "La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código Penal." En: *Actualidad Penal*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 1998, p. 785.

²⁵² "Artículo 385 bis.

El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128."

²⁵³ En este sentido, véase SAAVEDRA RUIZ, Juan (Dir.). *Código penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Madrid, Grupo El Derecho y Quantor, S.L., 2° edición actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, 2011, p. 1193.

²⁵⁴ En sentido contrario, Manzanares Samaniego. Como ya indiqué atrás, para él el vehículo es el objeto sobre el que recae la acción y no su instrumento. Cree que por eso se ha necesitado una norma que los equipare y que con la mención expresa del art. 128, se contribuye a evitar comisos "...absolutamente inadmisibles en un Estado de Derecho, tanto más por cuanto aquí no se trata de verdaderos instrumentos de una infracción criminal..." MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Comentarios y jurisprudencia, op. cit., Tomo II, Parte Especial, p. 1030.

Tratándose de los arts. 383 y 385 CP la situación es diversa. Veámoslos uno a uno. El art. 383 tipifica la conducta del conductor que requerido por la autoridad, se niegue a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se trata de una acción cuya ejecución no requiere el empleo del vehículo, de ahí que la previsión planteada en el art. 385 bis no sea aplicable en este caso.²⁵⁵

El numeral 385 CP sanciona a quien origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. 2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya la obligación de hacerlo. Creo que en el primer supuesto contemplado en el apartado 1 (obstaculización de la vía), el vehículo podría emplearse en el hecho, p. ej., abandonándolo sobre una vía, o conduciéndolo a una velocidad excesivamente lenta,²⁵⁶ de ahí que bien podría categorizarse como instrumento y disponerse su comiso. En este caso sin embargo, la previsión del artículo 385 bis sería innecesaria, pues el vehículo no difiere en nada de cualquier otro elemento que el autor o partícipe de la infracción utilice para obstaculizar el tráfico. Aunado a esto, ni es el objeto sobre el que recae la conducta típica, ni está descrito en la norma, como sí sucede en otros casos.

El artículo 385 bis remite expresamente a los arts. 127 y 128 CP. Por tanto, el comiso en delitos contra la seguridad vial está sometido a las restricciones que contemplan estas últimas normas en cuanto a la aplicación de cualquier otro comiso. Me refiero a su no aplicación cuando el bien pertenezca a un tercero de buena fe no

²⁵⁵ En sentido contrario, la FGE señala que sí, pues el tipo penal exige la conducción previa y el art. 385 bis no hace excepciones. FGE. Circular 10/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial*, p. 77. Disponible en: <http://www.fiscal.es>.

²⁵⁶ "Cualquier objeto o elemento que pueda constituir un obstáculo relevante para la circulación puede ser apto para integrar este figura delictiva. Se entiende por "obstáculo" todo objeto abandonado o colocado de propósito para dificultar el tráfico, siendo indiferente el carácter fijo o móvil de éste como, por ejemplo, un vehículo que circula lentamente, pues lo importante es que efectivamente resulte un impedimento que cause un grave riesgo para la circulación." DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "Artículo 385 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1471. En sentido contrario, Pilar Gómez Pavón considera que la conducta prevista en el artículo 385 no se puede cometer por medio de la conducción: "El nuevo precepto extiende a todos los delitos del Capítulo la consideración de instrumento del vehículo o ciclomotor utilizado en el delito. A pesar de ello hay limitaciones a su aplicación. No consideramos que sea posible en el artículo 385, puesto que ninguna de las dos modalidades contempladas en el precepto requieren para su comisión el empleo de un vehículo de motor o ciclomotor. Se trata de hechos que pueden suponer un riesgo para la seguridad del tráfico, en cuanto significan la alteración o no restablecimiento de la misma, pero por cualquier otro medio que no sea la conducción. GÓMEZ PAVÓN, Pilar. "La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 434. Ver también GÓMEZ PAVÓN, Pilar. "Delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011, p. 1438.

responsable del delito que lo haya adquirido legalmente,²⁵⁷ así como su aplicación preceptiva salvo que se disponga algo diverso con base en el principio de proporcionalidad (art. 128 CP), según el cual el juzgador podrá no decretar el comiso, o hacerlo solo parcialmente cuando el valor de los instrumentos no guarde proporción con la naturaleza²⁵⁸ o gravedad de la infracción, o se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.²⁵⁹ Además, siendo que el vehículo es un bien de lícito comercio, deberá venderse y el producto que se obtenga deberá aplicarse al pago de las responsabilidades civiles²⁶⁰, en los términos que señala el art. 127 CP.

Con base en el art. 128 CP, Gómez Pavón estima que el comiso previsto en el 385 bis no es preceptivo.²⁶¹ Creo que tal postura no es del todo correcta, ya que la aplicación del art. 128 está sometida a ciertos límites (proporción entre el valor de los instrumentos y la naturaleza o gravedad de la infracción, o satisfacción de las responsabilidades civiles), de ahí que el órgano jurisdiccional no siempre tenga libertad para decidir cuando lo ordena o no, como sí sucede p. ej., en relación con los delitos imprudentes (art. 127.2 CP). Lo que sí es cierto es que, de darse los presupuestos que contempla esa norma, puede ser que el comiso del vehículo a motor o ciclomotor no se decrete, o solo se disponga de manera parcial. Siempre en relación con el principio de proporcionalidad, como apunté en el capítulo IV., apartado X. A, se suele hacer una interpretación bastante amplia del art. 128 CP, que permite considerar otros extremos para determinar si procede o no el comiso. Así, v. g., la reincidencia del sujeto en la comisión de delitos contra la seguridad vial.²⁶²

Siempre en este orden de ideas, se puede prever que en delitos contra la seguridad vial y con base en el principio de proporcionalidad contemplado en el art. 128 CP se llegue a prescindir del comiso,²⁶³ ya que lo normal es que los vehículos

²⁵⁷ Comparte esta opinión, aunque sin señalarlo expresamente, ORTIZ DE ZÁRATE HIERRO, Francisco Javier. "La pena de comiso de vehículo de motor y ciclomotor en los delitos contra la seguridad del tráfico en el Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010." En: *Revista Aranzadi Doctrinal*. Navarra, Editorial Aranzadi, N° 8, diciembre 2011, p. 152.

²⁵⁸ Según Tamarit Sumalla, la naturaleza aquí tiene poco valor discriminante, pues se trata de delitos en gran medida homogéneos. TAMARIT SUMALLA, Josep María. "Artículo 385 bis." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011, p. 1037.

²⁵⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, "Artículo 385 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, *op. cit.*, p. 1474.

²⁶⁰ Responsabilidades civiles (comprendidas en los artículos 109 y 110 del Código Penal) y no pecuniarias, como ya indicamos al analizar el art. 127.5 CP. En igual sentido, GÓMEZ PAVÓN, "Delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, *op. cit.*, Tomo II, p. 1439.

²⁶¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, "Artículo 385 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, *op. cit.*, p. 1474.

²⁶² TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?*, *op. cit.*, p. 592. La FGE señala que los criterios para acordarlo son la naturaleza, gravedad, valor económico y las concretas circunstancias concurrentes en el hecho reveladoras de un mayor reproche objetivo o subjetivo de la conducta y la situación económica y personal del penado. También entiende que se debe considerar, entre otros extremos, las reiteradas y anteriores conductas infractoras cometidas con el vehículo. FGE, Circular 10/2011, p. 78. Como algunas de esas circunstancias (p. ej., la situación económica del penado), no están contempladas en el art. 128 CP, concluyo que se dota a esta norma de un ámbito de aplicación más amplio que aquel que de *lege lata* le corresponde.

²⁶³ Menos optimista, DE VICENTE MARTÍNEZ al analizar el proyecto de reforma del Código Penal, demostró que si bien la jurisprudencia en un inicio había sido reticente a dar al vehículo la categoría

tengan seguro con lo cual será la empresa aseguradora la que se haga cargo del pago de las responsabilidades civiles. Esto lógicamente, no obsta para que se repita el cobro contra el asegurado. Aunado a esto, como indica Gómez Pavón,²⁶⁴ lo común es que estos delitos no sean excesivamente graves, motivo adicional que sustentaría la aplicación del art. 128 mencionado.

En relación con el comiso de bienes de terceros, entiende Gómez Pavón que el propietario no debería verse afectado, pues “... no tiene que conocer que cuando deja el vehículo o ciclomotor a un tercero, este se va a comportar de manera típica.”²⁶⁵ Creo que tal apreciación tampoco es exacta. Como vimos en el anterior capítulo de esta investigación, con base en la legislación actual si el dueño del vehículo no cumplió con su deber de vigilancia, p. ej., lo ha prestado a su hijo a pesar de saber que éste iba a ingerir licor en exceso, o que siempre que conduce lo hace con exceso de velocidad y efectivamente, se cometen uno o varios delitos contra la seguridad vial, se puede argumentar que la presunción de buena fe del tercero ha decaído y por ende, el comiso es procedente. En todo caso, muchas de estas situaciones se podrán solventar a través del art. 128 (que permite excluir el comiso o imponerlo de modo parcial), o a través del comiso de otros bienes del autor de la infracción (art. 127.3), de manera que el tercero no vea afectados sus derechos sobre el vehículo a motor o ciclomotor.

Del mismo modo, al menos de la relación entre los arts. 127 y 385 bis CP se desprende que de *lege lata*, cabe el comiso cuando no se haya declarado la responsabilidad penal de alguna persona, aunque lo cierto es que difícilmente se acreditará una situación patrimonial ilícita tratándose de los delitos contra la seguridad vial.

Dice García Arán que los delitos de peligro contra la seguridad en el tráfico son delitos dolosos (dolo de peligro), por lo que la expresión delitos imprudentes contenida en el art. 127 CP debe entenderse referida a cualquier delito imprudente de resultado.²⁶⁶ Aunque esta autora tiene razón, no menos cierto es que con excepción del art. 381 -que es doloso y por ende, está cubierto por el art. 127.1 CP-, las demás conductas son delitos de peligro que en el fondo, son imprudencias sin resultado, elevadas a la categoría de delito independiente. Ante este panorama, la inclusión del comiso en este tipo de infracciones que son de peligro, constituye una excepción al régimen general del comiso previsto en el art. 127 CP, que como apunta Molina Fernández, puede conducir a tratar desigualmente situaciones idénticas, o

ría de instrumento del delito por la desproporción que existe entre su valor y la gravedad del hecho punible, esa tendencia había ido modificándose. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “El comiso del vehículo a motor y los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Editorial Aranzadi S.A., N° 798, Año XIX, 13 de mayo de 2010, p. 13.

²⁶⁴ GÓMEZ PAVÓN, “La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico.” En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, op. cit., p. 437 y GÓMEZ PAVÓN, “Delitos contra la seguridad del tráfico.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, op. cit., Tomo II, p. 1439.

²⁶⁵ GÓMEZ PAVÓN, “La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico.” En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, op. cit., p. 434.

²⁶⁶ GARCÍA ARÁN, “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, op. cit., p. 968.

peor aún, a sancionar más lo menos grave. Veamos por qué. El artículo 127.2 CP prevé el comiso tratándose de delitos imprudentes cuya pena prevista supere el año de privación de libertad. Ahora, la mayor parte de los delitos contra la seguridad vial no cumplen ese requisito (p. ej., los arts. 379, 383, 384 CP), con lo cual bien puede suceder que quien cometa un delito contra la seguridad vial sufra el comiso de sus bienes y no lo sufra quien cometa cualquier otro delito imprudente sancionado con la misma pena.

En este mismo orden de ideas, según el art. 382 CP, si se produce el resultado se aplicará la infracción más gravemente penada,²⁶⁷ lo que puede provocar que se aplique el comiso en la infracción menos grave (el delito contra la seguridad vial) y no así en la más grave. Me explico con un ejemplo. Si A conduce con exceso de velocidad y no provoca un resultado lesivo puede sufrir el decomiso de su automóvil según la relación de los arts. 379.1 y 385 bis. Si A atropella y lesiona a B, siendo que esta infracción -la de resultado- es la más gravemente penada (art. 152.1.1º en relación con el art. 147.1 CP), será aplicable el artículo 127.2, con lo cual el comiso no tendrá lugar, ya que la pena prevista no supera el año de privación de libertad.

Cree el mismo autor que esto puede responder al errado concepto de dolo que se aplica a los delitos de peligro, pues se está incluyendo en ese concepto el dolo propio de las conductas realizadas con imprudencia consciente cuando se sancionan como delitos de peligro independientes, lo anterior a pesar de que el dolo que contempla el artículo 127.1 es solo de lesión.²⁶⁸ Por tanto, se debe concluir que el art. 385 bis supone una excepción al régimen general del comiso que provoca las incongruencias ya mencionadas.

Finalmente, cabe apuntar en relación con este comiso el mismo problema que contiene el art. 127 CP en cuanto al comiso de efectos e instrumentos, a saber, que no se toma en cuenta el tema de la peligrosidad.²⁶⁹ Si el vehículo no es peligroso intrínsecamente (que salvo profundas modificaciones, no lo es) y no hay peligro de que vuelva a ser empleado en la comisión de infracciones, su comiso no tiene razón de ser. Situación distinta es que sea el bien que a la postre sirva para satisfacer otras responsabilidades del condenado, p. ej., las civiles.

En cuanto al destino de lo decomisado, indicar que como el vehículo es un bien de lícito comercio lo procedente será que el producto de su venta se destine al

²⁶⁷ “Artículo 382.

Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.”

²⁶⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. “La reforma de la LO 5/2010 y los delitos contra la seguridad vial.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, pp. 527-529.

²⁶⁹ Entiende que el criterio a seguir debería ser la peligrosidad objetiva del vehículo, CEREZO DOMÍNGUEZ, “Capítulo 33. Comiso.” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.*, p. 716.

pago de las responsabilidades civiles, en concreto, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).²⁷⁰ Ahora, si no se dan estas responsabilidades, o se satisfacen con parte del producto de la venta, lo restante deberá trasladarse a las arcas del Estado, pues del listado de responsabilidades pecuniarias que prevé el art. 126 CP, solamente la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios constituyen responsabilidades civiles, en tanto que las demás no (p. ej., el pago de las costas o de las multas impuestas).²⁷¹

III. Regulación del comiso en los delitos relacionados con el tráfico de drogas (artículo 374 del Código Penal).

A. Examen de artículo.

En su versión original, el artículo 374 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, contemplaba el comiso de las ganancias; del objeto material del delito (p. ej., las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas); de los efectos provenientes de la infracción y de los instrumentos que hayan servido para su comisión, algunos de los cuales incluso se enlistaban (vehículos, buques y aeronaves). También contenía una previsión de claro carácter procesal, referida a la aprehensión y puesta en depósito de los bienes, así como a su empleo provisional por la policía judicial.²⁷²

En el año 2003 la norma en cuestión fue modificada y ampliada a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Ese texto es en esencia, el que está vigente en la actualidad, toda vez que a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, no se le introdujo ningún cambio.

²⁷⁰ No se incluye la restitución pues como señalé en el capítulo IV, ésta consiste en la devolución de un bien y por tanto, solo tiene interés en los delitos consistentes en la privación de un bien a la víctima por parte del autor, lo que no sucede en los delitos contra la seguridad vial.

²⁷¹ Así lo señala GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, op. cit., p. 435.

²⁷² "Artículo 374.

1. A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar asimismo que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado."

Este precepto, a diferencia del art. 127 CP al que remite, incorpora medidas procesales y administrativas relacionadas con los bienes decomisados. P. ej., sobre el análisis, conservación y destrucción de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (apartado 1.1°); la aprehensión o embargo y puesta en depósito de los bienes, medios, instrumentos y ganancias desde el inicio del procedimiento (1.2°); la posibilidad de que la policía judicial encargada de la lucha contra el tráfico de drogas emplee provisionalmente los bienes (1.3°) y la enajenación anticipada de los mismos (apartado 2). Hablamos en buena parte de simples medidas de aseguramiento, a fin de que se pueda cumplir con una eventual orden de comiso. Finalmente, se regula el destino de lo decomisado, consistente en su adjudicación íntegra al Estado (apartado 4). Se trata de disposiciones que en buena parte, se contemplan en otros cuerpos normativos, v.g., en el artículo 367 ter de la LECrim se regula el tema de la destrucción de las drogas, sin embargo, el mismo art. 367 sexie LECrim aclara que lo dispuesto en el Capítulo II bis, denominado *De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales*, “se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal...” Dicho en otras palabras, lo señalado en el art. 374 CP es normativa especial en relación con la LECrim. Quizá lo desafortunado es que en un Código Penal se incluyan medidas procedimentales que deberían desarrollarse en otros cuerpos normativos, evitando que la norma material sea tan innecesariamente extensa.²⁷³

Antes de avanzar, quiero dejar clara mi posición en relación con esta norma. Entiendo que todas las disposiciones que no tienen relación con la figura jurídica del comiso no deberían estar incorporadas en el art. 374 CP. Esas normas, que en su mayoría tienen carácter procesal o administrativo, deben estar, p. ej., en la LECrim. Incluso, de algunas de ellas se pueden prescindir por completo, pues como ya señalé, en la LECrim hay una regulación lo suficientemente amplia para solucionar los mismos temas (p. ej., el de la destrucción de la droga). Del mismo modo, no es necesario reiterar en el art. 374 CP las reglas contenidas en el art. 127 CP, p. ej., lo relacionado con el comiso por valor equivalente. Aclarado esto, voy a estudiar cada uno de los apartados que contiene dicha norma y les haré las críticas que corresponda.

En el apartado 1, el art. 374 CP prevé expresamente el comiso del objeto material del delito (v.g., las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como los equipos, materiales y sustancias enumeradas en el cuadro I y II de la Convención de Viena²⁷⁴), lo que es afortunado, pues no siempre dichos bienes pue-

²⁷³ Cree también inoportuna la presencia de normas procesales en el Código Penal, AGUADO CORRERA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC*, op. cit., p. 21 y CEREZO DOMÍNGUEZ, “Capítulo 33. Comiso.” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, op. cit., p. 712. En sentido contrario, MORALES GARCÍA, Oscar. “Artículo 374.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011, pp. 974-975.

²⁷⁴ “Art. 374. 1. En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:...”

den categorizarse simultáneamente como instrumentos, efectos o ganancias y en ese tanto, su comiso no estaría avalado por el art. 127 CP.²⁷⁵ También se prevé el comiso de los instrumentos y las ganancias (no así el del producto de la infracción).²⁷⁶ De este inciso se suprimió el elenco (claramente innecesario)²⁷⁷ de medios de transporte que podían ser considerados instrumentos, lo que no significa que no puedan ser considerados como tales.

La inclusión del objeto material de la infracción dentro del ámbito de aplicación del comiso es a mi modo de ver, la razón por la cual existe el art. 374 CP. Por

El apartado 1 del art. 374 remite al artículo 371 que en lo que aquí interesa, señala:

“Artículo 371 CP

1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos...”

²⁷⁵ Según la FGE: “Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/1992, y el artículo 374 del Código de 1995 incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como objeto expreso del comiso.” FGE, Circular N° 2/2005 de 31 marzo. Así también, ACALE SÁNCHEZ, María. *Salud Pública y Drogas Tóxicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 135; MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.*, p. 534; ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, p. 416; ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.*, p. 29; PUENTE ABA, “El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena.” En: *AFDUC, op. cit.*, p. 859 y DELGADO LÓPEZ, “El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas.” En: CIMÁS GIMÉNEZ, *Manuales de formación continuada, op. cit.*, p. 296.

²⁷⁶ Contrario a lo que señala Sequeros Sazatornil, la norma usa el término ganancias y no el término producto. Dice ese autor: “Tanto del contenido del art. 374 en su primitiva configuración como del actual se infiere la existencia de tres órdenes de efectos susceptibles de comiso o confiscación: a) El objeto material del delito, propiamente dicho, en el que se integran las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes..., así como también los efectos y sustancias precursoras aludidas en el artículo 371... b) los instrumentos del delito, identificados conforme a lo dispuesto en el artículo 127 CP con los “bienes, medios o instrumentos” con los que se haya preparado o ejecutado el delito, y c) el producto del delito, concepto en el que quedarían integradas las ganancias...” SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. “Artículo 374.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1439. Por las razones que expuse al analizar el tema de las ganancias brutas o netas se trata de una diferencia que no es baladí.

²⁷⁷ Fue en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se eliminó la referencia a los vehículos, buques y aeronaves que contenía la norma y que como bien apuntó la doctrina, debían considerarse ejemplos innecesarios de instrumentos, que únicamente provocaba confusión. Así PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.*, p. 18; AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *REPCPC, op. cit.*, p. 19; MORALES GARCÍA, “Artículo 374.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo II, p. 974; PUENTE ABA, “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.” En: *AP, op. cit.*, p. 996; FARALDO CABANA, “El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas.” En: *AFDUC, op. cit.*, pp. 262-263 y CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.*, p. 90.

tanto, la necesidad a futuro de esta disposición, dependerá de lo que se haga, en general, con los objetos materiales de cualquier infracción. Si se decide incluir en el art. 127 CP, es decir, como regla general, el comiso del objeto material, se puede prescindir del art. 374 CP.

En el art. 374.1.1° CP se permite que sea una autoridad administrativa y no una judicial quien disponga la destrucción de la droga, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas. Asimismo, se prevé que tras la firmeza de la sentencia se proceda a destruir *lo incautado*.²⁷⁸ Con este término se alude a los bienes (en concreto, la droga, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas) que han sido intervenidos al iniciar el proceso. Tal parece ser que éste será un comiso objetivo, donde cabe la destrucción con independencia del resultado del proceso penal,²⁷⁹ lo que es comprensible dada la naturaleza peligrosa de los bienes cuya destrucción se ordena. Esto, sin embargo, no exime al órgano jurisdiccional de ordenar el comiso en la sentencia.

En los puntos 4° y 5°, el artículo 374.1 prevé el decomiso por valor equivalente.²⁸⁰ A diferencia de lo que sucede con el art. 127 CP, donde este decomiso es preceptivo, en el art. 374 CP tiene un carácter facultativo, ya que en el apartado 1.4° se indica que si por cualquier circunstancia no es posible el decomiso de los bienes y efectos indicados en el apartado 1, *podrá* acordarse el de otros por un valor equivalente. De igual forma, en el 1.5° se dice que cuando los bienes hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, se *podrá* acordar el decomiso de su valor sobre otros bienes que también pertenezcan a esos responsables, incluso de origen lícito. Se trata de disposiciones que a pesar de regular una misma forma de comiso, tienen una redacción diversa (p. ej., en cuanto a los bienes sobre los que recae la medida, el apartado 4° alude a los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior -es decir, los previstos en el apartado 3°- y por su parte, el apartado 5° habla de los bienes, medios, instrumentos y ganancias), lo que no conduce a dar claridad a la norma. Además, la figura jurídica se pudo regular en un único apartado, lo que también hubiese contribuido a evitar confusiones.²⁸¹

²⁷⁸ “Art. 374. 1....

1° Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.”

²⁷⁹ En igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo II, Parte Especial, p. 993.

²⁸⁰ “Art. 374. 1....

4° Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.

5° Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.”

²⁸¹ Tampoco cree necesaria la inclusión de dos reglas distintas, AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC, op. cit.*, p. 22.

El apartado 1.4° tiene un problema adicional: el no señalar que el comiso por valor equivalente solo puede recaer sobre bienes *de los responsables*. Sin embargo, como los supuestos previstos en los apartados 1.4° y 1.5° deben interpretarse de manera integral, se puede concluir que lo que se regula es el comiso de bienes *de los responsables* del hecho cuyo valor sea equivalente a los que, en principio, se debían someter a comiso. Esta interpretación, importante acotar, no excluye la necesidad de una reforma legal que permita al juzgador tomar en cuenta si el autor o partícipe ha sido o no responsable de frustrar el comiso.

Finalmente, si bien no se hace mención al comiso subrogatorio, como esta norma remite al art. 127 CP, habrá que entender que éste es igualmente aplicable, así como el comiso en caso de no imposición de pena, ambas modalidades previstas en el mencionado art. 127 CP.

La previsión del comiso por valor equivalente de algunos de los bienes enunciados en el artículo 374.1 CP pone de manifiesto el carácter punitivo de la medida. Véase que con independencia de la peligrosidad de los efectos, instrumentos o de los solo pueden catalogarse como objetos materiales de la infracción (p. ej., la droga misma), en caso de que *por cualquier circunstancia* no sea plausible su comiso, la medida recaerá sobre otros bienes por un valor equivalente. Como señalé en el tercer capítulo, esto solo se explica por el deseo de sancionar o punir. A mi modo de ver este problema no se da tratándose de las ganancias, pues el fundamento de su comiso no radica en el hecho de que sean peligrosas, sino en la presencia de un beneficio patrimonial antijurídico que se debe suprimir, de ahí que sea admisible la previsión antes expuesta.²⁸² No obstante, también en relación con este comiso, de *lege ferenda* se debe tomar en cuenta si el autor o partícipe del hecho ha sido responsable de frustrar el comiso.

Aunque el art. 374 CP regula la intervención u ocupación judicial de los bienes que tienen relación con el delito y las medidas cautelares que se pueden imponer para asegurar los resultados del proceso, entiendo que el comiso por valor equivalente solo tiene lugar una vez que el órgano jurisdiccional respectivo ha concluido que no es plausible el comiso de los bienes directamente vinculados con la infracción. Es decir, con base en lo indicado en los puntos 4° y 5° del artículo 374.1 CP, no se puede autorizar desde las primeras diligencias una intervención sobre los bienes del imputado que no se vinculan con la infracción, ya que según se desprende del punto 2° del artículo 374.1 CP, esa clase de medidas de carácter provisional deben

²⁸² En este sentido REY HUIDOBRO, Luis Fernando. "Los delitos contra la salud pública en la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre." En: *Diario La Ley*. N° 6193, Sección Doctrina, 18 Febrero de 2005, Año XXV, apartado V. 1. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>. En sentido diverso, Oscar Morales García considera que el comiso de bienes por valor equivalente a las ganancias también expresa la finalidad retributiva que ahora se asigna a esta medida: "No se trata, como, en la anterior redacción, de perseguir los bienes objeto del comiso con independencia de las modificaciones que hubieren podido experimentar... lo cual indica una adecuada política criminal tendente a impedir que el sujeto activo pueda obtener beneficio alguno de su actividad. Se trata, por el contrario, de garantizar la obtención de un precio equivalente por el Estado, destinatario último de los bienes decomisados, aun cuando el autor hubiera perdido toda opción sobre ellos." MORALES GARCÍA, "Artículo 374." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo II, p. 976.

recaer sobre los instrumentos, efectos y ganancias del delito únicamente (nótese que la norma habla expresamente de bienes, medios, instrumentos y ganancias).²⁸³ Para disipar cualquier duda acudo a la jurisprudencia, que ha sido categórica al marcar la distinción entre la intervención de bienes contemplada en ese punto 2º del art. 374.1 CP, como medida que pretende asegurar la posterior efectividad del comiso y el comiso mismo, que resuelve de forma definitiva sobre la titularidad de los bienes.²⁸⁴

El apartado 2 del art. 374 CP es una norma claramente procesal, dirigida a autorizar la enajenación anticipada de los bienes en ciertas circunstancias, a saber, cuando se haga expreso abandono de los bienes por su propietario; cuando su conservación pueda ser peligrosa para la salud o seguridad públicas, o supone una disminución importante de su valor, o afecta su uso y funcionamiento habitual de manera grave. También cabe en relación con los bienes que se deprecien por el paso del tiempo, aunque no sufran deterioro material.²⁸⁵ Son hipótesis idénticas a las

²⁸³ “Art. 374.1...

2º A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.”

Es de una opinión distinta MAGALDI PATERNOSTRO, María José. “Art. 374.” En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004, p. 1669. Esta autora cree que la norma permite una interpretación distinta que puede suponer arrasar el patrimonio del imputado aun de origen lícito, “...de quien ha cometido un hecho delictivo y no le han podido ser ocupados los efectos o instrumentos del mismo, transmutando lo que es definido legalmente como una consecuencia accesoria del delito... en una expropiación judicial de los bienes del delincuente, aun cuando no guarden relación con el delito ni se haya probado proceden del mismo.”

²⁸⁴ STS N° 1555/2002 de 30 de septiembre. También la STS N° 231/2009 de 5 de marzo, que en lo que interesa, señala: “Es cierto que la regulación del comiso, completada por la reforma de la LO 15/2003, 25 de noviembre,..., ha dado lugar a fundadas críticas doctrinales por lo que se considera un panorama jurídico verdaderamente perturbador. Es cierto también que la regulación del art. 374 del CP propicia una visible confusión entre instituciones jurídicas diferentes. De un lado, el comiso, entendido como una verdadera expropiación judicial o pérdida de la titularidad definitiva de los instrumentos y efectos del delito, de naturaleza penal y por tanto sometida al principio acusatorio; de otra parte, la intervención u ocupación judicial de esos mismos efectos o instrumentos, de significación netamente procesal, regulada en los arts. 334 y siguientes de la LECrim, de carácter transitorio, a results de la causa y que no implica inicialmente una privación de la titularidad de aquellos bienes, pudiendo ser decomisados o devueltos a su titular en el momento del archivo definitivo de la causa. Precisamente por ello, en ningún caso se admitirán durante el sumario reclamaciones ni tercerías que tengan por objeto la devolución de los efectos que constituyen el cuerpo del delito, cualquiera que sea su clase y la persona que los reclame (art. 367 LECrim.) De distinta significación jurídica son las medidas cautelares reales, sin otro objetivo que asegurar el pago de las responsabilidades civiles derivadas del hecho ilícito (arts. 589 y siguientes de la LECrim).” Entiendo que de forma equivocada, Gallego Soler habla de la posibilidad de ordenar un *decomiso provisional*, que se produce de forma cautelar en la fase de instrucción. GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Art. 374.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 821. Esto en realidad no es un decomiso. La intervención con carácter provisional de los bienes, no se puede confundir con una medida que solo se produce en sentencia y que resuelve en definitiva sobre la titularidad de los bienes.

²⁸⁵ “Art. 374. 2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

- a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.
- b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento

contempladas en el art. 367 quater LECrim, aunque en esta última se plantean algunas más en las que se autoriza esa enajenación previa a la firmeza del fallo, p. ej., cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto (apartado c). Como lo expuesto en la LECrim es normativa de carácter general, aplicable sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales como la que estoy examinando, nada impedirá que de presentarse un caso que no esté contemplado en el art. 374 CP se pueda acudir a ella.

Si bien no se pueden establecer cuestionamientos en relación con las medidas procesales dirigidas al aseguramiento de los bienes, la situación cambia con la posibilidad de enajenar los bienes sin que haya una sentencia firme,²⁸⁶ no solo porque contraviene el principio de inocencia, sino también porque según la norma general, la ejecución de cualquier consecuencia punitiva está condicionada por la firmeza de la sentencia, según se desprende de los arts. 3 CP y 988 LECrim.²⁸⁷ De esta manera, tal posibilidad debería aplicarse de forma excepcional, limitada a supuestos muy reducidos²⁸⁸ (p. ej., cuando el propietario haga expreso abandono de los bienes²⁸⁹, o cuando su conservación pueda afectar gravemente su uso y funcionamiento), excluyendo otras hipótesis donde la necesidad de enajenar en contra de los derechos del titular no es tan clara, p. ej., la enajenación de los bienes que sin sufrir

habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.

El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.”

²⁸⁶ Aguado Correa cree que la enajenación sólo podrá tener lugar una vez pronunciada la sentencia, aunque sin necesidad de esperar a su firmeza. AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC, op. cit.*, p. 22. No comparto esta afirmación, básicamente porque dentro de las hipótesis en las que se autoriza la enajenación anticipada figura la peligrosidad que acarrea la conservación del bien, situación que claro está, debe solventarse desde que se presenta, siendo irrelevante la etapa en que se encuentre el proceso.

²⁸⁷ De esta opinión también es PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.*, pp. 23-24. Para Abel Souto dicha disposición es inconstitucional. Así, ABEL SOUTO, Miguel. “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003.” En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, La Ley, N° 20, Sección Estudios, octubre 2005, p. 24.

²⁸⁸ Para Zaragoza Aguado la excepción será la enajenación, en tanto que la regla general debe ser la conservación de los bienes para garantizar a su titular la devolución y restitución en caso de que no se aprecie responsabilidad alguna. ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, p. 425 y ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.*, p. 39.

²⁸⁹ El abandono por parte del propietario transforma el bien en *res nullius* susceptible de ser adquirida por ocupación por el Estado. Así, CERESO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.*, pp. 98-99. Otros cuestionan esta hipótesis, pues “Presumir legalmente que la previa retención judicial del bien... se transmuta en ocupación legítima por parte del Estado de la *res derelictae* y que sobre la base de este título puede enajenarlos es mucho suponer jurídicamente.” MAGALDI PATERNOSTRO, “Art. 374.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, op. cit.*, Tomo II, p. 1674.

deterioro material se deprecien por el paso del tiempo;²⁹⁰ o de los bienes cuya conservación pueda ser peligrosa para la salud o la seguridad pública, ya que si se configura una situación de peligro, lo procedente es la destrucción del bien y no su venta anticipada.²⁹¹

Quizá quepa realizar estos mismos cuestionamientos en relación con la posibilidad de autorizar el empleo de los bienes por parte de la policía judicial antes de que haya una resolución firme en la que se ordene su comiso (art. 374.1.3²⁹²). Nótese que si bien dicho apartado habla del *objeto del comiso*, en realidad se trata de bienes que únicamente han sido intervenidos y sobre los cuales no se ha dictado un pronunciamiento definitivo.²⁹³ Creo que la única forma de subsanar lo anterior es prever expresamente una indemnización para el titular del bien cuyo comiso no se ordene, por los daños y perjuicios que aquel uso haya podido causarle.²⁹⁴

Siempre en esta línea de ideas, en el apartado 3 se prevé la facultad de que la autoridad judicial declare la nulidad de los actos o negocios jurídicos en razón de los cuales se haya transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes mencionados en la norma²⁹⁵, lógicamente a favor de terceros (pues si el titular fuese el imputado los bienes serían decomisados directamente). Se trata

²⁹⁰ "... el deseo de evitar esta devaluación (y la consiguiente pérdida de ingresos para el Estado cuando finalmente enajena los bienes decomisados tras la sentencia firme), provocada principalmente por la inevitable duración del proceso o por la lentitud de la justicia, no es fundamento válido..." PUENTE ABA, "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." En: *AP, op. cit.*, p. 1001.

²⁹¹ PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.*, p. 26.

²⁹² "Art. 374.1.3º La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas."

²⁹³ Como apunta Magaldi Paternostro, precisamente por eso la norma habla de que ese uso será *mientras se sustancia el procedimiento*. MAGALDI PATERNOSTRO, "Art. 374." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, op. cit.*, Tomo II, p. 1672.

²⁹⁴ Cree que el afectado tiene derecho a esa indemnización en caso de que el bien haya sufrido algún deterioro o menoscabo, ACALE SÁNCHEZ, *Salud Pública y Drogas Tóxicas, op. cit.*, p. 136; FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.*, p. 266. Para Manzanares Samaniego, esa autorización ha motivado frecuentes reclamaciones patrimoniales al amparo de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del art. 292 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y es difícil saber si el reclamo se debe dirigir contra el Ministerio de Justicia o contra el Ministerio del Interior, o contra ambos. Entiende que la reclamación por el deterioro del objeto debería dirigirse contra el Ministerio de Justicia: "El propietario tiene derecho a la devolución del vehículo en las mismas condiciones en que fue aprehendido, a salvo únicamente los naturales efectos del transcurso del tiempo, y eso sin perjuicio de la oportuna indemnización si aquellos se hubiesen acrecentado por una injustificada prolongación del proceso, lo que sería funcionamiento anormal de la Administración de Justicia... Cuando el Estado adelanta el disfrute de algo aún no decomisado, y por ende de propiedad ajena, debe aceptar el riesgo de la devolución de la cosa a su dueño con la indemnización que proceda como consecuencia de aquel uso." MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo II, Parte Especial, pp. 994-995.

²⁹⁵ "Art. 374. 3. La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas."

de una disposición que debe analizarse con cuidado, pues una cosa es que se pueda hacer esta declaración en casos de fraude de ley y otra es que pueda hacerse en cualquier hipótesis fáctica, desconociendo los derechos de terceros de buena fe, no responsables del delito y que han adquirido el bien legalmente. Solo ante el fraude de ley será procedente, toda vez que el art. 374 remite expresamente al art. 127 CP y en éste el comiso puede afectar bienes de terceros salvo en los supuestos ya contemplados (que no sea de buena fe, que tenga responsabilidad en el hecho o que haya adquirido el bien de modo ilegal). Además de esto, la declaración de nulidad no debería producirse de oficio. Siendo un tema que requiere discusión, lo mínimo que puede demandarse es que las partes interesadas formulen una solicitud con ese propósito, en los mismos términos que sucede con el comiso.

Hay autores que consideran que la nulidad del concreto acto o negocio jurídico sólo será admisible en casos de una irregularidad patente y en los cuales no se necesite de discusión judicial.²⁹⁶ No comparto esta postura, pues el legislador autorizó el comiso de bienes de terceros y pacíficamente se admite que no basta la titularidad formal para resolver sobre el comiso, porque en el ámbito penal se busca la verdad real. Precisamente por esto se admite la aplicación de la teoría del levantamiento del velo.²⁹⁷ Dicho lo anterior y reconociendo que el comiso resuelve de forma definitiva sobre esa titularidad, es absurdo negar al juez la posibilidad de declarar la nulidad del negocio jurídico cuando con base en las pruebas, tiene por demostrado el fraude subyacente (con independencia de que ese fraude haya sido evidente o no). Ahora, se debe aplicar la normativa civil en cuanto a la nulidad de los contratos, sobre todo para salvaguardar los derechos de los terceros que no tengan vínculos con la infracción. Me refiero al art. 1305 CC, que señala: *“Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.”*²⁹⁸

Algunos autores critican que el art. 374 CP no remita expresamente al art. 128 CP, pues parece autorizar a los órganos jurisdiccionales para comisar el patrimonio de los responsables sin considerar el principio de proporcionalidad.²⁹⁹ Como adelan-

²⁹⁶ Así PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español*, op. cit., pp. 27-28; PUENTE ABA, “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.” En: *AP*, op. cit., p. 1003 y REY HUIDOBRO, “Los delitos contra la salud pública en la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *Diario La Ley*, op. cit., apartado V. 3.

²⁹⁷ De esta opinión p. ej., ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ*, op. cit., pp. 34-35.

²⁹⁸ En igual sentido, Aguado Correa cree que esta norma permite dilucidar la protección que debe recibir el tercero de buena fe o el destino del objeto del contrato. AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *RECPC*, op. cit., pp. 23-24.

²⁹⁹ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP*, op. cit., p. 49 y PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español*, op. cit., p. 21.

té, la doctrina³⁰⁰ y la jurisprudencia³⁰¹ de manera unánime, estiman que la norma mencionada es aplicable en esta materia. Aunque las bondades de esta interpretación son claras, no se puede negar que la aplicación del principio de proporcionalidad enfrenta un problema adicional, pues el numeral 128 exige para su aplicación la satisfacción de las responsabilidades civiles y en el 374 se niega expresamente tal posibilidad, disponiéndose que lo decomisado pase íntegramente al Estado.³⁰² Así las cosas, o el responsable satisface de otra manera sus responsabilidades civiles, o se concluye que no existe proporcionalidad entre el valor de los bienes de lícito comercio a decomisar con la naturaleza o gravedad de la infracción penal (recordemos que el artículo 128 prevé dos hipótesis en las que es viable su aplicación, a saber, la mencionada desproporción, o el hecho de que se hayan satisfecho por completo las responsabilidades civiles).

El legislador no incluyó en el ámbito de aplicación del art. 374 CP el delito previsto en el art. 373 CP y que en lo que interesa, sanciona la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 368 al 372 CP. Se trata de una decisión ciertamente incomprensible, que en todo caso no supone que esos casos estén exentos de un eventual comiso, ya deberá aplicarse la regla general prevista en el art. 127 CP.³⁰³

Sobre el destino de los bienes decomisados, el art. 374.4 CP dispone su adjudicación al Estado y excluye expresamente tanto la satisfacción de las responsabilidades civiles³⁰⁴ (lo que marca una clara diferencia con el art. 127 CP), como el pago de las costas procesales. Aunque se trata de una disposición excepcional que afecta

³⁰⁰ Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, "Artículo 374." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1440; PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3ª edición, 2004, pp. 647 y 659; MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP*, op. cit., p. 52; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., pp. 79-80; PUENTE ABA, "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." En: *AP*, op. cit., p. 998; FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC*, op. cit., p. 263; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, "Tráfico de drogas." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, op. cit., Tomo II, pp. 1360-1361; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.). *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 275-276; PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español*, op. cit., p. 21 y ACALE SÁNCHEZ, *Salud Pública y Drogas Tóxicas*, op. cit., p. 133, entre otros autores.

³⁰¹ Véase p. ej., las SSTS N° 9/2005 de 10 de enero; 314/2007 de 25 de abril y 397/2008 de 1 de julio.

³⁰² Art. 374.4 CP. Con esta misma orientación, léanse las Circulares de la FGE, N° 1/2005 y 2/2005, ambas de 31 marzo.

³⁰³ En sentido contrario, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, "Tráfico de drogas." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, op. cit., Tomo II, p. 1360. Para ella esta exclusión es lógica, ya que los actos preparatorios del artículo 373 están referidos a relaciones personales y no a la preparación material en la que aparezcan bienes decomisables. Tal posición no me parece de recibo, pues será a través de la casuística (es decir, no se pueden establecer reglas generales), que se determinará si cabe hablar de efectos, instrumentos o ganancias en relación con las conductas previstas en el art. 373 CP. De momento, se me ocurre un supuesto: A ofrece a B, esposa de C, una importante cantidad de dinero a cambio de que proponga a su esposo la integración en una organización dedicada al narcotráfico.

³⁰⁴ "Art. 374. 4 CP. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado."

a quienes tengan pretensiones en el ámbito civil, por la naturaleza de las infracciones a las que se aplica (actividades vinculadas con el tráfico de drogas), lo normal es que no existan víctimas que puedan hacer reclamos civiles al autor o partícipe de la infracción.³⁰⁵

Siempre en relación con el comiso en esta materia, cabe mencionar el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998, mismo que se explicó al abordar el tema del comiso ampliado y según el cual “*El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio*”.³⁰⁶ Se trata de un acuerdo que los operadores jurídicos aplican pacíficamente, requiriendo solo que se demuestre que las ganancias proceden del narcotráfico, en concreto, de operaciones previas a la que está siendo juzgada.³⁰⁷ A mi modo de ver es un acuerdo que roza los límites de lo inconstitucional, por quebrantar el principio de legalidad, ya que el comiso ordinario -por llamarlo de alguna manera-, según está regulado en el art. 127 CP, recae sobre los efectos, instrumentos o ganancias provenientes de la infracción (*entiéndase, la infracción que está siendo sometida a juicio*) y no sobre las ganancias que proceden de *actividades delictivas anteriores a esa*. Como señalé al examinar el comiso ampliado, hubiese sido necesario dar fundamento legal a este acuerdo, sin embargo, la forma en la que lo hizo el legislador no fue la idónea, pues al art. 127.1 párrafo 2 se le pueden hacer muchas críticas, empezando por el empleo de una presunción legal.

Finalmente, indicar que el art. 374 CP se aplica también en relación con el delito de blanqueo de capitales, cuando los bienes sometidos a blanqueo proceden de algunos de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 CP (así art. 301.1 párrafo 2 CP).³⁰⁸ Estimo que legislador limitó la aplicación del comiso previsto en el art. 374 CP

³⁰⁵ Según Magaldi Paternostro, por su estructura típica los delitos relativos al tráfico de drogas no generan responsabilidad civil. MAGALDI PATERNOSTRO, “Art. 374.” En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, op. cit.*, Tomo II, p. 1676. Vid también ZARAGOZA AGUADO, “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, p. 428; ZARAGOZA AGUADO, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.*, p. 42 y REY HUIDOBRO, “Los delitos contra la salud pública en la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *Diario La Ley, op. cit.*, apartado V. 4.

³⁰⁶ RUEDA GARCÍA, “La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea, op. cit.*, p. 228.

³⁰⁷ P. ej., en la STS 1103/2005 de 22 de septiembre, se dejó sin efecto el comiso sobre un vehículo y unos saldos bancarios pues no se demostró que procedieran del narcotráfico. En la N° 9/2005 de 10 de enero, el TS confirmó el comiso, ya que en su criterio, la sentencia recurrida fundamentó correctamente la conclusión de que los bienes (el dinero ingresado en unas cuentas bancarias y encontrado también en una bolsa) tenían una procedencia ilícita. Con una orientación parecida a la antes reseñada, véase además la STS N° 1030/2003 de 15 de julio.

³⁰⁸ “Artículo 301.

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena

a las hipótesis dolosas reseñadas en el art. 301.1 CP, de ahí que si p. ej., por imprudencia grave se legitiman bienes procedentes del narcotráfico (supuesto fáctico previsto en el artículo 301.3 CP), el comiso de los bienes deberá regirse por el art. 127 CP, lo que desde mi óptica no tiene ninguna justificación, máxime si se considera que esos bienes pueden no tener la condición de efectos, instrumentos o ganancias, con lo cual es necesario prever su comiso de forma expresa.

También creo que el art. 374 CP deberá aplicarse a las conductas descritas en el artículo 301.2 (ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de los delitos contemplados en el artículo 368 a 372 del CP o de un acto de participación de ellos), básicamente por dos razones. La primera, porque ese segundo apartado conforma también el tipo básico.³⁰⁹ La segunda, porque en él se hace una expresa remisión al primer apartado. Otras particularidades del art. 301 CP las trataré en el próximo acápite, v.g., el concepto de bienes que emplea dicho numeral y en virtud del cual el comiso puede extenderse mucho más allá de los simples efectos, instrumentos y ganancias.

Finalmente y a efectos de formular una propuesta de *lege ferenda*, creo que en el art. 374 CP, se debe prescindir de toda referencia al delito de blanqueo de capitales. Por una cuestión de orden, me parece mejor que sea en éste (entiéndase, en el art. 301 CP) que se regule el comiso del objeto material del delito, remitiendo claro está, al art. 374 CP cuando los bienes blanqueados procedan de alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 373 CP.

B. Algunos datos estadísticos sobre el comiso de bienes por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

Salvo excepciones puntuales, en España no se cuenta con información estadística sobre los bienes decomisados.³¹⁰ Uno de esas excepciones se articula en torno al

de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código...”

³⁰⁹ Señala que el apartado 2 es también parte del tipo básico, ZARAGOZA AGUADO, “Artículo 301.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 1160.

³¹⁰ Para Blanco Cordero, esta vacío hace imposible determinar a nivel europeo y nacional si son útiles los esfuerzos realizados contra la delincuencia que genera grandes beneficios. BLANCO CORDERO, “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha

negocio de las drogas. La Ley 17/2003 de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, es una regulación específica sobre el destino que se debe dar a los bienes decomisados en ciertas materias, en concreto, narcotráfico, blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico y contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o sustancias catalogadas como precursores. Según el art. 1 de esa ley, los bienes se integrarán en el Fondo de Bienes Decomisados,³¹¹ mismo que se invertirá en la prevención y lucha contra el narcotráfico y las conductas criminales que se asocian a este fenómeno (art. 2).³¹²

La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas es el órgano encargado de administrar y enajenar, ejecutando los acuerdos de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones,³¹³ los bienes decomisados y adjudicados al Fondo.³¹⁴ Anualmente rinde un informe sobre los aspectos más importantes de su gestión y algunos datos sobre las cantidades líquidas decomisadas y otros bienes (específicamente vehículos, inmuebles, embarcaciones, joyas y objetos). Importante señalar

contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., p. 377.

³¹¹ "Esta Ley tiene por objeto:

1º Regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de comiso en aplicación de los artículos 374 del Código Penal y 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando en este último caso dichos bienes, efectos e instrumentos se hayan utilizado o provengan de la ejecución de un delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de sustancias catalogadas como precursores, así como de los decomisados como consecuencia accesoria del delito tipificado en el artículo 301.1, párrafo segundo, del Código Penal, y que por sentencia firme se adjudiquen definitivamente al Estado y del producto obtenido por la aplicación de las sanciones y del comiso previsto en la Ley 3/1996, de 10 de enero o en cualquiera otras disposiciones normativas relacionadas con la represión del narcotráfico."

Sobre este tema, véase la FGE, Circular N° 2/2005 de 31 marzo.

³¹² "Artículo 2. Fines.

Los fines a los que se destinará este fondo serán los siguientes:

1. Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos.
2. Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta ley, incluyendo:
 - a) Los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de los delitos citados en el artículo 1.
 - b) Adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos.
 - c) El reembolso de los gastos en que lícitamente hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de estos delitos.
3. La cooperación internacional en la materia."

Sobre esta ley, léase GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF*, op. cit., p. 36-37.

³¹³ Según el art. 6 de la Ley 17/2003, la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones es la que tiene las competencias más importantes en el manejo del Fondo.

³¹⁴ Se expone de esta manera en los *Informes sobre la actividad del Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados* correspondientes a los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011. Facilitados por MONTERO DURÁN, Luis. Jefe de Área. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

que con el término *objetos* se comprenden todos los bienes que no encuadran en alguna de las categorías antes mencionadas.³¹⁵

Con los informes se demuestra que desde 1996, el decomiso de *vehículos* y *objetos* predomina sobre el de otros tipos de bienes (embarcaciones, inmuebles y joyas). Así p. ej., en el año 2009, *los vehículos*, con 985 decomisos, representó el 44,21% del total de los decomisos de bienes gestionados en el año (2228 decomisos) y *los objetos*³¹⁶ con 768 decomisos, el 34,47% del mismo total. En el año 2010, el comiso de vehículos representó el 49% del total de los decomisos de bienes y el de los objetos el 36% de ese total. Finalmente, en el año 2011 esta dinámica se repitió, pues el comiso de vehículos supuso el 47% del total y el de los objetos un 40%.

Tratándose de las cantidades líquidas decomisadas, incluidos los activos financieros que requieren algunos trámites para convertirlos en dinero líquido, el número de decomisos gestionados en el 2009 ha sido de 2399, mayor que el gestionado en 2008, a saber, 2274 decomisos. Asimismo, durante el año 2009 se han ingresado en el Tesoro Público 22.258.841,10 euros. En el 2010, el número de decomisos gestionados ha sido de 2146, inferior en número a los gestionados en 2009, pero muy superior en la cantidad ingresada, en concreto, 30.813.489,89 euros. Esta cantidad además, es la mayor que se ha ingresado hasta la fecha. En el 2011 la cantidad ingresada descendió notablemente (se ingresó al Tesoro la suma de 15.864.873,51 euros), sin embargo, el número de comisos efectuados fue superior al alcanzado en 2010 (en 2011 se realizaron 2360 decomisos). Aunque por su procedencia no se pueden hacer predicciones en cuanto a las cantidades líquidas a decomisar, tras estudiar los informes, lo que se puede concluir es se trata de sumas considerables, que superan como mínimo los diez millones de euros (así, v.g., en 2006 se ingresaron casi 17 millones de euros y en 2007, 11.322.226 euros).

Los informes, lamentablemente, no especifican si esos bienes (que como señalé antes se catalogan en: cantidades líquidas decomisadas y otros bienes -desglosados a su vez en vehículos; inmuebles; embarcaciones; joyas y objetos-), son efectos, instrumentos o ganancias de la infracción; si proceden de casos en los que se impuso una pena, o solo se demostró un injusto penal y una situación patrimonial antijurídica; o finalmente, si son ganancias provenientes de actividades anteriores a la enjuiciada, con lo cual es imposible asegurar que el comiso, en particular el comiso de las

³¹⁵ Esto es así desde 1996. Así se extrae del *Informe sobre la actividad del Fondo* correspondiente al año 2001. La categoría *otros bienes* están integrada por *vehículos* (automóviles, camiones, furgonetas, motocicletas, etc.); *inmuebles* (pisos, chalets, oficinas, plazas de aparcamiento, etc.); *embarcaciones* (barcos de pesca o deportivos, barcas, lanchas, veleros, etc.); *joyas* (relojes de pulsera, adornos de oro, plata, piedras preciosas etcétera) y *objetos* (donde se incluyen todos aquellos decomisos no clasificados en alguno de los anteriores, como baratijas, electrodomésticos, ropa, material audiovisual, teléfonos, muebles y demás enseres decorativos, así como bienes de naturaleza más compleja como sociedades mercantiles. Los decomisos de joyas y objetos por sus características, son contabilizados por lotes para su enajenación, entendiéndose, se agrupan varias piezas en un mismo lote, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la homogeneidad del precio de los lotes y su atractivo para los potenciales compradores. (p. ej., vehículos; inmuebles, embarcaciones, joyas, etcétera). *Informe sobre la actividad del Fondo* correspondiente a 2009, *op. cit.*, pp. 13-14, e *Informe sobre la actividad del Fondo* correspondiente a 2010, *op. cit.*, pp. 12-13.

³¹⁶ Como ya indiqué, bajo ese nombre (*objetos*) se comprende una gran cantidad de bienes.

ganancias, ha ido en aumento; o si las reformas legales hechas años atrás, o inclusive, el acuerdo del TS de 5 de octubre de 1998, han tenido algún impacto en esta materia.

IV. Comiso y blanqueo de capitales (artículo 301, apartados 1 y 5 del Código Penal).

La LO 5/2010, de 22 de junio, no introdujo cambios en el art. 301 CP que estén relacionados con el comiso. La regulación, por tanto, se mantiene igual desde la reforma operada a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

El artículo 301 plantea dos cuestiones importantes en relación con el comiso. La primera expuesta en el anterior acápite. Cuando las conductas de blanqueo se realizan en relación con bienes vinculados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368 a 372 CP), el comiso se regulará por lo dispuesto en el art. 374 (véase al respecto el art. 301.1 párrafo 2 CP³¹⁷). Para todos los demás casos, el comiso deberá regirse por lo indicado en el art. 127 CP, no solo porque ésta es la norma general, sino porque también así lo dispone el art. 301.5, refiriéndose solamente a las ganancias: “Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.”

Ahora, de este apartado 5 se puede prescindir, pues el art. 127 CP siempre deberá aplicarse y el comiso de las ganancias está previsto en él.³¹⁸

³¹⁷ “Art. 301 CP

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código...”

³¹⁸ También lo cree FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 127; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Art. 301.” En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo I, 2004, p. 1167; REBOLLO VARGAS, Rafael. “Receptación y blanqueo de capitales.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011, p. 788 y MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la*

En el art. 301 CP el objeto del blanqueo son los bienes. Es un término sumamente extenso, que según el Código Civil alude a “*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación...*” (Art. 333 CC). Asimismo, con él, la normativa supranacional comprende “... los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”³¹⁹ En suma, el término bienes puede comprender no solo los efectos, instrumentos o ganancias mencionados en el art. 127 CP, sino prácticamente todo producto de una actividad delictiva³²⁰ y las transformaciones que estos experimenten. Veamos un ejemplo. El art. 301.1 CP sanciona convertir bienes a sabiendas de que se originan en una actividad delictiva para ocultar su origen ilícito. Con el propósito antes señalado, A compra un inmueble con una importante cantidad de dinero que le da B, a sabiendas de que es la ganancia que B obtuvo como consecuencia de un delito de venta de material pornográfico en cuya elaboración han intervenido menores de edad (art. 189.1.b CP). En este caso *el bien* (el dinero), es el objeto sobre el que recae la acción típica (convertir) y simultáneamente, es el instrumento con que se comete la infracción -el blanqueo-.

Cuando los objetos del delito no son simultáneamente efectos, instrumentos o ganancias de la infracción surge el problema. Tenemos dos situaciones. La primera, cuando los bienes blanqueados proceden de alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 CP. La segunda, cuando los bienes proceden de otros delitos.

En el primer caso, el comiso se rige por lo señalado en el art. 374 CP, que en su apartado 1 contempla el comiso de los *bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código*. Tenemos dos formas de interpretar esta frase. La primera, entender que se contempla el decomiso de *cualquier bien* (p. ej., el objeto material) aunque no sea simultáneamente un instrumento, un efecto, o una ganancia. La segunda, entender que el término *bien* se incorporó al art. 127 CP como sinónimo del término *instrumento*. Aunque el art. 374 CP no ofrece elementos que den fundamento a esta conclusión, lo cierto es que remite al art. 127 CP y en éste, se habla de los *bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado* la infracción. Esta frase confirma lo que estoy señalando. De esta manera, debo concluir que el objeto material del delito, cuando no sea un efecto, un instrumento o una ganancia, no puede ser sometido a comiso.

Cuando los bienes proceden de delitos distintos a los contemplados en los arts. 368 a 372 CP, se aplica el art. 127 CP y por ende, si el objeto material de la in-

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). *Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo II, Parte Especial, p. 728.

³¹⁹ Artículo 1 inciso p), Convención de Viena. Es igual sentido se manifiestan las Convenciones de Palermo (artículo 2 apartado d) y Mérida (artículo 2 apartado d).

³²⁰ Según Fernández Teruelo, como parte de esa tendencia expansiva que refleja la LO 5/2010, se sustituyó el término delito por el de actividad delictiva. FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 125.

fracción no es simultáneamente efecto, instrumento o ganancia, su comiso no procede.

Ante este panorama, creo que la respuesta idónea es prever de manera expresa el comiso del objeto material del blanqueo. Al igual que lo indiqué para los delitos relacionados con el narcotráfico, tenemos dos vías: incorporar el comiso del objeto material como regla general (entiéndase, en el art. 127 CP), o incorporarlo en el tipo penal del blanqueo de capitales, posición por la que me decanto en la propuesta de *lege ferenda*.

Ya en relación con el tipo penal, tradicionalmente se entendía que recogía la impunidad del autoencubrimiento, con lo cual los actos de aprovechamiento de los bienes provenientes de un delito en cuya ejecución se había intervenido, se consideraban actos posteriores impunes. Sin embargo, siendo que el delito de blanqueo se caracterizaba (y sigue haciéndolo) por tener una naturaleza autónoma frente al hecho previo y proteger una pluralidad de bienes jurídicos, muchas veces distintos al que tutelaba la infracción inicial, no podía negarse la viabilidad de un delito de blanqueo por parte del autor o partícipe en esa infracción previa.³²¹ El actual art. 301 CP resolvió este punto, al prever en su apartado 1 que la actividad delictiva de la que se originan los bienes puede haber sido cometida por el propio blanqueador o por cualquier otra persona. La reforma introducida mediante la LO 5/2010 también incluyó como conductas típicas la posesión y utilización de bienes a sabiendas de que tienen origen en una actividad delictiva, lo que supone una ampliación en el ámbito de aplicación de este tipo penal. Esta modificación no ha sido bien recibida por la doctrina,³²² máxime que unida al autoblanqueo puede llevar la aplicación del tipo penal a niveles absurdos. Sobre el tema, apunta Quintero Olivares, “*Resulta así que se tipifica la posesión como situación típica de blanqueo, y además, permite considerar autor del delito de blanqueo a los propios responsables del delito generador de los bienes. Si a la posesión o uso le añadimos la inclusión del autoblanqueo, tendremos que comete nuevo delito, por ejemplo, el que tiene un cuadro o una joya que él mismo ha robado, o el que utiliza un vehículo de motor que él mismo ha sustraído, y los ejemplos podrían continuar y multiplicarse hasta alcanzar niveles ridículos. La causa, por supuesto, está en la inclusión del autoblanqueo, que al combinarse con la posesión o uso produce esas extrañas consecuencias.*”³²³ Asimismo, hay quien considera que a

³²¹ En este sentido véase ZARAGOZA AGUADO, “Artículo 301.” En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 1161-1162.

³²² Léase al respecto a FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, op. cit., p. 126; GALLEGOS SOLER, José Ignacio. “Art. 301.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 666 y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “El blanqueo de capitales.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, p. 464. A pesar de que este último autor considera una ampliación desmesurada del tipo incluir la posesión o uso de bienes, sí considera un acierto tipificar el autoblanqueo (*Ibidem*, p. 467).

³²³ QUINTERO OLIVARES, “La reforma del comiso (art. 127 CP).” En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, op. cit., p. 109. Igualmente QUINTERO OLIVARES, “Artículo 301.” En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo II, p. 450

raíz de esta reforma legal los límites entre el comiso y la nueva figura penal del autoblanqueo por posesión se vuelven problemáticos. P. ej., Gallego Soler³²⁴ y Quintero Olivares. Este último entiende que una primera lectura del artículo puede llevar a pensar que los partícipes en un delito responderán penalmente por ese delito y también por poseer los bienes con él obtenidos que de todos modos habrán de ser decomisados. Agrega que para evitar el *bis in idem* solo deberá sancionarse la posesión por el autor o partícipe cuando no sobrevenga el castigo por el delito previo.³²⁵ En sentido contrario, Cadena Serrano cree que no hay impedimento para que se sancione a los propios autores de los hechos delictivos cuando incurran en conductas de blanqueo, p. ej., cuando ingresan sumas de metálico en las cuentas corrientes y que de hecho, ese es el deseo que se desprende de la normativa supranacional.³²⁶

Creo que la introducción del autoblanqueo y la mera posesión y utilización de los bienes genera confusiones de cara al comiso. P. ej., según el art. 127 CP es posible decomisar bienes de terceros cuando estos no sean de buena fe. Ahora, con la reforma del blanqueo, podría suceder que ese tercero se convierta en autor de un delito por poseer esos bienes.³²⁷ En cualquier caso, lo que no se puede negar es que con estas modificaciones legislativas se facilita la configuración de los tipos penales y la consecuente imposición del comiso, pues ante la ausencia de pruebas que vinculen un bien con una determinada actividad criminal previa (exceptuando el tema del comiso ampliado, cuyo ámbito de aplicación es enorme), solo se requerirá demostrar que los bienes se originan en una actividad delictiva de cualquier clase. Una vez acreditado que el sujeto activo realizó una de las conductas descritas en el tipo -que como vimos, se han ampliado considerablemente-, esa sola condena permitirá el comiso de aquellos bienes, lo que quizá no se hubiese conseguido de otra manera. P. ej., no se pudo demostrar que A fue el autor o partícipe de un hecho criminal concreto y por ende, no se pudo condenar y ordenar el comiso de los bienes; sin embargo, si se pudo demostrar que poseía los bienes a sabiendas de su origen delictivo (sin que sea necesario que haya una sentencia que declare la existencia de ese hecho precedente, ya que éste se puede acreditar incluso por prueba indiciaria³²⁸), con

y QUINTERO OLIVARES, "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil." En: *RECPC*, *op. cit.*, p. 13.

³²⁴ "...con la actual regulación del blanqueo (art. 301) que permite considerar delito el autoblanqueo, entendido como posesión de bienes que tienen su origen en una actividad delictiva cometida por el propio sujeto que los posee, será difícil encontrar ámbitos de aplicación diferenciada de ambas instituciones." GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*, *op. cit.*, p. 300.

³²⁵ QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, *op. cit.*, p. 110.

³²⁶ CADENA SERRANO, Fidel Ángel. "La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010." En: *Jueces para la Democracia. Formación y debate*. Madrid, Jueces para la Democracia, N° 70, marzo 2011, pp. 67-68.

³²⁷ En igual sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, *op. cit.*, p. 126.

³²⁸ Comparte esta tesis CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ*, *op. cit.*, p. 358. También ZARAGOZA AGUADO, "Artículo 301." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, *op. cit.*, p. 122. Se-

lo cual se configura el blanqueo y por ende, se avala el comiso. De esta forma el delito de blanqueo no solo contiene una regulación en cuanto al comiso, sino que es él mismo un medio para garantizar la eficacia de la medida antes mencionada.³²⁹

Antes de la reforma introducida con la LO 5/2010, el art. 302.2 CP contemplaba el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo cuando se tratase de organizaciones.³³⁰ Esta norma, que ciertamente era bastante más amplia que el art. 127, ya que al mencionar expresamente los productos y beneficios indirectos autorizaba el comiso de los aprovechamientos, fue suprimida.³³¹ Según Fernández Teruelo, lo anterior quizá producto de un error legislativo (pues se sustituyó el contenido de este precepto al ser uno de los referidos en las antiguas consecuencias accesorias del art 129 CP aplicables a entidades jurídicas, por los nuevos preceptos sobre la responsabilidad de las personas jurídicas). Lo anterior puede impedir v.g., el comiso de las rentas obtenidas con el alquiler de una vivienda adquirida con dinero procedente de una actividad delictiva (productos), o el de las ganancias derivadas de su revalorización en una venta posterior (beneficios).³³² Según indiqué en acápites anteriores, este pro-

gún éste, “... la consecuencia de su configuración como delito autónomo es que no se requiere ni condena previa ni proceso previo por el delito fuente, de manera que el origen criminal debe ser demostrado como un elemento más del delito en la propia investigación penal abierta con tal motivo.”

³²⁹ Para Choclán Montalvo el blanqueo permite sancionar los hechos impositivos del comiso y la confiscación, consistentes en maniobras de ocultación del origen ilícito de los bienes y sirve de tipo de recogida cuando no se puede probar el vínculo de los bienes con el hecho concreto que se enjuicia. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, op. cit., pp. 80-81.

³³⁰ El artículo 302, según la modificación publicada el 26/11/2003, decía:

“1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:

a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.
 b) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.”

³³¹ El texto del artículo 302 CP, tras la LO 5/2010, señala:

“Artículo 302.

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

³³² FERNÁNDEZ TERUELO, “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias*

blema también se presenta con la regulación general del comiso, pues el art. 127 CP usa la expresión ganancias. Lo deseable por tanto, es autorizar el comiso de las ganancias indirectas en la norma general, de manera que sea aplicable en cualquier caso y no solo en los de blanqueo, aunque con límites ciertamente, para evitar un comiso *ad infinitum*. Igualmente, no se debe supeditar la aplicación de este comiso a la existencia de una organización delictiva como lo hacía el anterior 302.2 CP, sino que se debe aplicar a cualquier delito.

Finalmente, de *lege lata* la opción de ordenar el comiso en caso de que se cometa un delito de blanqueo imprudente queda abierta con el art. 127 CP. Es una respuesta cuya importancia no se puede menospreciar, pues como bien señalan algunos autores, el blanqueo imprudente suele jugar un papel subsidiario en los casos en los que a pesar de ser probable, no se puede demostrar la comisión de un delito doloso de blanqueo, especialmente con dolo eventual.³³³

V. Decomiso en delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319.3 del Código Penal).

El artículo 319.1 CP³³⁴ sanciona a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autori-

y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), *op. cit.*, p. 127.

³³³ FERNÁNDEZ TERUELO, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley*, *op. cit.*, p. 11.

³³⁴ "Artículo 319.

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

zables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o haya sido considerados de especial protección por los mismos motivos. En el apartado 2 de esa norma, se sanciona a los mismos sujetos que realicen las mismas conductas en suelo no urbanizable y en el apartado 3 se dispone el comiso preceptivo (usa la expresión “En todo caso se dispondrá...”) de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones experimentadas.

La previsión de un comiso preceptivo de las ganancias, producida con la LO 5/2010, de 22 de junio (pues antes de esa fecha el apartado 3 solo hacía referencia al tema de la demolición de la obra³³⁵) es desde mi óptica es innecesaria,³³⁶ ya que en el art. 127 CP, de aplicación en cualquier caso que no esté sometido a un régimen especial, se prevé el comiso de las ganancias también con carácter preceptivo. Para Górriz Royo se trata de una alternativa a la demolición en caso de que ésta no sea posible o razonable, evitando así un enriquecimiento ilícito del infractor.³³⁷ Esta

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

³³⁵ En su versión original (LO 10/1995, de 23 de noviembre), el apartado 3 del artículo 319 señalaba:

“Art. 319.

...

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.”

³³⁶ Lo cree de esta forma ACALE SÁNCHEZ, María. *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal*. Barcelona, Bosch S.A., 2011, p. 292; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, 18ª edición, 2010, p. 575; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.*, Tomo II, Parte Especial, p. 319 y TIRVIÓ PORTÚS, Jordi. “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.” En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX, p. 191. Finalmente, dice Martínez-Buján Pérez que el comiso ya resultaba aplicable a estos delitos al tenor del art. 127 CP. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª edición, 2011, p.781.

³³⁷ “Por último, la reforma penal de 2010, ha introducido una referencia a la medida del “comiso”, cuya imposición se ha previsto como obligatoria. Y ello por cuanto se alude a que “en todo caso”, se impondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito. Parece que esta medida, cuyo régimen general ya era de aplicación a estos delitos (arts. 127-128 CP), se introduce a modo de recordatorio pudiendo haber sido pensada como alternativa a la demolición en casos en que ésta ya no sea posible. Es decir, en supuestos en que, por ejemplo, debido al trascurso del tiempo entre el momento de la ejecución del delito y la tramitación del proceso, cuando se dicta sentencia condenatoria, el edificio que se ha llevado a cabo como consecuencia de la constatada comisión de uno de los delitos del art. 319 CP ya ha sido legalizado. En este caso, aun cuando se condene por el indicado delito, en principio, no sería procedente la demolición; si bien podría aplicarse el comiso para evitar una especie de “enriquecimiento ilícito” a favor del infractor.” GÓRRIZ ROYO, Elena. “Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 377. Vid. también GÓRRIZ ROYO, Elena. “Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apdo. 3º art. 319 CP (conforme a la lo 5/2010, de 22 de junio).” En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010, p. 187. En igual sentido se pronuncia VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010, p. 279 y Paz de la Cuesta Aguado, para quien la previsión era necesaria ante la

también es la opinión de Sanz Mulas;³³⁸ Dopico Gómez-Aller y Pozuelo Pérez.³³⁹ Desde mi punto de vista, en los términos en que está formulado el artículo (véase que usa la expresión *en todo caso*) el comiso de las ganancias deberá imponerse *siempre que proceda*, al margen de lo que acontezca con la demolición.³⁴⁰ Situación distinta es que el legislador considere necesario recordar al operador jurídico que al margen de lo que se disponga en cuanto a la demolición de la obra y la reposición de la realidad física alterada a su estado originario, siempre subsiste la necesidad de acabar con los beneficios de contenido económico que haya obtenido el infractor. Pensemos en un ejemplo. Un inmueble se construye en un terreno no urbanizable que con el paso del tiempo adquiere la condición de urbanizable. Aunque la demolición carece de sentido, pues supondría un derroche de medios intolerable como señala Dopico Gómez-Aller y Pozuelo Pérez, eso no significa que el autor de la infracción urbanística pueda disfrutar las ganancias provenientes de ésta.³⁴¹

Es importante aclarar que si bien no hay obstáculo para que en ciertas circunstancias lo construido sea también considerado una ganancia de la infracción,³⁴² lo común es que esa ganancia se materialice o aprecie una vez que se trasmite a

resistencia de los tribunales a aplicar el art. 127 CP en estos supuestos, de manera que se recuerda al juez que en caso de no ordenar la demolición debe ordenar el comiso. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011, p. 982.

³³⁸ SANZ MULAS, "Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)." En: *La Ley Penal, op. cit.*, en concreto en el punto 3 del apartado V.

³³⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER; POZUELO PÉREZ, "Demolición o comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.*, apartado IV.

³⁴⁰ En igual sentido, la FGE señala: "Ese erróneo uso subsidiario podría llevar a colegir que estamos ante dos medidas alternativas y que ante la ineficacia de una de ellas se podría optar por la otra. Lo cierto es, sin embargo, que la expresión o fórmula "en todo caso" que inicia el régimen de aplicación del comiso en el artículo 319.3 presupone que el comiso no se puede utilizar como última opción frente a la demolición sino que se aplicará en cualquier tipo de supuesto." Circular 7/2011, de 16 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Medio Ambiente y Urbanismo. Disponible en: <http://www.fiscal.es>. También lo afirma así Francisco Caamaño, que en su condición de Ministro de Justicia, fue entrevistado por el Diario La Ley y señaló: "Y, por último, se establece con carácter preceptivo que —además de las penas de prisión y multa y de la demolición, en su caso— necesariamente los jueces tendrán que acordar el comiso de todas las ganancias provenientes del delito independientemente de las transformaciones que hubieran podido experimentar. Esto puede referirse a la propia edificación, al precio obtenido con su venta, a los materiales y maquinarias empleados, etc." *Diario La Ley. Especial Reforma del Código Penal*. Editorial La Ley, N° 7534, jueves 23 de diciembre de 2010, Año XXXI, p. 3.

³⁴¹ Señala Ortega Montoro que en materia de delincuencia urbanística uno de los grandes problemas es el de su rentabilidad, pues a pesar de que la construcción se realiza en contra de la normativa urbanística, en la práctica hay una fuerte resistencia a su demolición, lo que supone que el responsable puede conservarla e inclusive enajenarla, obteniendo un lucro de esto. Por lo anterior es necesario que por el motivo que sea, si la construcción no puede o no debe ser demolida, el beneficio derivado de ella no quede bajo ningún concepto en manos del infractor, si no se quiere seguir generando los ya conocidos efectos criminógenos de un incorrecto sistema de consecuencias del delito. ORTEGA MONTORO, Rodrigo. "La nueva regulación de los delitos urbanísticos en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2009." En: *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Editorial La Ley, N° 4, Sección Actualidad, quincena del 28 febrero al 14 de marzo de 2010, Tomo I, Vid. concretamente el apartado II. 4 del artículo escrito por este autor. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es>.

³⁴² Así lo estima GÓRRIZ ROYO, "Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP." En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.*, p. 377.

terceros la obra construida.³⁴³ Ahora, entiendo que eso no significa que las obras no pueden decomisarse, pues el art. 127 del CP contempla el comiso de los efectos del delito, justamente lo que constituyen las obras, pues son producidas desde la propia conducta constitutiva de la infracción, igual que sucede v.g., con el dinero falsificado.³⁴⁴ Problema aparte es si tras el comiso de las obras se dispone su demolición por tratarse de un bien que no es de lícito comercio. Nótese que si se ordena esa demolición con base en el art. 319.3 CP, el autor del hecho es quien debe hacerse cargo de los gastos que ésta genere (“*En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra...*”), sin embargo, si se hace por la vía del comiso, se desconoce quién debe asumir esos gastos, ya que el art. 127.5 CP no prevé nada al respecto.³⁴⁵ Ahora, no se puede desconocer que la demolición contemplada en el art. 319.3 es una medida de naturaleza civil,³⁴⁶ lo que no sucede con el comiso, de ahí que la respuesta que se dé en uno u otro caso no necesariamente deberán coincidir.

Asimismo, siendo que el art. 319.3 CP guarda silencio en relación con los efectos e instrumentos, su comiso debe regirse por la norma general, con todas sus variantes (p. ej., el comiso por valor equivalente, el que se decreta en caso de que no se declare una responsabilidad criminal aunque sí una situación patrimonial ilícita, etcétera).

VI. Cohecho y tráfico de influencias (artículo 431 del Código Penal).

El artículo 431, que se ha mantenido incólume desde la entrada en vigencia de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, señala que las dádivas, presentes o regalos serán decomisados en todos los delitos previstos en los capítulos V y VI del título

³⁴³ ACALE SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal*, op. cit., p. 293.

³⁴⁴ En sentido contrario, Acale Sánchez considera que la obra es el objeto material de la infracción y que su comiso era lo que deseaba el legislador con la fórmula contenida en el art. 319.3, en la que, erróneamente, habla de las ganancias. Agrega también: “*Todo apunta a que se ha confundido el objeto material, con las ganancias provenientes del delito... El hecho de que si bien el art. 319.3 señale que se “podrá decretar” la demolición, pero que “en todo caso” se decretará el comiso, no supondría contradicción alguna si se hubiera señalado expresamente el decomiso del objeto material del delito, entendiéndose por tal, no la construcción o edificación en sí misma considerada, sino el suelo sobre el que aquélla se llevó a cabo. Así, en primer lugar se demolería la obra, a fin de restaurar el orden urbanístico vulnerado y en segundo, se decomisaría el suelo. Pero, como se decía, no es esto lo que establece el precepto examinado.*” Me parece que Acale Sánchez no acierta al creer que el suelo puede ser considerado objeto material de la infracción, ya que no ha sido producido por la misma (vid. *supra* cap. III.III.A.1).

³⁴⁵ Art. 127.5 CP: “Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.”

³⁴⁶ Así OLMEDO CARDENETE, “Capítulo 32. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I).” En: MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, op. cit., p. 706.

XIX, denominado Delitos contra la Administración Pública. El primer capítulo está dedicado al cohecho y el segundo al tráfico de influencias.

A diferencia de lo que sucede con las hipótesis antes descritas, la previsión del artículo 431 no es completamente innecesaria,³⁴⁷ pues si bien existe una regla de aplicación general que prevé el comiso de las ganancias, el art. 127 CP se circunscribe a las que son provenientes de la infracción y no a las conseguidas por cometer el hecho. Las ganancias que motivan la comisión del hecho se pueden decomisar con base en lo planteado en el artículo 431 CP. P. ej., el comiso de la dádiva o retribución que solicitó o aceptó el funcionario para realizar un acto propio de su cargo (art. 420 CP).

Esta disposición no impide que se aplique el art. 127 CP para cualquier otro bien que constituya un efecto, un instrumento o una ganancia de la infracción. Veamos un ejemplo. El dinero que entregó una empresa al funcionario público para obtener un contrato se puede decomisar con base en el art. 431 CP y las ganancias que haya obtenido esa empresa se pueden decomisar con base en la regla general prevista en el art. 127 CP.³⁴⁸

Aun y cuando la normativa actual que regula el cohecho habla de dádivas, favores o retribuciones de cualquier clase (p. ej., una prestación de carácter sexual), así como de ofrecimientos o promesas de aquellas, las únicas susceptibles de comiso son las prestaciones que se puedan valorar económicamente.³⁴⁹ De igual forma, las dádivas, presentes o regalos, en resumen, las ventajas cuyo comiso se ordena deben haber sido efectivamente entregadas, con lo cual no solo bastará con su ofrecimiento, promesa o solicitud.³⁵⁰

Señala el legislador que la conducta típica puede tener como beneficiario al propio sujeto activo o a un tercero (v.g., artículos 419, 420, 422 CP). A mi modo de ver, aunque el art. 431 CP prevé el comiso preceptivo de las dádivas, presentes o regalos sin considerar la situación del tercero, para evitar roces con la Constitución deberá aplicarse el art. 127 CP en cuanto a la protección de sus derechos. De igual

³⁴⁷ En un sentido distinto al mío, pues consideran que sí es una previsión innecesaria, véase PÉREZ MACHÍO, "Artículo 431." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1604; SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, op. cit., p. 851; CUGAT MAURI, Miriam. "Art. 431." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004, p. 2054; MIR PUIG, Carlos. "Art. 431." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 938; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., p. 104 y CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, op. cit., p. 717.

³⁴⁸ De esta forma lo señala BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC*, op. cit., p. 62.

³⁴⁹ Como señalé en el cap. IV apartado III de esta investigación, el comiso solo cabe en relación con derechos patrimoniales.

³⁵⁰ En igual sentido, MORALES PRATS; RODRÍGUEZ PUERTA, "Artículo 431." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo II, p. 1265 y PÉREZ MACHÍO, "Artículo 431." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1605.

manera, si las dádivas, los presentes o los regalos están en poder de un tercero de buena fe, no responsable de la infracción y que ha adquirido el bien legalmente, corresponderá la aplicación del art. 122 CP, que impone la restitución de la cosa o el resarcimiento del daño a quien haya recibido los bienes a título lucrativo y desconoce su origen.

Tema polémico es si cabe aplicar el art. 128 CP a este comiso en particular. Para Saavedra Ruiz no cabe.³⁵¹ De manera confusa, Prats Canut y Morán Mora señalan primero que no, pues el comiso contemplado en el art. 431 CP tiene carácter preceptivo³⁵² y luego, entienden que este comiso está sometido a las reglas generales contempladas en los arts. 127 y 128 CP.³⁵³

Entiendo que no se puede negar la aplicación del art. 128 CP a este comiso, como a ningún otro que tenga una regulación especial. Aunque en efecto, la norma prevé un comiso preceptivo, el principio de proporcionalidad tiene fundamento constitucional y por tanto, la interpretación de cualquier texto legal no puede estar al margen de él. Situación distinta es que sea difícil imaginar alguna hipótesis en donde ese comiso sea una medida desproporcionada, máxime si se toma en cuenta el fundamento y la orientación teleológica que inspira el comiso de ganancias.

Finalmente, el artículo 431, tras la reforma introducida mediante LO 5/2010, de 22 de junio, extendió el comiso de las dádivas, presentes o regalos a los delitos previstos en el Capítulo VI, denominado *Del tráfico de influencias*. Sin embargo, lo dispuesto en el art. 431 solo será aplicable a la conducta contemplada en el numeral 430 CP³⁵⁴, pues en los otros dos tipos penales que integran el citado capítulo (el 428 y el 429) no hay presencia de dádivas, presentes o regalos. En estos solamente se alude a la obtención de un beneficio económico que por ser una ganancia, será decomisible a través del art. 127 CP.

³⁵¹ SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 843.

³⁵² PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., 3º edición, 2004, p. 647.

³⁵³ PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ibídem, p. 661.

³⁵⁴ Aunque sin exponer sus razonamientos, arriban a esta conclusión MORALES PRATS; RODRÍGUEZ PUERTA, "Artículo 431." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., Tomo II, p. 1265.

VII. Comiso aplicable al delito de contrabando (artículo 5, LO 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando).

El artículo 5 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, regula el comiso en relación con el delito de contrabando.³⁵⁵ Por ser una disposición de carácter especial, es de aplicación prioritaria sobre lo dispuesto en los arts. 127 y 128 CP.

Según se desprende del art. 5.1, el presupuesto principal del comiso es la pena, aunque también se prevé un comiso potestativo en caso de que aquella no haya sido impuesta y se configure una situación patrimonial ilícita (art. 5.5).

La norma no plantea el objeto del comiso en términos generales, sino que señala expresamente a cuáles bienes se aplicará la medida. En concreto, prevé el comiso *de las mercancías* (art. 5.1.a), lo que es un acierto, pues no tratándose de un efecto, instrumento o ganancia de la infracción sino del objeto material del delito,³⁵⁶ no podría disponerse su comiso a la luz del art. 127 CP. Siempre en esta línea de ideas, nótese que se descarta el comiso de bienes que solo tienen una relación próxima con la infracción, pues el legislador concretó que las mercancías a decomisar son solo *las que sean objeto material del delito*.

A través de la LO 6/2011,³⁵⁷ marcó el legislador una distinción entre *las mercancías* (bien corporal susceptible de ser objeto de comercio);³⁵⁸ *los géneros prohibidos* (cuyo comercio está prohibido)³⁵⁹ y *los géneros estancados* (de lícito comercio pero sometidos a monopolio³⁶⁰). Entiendo que un bien cuyo comercio está prohibido o está sometido a monopolio no es susceptible de ser objeto de comercio y por tanto, no puede ser considerado *mercancía*. Esto provoca un serio inconveniente de cara al comiso, ya que como indiqué, el art. 5.1.a prevé el comiso *de las mercancías* y no el de los géneros prohibidos y estancados, ni siquiera en caso de condena. Se trata de un error que no se puede solucionar a través de la interpretación. Incluso, si fuésemos flexibles con la definición de *mercancía*, a lo sumo podríamos comprender los bienes que están sometidos a monopolio, pero nunca los de comercio prohibido,

³⁵⁵ La LO 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, fue publicada en el BOE N° 297 de 13 de diciembre 1995. El art. 5 fue reformado por el art. 1.6 de la LO 6/2011, de 30 de junio, BOE N° 156, 1 de julio de 2011, pp. 69885-69886.

³⁵⁶ Considera las mercancías objeto material del delito FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.*, p. 267.

³⁵⁷ BOE N° 156, 1 de julio de 2011.

³⁵⁸ Así lo indica el actual art. 1.1 de la LO 12/1995.

³⁵⁹ "Art. 1...

12. Géneros prohibidos: todos aquellos cuya importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción estén prohibidos expresamente por tratado o convenio suscrito por España, por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determinen en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale."

³⁶⁰ "Art. 1...

11. Géneros o efectos estancados: los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición."

pues precisamente están fuera del comercio de los hombres. Ante este panorama, se concluye fácilmente que es necesario ampliar el ámbito de lo decomisible.

La norma también prevé el comiso de los instrumentos de la infracción y en este ámbito incluye, esta vez sí, los empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos; los medios de transporte y todos aquellos otros bienes que puedan catalogarse como instrumentos de la infracción. En síntesis, cuando hablamos de instrumentos hacemos referencia a los bienes enumerados en las letras b, c y e del artículo 5.1.³⁶¹ Para Mapelli Caffarena esto es un error del legislador, pues lo idóneo es que se haga un señalamiento con carácter general.³⁶² Comparto la crítica. El listado de bienes que deben ser considerados instrumentos es sumamente extenso, innecesariamente extenso, e incluso alcanza bienes que de aplicarse el art. 127 CP no estarían comprendidos, p. ej., los instrumentos con que se ha fabricado un género prohibido.

Finalmente, se dispone el comiso de las ganancias (art. 5.1.d), lo que de nuevo, resulta innecesario, ya que su comiso está contemplado en el art. 127 CP.

El artículo 5 también comete el error de hablar del comiso como pena accesoria (apartado 1.c), dándole una categoría que no tiene ni en el Código Penal, ni en la misma LO 12/1995 de 12 de diciembre.

En relación con el tercero, se plantean dos requisitos para que el comiso de sus bienes no proceda, a saber, que sean de lícito comercio y que el tercero sea de buena fe (artículo 5.3³⁶³). No demanda los otros dos requisitos que contempla el art. 127, a saber, que el tercero no sea responsable del delito o que haya adquirido el bien legalmente, lo que es afortunado. Caben no obstante, las críticas que hice en su momento al tema de la licitud comercial, pues se está confundiendo esa noción con la de la peligrosidad del bien, que es la que en realidad interesa, al menos tratándose del comiso de efectos e instrumentos. Quizá lo deseable sea suprimir este apartado y permitir que este tema se resuelva con las reglas generales que de *lege ferenda* se proponen.

³⁶¹ “Art. 5.

1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos:

a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito.

b) Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos.

c) Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquél y el Juez o el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.

d) ...

e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito.”

³⁶² MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *RP, op. cit.*, p. 50.

³⁶³ “Art. 5.3. No se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y sean propiedad o hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.”

De una manera extraña, el artículo 5 incorpora el principio de proporcionalidad. Digo extraña pues limita su aplicación únicamente a un bien decomisado: los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito (apartado 1.c). En este supuesto no se aplicará el comiso (la norma usa la expresión *salvo que*) pertenezcan a tercero que no haya tenido participación en el hecho y la medida sea desproporcionada en atención al valor del medio de transporte y el valor de las mercancías que son objeto del contrabando. Son dos requisitos cumulativos y no alternativos,³⁶⁴ cuestionables por varias razones, a saber, porque si es un tercero de buena fe el comiso no debería proceder, incluso en caso de que no se dé la desproporción que también exige la norma; porque la situación del tercero ya está contemplada en el art. 5.3 y porque el hecho de que el tercero no sea partícipe del hecho no significa que sea de buena fe en lo que al comiso se refiere. Finalmente, porque la existencia de esta previsión especial sugiere que el principio de proporcionalidad solo se aplica en esta hipótesis y no en las restantes, lo que sería un desacierto si se considera que la situación del medio de transporte no dista de la de los demás instrumentos con los que se ha cometido la infracción y si se toma en cuenta que la desproporción entre el valor de lo decomisado y la gravedad y naturaleza de la infracción, se puede presentar en cualquier caso y no solo en aquellos en que un tercero y no el autor o partícipe de la infracción es el titular del bien a decomisar.

Ahora, siendo que el Código Penal es de aplicación supletoria, habría que entender que el art. 128 CP será aplicable al comiso de efectos e instrumentos (salvo que se trate de los medios de transporte), con lo cual será necesario que exista desproporción entre el valor de los bienes y la naturaleza o gravedad de la infracción. Tratándose de los medios de transporte, como ya apunté, la regla de proporcionalidad es otra: la desproporción se debe dar entre el valor del medio de transporte y el valor de las mercancías que han sido objeto de contrabando.³⁶⁵ Dicho esto, de *lege ferenda* es mejor que este comiso también esté sometido a la regulación general, en los mismos términos que cualquier otro.

La norma prevé la adjudicación íntegra de lo decomisado al Estado, con lo cual no cabe su empleo en la satisfacción de otras responsabilidades. Esto marca una diferencia con el art. 127 CP. Además la disposición aquí examinada solamente regula la situación de los bienes de lícito comercio, señalando que serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.³⁶⁶

³⁶⁴ AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 182.

³⁶⁵ De la misma opinión FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC*, op. cit., p. 268; AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p. 185 y CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., p. 114.

³⁶⁶ Art.5. 6. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a) de esta Ley Orgánica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo."

Si los bienes en cuestión han sido decomisados por el delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de precursores de las mismas,³⁶⁷ será la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones la que determine si se procede a su enajenación o si se les da otro destino, lo anterior conforme con lo dispuesto en la Ley 17/2003 de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Esta ley, repito, es la que regula el destino de los bienes decomisados con ocasión del narcotráfico.

En los demás temas que regula el art. 5 (comiso ampliado -apartado 4-; comiso por valor equivalente -apartado 2- y comiso en caso de no imponerse una pena -apartado 5-), el texto legal coincide con lo expuesto en el art. 127 CP, con lo cual las observaciones y críticas hechas en torno a éste son aplicables aquí.³⁶⁸ Aunado a esto, si a fin de cuentas lo que se aplica es lo expuesto en el art. 127 CP, es innecesario que el art. 5 reitere su contenido. Bien se puede prescindir, por tanto, de los apartados 2 a 5 del art. 5 de esta ley.

Finalmente, señalar que la LO 12/1995, en sus arts. 6 y 7 regula el uso provisional de los bienes intervenidos y su enajenación anticipada,³⁶⁹ en términos similares

³⁶⁷ Como se desprende de la anterior cita, según el art. 5.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, esos son los previstos en el art. 2.3 de la misma ley. Esta última norma indica:

“Artículo 2. Tipificación del delito...

3. Cometten, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros...”

³⁶⁸ P. ej., Gutiérrez Rodríguez se muestra crítica con la presunción legal contenida en el art. 5.4 de LO 12/1995. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. “La nueva regulación de los delitos de contrabando. Régimen jurídico tras la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7790, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2012, Año XXXIII, p. 7. Tal presunción es idéntica a la prevista en el art. 127.1 párrafo 2 CP (comiso ampliado), de ahí que las críticas hechas a esa figura sean también aplicables aquí.

³⁶⁹ “Artículo 6. Intervención de bienes no monopolizados.

1. El Juez o Tribunal acordarán la intervención de los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el artículo anterior, a resultas de lo que se decida en la resolución que ponga término al proceso.

2. La autoridad judicial, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables, podrá designar a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso, de la garantía que se establezca.

3. La autoridad judicial podrá acordar, asimismo, que, mientras se sustancia el proceso, los bienes, efectos e instrumentos intervenidos se utilicen provisionalmente por las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando.”

“Artículo 7. Enajenación anticipada.

1. Los bienes, efectos e instrumentos intervenidos podrán ser enajenados, si éste fuere su destino final procedente, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo en los siguientes casos:

Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.

Cuando la autoridad judicial estime que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a disminución importante de su valor. Se entenderán comprendidos en este apartado las mercancías, géneros o efectos que sin sufrir deterioro material se deprecian por el transcurso del tiempo.

(aunque no idénticos) a lo expuesto en el art. 374 CP. P. ej., mientras que en esta última norma se señala que la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas puede emplear provisionalmente los bienes, en el art. 6 LO 12/1995 se autoriza a los responsables de la persecución del contrabando. Esta última disposición también admite que los presuntos responsables sean designados como depositarios de los bienes, lo que es una excepción a la legislación ordinaria que para algunos autores, se admite porque esos bienes no son importantes en términos probatorios.³⁷⁰

Del mismo modo, en tanto que el art. 374 CP permite enajenar antes de la firmeza de la sentencia cuando la conservación del bien pueda afectar gravemente su uso y funcionamiento, el art. 7 de la LO 12/1995 solo lo admite cuando el propietario hace expreso abandono de los bienes, o cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a disminución importante de su valor (hipótesis también contempladas en el art. 374 CP). La enajenación, ahora bien, solo cabe en relación con bienes de lícito comercio que a la postre pueden ser vendidos.³⁷¹ Para todas estas disposiciones cabe repetir lo dicho con relación al art. 374 CP: se trata de reglas que no deberían estar en una ley penal, o al menos no en el artículo 5 que estoy examinando, pues no tienen que ver con el comiso, sino con actos que son previos a que se ordene esta medida.

VIII. Otras normas sobre el comiso contenidas en leyes penales especiales.

El Artículo 6 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios,³⁷² prevé el delito monetario. En el art. 7, apartado 5, esa ley señala que *“La moneda española, divisa, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometa delito monetario se reputará instrumento del delito a efectos de lo previsto en el artículo 48 del Código Penal.”*

2. La enajenación a la que se refiere este artículo será ordenada por la autoridad judicial. A tal efecto se procederá a la valoración de las mercancías, géneros o efectos, cuando ésta no estuviere practicada, en la forma prevista en esta Ley.

3. El importe de la enajenación, deducidos los gastos ocasionados, quedará en depósito a resultas del correspondiente proceso penal.”

³⁷⁰ *“El régimen normal, según lo dispuesto en la LECr (arts. 334, 635 y 844), es que el juez instructor y la policía judicial recojan estos objetos y, al ser elementos probatorios, no se prevea su depósito en poder de terceros y menos aun de los presuntos responsables del delito... Su explicación quizá se halle en que en la mayor parte de las ocasiones estos bienes y objetos decomisables poco importan a efectos probatorios.”* CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., p. 116-117. Vid., igualmente, AGUADO CORREA, *El comiso*, op. cit., p.188.

³⁷¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, “Capítulo 33. Comiso.” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, op. cit., p. 721 y CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., p. 118.

³⁷² Publicada en el BOE N° 298 de 13 de diciembre de 1979.

A pesar de que algunos autores consideran que la referencia al art. 48 CP hay que entenderla hecha al art. 127 CP,³⁷³ me parece evidente la necesidad de hacer reformas,³⁷⁴ de manera que la regulación vigente sobre el comiso encuentre reflejo en la legislación penal especial.

Una situación similar se presenta tratándose de la LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.³⁷⁵ En el art. 24. 2 se define el comiso de los instrumentos y efectos como una pena accesoria. De seguido, en el art. 34, este cuerpo legal remite al Código Penal para su aplicación. Si bien es comprensible lo anterior, pues para la fecha en que se creó el Código Penal Militar el comiso tenía el carácter de pena en el Código Penal, es incomprensible que en 1995, año en que el comiso pasó a ser una consecuencia accesoria no se hiciese lo propio por poner en sintonía ambas regulaciones.

Del mismo modo, nótese que el art. 24.2 no prevé el comiso de las ganancias, vacío legal que debería solventarse si se desea acabar con el enriquecimiento ilícito que se pueden producir a raíz de ciertas infracciones. P. ej., el art. 189 señala que el militar que “*simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitar la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.*” La norma agrega, en su segundo párrafo, que “*Si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a diez años, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido.*” Nótese cómo, ante la comisión de este delito, el comiso de las ganancias obtenidas no sería posible, lo que ciertamente es absurdo, máxime si se considera que ese tipo penal contempla el ánimo de lucro, entendido como la búsqueda de una utilidad de carácter económico.³⁷⁶

Finalmente, la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea³⁷⁷ es otro ejemplo de falta de coordinación con lo dispuesto en el CP. Esta ley en su art. 7.4 define el comiso de efectos e instrumentos como una medida de seguridad,³⁷⁸ cuya imposición dependerá del prudente arbitrio del órgano jurisdiccional que dicte la sentencia (art. 8.4).

³⁷³ DE LAMO RUBIO, “De las consecuencias accesorias.” En: GARCÍA VICENTE; *et ál.*, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, op. cit.*, p. 377.

³⁷⁴ En igual sentido, Rueda García cree necesario uniformar la regulación del comiso contenida en el Código Penal y en leyes penales especiales como la expuesta. RUEDA GARCÍA, “La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea, op. cit.*, p. 216.

³⁷⁵ Publicada en el BOE N° 296 de 11 de diciembre de 1985.

³⁷⁶ Sobre el dolo en este tipo penal véase BLECUA FRAGA, Ramón. *Comentarios al Código Penal Militar*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1988, p. 2016 y HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando; PASCUAL SARRÍA, Francisco Luis. *Código Penal Militar. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Colex, 2011, p. 482.

³⁷⁷ BOE N° 311 de 28 de diciembre de 1964.

³⁷⁸ “Art. 7

Las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de pena podrán acordarse con arreglo a esta Ley son las siguientes:...

4°. “La incautación, demolición o reforma de instalaciones, aparatos, locales y, en general, de materiales y elementos que se hayan empleado en la delincuencia, sean efectos de ella o signifiquen un serio peligro para la navegación aérea.”

CAPÍTULO VI. EL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE COSTA RICA

Al igual que sucede en España, en Costa Rica se encuentran disposiciones sobre el comiso tanto en el Código Penal como en otras leyes especiales de carácter penal.

I. Antecedentes históricos del comiso. Del Código General de 1841 al Código Penal de 1941.

Del Código General de 1841 al Código Penal de 1941, el comiso fue considerado pena accesoria y consecuencia de la pena. En el primero se catalogó como pena pecuniaria *la pérdida de algunos efectos*. Su art. 883 rezaba *“Las armas, instrumentos o utensilios con que se haya ejecutado el delito, y los efectos en que éste consista o formen el cuerpo de él, se recogerán por el Juez para destruirlos o inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que pueda sacarse de ellos; a no ser que pertenezcan a un tercero, a quien se hubieren robado o sustraído sin culpa, en cuyo caso se le restituirán íntegra y puntualmente.”*¹

La pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito también fue catalogado como pena, en este caso accesoria, en el Código Penal de 1880. El art. 39 señalaba que *“Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.”*² La consideración del comiso como pena accesoria se reiteró en los arts. 80.3 y 141 del Código Penal de 1918, así como 67.4 y 70 del Código Penal de 1924. El numeral 70 que recién cité indicaba: *“Toda pena implica la pérdida de los objetos que provengan del delito y de los instrumentos con que se hubiere cometido, salvo que pertenezcan a un tercero no culpable. Cuando los objetos aprehendidos fueren de uso prohibido o de ilícito comercio, el tribunal acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la responsabilidad del acusado o no pertenezcan a éste.”*³

Con el Código Penal de 1941 el comiso se presentó como una consecuencia de la sentencia condenatoria. Según el art. 121: *“Toda pena lleva consigo la pérdida, para el condenado, de los efectos, objetos o productos del hecho punible y de los instrumentos con que se ejecutó, salvo que pertenezcan a un tercero no responsable, o en el caso de cuasi delitos.*

¹ Código General de la República de Costa Rica, emitido el 30 de julio de 1841. Nueva-York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 2º edición anotada, adicionada y corregida, conforme a las leyes vigentes posteriores hasta el 31 de diciembre de 1857, 1858.

² Código Penal de la República de Costa Rica, emitido por el Consejo Nacional, a iniciativa del Poder Ejecutivo y sancionado por éste el 27 de abril de 1880. San José, Imprenta Nacional, 1880.

³ Código Penal de 1924, de la República de Costa Rica. San José, Trejos Hermanos Editores, 1924.

Cuando se trate de cosas cuyo destino propio es servir de instrumento para cometer delitos, o cuya fabricación, portación, uso o venta sean ilícitos, el juez acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la responsabilidad del acusado, o no pertenezcan a éste.”⁴

El comiso en este caso no era una pena, sino una consecuencia obligatoria de toda condena, junto con la inhabilitación y suspensión, la obligación de pagar costas procesales y personales, la inscripción de la sentencia en el Registro Judicial de Delinquentes y la obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar perjuicios provenientes del hecho punible.⁵

Como se aprecia, prácticamente en todos los Códigos se consideró la situación del tercero, evitando que el comiso les fuese extensible. Del mismo modo, la aplicación del comiso se vinculó con la condena, salvo que se tratase de bienes ilícitos, caso en el cual la imposición de la medida era procedente aunque no se declarase la existencia de la infracción o la responsabilidad del acusado.

II. El comiso en el Código Penal de 1970.

El comiso, otrora pena o consecuencia de la sentencia condenatoria, se convirtió en una consecuencia civil. En el Código Penal de 1970, vigente hoy en día, el comiso se ubicó en el Título VII, bajo la rúbrica *Consecuencias civiles del hecho punible*. Según el art. 103, la consecuencia de todo hecho punible es la reparación civil y ésta entre otras cosas, ordenará el comiso.

“Artículo 103.

Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará:

- 1) *La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor;*
- 2) *La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y*
- 3) *El comiso.”*

El artículo 110 regula el instituto, en los siguientes términos: “*El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho*

⁴ Código Penal de 1941. Disponible en: <http://www.pgr.go.cr/Scij/>

⁵ Lo entiende de esta manera ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. San José, Editorial Juricentro, 1984, pp. 366-367.

derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.”⁶

Este Código se basó en el Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica,⁷ de ahí que vamos a examinar lo expuesto en éste sobre el tema, para entender las razones por las cuales el comiso se transformó en una consecuencia civil.

A. El comiso en el proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica.

El proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica tenía la finalidad de contribuir a la unificación legislativa en el ámbito penal.⁸ Juristas de los países del área, fundamentalmente profesores universitarios, intervinieron en su proceso de elaboración, mismo que demandó muchos años.⁹

Tras hacer una declaración de principios mínimos (v.g., legalidad, culpabilidad, proscripción de la analogía, debido proceso, cosa juzgada, inocencia, etc.),¹⁰ el trabajo se distribuyó y la comisión colombiana fue la encargada de abordar el tema de la responsabilidad civil emanada del delito y en general, el de sus efectos en el campo extra penal.

Según consta en la ponencia que presentó dicha comisión al pleno,¹¹ la figura del comiso fue especialmente debatida, ya que en tanto algunos de sus miembros

⁶ Código Penal de 1970. Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970. La Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970. Disponible en: <http://www.pgr.go.cr/Scij/>

⁷ Según Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas, la dogmática jurídica alemana tiene su expresión en el Código penal costarricense, sobre todo por la fuerte influencia que se ejerció a través del Código penal tipo para Latinoamérica, de las discusiones en relación con el proyecto alemán de 1962. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; VALENZUELA BEJAS, Manuel. *Derecho penal latinoamericano comparado*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tomo I, Parte General, 1981, pp. 36-37.

⁸ DIAZ TORRES, Guillermo. *Un aporte de Colombia al Código Penal tipo latinoamericano. Algunos aspectos de la ponencia sobre las consecuencias civiles del delito*. Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1969, p. 11 y BUSTOS RAMÍREZ; VALENZUELA BEJAS, *op. cit.*, p. 2.

⁹ “Como iniciativa privada se constituyó en octubre de 1963 en Santiago de Chile la Comisión Redactora de un CP Tipo para Latinoamérica, con secretariado permanente en dicha ciudad. En ese marco se celebraron reuniones posteriores en México (1965), Lima (1967), Caracas (1969), Bogotá (1969) y São Paulo (1971), ocasión en la que se ultimó la PG. Luego se efectuaron reuniones en San José (1972), Medellín (1973), Santiago (1975), San Cristóbal/Venezuela (1975), Madrid (1977) y Buenos Aires (1979).” CARO CORIA, Dino Carlos. “La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano.” *Ampliación de las ponencias presentadas en la IV y V Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano*, celebradas en Bogotá/Colombia del 12 al 16 de marzo de 2001 y en Culiacán/México del 11 al 15 de junio de 2001, p. 27. Disponible en: <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf>.

¹⁰ Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo. *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General. Tomo I. Antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos, índices*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973, pp. 122-123.

¹¹ Las comisiones de trabajo eran las encargadas de la labor científica, a saber, de preparar los materiales para las reuniones plenarias. Por su parte, las reuniones plenarias “...han tenido como fun-

que resultaron ser mayoría, creían que debía incluirse entre las consecuencias no penales del hecho punible, otros lo consideraban un fenómeno procedimental.¹² La comisión acordó que el comiso y otras figuras de dudosa naturaleza jurídica (v.g., las costas), no fueran incluidos en la ponencia y ésta se centró en las consecuencias civiles del delito.¹³

El tema del comiso, no obstante, sí fue objeto de examen. Juristas como Alfonso Reyes y Pedro Sanabria cuestionaron la decisión colombiana, pues si bien el comiso no podía catalogarse como pena, de no legislarse sobre él quedaría fuera una importante consecuencia del hecho punible cuya ubicación, decían, tampoco correspondía a la normativa procesal. Para ambos, el tema que Colombia debía examinar en su ponencia era el de las consecuencias no penales del delito, lo que daba un lugar al comiso, pues la ubicación de esta figura jurídica no era muy clara ni dentro de las consecuencias penales ni dentro de las civiles.¹⁴ En todo caso, si se insistía en que la ponencia debía llevar por título *Consecuencias civiles*, se podía pensar en incluir el comiso pero dedicarle un artículo concreto.¹⁵

La comisión chilena por su parte, hizo algunas observaciones a la ponencia colombiana, de particular interés aquella según la cual el comiso se debía regular, pero no dentro de las consecuencias civiles del delito, sino de manera autónoma, pues aunque este instituto no es una pena, tampoco esto significa que sea una consecuencia civil, pudiéndonos encontrar a lo sumo, dentro de un aspecto preventivo penal.¹⁶ Chile lo que propuso -y Colombia aceptó- fue la inclusión de un párrafo aparte de las consecuencias civiles del delito o la reparación del daño.¹⁷ La discusión que se desarrolló al respecto en la décima sesión de la cuarta reunión plenaria, concluyó con un acuerdo, a saber, la inclusión de un texto sobre el comiso, pero en el entendido de que éste no tiene carácter de pena, ni es expresión de la responsabilidad civil derivada del delito.¹⁸

El texto que se aprobó finalmente, según Díaz Torres, separa las consecuencias civiles del delito y el comiso. Este instituto se coloca bajo la rúbrica “Otras consecuencias del delito” y se regula de la siguiente manera:

ción primordial debatir los materiales elaborados por las comisiones de trabajo y aprobar el articulado del proyecto, celebrándose anualmente.” BUSTOS RAMÍREZ; VALENZUELA BEJAS, op. cit., p. 5.

¹² Ponencia de la comisión colombiana sobre el tema: La responsabilidad civil derivada del delito. P/Co/04. En: Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit.*, Parte General. Tomo I, p. 406.

¹³ DIAZ TORRES, *op. cit.*, pp. 41-42.

¹⁴ ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 368.

¹⁵ DIAZ TORRES, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶ Observación de la comisión chilena sobre la ponencia de la comisión colombiana, OB/CH-Co/04. Visible en: Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit.*, Parte General. Tomo I, p. 476; DIAZ TORRES, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷ ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 369 y DIAZ TORRES, *op. cit.*, pp. 55-56.

¹⁸ Décima sesión, Cuarta reunión plenaria (Caracas-Venezuela, 20 al 30 de enero de 1969). En: Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit.*, Parte General. Tomo I, p. 555; así como en *Parte General, Tomo II, Vol. II, Actas*, pp. 721 a 723.

“El delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tengan el ofendido o terceros.”¹⁹

No obstante que el acuerdo adoptado en la cuarta reunión plenaria a la que se aludió antes fue categórico en cuanto a dotar al comiso de una regulación autónoma frente a las demás consecuencias jurídicas del delito, en el documento publicado por el Secretariado Ejecutivo de la Comisión Redactora del Código penal tipo para Latinoamérica, el comiso sigue figurando en el título cuarto, bajo la rúbrica Responsabilidad civil derivada del delito, concretamente en el art. 97, que en lo medular es idéntico al ya transcrito.²⁰ Del mismo modo en el Código Penal de Costa Rica se dejó de lado ese acuerdo, incluyéndose el comiso en el acápite dedicado a la responsabilidad civil derivada del delito, lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina.²¹

Autores como Manzanares Samaniego afirman que el hecho de que en el proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica el comiso se incluyera en el tema de la responsabilidad civil derivada del delito, revela que el comiso de ganancias arrastró al de los instrumentos y productos, pues la unificación se hizo sobre el primero.²² Creo que tal afirmación es inexacta, pues como vimos, la lectura de las actas y en particular la revisión de los acuerdos adoptados,²³ sugiere algo distinto, a saber, que el propósito de los juristas que elaboraron el proyecto del Código penal tipo para Latinoamérica era separar el comiso de las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias civiles, dada su diferente naturaleza.

A pesar de los esfuerzos, no se llegó a concluir un texto íntegro para la Parte especial,²⁴ lo que nos impide hacer una lectura integral del Código que nos permita

¹⁹ DIAZ TORRES, *op. cit.*, pp. 56-57.

²⁰ “El delito determina la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tengan el ofendido o terceros.” Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, *op. cit.*, Parte General. Tomo I, pp. 57-59; 285, 290.

²¹ Vid. ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 370. Esto no fue un fenómeno exclusivo de nuestro país. P. ej., Restrepo Medina, autor que examina la legislación colombiana, cree que la inclusión del comiso dentro del capítulo referente a la responsabilidad civil del hecho punible carece de toda sistemática. RESTREPO MEDINA, “Instrumentación cautelar del decomiso.” En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, *op. cit.*, p. 166. Léase también RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, pp. 58-59.

²² MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal.” En: *ADPCP*, *op. cit.*, p. 620.

²³ Acuerdo N° 89 de la Cuarta Reunión Plenaria de Caracas, del 20 al 30 de enero de 1969. Visible en: Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, *op. cit.*, Parte General. Tomo I, p. 555.

²⁴ Una vez que se culminó y publicó oficialmente la Parte General del Código, las siguientes reuniones plenarias, llevadas a cabo en San José (1972), Medellín (1973), Santiago (1974), San Cristóbal (1975), Madrid (1977) y Buenos Aires (1979), sirvieron para debatir diversos aspectos de la Parte Especial: los delitos contra la vida, contra la salud individual, contra el honor y contra el orden económico. REYNA ALFARO, Luis Miguel. “La unificación del derecho penal: consideraciones a propósito del código penal tipo para Iberoamérica.” En: *Ensayos de Realidad Nacional*. Domingo 30

descubrir si en algunos tipos penales se pretendía contemplar, p. ej., el decomiso del objeto del delito, lo que a lo postre hubiese sido útil para determinar si ese bien en particular puede o no comprenderse en la fórmula prevista en la Parte general.

B. Artículo 110 del Código Penal.

El art. 110 CP es prácticamente idéntico al art. 97 del proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica, con una única diferencia sin ninguna importancia, a saber, en lugar del vocablo *determina* usa el vocablo *produce*: “El delito *determina* (art. 97)/ *produce* (art. 110) *la pérdida...*” La norma tiene un carácter general y prevé la pérdida de los bienes a favor del Estado. Es decir, es éste el destinatario de los mismos.²⁵

El comiso puede recaer sobre los instrumentos con que se cometió el delito, las cosas o valores provenientes de la realización del hecho y también el provecho derivado del mismo delito. Entiendo que la norma no ampara el comiso del objeto del delito salvo que éste pueda ser catalogado simultáneamente como instrumento, como bien proveniente de la realización del hecho o provecho derivado de él.

En relación con el término *instrumentos*, son aplicables las consideraciones hechas en el capítulo III de esta investigación. El instrumento es, en pocas palabras, lo que nos sirve para hacer algo y comprende tanto los bienes materiales como inmateriales. Tratándose de los términos *cosas* o *valores* hay que hacer mayores precisiones. La *cosa*, según la RAE²⁶ que procede del latín *causa*, es *todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta*. Aunque también se le define como *objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales*, no menos cierto es que se le considera sinónimo del término *bien* y éste es entendido como *cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho*. Dicho en otras palabras, con el término *cosas* el legislador costarricense no alude únicamente a las cosas corpóreas, sino también a las inmateriales. Esta conclusión encuentra respaldo en las normas del Código Civil, que en lo que interesa, hablan de los bienes como cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas y de los derechos como cosas incorpóreas.²⁷ Se trata

de diciembre de 2007. Disponible en: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-unificacion-del-derecho-penal.html>. Nótese cómo este autor no hace referencia a la aprobación de un texto final tratándose de la Parte Especial, circunstancia de la que extraigo la conclusión antes apuntada.

²⁵ En igual sentido, HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006, p. 55.

²⁶ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*

²⁷ Señala el Código Civil de Costa Rica:

“De los bienes considerados en sí mismos.

Artículo 253. Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas.

Artículo 254. Son inmuebles por naturaleza:

1º.- Las tierras, los edificios y demás construcciones que se hagan en la tierra.

2º.- Las plantas, mientras estén unidas a la tierra, y los frutos pendientes de las mismas plantas.

de una conclusión que desde mi óptica es importante, pues como he venido señalando, el comiso recae sobre derechos cuyo objeto tiene una determinada relación con la infracción (p. ej., es el instrumento con que se comete la infracción, o la ganancia proveniente de ésta), interpretación que es plenamente plausible tratándose de la legislación costarricense.

Con el término *valor* se alude a la *calidad de las cosas, en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente, o a la calidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables*. El Diccionario de la RAE también habla de *Títulos representativos o anotaciones en cuenta de participación en sociedades, de cantidades prestadas, de mercaderías, de depósitos y de fondos monetarios, futuros, opciones, etc., que son objeto de operaciones mercantiles*. De todos estos conceptos, entendidos en el marco que proporciona el art. 110 CP, se puede concluir que el legislador con el término *valor* hace referencia a cualquier bien estimable económicamente.

El término *provecho* comprende lo que en la legislación española son las ganancias. Nótese que este vocablo, procedente del latín *profectus*, es definido por la RAE como el *beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio*. El beneficio del cual es sinónimo, es definido a su vez como la *ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil*. Igualmente, la utilidad es el *provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo*.

La norma abarca las ganancias *derivadas* del delito y los efectos *provenientes* de su realización. El verbo *derivar*, cuando es dicho de una cosa, supone que ésta trae su origen de otra. Igual sucede con verbo *provenir*, cuya raíz está en el latín *provenire*. En relación con una cosa, significa que ésta se origina o procede *de un lugar, de otra persona, de otra cosa, etc.* De esta manera, el art. 110 CP limita el comiso a los efectos y ganancias *directamente vinculados* con la infracción y no a los que sustituyan estos. P. ej., las ganancias indirectas. Si se respetase el tenor literal de esta norma, tampoco debe alcanzar las ganancias que se dan *por* y *para* cometer el hecho, ya que no *provienen* de éste. Por los comentarios que expuse en los capítulos precedentes, comentarios que no pretendo repetir, este problema se debe solucionar a través de una reforma legal.

Es evidente que la norma da mayor importancia al tema de la no tolerancia de una situación patrimonial ilícita que a la peligrosidad que pueden revestir algunos

Artículo 255. Lo son por disposición de la ley:

1º.- Todo lo que esté adherido a la tierra, o unido a los edificios y construcciones, de una manera fija y permanente.

2º.- Las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles.

Artículo 256. Todas las cosas o derechos no comprendidos en los artículos anteriores, son muebles.

Artículo 257. Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles, y en consumibles y no consumibles.

Artículo 258. Cosas corporales son todas, excepto los derechos reales y personales, que son cosas incorporales.”

Código Civil, Ley N° 63 de 28 de setiembre de 1887. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=86586&strTipM=TC.

bienes (sea intrínseca, sea en relación con alguien), pues no existe referencia sobre ese extremo, lo que es lamentable toda vez que esa peligrosidad es el fundamento del comiso de los efectos e instrumentos.

La jurisprudencia no ha profundizado en el contenido de los términos antes expuestos. En la única sentencia que se ha localizado al respecto, el TCP de San Ramón distinguió entre bienes materiales e inmateriales, concluyendo que el comiso solo es posible tratándose de los primeros y que en casos de copropiedad el comiso no procedía, pues un derecho proporcional sobre un inmueble no se podía considerar instrumento.²⁸ Se trata de una posición cuestionable, pues si ese derecho ha servido para cometer el hecho, no veo motivo para no disponer su comiso a favor del Estado, máxime si se considera que la copropiedad no es un impedimento, ya que se puede finiquitar. Como dispone el mismo CC, ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su codueño.²⁹

²⁸ *“Acudiendo a la definición que sobre tal vocablo brinda el Diccionario de la Lengua Española, tenemos que en su primera acepción se entiende por tal el «conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios», aludiendo con ello a un bien material y no a un derecho (inmaterial). Las restantes definiciones de la palabra «instrumento» recalcan aún más lo anterior, pues aluden a los diversos tipos de instrumentos (documento legal, de músico, cuerda, percusión, etc.). En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia ha entendido que es la «casa» la que constituye un «instrumento» respecto a la comisión del delito de tráfico de drogas, cuando en la misma se expenden tales sustancias o bien, se fabrican o almacenan, que no es este el caso. Lo anterior viene a ser reafirmado por las disposiciones que sobre el tema contiene la Ley de Psicotrópicos, pues en su artículo 83 se alude al decomiso de “todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley [...]”, mismos que luego en sentencia podrán ser objeto de comiso. Concuerdan con lo anterior las restantes disposiciones que la citada Ley contiene respecto a la administración de dichos activos, pues se establece que los mismos serán utilizados para el cumplimiento de sus objetivos (art. 87), así como que, tratándose de bienes sujetos a inscripción en el Registro Nacional, se procederá a la inscripción o traspaso del mismo a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas (art. 89). Debiendo concluirse de las anteriores normas que es el bien «inmueble» lo que se perdería y no un derecho sobre el mismo, razón por la cual se habla del traspaso o inscripción del mismo en favor del I.C.D. y de su utilización para el cumplimiento de sus objetivos, cuestiones que no se compaginan con la inscripción de un derecho proporcional. Todo lo cual, unido a la finalidad de privar al delincuente de los medios que le permitieron realizar el hecho, impide conceptualizar un comiso que no sea de todo el instrumento y recaiga sobre un derecho proporcional al mismo. Debiendo agregarse que la existencia de otros codueños impediría que el I.C.D. pueda hacerse con el «instrumento», entendiéndose por ello la casa como un todo; lo que llevaría a una situación de copropiedad entre un ente estatal y dos sujetos privados, implicando ello todos los derechos y obligaciones que corresponderían a su parte alícuota. Aunque podría interpretarse que indirectamente el derecho alícuota sobre el inmueble de marras es el medio (instrumento) que le permite al imputado utilizar la casa donde vendía droga, ello ofrece dos problemas. El primero de ellos es que se trataría de una interpretación analógica, pues el instrumento (tanto en su definición principal como en su interpretación judicial) alude a objetos y no a derechos. Y, aunque la doctrina mayoritaria distingue el comiso –como tercera forma de reacción ante el delito– de la pena y de la medida de seguridad, al constituir la pérdida de un bien, no cabría una interpretación ampliativa. Como segunda objeción debe repararse en que la consecuencia no recaería sobre el «instrumento», sino sobre el derecho, pues sería este último el que le permitiría al imputado utilizar la casa. De todo lo dicho cabe concluir que en el presente caso lo que la ley autoriza expresamente es la pérdida del instrumento con que se comete el delito, no el comiso de un derecho alícuota sobre el mismo.” STCP San Ramón, N° 26/2010 de 26 de enero.*

²⁹ *“Art. 272. Ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su condueño, y puede en todo tiempo exigir la división, salvo:*

En la legislación costarricense el comiso se circunscribe a los bienes empleados en la comisión de delitos, con lo cual se excluye el ámbito de las faltas. Si se considera el fundamento y los fines que persigue el comiso, esta decisión legislativa no se comprende, pues tanto en los delitos como en las faltas los efectos e instrumentos pueden ser peligrosos y las ganancias, considerables. Por ello, creo que de lege ferenda se deben incluir las faltas.

Si bien no se contemplan los instrumentos empleados en la preparación del hecho, tal y como sucede con la legislación española, dicha mención es innecesaria toda vez que el texto actual permite abarcar los instrumentos empleados para cometer delitos en grado de tentativa, así como en actos preparatorios punibles.

Como adelanté atrás, no se prevé el comiso de segundo grado; el comiso por valor equivalente,³⁰ o el comiso ampliado. La norma tampoco prevé ninguna indemnización para el titular del bien cuyo comiso se ordena.

Aunque la norma no aborda este tema, la jurisprudencia³¹ y la doctrina³² han entendido que el comiso solo se aplica a delitos dolosos, pues desde su óptica, el término *instrumento* comprende solamente los bienes que son empleados intencionalmente para la comisión de delitos.

El comiso no puede afectar los derechos que tengan el ofendido o terceros sobre los bienes. Del tenor literal de la norma bastaría con que concurra esa circunstancia para que el comiso no proceda, lo que es un error, pues bien puede suceder que ese tercero tenga también un vínculo con el hecho que haga procedente el comiso, p. ej., que haya adquirido el bien en condiciones en las que debía sospechar sobre su origen ilícito. De esta manera se concluye que ha sido la jurisprudencia y no el legislador (no al menos en el art. 110 CP), quien incorporó la exigencia de que el tercero sea de buena fe,³³ una buena fe que por lo menos se presume.³⁴

En los casos de sociedades mercantiles o de compañías comunes, en todos los cuales se observará lo que la ley especial y respectivamente disponga.

Si la cosa o el derecho fuere por su naturaleza absolutamente indivisible.

En los casos de comunidad de bienes originados en la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal, los cuales se regirán por lo que ella dispone.

Cuando, tratándose de inmuebles su fraccionamiento contraviene las normas del urbanismo.

Cuando se trate de derechos creados bajo el Régimen Especial de Vivienda de Interés Social autorizados mediante ley, en cuyo caso se aplicarán las regulaciones específicas vigentes.

Art. 273. Si la cosa sólo es indivisible en sí misma, y los condueños no convienen en que se adjudique a alguno de ellos, reintegrando a los otros en dinero, se venderá la cosa y se repartirá el precio." Código Civil, *op. cit.*

³⁰ Así, ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 401.

³¹ STCP San José, N° 1009/2010 de 31 de agosto.

³² ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 399; HERRERA FONSECA, *op. cit.*, pp. 71-72.

³³ P. ej., en un caso donde el imputado que trabajaba como vigilante no tenía permiso para portar el arma de fuego, el TCP San José confirmó el comiso de ésta por considerar que la empresa de seguridad propietaria que lo contrató era responsable al haber facilitado el arma a una persona inidónea para portarla. STCP N° 587/2010 de 28 de mayo. En una sentencia de la Sala Tercera, se señaló: "En todo caso de ser el propietario persona distinta al inculpado de autos, era necesario que el Ministerio Público hubiese demostrado el interés por allegar la prueba indisponible para acreditar el consentimiento del dueño en la actividad ilícita del narcotráfico, utilizando la residencia como centro de ope-

Siempre en relación con este tema, si el comiso cede ante los derechos del ofendido o terceros, debo concluir que su imposición solo tendrá lugar cuando estén satisfechas las responsabilidades civiles. Por tanto, la restitución del bien, p. ej., robado, tendrá un lugar preferente al comiso.³⁵ Esto, aunque desde la perspectiva de la víctima es positivo, puede provocar problemas en relación con los bienes peligrosos, ya que el comiso de estos no debería depender de una cuestión civil.

Igualmente, el legislador no limitó esta disposición a los casos en los que el responsable civil es insolvente, con lo cual aquel que sí lo es se puede beneficiar, ya que será lo decomisado y no su patrimonio ajeno a la infracción el que se destine a satisfacer las responsabilidades civiles. En relación con este tema, es muy interesante la SST N° 499/2011 de 11 de mayo de 2011. En esta resolución, dictada en el proceso conocido como Caja Fischel y en el cual estaba imputado un expresidente de la República, la Sala Tercera confirmó la sentencia del tribunal sentenciador en cuanto destinó los bienes decomisados a saldar la condena civil y declaró sin lugar la pretensión del Ministerio Público en el sentido que debía ordenarse su comiso a favor del Estado. De esta forma, los bienes decomisados se emplearon para satisfacer la responsabilidad civil que tenían imputados de incuestionable solvencia económica. Esto, aunque conforme con el tenor literal de la norma, es un claro despropósito.

En el Código Procesal Penal no existe un procedimiento que regule la intervención del tercero en el proceso. La jurisprudencia ha tratado de solventar este vacío legal señalando que se debe integrar un litisconsorcio pasivo necesario.³⁶ A pesar de esto, es común que los órganos de casación se den por satisfechos con que se brinde audiencia al tercero en la etapa de debate, no siempre con éxito.³⁷

ración. Pero no como pretende la recurrente, ordenar en esta sede el comiso de un bien cuya legítima propiedad a cargo del imputado no se ha acreditado, ni tampoco el hipotético asentimiento del verdadero dueño del inmueble para que H. lo utilizara como centro de operación en el negocio de la droga.” SST N° 679/1996 de 8 de noviembre. Nótese cómo, a la existencia de un derecho del tercero, se agrega el tema de la buena fe. Otras sentencias en las que se habla del tercero de buena fe son v.g., las SSTCP San José N° 233/1997 de 21 de marzo; N° 76/2000 de 28 de enero; N° 632/2000 de 14 de agosto; N° 231/2001 de 16 de marzo y la SST N° 512/2001 de 31 de mayo, entre muchas otras.

³⁴ Vid. en este sentido la STCP San José N° 463/2005 de 25 de mayo.

³⁵ Comparte esta opinión, HERRERA FONSECA, *op. cit.*, p. 154.

³⁶ SST N°420/2006 de 12 de mayo.

³⁷ En el Diario La Nación, el sábado 18 de febrero de 2012, se informa que en un proceso contencioso administrativo una sociedad anónima reclamaba la titularidad de una bodega que había sido decomisada por un tribunal penal. Según los demandantes, el inmueble no pertenecía al condenado sino a la sociedad. Simultáneamente, en un Juzgado de Cobro Judicial, otra sociedad anónima también reclamaba el inmueble, como pago por una deuda que había contraído el imputado con la sociedad. La juzgadora, que había resuelto entregarles el bien, tuvo que suspender el acto al enterarse que estaba inscrito a nombre del Instituto Costarricense de Drogas por disposición del tribunal penal. Según la nota periodística, el tema iba a ser investigado por el Tribunal de la Inspección Judicial (órgano disciplinario del Poder Judicial), para determinar si hubo irregularidades en el proceso. Vid. “Álem saca provecho todavía a bodega donde almacenó droga.” En: *La Nación*. 18 de febrero de 2012. Disponible en: nacion.com/2012-02-18/Sucesos/Alem-saca-provecho-todavia-a-bodega-donde-almaceno-droga.aspx. Como se ve, la ausencia de un protocolo en cuanto a la intervención de terceros interesados en los procesos que pueden culminar con el comiso de sus bienes genera este tipo de situaciones.

VI. EL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE COSTA RICA

El art. 110 CP señala que el presupuesto del comiso es el delito. Este término debe entenderse como conducta típica, antijurídica, culpable y punible³⁸ y no como una simple previsión legislativa independiente de una declaración de responsabilidad en un caso concreto, pues así se desprende del art. 103 CP, que en lo que interesa, indica que el comiso tiene como presupuesto un hecho punible y que se impondrá en la sentencia condenatoria.

Sin embargo, la jurisprudencia en términos generales³⁹ ha entendido el delito de otra manera, a saber, como una estipulación abstracta de ilicitud referida por el legislador, con lo cual se ha dispuesto el comiso en otras circunstancias, p. ej., en sentencias absolutorias, sobreseimientos definitivos por extinción de la acción penal por pago de multa, etcétera.⁴⁰ Se argumenta que el art. 110 CP no requiere una

³⁸ En igual sentido, señala el TCP sobre el artículo 110 CP: *“La aplicación de esta norma siempre supone que se ha dictado un fallo condenatorio, salvo el derecho de terceros o del ofendido, o en casos excepcionales, que la posesión del bien constituya, per se, un acto antijurídico...”* STCP San José N° 117/2004 de 12 de febrero.

³⁹ Digo en términos generales pues hay algunas excepciones. P. ej., en la SST N° 175/2002 de 28 de febrero, la Sala Tercera señaló que por delito se debía entender la acción típica, antijurídica, culpable y punible, no bastando con que se haya configurado una acción típica y antijurídica: *“... se requiere que, para poder ordenar la pérdida sobre los objetos o bienes en mención, en primer término, se haya logrado demostrar que en efecto el imputado (sujeto activo del hecho) es responsable del delito... Lo anterior no sucede en el caso de Murillo Monge, pues no obstante que se considera autora de un injusto penal (una conducta típica y antijurídica), y que en su vivienda se vendían estupefacientes, se tiene por demostrado que la misma no es culpable o responsable del hecho delictivo por el que se le acusó; y el comiso, como se dijo, solo procede contra aquellos bienes, objetos o instrumentos provenientes de la actividad delictiva o utilizados para su realización por los sujetos activos que han cometido el delito.”* También véase la STCP San José N° 825/2010 de 27 de octubre, que señala: *“Debe tener presente la parte acusadora que tanto el artículo 110 del Código Penal como el 465 del Código Procesal Penal se refieren a la existencia declarada de un delito (ciertamente en cuanto a este extremo, en contra, Voto No. 2000-76), cuestión que en el asunto que nos ocupa no se ha dado. A lo sumo existe en este caso la presunción de que se ha cometido un delito.”* Se habla también de la necesaria demostración del delito para que proceda el comiso en la SST N° 40/2001 de 12 de enero.

⁴⁰ P. ej., la STCP San José N° 462/1996 de 16 de agosto indica: *“Debe reconocerse, contrario a lo dicho por el recurrente, que en forma excepcional podría ordenarse el comiso de un objeto (Art. 110 del Código Penal) aun cuando no se ha dictado sentencia condenatoria, por ejemplo en supuestos en que la absolutoria se basó en la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad.”* Vid. también la STCP San José N° 76/2000 de 28 de enero, que señala: *“...un bien para ser susceptible de comiso, solo requiere que sea objeto del delito y no que se demuestre la autoría de una persona y en igual sentido los artículos 465 y 466 del cpp. no exigen para la procedencia del comiso que se dicte una sentencia condenatoria. Verificado en el caso que se dio una alteración de los números de motor y marco de la motocicleta y que no corresponden a ningún número registrado, que la misma no tiene placa, estamos ante una figura penal de Alteración de Señas y Marcas que establece el artículo 368 del Código Penal y procede mantener en comiso del bien, especialmente por no poderse determinar a quién pertenece. El imputado por su parte no ha demostrado en autos tener algún derecho constituido sobre la motocicleta, pues la posesión o tenencia en tales circunstancias, no tiene la capacidad de legitimar ningún derecho sobre el bien. Esta Cámara ha dispuesto en otros casos, devolver el bien decomisado cuando el tenedor ha alegado una actuación de buena fe y han aportado documentos idóneos que demuestran una adquisición del objeto, lo cual no ocurre en la especie... ni siquiera se sabe cuál es el número real de identificación del bien ni porta placa alguna.”* Asimismo, en la STCP San José N° 629/2000 de 14 de agosto, se dispuso el comiso en un caso donde se dictó un sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal tras el pago de la multa. En ella se afirma que el comiso también puede proceder tras el dictado de la sentencia absolutoria: *“Es lógico entenderlo así por cuanto el comiso se decreta como resultas de una sentencia, sea ésta condenatoria o absolutoria, y, entre esta última, por analogía, el sobreseimiento, que en el fondo cumple con los mismos efectos procesales. En ese mismo sentido el artículo 465 CPP determina que “cuando en la sentencia se ordene el comiso de algún objeto,*

sentencia condenatoria para que proceda el comiso, sino solo la comprobación de que ha existido un delito.⁴¹

Igual que sucede en España con el art. 127 CP, del art. 110 CP se desprende que el comiso resuelve de forma definitiva sobre la titularidad de los bienes que han sido catalogados como efectos, instrumentos y ganancias de la infracción. No obstante esto, han existido algunas resoluciones en las que se han admitido procedimientos de revisión contra sentencias condenatorias firmes, específicamente sobre lo resuelto en relación con el comiso. Y, en consecuencia, se imprime a la medida un carácter provisional.

Para comprender esto, es necesario reseñar que en el pasado una de las causas para promover el procedimiento de revisión de sentencias era la violación al debido proceso. A pesar de que la Sala Constitucional ha señalado que el procedimiento de revisión de sentencias condenatorias firmes no alcanza lo dispuesto sobre el comiso⁴² y de que en términos generales, los órganos jurisdiccionales que

el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas que rigen la materia". Habrá casos muy relevantes en que no obstante la exculpación del acusado sea necesario decretar el comiso. Por ejemplo la destrucción de droga, material explosivo o sustancias venenosas. En estos casos está en juego la salvaguarda de intereses públicos de trascendencia (la salud pública o la seguridad común). Es obvio entender se trata de medidas a imponer con cautela y prudencia, no sea que innecesariamente se lesionen intereses del imputado, no obstante su absolutoria. Desde esa óptica debe advertirse la situación en cada caso concreto, y si, conforme a lo dispuesto en la ley, es de proceder decretar el comiso de bienes." Finalmente, otro ejemplo se encuentra en la STCP San José, N° 1016/2008 de 9 de octubre. En ésta se ha confirmado el comiso de bienes ilícitos en sí mismos (mercancía importada que es falsificada) a pesar de la absolutoria de la imputada.

⁴¹ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Este Juez salvó el voto en la STCP San José N° 629/2000 de 14 de agosto mencionada atrás, pues si bien acepta que el comiso puede ordenarse a pesar de que no se ha dictado una sentencia condenatoria, se requiere demostrar que la infracción se cometió. Al respecto, apunta: *"En el presente asunto los imputados pagaron el máximo de la multa. Sin embargo, no puede estimarse que por pagar la multa sea cierta la infracción que les imputa, puesto que ni siquiera se requiere la aceptación de los cargos en la ley. Por ello por el simple pago de la multa no puede ordenarse el comiso. Se requiere al respecto que se realice una fundamentación del juez o jueza que valore el material probatorio recibido para determinar si existen elementos suficientes para estimar que se cometió la infracción y que por ello procede el comiso, lo que no ocurrió en este asunto."*

⁴² SSSC N° 4638/1999 de 16 de junio; N° 5730/2001 de 27 de junio y N° 8565/2001 de 28 de agosto. En esta última se indicó: *"El único punto que discute la reclamante es la falta de una debida fundamentación de la decisión tomada respecto del comiso de un bien inmueble, del que perdió su propiedad sin que se dieran las condiciones legalmente establecidas para ello, pues no se demostró que tuviera relación con el delito por el que se le condenó. Conforme señala el artículo 367 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria decidirá sobre el comiso de los bienes, lo cual implica esto que el juzgador debe motivar tanto los aspectos fácticos como jurídicos relativos al comiso, a fin de que las partes puedan conocer las razones por las cuales se tomó una determinación en ese sentido. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 y 110 del Código Penal el comiso es una de las consecuencias civiles del hecho punible, junto con la restitución y la reparación e indemnización de daños y perjuicios. Esto conlleva a entender que no es posible por la vía del procedimiento de revisión de la sentencia autorizado por el artículo 408 inciso g), entrar a conocer aspectos del fallo ajenos a la condena penal del imputado. El citado numeral 408 establece claramente que la revisión procederá contra las sentencias firmes y a favor del condenado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, lo cual implica necesariamente que lo único que puede discutirse por la vía de su inciso g), es lo relacionado con la condena penal, y no con las consecuencias civiles de la comisión del ilícito, cuya posibilidad de revisión y enmienda se agota, en nuestra legislación, con el recurso de casación."*

resuelven esos procedimientos se han apegado a ese criterio, al declarar inadmisibles los reclamos formulados sobre el comiso de bienes,⁴³ en algunos casos los han admitido a trámite y los ha acogido, anulando los decomisos que habían sido ordenados por los tribunales sentenciadores, al entender que a pesar de su ubicación sistemática, el comiso es una medida sancionatoria que, como cualquier otra, está sometida a ciertas reglas, p. ej., el deber de fundamentación,⁴⁴ o el de garantizar al tercero su derecho a intervenir en el proceso.⁴⁵ En otras sentencias ni siquiera se da

En igual sentido, vid. SSSC N° 9376/2001 de 19 de septiembre; N° 12213/2001 de 28 de noviembre; N° 132/2002 de 16 de enero; N° 1466/2002 de 13 de febrero; N° 8265/2003 de 6 de agosto y N° 5301/2005 de 4 de mayo, entre otras. Ahora, antes de éstas hubo algunas resoluciones de la Sala Constitucional en las que se afirmó que la fundamentación de este tema (el comiso) sí integraba el debido proceso: P. ej., la SSC N° 5326/1998 de 24 de julio.

⁴³ Vid. v.g., las siguientes resoluciones: STCP San Ramón N° 155/2010 de 16 de abril; SSST N° 1204/2005 de 26 de octubre; N° 1417/2005 de 7 de diciembre y N° 863/2006 de 8 de setiembre; las SSTCP San José N°185/2002 de 1 de marzo; N° 116/2003 de 13 de febrero; N° 884/2005 de 8 de septiembre y N° 1241/2006 de 24 de noviembre, entre muchas otras.

⁴⁴ Apunta la SST N° 888/2005 de 17 de agosto: *"III [...] El tema que se trata en el alegato que se admitió, relativo a la fundamentación del comiso, fue considerado por la Sala Constitucional en el precedente 5326-98 de las 9:06 horas del 24 de julio de 1998 como integrante del debido proceso. Aun cuando en un fallo posterior la misma Sala Constitucional estimó que lo relativo al comiso no alcanza a ser cubierto por la garantía de doble instancia del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, específicamente en el precedente 4638-99 de las 15:45 del 16 de julio, por tratarse de consecuencias civiles del hecho punible y por lo tanto de un punto que no es susceptible de ser conocido en revisión, el primero de los precedentes de ese órgano y con sustento en él, reiterada jurisprudencia de esta Sala, ha admitido conocer del punto dentro del procedimiento de revisión por infracción al debido proceso, cuando el tema lo plantea y afecta al sujeto penalmente condenado, por tratarse, el comiso, de un tema que está estrechamente ligado a la materia penal y constituir, más allá de la denominación del legislador, de un extremo sancionatorio que impone el deber ineludible de fundamentación por exigencia constitucional en los numerales 39 y 41, especialmente cuando el comiso afecta además al acusado, sujeto con legitimación para gestionar el procedimiento de revisión del fallo, de modo que se omita la consulta preceptiva y el caso se resolverá con el precedente inicialmente citado, de conformidad con lo dispuesto por la propia Sala Constitucional en la resolución 9384-01 de las 14:30 horas del 19 de setiembre de 2001."*

⁴⁵ P. ej., la STCP San José N° 637/2010 de 9 de junio, que indica: *"I.- El señor Omar Agüero Salazar, como representante legal de la compañía "Corporación Agüero Pérez Sociedad Anónima", presenta un "recurso de revisión" en contra de la sentencia dictada en este asunto... Impugna el primer pronunciamiento en cuanto ordenó el comiso del arma incautada al imputado R. y el segundo en tanto denegó la devolución de dicho artefacto. Sostiene que ese revólver es propiedad de su representada y no de la persona a la cual se le decomisó. Ofrece como prueba, una copia certificada de la factura de compra del arma, la certificación de la personería de la citada empresa y una certificación del Departamento de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública. Su reclamo se refiere a una presunta violación al debido proceso y al derecho de defensa. Pide que se revise lo resuelto y se decida conforme a derecho. El alegato es de recibo. Las armas de fuego, al igual que sucede con otros bienes muebles, como los vehículos automotores, poseen numeraciones específicas que sirven para su individualización. A su vez, las leyes establecen los casos en que esos datos deben constar en un registro, mediante el cual pueda conocerse si un determinado bien de ese tipo está inscrito o matriculado a nombre de alguna persona física o jurídica. En ese sentido, dada la existencia del Departamento de Armas y Explosivos, del Ministerio de Seguridad Pública, antes de proceder –en el presente asunto– al comiso del arma incautada al justiciable R., era necesario solicitar la respectiva información a esa oficina, para determinar si existía una inscripción formal del bien y, en caso de que así fuera y se tratara de un tercero, darle oportunidad a éste (ya fuese una persona física o jurídica), para que pudiera comparecer al proceso, en defensa de sus derechos. Sin embargo, lo cierto es que en el expediente bajo examen no se actuó de esa forma, con lo cual se conculcaron los intereses de la Corporación Agüero Pérez Sociedad Anónima, como entidad que aduce tener el revólver en cuestión matriculado a su nombre. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Política: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para la injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o*

una explicación en cuanto a este tema, dejando de lado las características de esta figura.⁴⁶ Toda esta situación ha provocado, sin dudas, gran inseguridad jurídica.

Entiendo que este problema queda solventado con la reforma hecha al Código Procesal Penal mediante la *Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal*, Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010, pues en su art. 2 se suprime el debido proceso como causal de revisión.

El art. 110 CP no especifica el destino que el Estado debe dar a los bienes decomisados. Por su parte, el art. 465 CPP señala que “*Cuando en la sentencia se ordene el comiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas que rigen la materia. En su caso los instrumentos con que se cometió el delito, serán remitidos al Museo Criminológico de la Corte Suprema de Justicia.*” Como se observa, el Código Procesal Penal remite a otras normas con lo cual serán éstas y no la naturaleza de los bienes (por lo que esta frase en el art. 465 CPP está sobrando), las que determinen el destino que se asigne a éstos. Así p. ej., en su art. 1, la Ley de distribución de bienes confiscados o caídos en comiso,⁴⁷ establece que determinados bienes (p. ej., mercaderías, vehículos, semovientes), serán donados en forma equitativa a centros o instituciones de educación, de beneficencia, o a otras dependencias del Estado, que los necesiten para la realización de sus fines.⁴⁸

intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.” Con base en lo anterior, este tribunal estima que el procedimiento de revisión resulta ser –en esta hipótesis concreta– un medio adecuado para cumplir con el debido proceso y restituir a la empresa gestionante en el pleno ejercicio de los derechos que le asisten para reclamar la devolución del bien incautado, lo que se le impidió al no ser tenido como parte en el proceso. Es decir, se le debe dar oportunidad para que, aparte de acreditar la inscripción, se justifiquen las razones por las cuales ese objeto se hallaba en poder del encartado, quien no poseía autorización para portarlo... En consecuencia, lo que corresponde es declarar con lugar el procedimiento de revisión incoado en esta causa y anular parcialmente la sentencia de mérito... sólo en cuanto decretó el comiso del revólver calibre 38 especial, serie 04669F, extremo sobre el cual debe ordenarse el reenvío para una nueva sustanciación, en la que deberá tenerse como parte a la Corporación Agüero Pérez Sociedad Anónima, representada por el gestionante Omar Agüero Salazar.”

⁴⁶ Así sucede en la SST N° 250/2009 de 13 de marzo. En ella se anuló la sentencia cuya revisión se solicitaba. Específicamente, se anuló el comiso ordenado sobre el saldo de la cuenta bancaria del acusado. También se ordenó al ICD la devolución del dinero, por considerar que no se había demostrado el nexo entre los bienes sobre los que recae el comiso y la comisión del ilícito (tenencia de drogas para el tráfico). No se toma en cuenta que la decisión adoptada sobre el comiso había adquirido firmeza y que el comiso es una figura que resuelve definitivamente sobre la titularidad de los bienes.

⁴⁷ Ley N° 6106, de 7 de noviembre de 1977 y sus reformas. Vid. también los Reglamentos de la Ley de Distribución de Bienes Confiscados o Decomisados, Decretos Ejecutivos N° 8539 del 25 de abril de 1978 y N° 26132, de 8 de junio de 1997.

⁴⁸ “Artículo 1. Los bienes que se detallen en los incisos a), b), e), ch) y d) serán donados, en forma equitativa, a centros o instituciones de educación, de beneficencia, o a otras dependencias del Estado, que los necesiten para la realización de sus fines.

a) Las mercaderías, vehículos u otros objetos cuando por sentencia se decreta su confiscación o comiso. La donación o entrega será ordenada por resolución de la Proveeduría Judicial, libre de derechos e impuestos. En ambos casos se levantará un acta para hacer constar el traspaso, la cual se transcribirá a la Contraloría General de la República y a la Secretaría de la Corte, lo mismo que a la Dirección General de Aduanas, si los bienes estuvieren afectos a requisitos aduaneros. Si se tratare

C. Artículo 103 del Código Penal. Naturaleza jurídica del comiso.

Son muchas las sentencias de la Sala Constitucional o la Sala Tercera que sin examinar el punto y solo basándose en la ubicación que tiene la figura en el Código Penal, entienden el comiso como una consecuencia civil.⁴⁹

Con un criterio distinto, el Tribunal de Casación Penal de Cartago habló del comiso en algunas de sus resoluciones como una pena accesoria.⁵⁰ Sin embargo, en

de vehículos, el Registro respectivo hará el traspaso en sus libros con vista en el mandamiento que le envíe la autoridad judicial.

Por los mismos procedimientos, también deberán entregarse a esas instituciones o dependencias los bienes no confiscados ni caídos en comiso que se encuentren a la orden del juez o tribunal, cuando transcurran más de tres meses de terminado el proceso, sin que el interesado haya hecho gestión para retirarlos. Transcurrido ese término, caducará la acción del interesado para interponer cualquier reclamo.

Las reglas establecidas en este inciso también se aplicarán cuando se trate de bienes confiscados o decomisados dentro de los procesos fenecidos, de conformidad con la legislación procesal anterior, o cuando, sin haberse decretado la confiscación o el comiso, permanecen a la orden de la autoridad judicial después de la sentencia o del sobreseimiento provisional o definitivo;

b) Cuando lo aprehendido fueren semovientes que estén sujetos a un posible comiso, el juez podrá ordenar el depósito judicial o que se proceda a la venta de esos bienes en subasta pública, según las circunstancias. La base para el remate se fijará pericialmente, y el precio quedará depositado en la respectiva cuenta judicial, para su devolución, en caso de sentencia absolutoria, o para su distribución entre las instituciones públicas aquí señaladas, en caso de sentencia condenatoria, de acuerdo con las cláusulas contenidas en esta ley. En atención a la urgencia del caso, a juicio del juez, bastará publicar el edicto en uno de los periódicos locales;

c) Si se tratare de productos alimenticios que puedan perecer de inmediato el juez ordenará que se haga la entrega a las instituciones mencionadas, por medio de la Proveduría Judicial, si su dueño no las recoge dentro de veinticuatro horas, sin previo requerimiento, o cuando exista posibilidad de que se decrete el comiso;

ch) Derogado.

d) Cuando se trate de efectos rematados en las aduanas del país y que no fueron adjudicados, así como de mercancías o vehículos caídos en comiso por las autoridades de investigación criminal o de tránsito, la donación o entrega se efectuará por medio del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), en coordinación con las dependencias depositarias de esos bienes.

e) El mobiliario, equipo de oficina y otros objetos que no sean ocupados por las instituciones autónomas y semiautónomas serán igualmente donados por intermedio de la Proveduría Nacional.”

⁴⁹ P. ej., en la SSC 8565/2001 de 28 de agosto y las SSST N° 787/2006 de 23 de agosto; N° 290/2000 de 17 de marzo y N° 139/2011 de 16 de febrero se habla de esta figura como una consecuencia civil. Lo curioso es que a pesar de sostener que es una consecuencia civil derivada del hecho punible, en esta última sentencia la Sala Tercera considera que el juez está *en la obligación* de ordenar el comiso.

⁵⁰ SSTCP Cartago N° 236/2010 de 9 de julio y N° 265/2010 de 10 de agosto. Esta última postura ha sido objeto de crítica en la sentencia del TCP de San José N° 1009/2010 de 31 de agosto, tras considerar de manera acertada, que el comiso no se puede estimar como pena ya que no está previsto en el catálogo de penas accesorias (art. 50.2 CP); que no se aviene con el principio de culpabilidad que excluiría su aplicación en caso de que no haya condena y que se admite con respecto a terceros, lo que chocaría con el carácter personalísimo de las penas. Finalmente, según el art. 110 CP el comiso procederá salvo el derecho que sobre los bienes tengan ofendidos o terceros, con lo cual puede concluirse que solo procederá una vez que estén satisfechas las responsabilidades civiles, lo que lógicamente no sucedería si fuese una pena.

sus más recientes sentencias, ese mismo Tribunal ha cambiado de criterio, concluyendo que el comiso es una consecuencia *sui generis* del delito y que debe ser regido por el principio de proporcionalidad y razonabilidad.⁵¹ Este es el criterio impera actualmente.

La sentencia del TCP de San José N° 1009-2010 de 31 de agosto, es la que ha examinado con mayor profundidad el tema de la naturaleza jurídica de este instituto. Descartó que ésta se pueda determinar con base en su ubicación sistemática en el ordenamiento jurídico, pues si eso fuese suficiente, debería concluirse que el comiso es una consecuencia civil del delito. Señala el fallo en examen: *“Pero el tema no es tan sencillo porque, de aceptarse esa premisa falsa, ello implicaría concluir, por ejemplo, que como la reparación civil en el proceso penal se rige por el principio dispositivo, no podría ordenarse el comiso de oficio sino que se requeriría demanda previa de quien resulte titular de la acción civil en representación del Estado (que sería la Procuraduría General de la República o el Ministerio Público si le es delegada), nada de lo cual se aviene con, inclusive, el carácter imperativo de las normas legales que regulan el tema ... Así las cosas, el abordaje simplista no satisface...”*

Entiende este Tribunal que el comiso no es una consecuencia civil, pues no está sometido al principio dispositivo y de congruencia y no está dirigido a la restitución, reparación o indemnización (tan es así que el art. 103 citado lo separa de esos fines). Del mismo modo, mientras que la discusión sobre la responsabilidad civil *ex delicto* puede diferirse a la jurisdicción civil, no cabe hacer un reclamo aislado por el comiso en esa jurisdicción. Por último, en tanto la responsabilidad civil se trasmite a los herederos, si el imputado muere sin que se haya llegado a acordar el comiso no se puede aplicar éste.

Esta opinión también es expuesta en otras sentencias (aunque con un razonamiento más sucinto⁵²) y es la que había expresado la doctrina costarricense. Abdelnour Granados, p. ej., indicó que el comiso no debería estar ubicado dentro de las consecuencias civiles del hecho punible, pues no tiene un carácter reparador del daño y no participa del carácter privado que es propio de la responsabilidad civil y los efectos de ésta. El interés en su aplicación es estatal y por ende, su naturaleza es pública. Tan es así que el Estado y no la víctima es el favorecido con imposición. El comiso tiene un carácter personal, pues en principio es imponible al infractor, mientras que la responsabilidad civil tiene un carácter impersonal, pues el responsable

⁵¹ SSTCP de Cartago N° 176/2011 de 10 de junio y N°207/2011 de 21 de julio.

⁵² Vid., p. ej., la STCP San José, N° 991/2008 de 30 de septiembre y la SST N° 599/2007 de 31 de mayo. En esta última se niega a pesar de su ubicación sistemática, que el comiso pueda considerarse una consecuencia civil del hecho punible, concluyendo que es una figura de naturaleza penal: *“Conforme al análisis de las normas citadas puede apreciarse que por los términos en que el artículo 110 del Código Penal define el comiso, se trata en realidad de un efecto penal, de una consecuencia del hecho punible prevista en favor del Estado o alguna de sus instituciones públicas (no de un sujeto de derecho privado); que el comiso no se trata de una consecuencia civil porque es posible ordenarlo aunque no se haya ejercido la acción civil resarcitoria, aún en aquellos delitos que no lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de personas particulares, porque el comiso también procede en delitos contra bienes jurídicos abstractos como, por ejemplo, los «Deberes de la Función Pública» (Abuso de autoridad, Concusión, etc.) o los delitos contra la «Fe Pública» (Falsificación de documentos, de moneda y otros valores, etc.).”*

civil puede ser una persona diferente del imputado. De ahí que se hable de responsabilidad civil solidaria o subsidiaria y de que el responsable civil también pueda ser una persona jurídica. Por esto, la autora concluye que la regulación sobre el comiso fue erróneamente ubicada y que no se puede estimar una sanción de carácter civil.⁵³

Con lo expuesto en el anterior acápite, demostré que el comiso fue ubicado erróneamente en el Código Penal. Los motivos por los cuales no se puede considerar una consecuencia civil son los mismos que formulé *supra*, concretamente en el capítulo III apartado III.C.2 de esta investigación, al cual remito al lector. Hablamos de una figura jurídica que se articula al amparo del poder de imperio del Estado y en donde las partes carecen de poder de disposición, como sí sucede tratándose del ámbito civil. Al Estado se trasfiere el derecho que el titular disfruta de manera forzosa, sin tener que otorgar indemnización alguna. Entre las partes (el Estado y el titular del derecho), se articula una relación dispar, en la que la defensa de los intereses de la colectividad se impone al interés particular. Repito: no se trata de una relación entre particulares dirigida a la protección de sus intereses, en la que cabe disponer de la acción.

La sentencia N° 1009-2010 mencionada, concluyó que el comiso es una medida restrictiva de derechos, de carácter sancionador y en consecuencia, que está sometida a los principios que limitan el poder de imperio del Estado, como el de legalidad y proporcionalidad.⁵⁴ Comparto esta opinión. Desde mi óptica, estamos ante una medida de Derecho público, concretamente penal, pues se articula en este ám-

⁵³ ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, pp. 360, 381-382. Con una redacción algo confusa, Bonilla Guzmán señala “...sea técnicamente correcto o no, en el ordenamiento jurídico costarricense el comiso es una consecuencia patrimonial derivada de la comisión de un delito y no una pena.” BONILLA GUZMÁN, Luis Alonso. “El comiso en los delitos contemplados en la Ley de Sicotrópicos. Análisis de los problemas más comunes en la materialización del comiso en los procesos judiciales.” En: *Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal*. San José, Poder Judicial, N° 9, 2006, p. 105. Aunque este autor niega que el comiso sea una pena, no queda claro si comparte la idea de que es una consecuencia civil del hecho punible, postura que Abdelnour Granados rechaza.

⁵⁴ “En el derecho costarricense se ubican como tales el tema de la condena en costas a la parte vencida (artículo 267 del Código Procesal Penal); la publicación de la sentencia en delitos contra el honor (artículo 155 del Código Penal); la reconstrucción, supresión, reforma, restitución o rectificación registral derivada de la falsedad de instrumentos públicos (artículo 483 del Código Procesal Penal); la inscripción de cierto tipo de resoluciones (artículos 30 incisos j y k, 25 párrafo primero, 36 párrafos noveno y décimo del Código Procesal Penal y Ley del Registro y Archivo Judiciales) y el comiso. Así se ha regulado en países como Alemania y España y lo acepta la mayoría de la doctrina, aunque sin concordar sobre el nombre idóneo a usar, pero dejando claro que no participa de las características de los institutos señalados en acápite anteriores,... el comiso costarricense es, simplemente, una consecuencia señalada por el legislador para el delito (para cierto tipo de delitos, según se dijo y retomará) que, aunque tiene rasgos penales (legalidad, carga de la prueba, inocencia, nexos con el hecho), civiles (procede contra terceros) y administrativos (coercitividad y oficiosidad estatal), no se ajusta con precisión a ninguno de ellos y, por eso, no le pueden ser aplicables principios propios de la pena (como la culpabilidad o temporalidad), de las medidas de seguridad (como la personalidad) o de la reparación (como el dispositivo). De allí que resulte válido que el legislador lo regule para aplicarse oficiosamente, estableciendo la pérdida de titularidad como definitiva, etc. No obstante, ello no significa que, como medida privativa de derechos que al fin y al cabo es, no esté sometida a principios como el de legalidad y de proporcionalidad que son propios, inclusive, de cualquier materia sancionatoria, inclusive en el área del derecho administrativo, por ser los únicos limitadores del poder de imperio del Estado, tal y como se abordará con mayor detalle enseguida.”

bito del ordenamiento jurídico y en relación con conductas que son constitutivas de delito, lo que le supone el respeto de los principios más elementales que imperan en esta materia.

A mayor abundamiento, solo el deseo de sancionar el empleo de bienes para cometer delitos explica la decisión del legislador de decomisar los instrumentos con independencia de su peligrosidad. De esta forma, también se demuestra el carácter punitivo de la medida.

D. Artículo 96 del Código Penal.

Señala esta norma: *“El otorgamiento de la amnistía, el indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional no afectan la responsabilidad civil ni el comiso. La extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito.”*

La mayoría de los institutos jurídicos que se mencionan en este artículo (el indulto;⁵⁵ el perdón judicial;⁵⁶ la rehabilitación,⁵⁷ la condena de ejecución condicional⁵⁸ y la libertad condicional⁵⁹), son aplicables tras la imposición de la condena, con lo cual es comprensible que no afecten lo relacionado con el comiso, pues sobre éste se resuelve en la sentencia.

Tratándose de la amnistía la situación es distinta, pues según el art. 89 CP su aplicación supone tanto la extinción de la pena impuesta como la de la acción penal.⁶⁰ Además, no se contemplan límites en cuanto a la etapa procesal a partir de la cual puede emplearse, con lo cual no hay base jurídica para negar su concesión tras iniciar el procedimiento. Aclarado esto, entiendo que si la Asamblea Legislativa concede la amnistía luego de que se haya dictado la condena y ordenado el comiso, es comprensible que se mantenga lo acordado en relación con los bienes. Sin embargo, si la amnistía se concede antes de que se discuta sobre la existencia del delito y el vínculo de los bienes con ese delito (ambos presupuestos del comiso) y se dispone la extinción de la acción penal, la medida solamente debería comprender los bienes intrínsecamente peligrosos.

Es la misma respuesta que debe darse a cualquier otro caso que involucre la extinción de la acción penal, al menos mientras se diseña una regulación material y procesal que permita la imposición excepcional de la medida bajo ciertas circuns-

⁵⁵ Art. 90 CP.

⁵⁶ Art. 93 CP.

⁵⁷ Art. 70 CP.

⁵⁸ Arts. 59 y 60 CP.

⁵⁹ Art. 64 CP.

⁶⁰ “Art. 89 CP.

La amnistía que sólo puede ser concedida por la Asamblea Legislativa en materia de delitos políticos o conexos con éstos extingue la acción penal así como la pena impuesta.”

tancias, p. ej., ante la fuga del imputado, o la negativa del tercero titular a apersonarse al proceso, regulación que debe garantizar a la persona que se considere afectada por el comiso, la facultad de actuar en defensa de sus intereses y por supuesto, en caso de que tenga razón, el derecho a la devolución del bien, o de la indemnización correspondiente.

En la segunda parte de la norma, el legislador confundió las causales de extinción de la acción penal y las de la pena lo que es un error, pues las primeras se configuran antes de que haya una sentencia y las segundas solo se pueden dar si hay una condena. Además, muchas de las causales que extinguen la pena (el indulto, el perdón judicial y la amnistía)⁶¹ son, precisamente, las mencionadas en la primera parte del artículo. Finalmente, en relación con éstas no se puede hablar en futuro (la norma usa el término *impedirá*), ignorando que ya hay una sentencia condenatoria y probablemente, un pronunciamiento en cuanto al comiso.

Con la extinción de la acción penal la norma adquiere otro sentido. Las causales de ésta se articulan antes de que haya un pronunciamiento en cuanto a los hechos y el vínculo entre esos hechos y los bienes.⁶² Así las cosas, si no se tiene como demostrada la concurrencia de los requisitos contemplados en el art. 110 CP y pese a esto, se decreta el comiso de los instrumentos, puedo concluir que estamos ante un comiso objetivo, cuya aplicación solo podrá sintonizar con los fundamentos y fines del instituto si se exige que esos instrumentos sean intrínsecamente peligrosos. De lo

⁶¹ Con excepción de las mencionadas, el Código Penal solo prevé como causal de extinción de la pena la prescripción de ésta (art. 84 y siguientes del CP). No incluye, p. ej., la muerte del condenado. Lo anterior es producto de una serie de reformas que se han realizado en el ámbito penal y procesal penal, según creo, bastante inadecuadas en lo que a técnica legislativa se refiere.

⁶² "Art. 30 CPP.

Causas de extinción de la acción penal

La acción penal se extinguirá:

- a) Por la muerte del imputado.
- b) Por el desistimiento de la querrela, en los delitos de acción privada.
- c) Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, realizado antes del juicio oral, cuando se trate de delitos sancionados sólo con esa clase de pena, caso en el que el tribunal hará la fijación correspondiente a petición del interesado.
- d) Por la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y las formas previstos en este Código.
- e) Por la prescripción.
- f) Por el cumplimiento del plazo de suspensión del proceso a prueba, sin que esta sea revocada.
- g) Por el indulto o la amnistía.
- h) Por la revocatoria de la instancia privada, en los delitos de acción pública cuya persecución dependa de aquella.
- i) Por la muerte del ofendido en los casos de delitos de acción privada, salvo que la iniciada ya por la víctima sea continuada por sus herederos, conforme a lo previsto en este Código.
- j) Por la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso...
- k) Por la conciliación.
- l) Por el incumplimiento de los plazos máximos de la investigación preparatoria, en los términos fijados por este Código.
- m) Cuando no se haya reabierto la investigación dentro del plazo de un año, luego de dictado el sobreseimiento provisional."

contrario estaría imponiéndose una medida de contenido sancionatorio a pesar de que no hay una declaratoria de responsabilidad criminal alguna.

La jurisprudencia ha admitido el comiso de bienes cuando a pesar de no haberse determinado si la conducta es típica, antijurídica y culpable, se dan dos circunstancias: se cuenta con una sentencia (p. ej., una sentencia de sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal) y la tenencia de los instrumentos a decomisar es en sí misma prohibida.⁶³ Creo que el anterior razonamiento es erróneo, en tanto confunde la prohibición, que puede depender del cumplimiento de requisitos administrativos, con el tema de la peligrosidad del bien. Es esta circunstancia (la peligrosidad) y no la primera la que debería motivar el comiso objetivo que contempla el artículo 96 CP.

⁶³ *“En lo que sí tiene razón el recurrente es respecto a que tratándose de un sobreseimiento por prescripción de la acción penal, como es este caso, no se determina la tipicidad de la conducta, su antijuridicidad, ni la culpabilidad, pues no se da el juicio tendiente a su determinación, tampoco se establece la inexistencia del delito, aunque no pueda ser perseguido penalmente por ello, de ahí que el imputado tenga derecho a renunciar a la prescripción. Por lo que no procedería el comiso de los objetos que presuponga el establecimiento del delito. Sin embargo, sí procedería el comiso en los supuestos de “los instrumentos del delito” cuya portación, posesión, tenencia por sí misma sea prohibida, de manera que no podría a raíz de un sobreseimiento por prescripción devolver el arma a quien no tiene autorización para portarla, o las drogas prohibidas, o la moneda falsa. Sean, aquellos objetos cuya tenencia, posesión, utilización, etc. por parte del sujeto de que se trate, resulta por sí misma prohibida. Debiendo recordarse que para que proceda la responsabilidad civil, y por ende el comiso que forma parte de ello, no se requiere de un delito, ni siquiera de una conducta típica, por lo que la prohibición del ordenamiento jurídico en general, impediría esa devolución. Por otra parte el § 103 del Código Penal, alude a que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que se determinará en la sentencia condenatoria, en la que se ordenará el comiso. Y el art. 110 del mismo código, relativo al comiso, se refiere al delito, indicando: “El delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.” Por su parte el Código Procesal Penal, señala en el artículo 366: “Absolución. La sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado, la cesación de las medidas cautelares, la restitución de los objetos afectados al procedimiento que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias y fijará las costas...” (la negrita es nuestra). Y el 367 del mismo código, relativo a la condenatoria, expresa en lo que interesa: “...La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles. Decidirá sobre el comiso y la destrucción, previstos en la ley.” También los artículos 465 y 466 del c.p.p. hacen referencia al comiso, el primero regula cómo debe procederse cuando la sentencia ordena el comiso, sin especificar qué tipo de sentencia, y el segundo, se refiere al procedimiento a seguir respecto a las cosas no sujetas a comiso, sin que las especifique. De la citada normativa podemos concluir que no solo en los casos de existencia de un delito, ni solo en los casos de condenatoria procede el comiso, sino cuando lo disponga la ley, aunque no siempre pueda decidirse sobre ello en la vía penal.” STCP San José N° 864/2002 de 17 de octubre.*

- III. Ley N° 8204 de reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.

La Ley N° 8204, denominada *reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*,⁶⁴ es un cuerpo legal que contiene medidas administrativas, procesales y penales dirigidas a la prevención y lucha contra el narcotráfico; el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La ley contiene una serie de disposiciones en relación con el comiso, que dada la importante cantidad de delitos a los que se aplica (los que describe la ley en los arts. 57 a 78 y que contemplan todas las conductas relacionadas con los fenómenos del narcotráfico, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en sus facetas más variopintas), son de aplicación constante.

En esta ley, los términos decomiso y comiso no son sinónimos.⁶⁵ Con el primero se alude a una intervención de los bienes de carácter provisional⁶⁶ y con el segundo, a la resolución que se adopta en una sentencia firme sobre la titularidad de esos bienes.⁶⁷ Se trata de una distinción que a mi modo de ver, es particular al medio costarricense y que es errónea, pues lo que se ha dado en denominar decomiso en realidad es el secuestro, entiéndase la medida cautelar de carácter exclusivamente procesal prevista en el art. 198 CPP,⁶⁸ dirigida a la recolección y conservación de los bienes vinculados con la infracción, los sujetos a comiso y los que puedan servir como medio de prueba.⁶⁹ Esta diferenciación no solo se aprecia en la ley aquí examinada, sino también en la normativa procesal penal.⁷⁰

⁶⁴ La ley N° 8204 es del 26 de diciembre de 2001 y se publicó en La Gaceta N° 8 de 11 de enero de 2002. Disponible en: <http://www.pgr.go.cr/Scij/>

⁶⁵ P. ej., el Título V de la citada ley se denomina *Decomiso y Comiso de los Bienes Utilizados como Medio o Provenientes de los Delitos Previstos por esta Ley*.

⁶⁶ Léase el art. 83 de esta ley.

⁶⁷ Se desprende así del art. 87, que habla del comiso ordenado en sentencia firme.

⁶⁸ "Art. 198. Orden de secuestro

El juez, el Ministerio Público y la policía podrán disponer que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación y aquellos que puedan servir como medios de prueba; para ello, cuando sea necesario, ordenarán su secuestro. En los casos urgentes, esta medida podrá delegarse en un funcionario de la policía judicial."

En esta norma también se aprecia una imprecisión, a saber, llamar confiscación lo que en el Código Penal se denomina comiso. Si bien en la práctica se entiende que son sinónimos, la confiscación es una pena proscrita desde hace muchos años, lo que no sucede con el comiso (vid. capítulo III, apartado IV.A sobre la distinción entre confiscación y comiso).

⁶⁹ Abdelnour Granados v.g., habla de la práctica costarricense de llamar decomiso al secuestro y comiso a la imposición de la sanción prevista en el art. 110 CP, a pesar de que decomiso y comiso son sinónimos. ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, pp. 373. Vid. también BONILLA GUZMÁN, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁰ P. ej., a pesar de que el art. 198 contempla el secuestro, el CPP en su art. 466 habla de las cosas decomisadas no sujetas a comiso. En concreto, señala: "Restitución y retención de cosas secuestradas.

En los arts. 87 a 91 se contemplan algunas disposiciones sobre el destino de los bienes sometidos a comiso. Aunque se señala como beneficiario al Instituto Costarricense sobre Drogas,⁷¹ tratándose de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, se deben seguir ciertos cánones, p. ej., el ICD debe destinar un 60% a programas de prevención.⁷²

Los bienes que son susceptibles de comiso se describen en el art. 83 por expresa remisión del art. 87 que cité *supra*. Se contemplan los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley; los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, así como las acciones, los aportes de capital y la hacienda de personas jurídicas vinculadas con estos hechos.

Veamos las diversas categorías que engloba la norma. En primer lugar, el comiso puede recaer en los *instrumentos*. Innecesariamente, el legislador incluyó ejemplos de algunos bienes que pueden ser tener esa condición, v.g., bienes muebles e inmuebles, vehículos, equipos, valores y dinero. Sin fundamento alguno se crea confusión, pues el término *instrumento* es suficientemente amplio.

La norma no hace ninguna alusión en cuanto al carácter esencial que debe tener el instrumento en la comisión de la infracción. La jurisprudencia, contrario a lo que ha sucedido en España, no ha considerado necesario que el bien haya tenido un carácter esencial en la realización del hecho para que proceda su comiso. Todo lo contrario, ha admitido su empleo eventual.⁷³

Las cosas decomisadas no sujetas a comiso, restitución o embargo, serán devueltas a quien se le secuestraron, inmediatamente después de la firmeza de la sentencia. Si hubieran sido entregadas en depósito provisional, se notificará al depositario la entrega definitiva.

Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria impuesta.”

Nótese la forma en que el legislador usó la palabra *decomiso* para referirse al secuestro de bienes. Así, hace mención de la devolución de las cosas *decomisadas* a la persona a la que le fueron *secuestradas*.

⁷¹ Vid. arts. 87 y 89.

⁷² “Art. 87. Si, en sentencia firme, se ordena el comiso a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas de los bienes muebles e inmuebles, así como de los valores o el dinero en efectivo mencionados en los artículos anteriores, el Instituto podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, prioritariamente a organismos cuyo fin sea la prevención o represión de las drogas, o subastarlos.

Cuando se trate de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, el Instituto Costarricense sobre Drogas deberá destinar:

- a) El sesenta por ciento (60%) al cumplimiento de los programas preventivos; de este porcentaje, al menos la mitad será para los programas de prevención del consumo, tratamiento y rehabilitación que desarrolla el IAFA.
- b) Un treinta por ciento (30%) a los programas represivos.
- c) Un diez por ciento (10%) al seguimiento y mantenimiento de los bienes comisados.”

Esta distribución se contempla desde el momento en que los dineros son ingresados en la cuenta corriente del ICD, a la espera de una resolución definitiva. El art. 85 por su parte, prevé el destino que corresponde a los intereses que produzca el dinero secuestrado.

⁷³ Vid. p. ej., la SST N° 529/1994 de 12 de diciembre.

También se contempla el comiso de los *bienes o valores provenientes* de tales acciones. Entiendo que se trata de una expresión bastante amplia, que puede abarcar tanto los *efectos* como las *ganancias* de la infracción (o en otras palabras, cualquier producto de ésta), pero que deja por fuera los objetos de la infracción cuando no puedan catalogarse simultáneamente como instrumentos, efectos o ganancias, así como las ganancias que no *provienen* de la infracción, sino que son el precio por su comisión (p. ej., el pago por cometer un delito), así como las ganancias indirectas.

Gravísima es la última frase que autoriza el comiso del patrimonio de las personas jurídicas vinculadas con estos hechos, pues en ningún momento se indica que esos activos deban estar vinculados con un hecho o actividad criminal (p. ej., que son la ganancia de esa actividad), bastando con que la persona jurídica sí lo esté. Además, no se indica en qué términos debe darse el vínculo entre la persona jurídica y el hecho, tema que en Costa Rica adquiere mayor importancia si se considera que no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁷⁴

Desde mi óptica, la ley no contempla el comiso de la droga, ni de cualquier otro objeto material de la infracción que no tenga simultáneamente, la condición de instrumento, efecto o ganancia. Aunque tratándose de las drogas el tema se resuelve a través del art. 96 de la ley, pues prevé la destrucción de cualquiera de las drogas referidas en ese cuerpo normativo, no se elimina la necesidad de regular expresamente el tema, pues repito, pueden existir otros objetos materiales de la infracción cuyo comiso no esté regulado.

La ley prevé que los bienes *decomisados* se deben poner en depósito judicial a la orden del ICD y que ese instituto debe asegurar el valor del bien para garantizar un posible resarcimiento por deterioro o destrucción. Hecho esto, puede disponer de los bienes, administrarlos o entregarlos en fideicomiso a un banco estatal.⁷⁵ Hablamos de un empleo provisional de los bienes que afortunadamente se hace tras asegurar el valor del bien.

Del mismo modo, se prevé la venta de bienes perecederos antes del dictado de la sentencia definitiva;⁷⁶ lo que no deja de presentar inconvenientes toda vez que no se contempla una indemnización para el titular en caso de que no se llegue a ordenar el comiso.

El art. 90 contempla un comiso de bienes que entiendo *objetivo*, para aquellos casos en que habiendo transcurrido un año del decomiso (recordemos que este último se concibe como una medida provisional), no se ha podido establecer la identidad del autor o partícipe del hecho, o éste ha abandonado los bienes. De igual forma, prevé que una vez transcurridos más de tres meses de concluido el proceso sin que quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes utilizados en

⁷⁴ Bonilla Guzmán es de otra opinión. Sin entrar en detalles sobre el tema, considera que con la mención de *las acciones, los aportes de capital y la hacienda de personas jurídicas vinculadas con estos hechos*, el legislador alude a las ganancias o el provecho obtenido mediante el delito. BONILLA GUZMÁN, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁵ Art. 84.

⁷⁶ Art 88.

la comisión de los delitos previstos en esta Ley, hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará y el ICD podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció de la causa.

Aunque la creó positiva, esta norma fue elaborada con una técnica legislativa defectuosa, pues enuncia solo algunos de los bienes contemplados en el art. 83 que cité atrás. De la lectura de sus dos párrafos se extrae que solo se refiere a los instrumentos del delito (bienes de interés económico *utilizados en la comisión* de los delitos), dejando por fuera los efectos, ganancias y objetos materiales de la infracción que no encuadran en las anteriores categorías.⁷⁷

Esta misma legislación contiene una regulación bastante amplia en torno al tercero de buena fe. Como punto de partida, se dice que las medidas se adoptarán sin perjuicio de los derechos de quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes, productos o instrumentos y se obliga a comunicarles que tienen la posibilidad de apersonarse en el proceso (art. 93). Dicho esto, solo se reconoce la devolución de los bienes a ese tercero cuando concurren determinadas circunstancias. Dicho en otras palabras, la devolución es la excepción⁷⁸ que opera solo cuando se demuestra que:

a) *El reclamante tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos o instrumentos.*

b) *Al reclamante no puede imputársele autoría de ningún tipo ni participación en un delito de tráfico ilícito o delitos conexos objeto del proceso.*

c) *El reclamante desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente.*

d) *El reclamante no adquirió derecho alguno a los bienes, productos o instrumentos de la persona procesada, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos le habría sido transferido para efectos de evitar el posible secuestro y comiso.*

e) *El reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos.*⁷⁹

⁷⁷ En igual sentido, señala Bonilla Guzmán: “Del texto del artículo 90 se entiende que su aplicación es solo para los bienes o efectos utilizados en el delito, no así para el producto del delito. Evidentemente ese no era el espíritu de la norma (ver artículo 93), sin embargo, no queda más remedio que aplicarla tal y como está.” BONILLA GUZMÁN, *op. cit.*, p. 107.

⁷⁸ La jurisprudencia ha dicho que los requisitos contenidos en esta norma deben ser acreditados para que proceda la devolución de los bienes al tercero que reclama ser de buena fe. STCP Cartago N° 331/2011 de 4 de noviembre.

⁷⁹ Art. 94.

Además de tener un interés legítimo sobre el bien, la persona debe tener la condición de tercero, de la que lógicamente carece cuando es autor o partícipe de la infracción o infracciones sometidas a proceso.

A diferencia de lo que sucede con la normativa española, esta ley prevé las dos situaciones en las que se puede encontrar el tercero en relación con los bienes, a saber, que los haya adquirido luego de la comisión del hecho, o que sean suyos con anterioridad a éste. En el primer caso, el tercero debe ignorar las circunstancias que motivan el comiso del bien. Además, si se concluye que el tercero al adquirir tenía el propósito de evitar el comiso, también se le puede imputar un delito (p. ej., legitimación de capitales, receptación, etcétera).

Tratándose del segundo supuesto (de quien es titular del bien antes de que se cometa la infracción), la norma exige desconocer que sus bienes se estaban empleando ilegalmente; o si lo conocía no haberlo consentido voluntariamente. Finalmente, exige que se haya hecho todo lo razonable para impedir ese empleo.

De uno u otro modo se exige que el tercero haya sido diligente en la vigilancia del bien. Si no lo fue, incluso en virtud de imprudencia, el comiso de sus bienes será procedente.

Aunque es una norma afortunada en buena medida, la no alusión a la peligrosidad del bien expone su carácter sancionatorio, pues si los bienes no son intrínsecamente peligrosos, o no lo son en relación con alguien (p. ej., el tercero que ha sido imprudente en la vigilancia del bien puede garantizar que no se empleará nuevamente en la comisión de una infracción penal), la única razón para que se imponga el comiso es el deseo de punir al tercero por su conducta, claramente vinculada con la realización del hecho.

La admisión del comiso ante la negligencia del propietario del bien utilizado por el sujeto activo del delito⁸⁰ tiene enorme trascendencia si se considera que de conformidad con la regla general contenida en el art. 110 CP, cualquier derecho de tercero impide el comiso (recordemos que ha sido la jurisprudencia y no el legislador el que ha añadido la exigencia de buena fe). Además, no se puede dejar de señalar que según la jurisprudencia y la doctrina el comiso previsto en el art. 110 CP solo cabe en relación con delitos dolosos y en esta ley se admite en relación con hechos culposos p. ej., la facilitación culposa de un delito de legitimación de capitales (art. 70).⁸¹

⁸⁰ Bonilla Guzmán considera afortunada esta disposición. Según él, “...es acorde con la posibilidad de perseguir capitales de negocios lícitos utilizados como fachada de actividades ilegales, aun cuando los socios de los delincuentes no participen en el delito, pero actúan de manera negligente, que es diferente a las acciones conscientes de un legitimador de bienes (de ser conscientes de las actividades ilícitas, su actuar encuadraría en el delito de Lavado de Activos, previsto por el artículo 69 de la Ley 8204).” BONILLA GUZMÁN, *op. cit.*, p. 109.

⁸¹ “Art. 70.

Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, el propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras, el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización, así como los funcionarios competentes de la Administración Aduanera y el agente aduanero que, por culpa en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los tribunales, haya

Aunque no está directamente relacionado con el tema en examen, estimo necesario hacer una breve alusión a los delitos de legitimación de capitales contemplados en esta ley. Los artículos 69, 69 bis y 70⁸² contemplan la legitimación de bienes procedentes de cualquier delito (y no solo los originados, p. ej., en el narcotráfico). Por tanto, no se comprende su inclusión en una ley especial como la N° 8204. Lo deseable, de *lege ferenda*, es su traslado al Código penal.

Finalmente, importante señalar que si bien el comiso ampliado no es una figura prevista en la legislación penal costarricense, en materia de narcotráfico se suele disponer el comiso de bienes que exceden los vinculados con la concreta conducta sometida a juzgamiento. Me explico. Como lo común es que en la relación de hechos acusados se describa una actividad criminal desarrollada a lo largo del tiempo y no solo una operación concreta, si se impone una condena, los tribunales proceden a ordenar el decomiso de todos los bienes que se pueden considerar producto de la misma actividad criminal, conclusión a la que también suele arribarse mediante la prueba por indicios,⁸³ entre los que destacan la ausencia de empleo u otras fuentes

facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales o un delito de financiamiento al terrorismo.”

⁸² “Artículo 69.

Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años:

a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más.

La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas.

Artículo 69 bis.

Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años quien, por cualquier medio y de manera directa o indirecta, recolecte, oculte, provea, promueva, facilite o de cualquiera otra forma coopere con la recolección o la entrega de los fondos, productos financieros, recursos o instrumentos, en el país o en el extranjero, con la intención o el conocimiento de que estos se utilicen o destinen al financiamiento de actos terroristas, aunque estos no lleguen a ejecutarse, o a organizaciones declaradas como terroristas, de acuerdo con el Derecho internacional, o que tengan fines terroristas.

El hecho podrá ser juzgado en Costa Rica, sin importar el lugar donde haya sido cometido.

Artículo 70.

Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, el propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras, el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización, así como los funcionarios competentes de la Administración Aduanera y el agente aduanero que, por culpa en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los tribunales, haya facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales o un delito de financiamiento al terrorismo.”

⁸³ La validez de la prueba por indicios está fuera de toda discusión en la jurisprudencia costarricense. Situación distinta es alcanzar un grado de certeza en relación con la existencia de los hechos. Al igual que sucede con cualquier otra prueba, esto dependerá de la valoración que haga el órgano juzgador con base en las reglas de la sana crítica racional. Vid., p. ej., las SST N° 289/1997 de 4 de

de ingresos; las características de los bienes encontrados (p. ej., dinero de baja denominación y joyas en cantidad abundante y de toda clase, bienes con los que los consumidores comúnmente suelen pagar la droga), o los movimientos constantes en las cuentas bancarias que carecen de toda explicación.⁸⁴

IV. Comiso previsto en la Ley N° 8754 contra la delincuencia organizada.

El 22 de julio de 2009, en Costa Rica entró en vigencia la ley N° 8754 *contra la delincuencia organizada*.⁸⁵ Es una normativa básicamente procesal, que contempla reglas para la investigación, persecución y juzgamiento de hechos cometidos en el marco de la criminalidad organizada y que son distintas a las que comúnmente prevé el Código Procesal Penal.

La LCDO define la criminalidad organizada como el grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves. Tratándose de estos últimos, se señala que son los que contemplan en su rango de penas, 4 años de prisión o más.⁸⁶

Como se extrae de lo anterior, la definición dada por la legislación costarricense es más amplia que la prevista en la Convención de las NU contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Mientras que en aquella el grupo criminal debe estar conformado por al menos *tres personas*, en la legislación costarricense solo se requieren *dos*. Asimismo, mientras que en la Convención se da especial importancia a la finalidad perseguida por la criminalidad organizada (obtención de un beneficio económico u otro beneficio material), en Costa Rica se omite este tema. Finalmente, se considera organización criminal al grupo estructurado que tiene como objetivo la comisión de un *único* delito (dejando de lado que ni siquiera podría considerarse asociación ilícita un supuesto así, ya que el art. 274 CP usa el término plural *delitos*). Estas diferencias no son intrascendentes. Al contrario, provocan que en Costa Rica se pueda considerar criminalidad organizada (y en ese tanto, aplicarle una legislación excepcional) a conductas que en otros lugares del orbe no tendrán esa categoría.

Aunado a esto, la legislación penal costarricense es muy represiva. A diferencia de lo que sucede en España, en Costa Rica una buena parte de los delitos tienen penas de prisión elevadas. Por eso, el parámetro que se emplea para definir la delincuencia grave (cuatro años de prisión o más) no constituye un límite para asegu-

abril; N° 41/2006 de 27 de enero; N° 791/2006 de 23 de agosto y N° 382/2011 de 8 de abril, así como la STCP San Ramón N° 127/2011 de 8 de abril, entre muchas otras.

⁸⁴ En ese sentido, p. ej., la SST N° 1323/2002 de 20 de diciembre.

⁸⁵ Ley N° 8754 de 22 de julio de 2009. La Gaceta N° 143 de 24 de julio de 2009.

⁸⁶ Art. 1 LCDO.

rar que las reglas previstas en la LCDO (y cuya naturaleza excepcional nadie pone en duda) se aplique solo a los hechos más perjudiciales.⁸⁷

En materia de comiso, la LCDO incorpora reglas que se alejan completamente de la normativa que prevé el Código Penal. En concreto, en los arts. 20 a 22 se regula el tema del origen o la causa del patrimonio, planteando en pocas palabras, una *inversión en la carga de la prueba en la vía contencioso administrativa*. Se trata de un proceso autónomo, que no tiene relación con aquel en que se discute la comisión de un hecho criminal. Es una opción que recién acoge el país y que la pone en sintonía con otros ordenamientos jurídicos, p. ej., el inglés, el colombiano, el mexicano y el peruano, en los cuales también se desvincula la resolución del comiso del proceso penal, imprimiéndole un carácter netamente patrimonial.⁸⁸ En suma, aunque en Costa Rica no hay una ley específica de extinción de dominio, estas normas no distan de las que hay en otros países, donde sí se acoge expresamente esa figura.

La Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda, el ICD o el Ministerio Público podrán denunciar ante el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, *el incremento de capital sin causa lícita aparente* de cualquier funcionario público o persona de derecho privado, sea física o jurídica, con una retrospectiva hasta de 10 años. Tras recibir la denuncia, el despacho dará audiencia al interesado para que conteste lo que corresponda. En la misma resolución se ordenará como

⁸⁷ P. ej., según una noticia publicada por el Diario Extra el día 17 de febrero de 2012, se está investigando bajo la denominación de crimen organizado a las familias que en la zona sur del país se dedican a la falsificación y adulteración de licor. Señala el periódico, *"...todo esto implica un cambio en el paradigma y la forma de trabajo que se venía realizando. De hecho, esta es la primera vez que cuenta con el apoyo judicial para tratar a estas bandas bajo la figura de crimen organizado. Los jueces se han dado cuenta de que se trata de un delito importante y esto nos permite acceder a instrumentos procesales probatorios diferentes, que no son necesariamente de alta condena, pero sí se pueden manejar como si fueran casos de narcotráfico"*, indicó Bonilla. *La mayor parte de este licor proviene de Panamá y se presume que nuestro país también podría estar sirviendo como puente para exportar hacia otros países de Centroamérica e incluso a México y Estados Unidos.* SIU LANZAS, María. "10 familias controlan contrabando de licor." En: *Diario Extra*, viernes 17 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.diarioextra.com/2012/febrero/17/nacionales10.php>.

⁸⁸ Ejemplos de esta clase de procesos son el procedimiento inglés para la adopción de la *confiscation order*, regulado en la *Proceeds of Crime Act 2002*; el procedimiento de extinción de dominio regulado en el Derecho colombiano (Ley N° 793 de 27 de diciembre de 2002); el proceso de pérdida de dominio que se introdujo en Perú a través del Decreto Legislativo 992, de 22 de julio de 2007 y la Ley Federal de Extinción de Dominio de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009. En relación con el proceso mexicano, Müller Creel cree que tiene carácter civil, pues se deriva de un derecho de crédito que la sociedad ejercita a través del Estado, con el fin de que se le repare el daño causado por la conducta ilícita derivada de la comisión del delito de que se trate en el caso específico. MÜLLER CREEL, Oscar Antonio. "La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa." En: *Criterio Jurídico*. Santiago de Cali, Pontificia Universidad Javeriana, V. 9, N° 2, 2009-2, pp. 142-143. En todos los casos, lo que se busca es solucionar el problema de la dificultad probatoria sobre el origen ilícito de los bienes al desvincular el comiso del ámbito penal. Léase sobre el tema, GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 591-592 y MORÁN MARTÍNEZ, "El decomiso: Regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., p. 381.

medida cautelar el secuestro de los bienes y su inmovilización registral, así como la de todos los productos financieros disponibles. Tal importancia se ha concedido a esta acción preventiva, que contra ella solo se ha previsto apelación sin efecto suspensivo, recurso que debe ser interpuesto en el plazo de 24 horas ante el Tribunal Contencioso Administrativo, el cual debe resolver sin más trámite y con prioridad sobre otros asuntos. Luego, el Juzgado resolverá el fondo del asunto y contra ello solo cabe apelación del denunciante y el interesado ante el Tribunal Contencioso Administrativo.⁸⁹

Nótese que legislador no exige que el incremento patrimonial esté relacionado con la comisión de una infracción penal, bastando solo con que no tenga *causa lícita aparente*. Por tanto, el patrimonio cuyo origen no se pueda justificar aunque no tenga origen delictivo (p. ej., el procedente de faltas o de cualquier otra conducta, aunque no sea constitutiva de una infracción), estará sometido a los alcances de esta norma. Ahora, aunque en el art. 1 de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio para América Latina y el Caribe se define la actividad ilícita, al menos en principio, como actividad delictiva,⁹⁰ en esta ley no se hace dicha precisión, con lo cual no hay elementos que apoyen una interpretación restrictiva.

En el art. 22 de la LCDO se habla expresamente *de las sanciones* a las que se exponen las personas físicas o jurídicas *que no puedan justificar su patrimonio o los incrementos emergentes*, a saber, perderán ese patrimonio, sin que sea relevante, para efectos de la fijación impositiva, la causa ilícita del patrimonio o del incremento emergente. Con base en lo antes expuesto concluyo que en Costa Rica se ha tipificado la tenencia injustificada de bienes; que el comiso es la sanción o pena que se impone por esa conducta y que a pesar del carácter sancionatorio de la medida, el legislador ha optado por invertir la carga de la prueba en cuanto al origen lícito del patrimonio.

Aunado a esto, este procedimiento no se aplica únicamente en materia de criminalidad organizada, pues a pesar de estar insertas en la LCDO, las reglas previstas para los patrimonios cuyo origen lícito no se justifique, no guarda relación con la comisión de hechos criminales y menos aun con aquellos que son calificados como criminalidad organizada. Simplemente se trata de un proceso de aplicación general, que se debe tramitar en la jurisdicción contenciosa administrativa y al que estarán sometidos todos los patrimonios cuyo incremento llame la atención de los órganos mencionados líneas atrás.

⁸⁹ Arts. 20 y 21.

⁹⁰ "Artículo 1. Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá como:

a. "Actividad ilícita": Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley."

Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Ley modelo sobre extinción de dominio. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/default_SPA.asp.

Como señala Gascón Inchausti en relación con esta clase de procesos, se trata de una opción engañosa,⁹¹ toda vez que el comiso mantiene su carácter sancionatorio aunque se tramite en una jurisdicción distinta a la penal, con lo cual las garantías que se asocian a este tipo de medidas siempre deberían ser aplicables. En el caso de Costa Rica, la conducta sancionada es *la de no justificar*, lo que en esencia, supone una vulneración directa a la presunción de inocencia, pues es el ciudadano quien debe demostrar que su patrimonio no tiene un origen irregular. Aunado a esto, la sanción -el comiso- (y digo sanción, porque a pesar del fraude de etiquetas, en el fondo es la pena que se impone por la conducta señalada), es absolutamente desproporcional, ya que puede abarcar el patrimonio que el individuo ha obtenido durante los últimos 10 años.

Ya en lo relacionado con los delitos previstos por la LCDO y que según entiendo, son los que se puedan abarcar con la definición de la criminalidad organizada, el art. 25 prevé el *decomiso* (en realidad, lo que prevé es el *secuestro*) de los bienes muebles, inmuebles, el dinero, los instrumentos, los equipos, los valores y los productos financieros utilizados o provenientes de la comisión de los delitos, así como los productos financieros de las personas jurídicas vinculadas a estos hechos.

Varias observaciones. La primera, el comiso es sinónimo de decomiso y esto, de *lege ferenda*, debe corregirse.

En segundo lugar, un listado de bienes tan extenso es innecesario, ya que hubiese bastado con que se mencionaran los instrumentos y los productos⁹² de los delitos para que se comprendiesen todos los allí mencionados. Además, se incluyen los productos financieros de las personas jurídicas vinculadas con los hechos, lo que es cuestionable, pues no se exige que haya una relación entre los bienes y los hechos (p. ej., puede ser que una persona jurídica esté vinculada con los hechos pero que determinados activos suyos no lo estén). A mi modo de ver, esto quebranta el principio de legalidad, máxime en un país donde no se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁹³

Al igual que sucede con la legislación en materia de drogas, la LCDO contempla medidas de carácter provisional en relación con los bienes que han sido secuestrados. El mal llamado *decomiso* puede suponer el depósito judicial de los bienes a la orden del ICD (art. 26); la anotación registral de los bienes (art. 27); la administración del dinero secuestrado (art. 30); la venta, remate o subasta de los bienes que puedan deteriorarse, dañarse y sean de costoso mantenimiento (art. 31) y finalmen-

⁹¹ GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*, op. cit., p. 592.

⁹² Aquí entendido el término *producto* como categoría que engloba tanto los efectos como las ganancias.

⁹³ En Costa Rica algunos creen necesario plantear la posibilidad de que las personas jurídicas, al igual que tienen capacidad de acción en lo civil, puedan realizar un delito y por tanto ser merecedoras de sanciones penales. Así, NAVAS APARICIO, "Alcances e implicaciones económicas del crimen organizado internacional en Costa Rica: propuestas para la adopción de políticas públicas". En: *Impacto del crimen transnacional en Centroamérica: los casos de Nicaragua y Costa Rica*, op. cit., pp. 87-88.

te, la venta, donación o destrucción de los bienes perecederos, el combustible, los materiales para construcción, la chatarra, los precursores y químicos esenciales y los animales, también antes de que se dicte sentencia firme en los procesos penales respectivos (art. 32). Igualmente se prevé el uso de vehículos con placa extranjera, no registrados o no nacionalizados (art. 28). En todas las normas antes mencionadas se exponen reglas sobre el destino que debe darse a los dineros y valores decomisados.

El art. 33 prevé una especie de *comiso objetivo*. Una vez transcurridos 6 meses desde el secuestro de los bienes, si no se ha podido establecer la identidad del autor o partícipe del hecho, o si éste los ha abandona, los mismos pasarán a la orden del ICD. Igual disposición se aplicará cuando transcurridos 3 meses después de la firmeza de la sentencia, quien tengan interés legítimo sobre los bienes no haya hecho gestión alguna para retirarlos.⁹⁴ Es una norma de carácter especial, sobre todo por el destino que se da a los bienes. No obstante, puede mejorarse, p. ej., empleando bien los términos decomiso y secuestro (en el artículo se habla de ambos como si fuesen sinónimos) y reduciendo la lista de bienes, innecesariamente larga.

Tratándose de los terceros de buena fe, la LCDO remite a la legislación en materia de narcotráfico que examiné atrás. El art. 29 señala que las medidas y sanciones contempladas en cuanto al *decomiso* se aplican sin perjuicio de los terceros de buena fe (y éstos serán los que cumplan los presupuestos establecidos en los arts. 93 y 94 de la Ley N° 8204). A los terceros se les otorga un plazo de tres meses para hacer el reclamo de los bienes y objetos *decomisados*, contados a partir de la comunicación respectiva.⁹⁵ Vencido el plazo antes mencionado sin que se dé la intervención, procede decretar el comiso y traspaso definitivo del dominio a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas. Finalmente, el tribunal puede diferir hasta sentencia la resolución de lo formulado por quien se apersona como interesado.

⁹⁴ “Artículo 33. Pérdida de bienes o dineros no reclamados

Si transcurridos seis meses del decomiso de los bienes muebles e inmuebles, los vehículos, los instrumentos, los equipos, los valores y el dinero utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, sin que se haya podido establecer la identidad del autor o partícipe del hecho, o si este ha abandonado los bienes de interés económico, los elementos y los medios de transporte utilizados, la autoridad competente ordenará el comiso definitivo de dichos bienes, los cuales pasarán a la orden del Instituto, para los fines previstos en esta Ley.

Asimismo, cuando transcurran más de tres meses de dictada la sentencia firme, sin que quienes puedan alegar interés jurídico legítimo, sobre los bienes de interés económico utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará y el Instituto podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció la causa.”

⁹⁵ La comunicación según el art. 29 LCDO, se hace conforme lo dispuesto en el art. 84 de la Ley N° 8204, que en lo que interesa, indica:

“Art. 84...

En caso de no ser posible proceder según el párrafo segundo del artículo 90 de esta Ley, el Instituto deberá publicar un aviso en el diario oficial, en el que se indicarán los objetos, las mercancías y los demás bienes en su poder. Vencido el término establecido en el artículo anterior sin que los interesados promuevan la acción correspondiente, siempre y cuando exista una resolución judicial, los bienes y objetos de valores decomisados pasarán, en forma definitiva, a propiedad del Instituto y deberán utilizarse para los fines establecidos en esta Ley.”

La inclusión de esta norma garantiza el derecho de audiencia que contempla la Constitución Política y que como mencioné acápite atrás, ha sido reconocido de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia. Lamentablemente no se crea una regulación sobre la intervención de ese tercero, con lo cual se sigue sin garantizar que ésta se produzca desde el inicio mismo del proceso. El vacío legal en cualquier caso, no debe ser un obstáculo para entender que la medida de carácter definitivo debe dictarse resguardando los derechos de ese tercero, por varias razones. La primera, porque así lo dispone la regla general contenida en el art. 110 CP. La segunda, porque así se extrae de las normas de la ley de psicotrópicos a las que remite.

El art. 34 LCDO es el que se refiere específicamente al tema del comiso. En él se designa como beneficiario al ICD (lo que marca una diferencia con el art. 110 CP que favorece al Estado). Este instituto con excepción de lo comisado en aplicación de la Ley N° 8204, puede conservar los bienes para el cumplimiento de sus objetivos, o bien, puede donarlos a entidades de interés público, sobre todo a organismos destinados a la represión del crimen organizado. También puede rematar o subastar los bienes.

En las siguientes normas,⁹⁶ esta ley regula con detalle el destino que el ICD debe dar a los bienes decomisados, o del producto de los bienes invertidos, subastados y rematados. Para tales efectos, el legislador costarricense distingue entre la criminalidad organizada en general y la que se dedica a la comisión de delitos relacionados con el narcotráfico y a esta última le da un trato especial, al punto que el destino de los valores decomisados no se regirá por la LCDO sino por ley N° 8204, lo que tiene sentido si se considera que es esa forma de criminalidad la que está azotando con mayor intensidad el territorio nacional.

La LCDO también crea una regulación especial para el mal llamado decomiso y el comiso en los procesos iniciados por la comisión de delitos sexuales cometidos en perjuicio de personas menores de edad y que a su vez, están relacionados con la delincuencia organizada. Lamentablemente, con se detecta con su simple lectura, se trata de un capítulo que no es coherente con el resto de la ley, pues en algunos casos reitera innecesariamente algunas normas y en otros, introduce modificaciones que provocarán, sin justificación, un trato desigual en la persecución de la delincuencia organizada. Lo que es claro, al menos, es el deseo del legislador de regular el decomiso y el comiso en materia de delitos sexuales cometidos en perjuicio de menores de edad y que a su vez, tienen la connotación de criminalidad organizada, con reglas similares a las expuestas líneas atrás, pero siendo el Patronato Nacional de la Infancia el beneficiario de los bienes y a la vez, el encargado de su administración.⁹⁷

De los artículos dedicados a este tema, quizá dos merezcan un comentario adicional. Me refiero a los arts. 42 y 52. El primero es una disposición que no tiene parangón en la regulación general contenida para la delincuencia organizada. En

⁹⁶ Arts. 36 a 40 de la LCDO.

⁹⁷ Arts. 43 y 49 LCDO.

dicha norma se indica que quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos sexuales contra personas menores de edad, además de las penas tipificadas en el Código Penal, incurrirán en la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o los valores provenientes de su realización, o que constituyan, para el agente, un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros. Es una norma que convierte la pena en el único presupuesto del comiso y limita la aplicación del instituto a los bienes que pertenece al condenado, pues dice que será éste el que sufrirá la pérdida (la norma usa el verbo *incurrir*, que significa *caer en*⁹⁸), siempre garantizando los derechos del ofendido o terceros. Asimismo, se prevé el comiso de las ganancias *para el agente*, con lo cual no se comprenden las ganancias que se han obtenido a favor de otro, lo que es un despropósito. Entiendo que es una norma innecesaria porque de las que rigen el comiso en general (art. 110 CP), o de las que se contemplan para la delincuencia organizada (y que analizamos párrafos atrás), se desprenden las consecuencias que aquí se anuncian para una forma específica de delincuencia que puede realizarse organizadamente: delitos sexuales en perjuicio de personas menores de edad.

El art. 52 LCDO contempla el papel de los terceros de buena fe, incorporando lo que se dejó de lado en el art. 29, a saber, la comunicación a los interesados para que se apersonen al proceso y hagan valer sus derechos.⁹⁹

De seguido, en el art. 53 el legislador indicó los motivos por los que procede devolver los bienes a esos terceros de buena fe, a saber, cuando el tercero: a) tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos o instrumentos; b) no puede imputársele autoría de ningún tipo ni participación en un delito de tráfico ilícito o delitos conexos objeto del proceso; c) desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente; d) no adquirió derecho alguno sobre los bienes, productos o instrumentos de la persona procesada, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos le habría sido transferido para efectos de evitar el posible decomiso y comiso; e) hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos. Son básicamente los mismos motivos que se contemplan en el art. 94 de la Ley N° 8204, aunque con el defecto de negar que los términos decomiso y comiso son sinónimos. De igual manera, el no considerar la naturaleza peligrosa del bien pone de manifiesto el carácter punitivo de la medida.

Por último, el art. 53 apunta que en caso de absolutoria procederá también una indemnización por los daños sufridos, misma que se debe reclamar a través del

⁹⁸ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*

⁹⁹ "Art. 52. Derechos de los terceros de buena fe

Las medidas y sanciones referidas en los artículos precedentes se aplicarán sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

Conforme a derecho, se les comunicará la posibilidad de apersonarse en el proceso, a fin de que hagan valer sus derechos, a quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes, productos o instrumentos."

proceso abreviado establecido en el Código Procesal Civil.¹⁰⁰ Esta disposición puede ser inconveniente, ya que la absolutoria no dice nada acerca de la peligrosidad del bien, sea intrínseca o en relación con alguien. Nuevamente, se hace necesario de *lege ferenda*, incluir el examen de esta circunstancia. Aunado a esto, nótese que si bien se indica una vía para formular este reclamo y se reconoce la necesidad de que el tercero intervenga en el proceso penal, sigue sin regularse la forma en que se debe dar esa intervención.

Finalmente, según el art. 54 LCDO, el comiso previsto en esta ley procederá también cuando se apliquen las soluciones alternativas al juicio. Es una norma que resta claridad a la ley pues como indiqué antes, para los delitos sexuales el comiso es una consecuencia de la pena y para los demás delitos que son expresión de la criminalidad organizada, el comiso es una medida que en principio, se impone en sentencia judicial, una vez que se ha demostrado la relación entre el delito y los bienes particulares cuyo comiso se ordena. Ahora, cuando se aplican soluciones alternativas al juicio (p. ej., la suspensión del proceso a prueba) como no se llega a realizar el debate (precisamente por eso se llaman soluciones *alternativas al juicio*), no se llega a emitir una valoración sobre la conducta investigada, o sobre la legitimidad del patrimonio involucrado, lo que entiendo, hace imposible disponer el comiso, muy a pesar de lo que indique esta norma.

V. Principios constitucionales que son aplicables al comiso.

El comiso, como medida de Derecho público que es, está sometido a una serie de principios, que describo a continuación.

A. Principio de legalidad.

El principio de legalidad está contemplado en los arts. 39 y 28 de la Constitución Política. En lo que interesa, el primero indica: “*A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionado por ley anterior (...)*”. Por otra parte, el art. 28 señala: “*Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley*”.¹⁰¹ De estas normas se desprende el principio de reserva de ley mediante el cual, “*... todos los actos gravosos para los*

¹⁰⁰ “Art. 53...”

Cuando un bien haya sido decomisado a una persona que resulta inocente del delito que se le imputa, tendrá derecho a ser indemnizado por los daños sufridos, entendiéndose por estos el no uso del bien, sus frutos, su deterioro o su valor, si ha perecido. El reclamo de esta indemnización podrá realizarse mediante el proceso abreviado establecido en el Código Procesal Civil.”

¹⁰¹ Costa Rica. Constitución Política de 7 de noviembre de 1949. Disponible en: <http://www.pgr.go.cr/scij/>

*ciudadanos, provenientes de autoridades públicas, deben estar acordados en una ley formal.*¹⁰²

El comiso, por ser una medida que surge del poder de imperio del Estado, está sometido a este principio. Es una figura jurídica que la jurisprudencia reconoce pacíficamente debe estar prevista en la ley.¹⁰³

B. Principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad está preceptuado en el art. 39 de la Constitución Política, que en lo que interesa, señala: “... a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidélito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”.

Con base en este principio, se concluye que la responsabilidad es personal y que la responsabilidad penal objetiva no tiene lugar. Aunque de conformidad con el Código Penal el comiso tiene como presupuesto la comisión de un delito y se excluye su aplicación sobre bienes de terceros, circunstancias de las que se puede extraer que el principio en cuestión es aplicable, en otras disposiciones legales se admite en relación con bienes de terceros (p. ej., en la ley N° 8204 antes examinada). Aunado a esto, la jurisprudencia ha considerado procedente, entiendo que sin ningún fundamento legal, el comiso en casos donde no se ha configurado un delito, v.g., ante una causa que excluya la culpabilidad o el carácter antijurídico de la conducta.¹⁰⁴

Siempre en esta línea de ideas, nótese que tanto en el Código Penal costarricense como en las leyes especiales que cité atrás el comiso de efectos e instrumentos tiene un carácter sancionatorio, pues se ordena sin considerar la peligrosidad del bien. Esta circunstancia también obligaría, al menos en buena técnica jurídica, a aplicar el principio de culpabilidad, lo que supone algunos inconvenientes (p. ej., no se podría ordenar el comiso de bienes peligrosos salvo que el autor o partícipe del he-

¹⁰² En este sentido se pronuncia la Sala Constitucional en la sentencia N° 1877/1990 de 19 de diciembre.

¹⁰³ “... tanto las penas como las llamadas “consecuencias civiles del hecho punible”, se encuentran sujetas al principio de legalidad, de manera que no pueden ser impuestas sino cuando concurren los presupuestos que las ordenan, los que además, han de ser objeto de análisis por el juez con aplicación del mismo principio, y no de otros que son ajenos a la función jurisdiccional...” SST N° 1217/1999 de 24 de setiembre.

¹⁰⁴ En sentido contrario, la STCP San José N° 462/1996 de 16 de agosto señala: “Debe reconocerse, contrario a lo dicho por el recurrente, que en forma excepcional podría ordenarse el comiso de un objeto (Art. 110 del Código Penal) aun cuando no se ha dictado sentencia condenatoria, por ejemplo en supuestos en que la absolutoria se basó en la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad.” Vid. también la STCP San José N° 542/2001 de 20 de julio, que en lo que interesa apunta: “...pues bien, la disposición de la pérdida de los bienes objeto o instrumento del delito a favor del Estado, es posible cuando se declara la existencia de un ilícito penal (hecho típico y antijurídico) por sentencia condenatoria, absolutoria o por sobreseimiento...”

cho haya sido declarado responsable criminalmente y que esos bienes le pertenezcan). Por tanto, de *lege ferenda* se requiere ajustar la regulación de cada modalidad de comiso (el de efectos e instrumentos y el de ganancias) a su fundamento y fines, eliminando los rasgos sancionatorios que en la actualidad, impiden aplicarlo sin quebrantar reiteradamente el principio de culpabilidad, básico en la materia punitiva.

C. Presunción de inocencia.

Del artículo 39 de la Constitución Política también se desprende el principio de inocencia, que obliga a considerar inocente a todo acusado hasta que en un proceso penal se demuestre su culpabilidad. Señala la Sala Constitucional que en virtud de ese estado de inocencia, no es el encartado quien se encuentra obligado a demostrar su inocencia, sino que corresponde al órgano acusador o en su caso, al querellante, demostrar la culpabilidad con respeto absoluto de los principios, derechos y garantías, contenidas no sólo en la Constitución Política, sino también en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁰⁵

La condenatoria supone certeza sobre la responsabilidad del imputado en los hechos que se le atribuyen. De no darse ésta, corresponde absolverle o en otras palabras, resolver a su favor. Esto es lo que se conoce como el *in dubio pro reo*.

Entiende la jurisprudencia costarricense que la imposición del comiso requiere que se demuestre el vínculo entre el bien y el hecho criminal. Lo anterior implica la necesidad de un juicio previo y de que el órgano jurisdiccional fundamente su conclusión.¹⁰⁶ Sobre esto, me extenderé a continuación.

¹⁰⁵ SSC N° 1739/1992 de 1 de julio.

¹⁰⁶ A modo de ejemplo, cito las siguientes resoluciones: SSST N° 96/1997 de 7 de febrero; N° 959/2000 de 25 de agosto; N° 1051/2003 de 21 de noviembre; N° 479/2004 de 14 de mayo; N° 1341/2004 de 26 de noviembre; N° 191/2005 de 18 de marzo; STCP Cartago N° 113/2009 de 3 de abril; N° 2010/2010 de 14 de abril y STCP San Ramón N° 138/2011 de 15 de abril. La N° 138/2011 señala: *“De igual forma, es harto conocido que para que proceda el comiso en este tipo de delitos, se debe de fundamentar igualmente por parte de los Jueces de Juicio, por que razón o razones procesales se estableció de acuerdo al análisis de las pruebas tenidas en los autos, que efectivamente esos bienes decomisados fueron producto o ganancias generadas a raíz de la actividad delictiva, situación que no se puede suponer, ni inventar, sino que debe de ir -al igual que todo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional- apegado a la correcta y debida fundamentación intelectual, lo cual en forma evidente se echa de menos en este punto concreto.”*

D. Derecho de defensa, principio acusatorio y fundamentación de la sentencia.

Este derecho está consagrado en el art. 39 de la Constitución Política. Según señala la Sala Constitucional, el derecho de defensa abarca el derecho de audiencia y los principios de imputación (entendido como el derecho que tiene el acusado de ser informado de los cargos que se le atribuyen) e intimación (acusación formal), así como el derecho a la fundamentación debida de toda resolución procesal. El derecho de audiencia, por su parte, es el derecho del imputado y su defensor de intervenir activamente en el proceso, ofrecer la prueba que estimen oportuna y controlar la actividad de sus adversarios.¹⁰⁷

La jurisprudencia ha entendido que el comiso es una medida de orden público que puede dictarse de oficio.¹⁰⁸ Por surgir del poder de imperio del Estado, se exige que se imponga de manera fundamentada¹⁰⁹ y que se demuestre el vínculo entre el bien y el hecho criminal. Es el Estado, a través del Ministerio Público, quien tiene la carga probatoria en cuanto a los presupuestos de esta figura jurídica.¹¹⁰

¹⁰⁷ SSC N° 1739/1992 de 1 de julio.

¹⁰⁸ STCP San José N° 991/2008 de 30 de septiembre. En ésta se afirma que a pesar de que el art. 103.3 la considera una consecuencia civil del hecho punible, el comiso no tiene carácter dispositivo sino que se debe resolver de manera obligatoria: *"Sin embargo, esa primera connotación del comiso como un extremo dispositivo sujeto a instancia de parte, resultaría incompatible frente a disposiciones de orden público como el artículo 110 del Código Penal, que establece: "El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros". Este precepto con claridad define al comiso como una consecuencia prácticamente automática derivada de la comisión de un delito (salvo derechos de ofendidos o terceros). Es más, una lectura del artículo 367 del CPP permite establecer que el comiso constituye uno de los aspectos que el juzgador debe decidir de oficio en una sentencia condenatoria... Hay que distinguir entonces: (a) El juzgador tiene el deber legal de pronunciarse sobre el eventual comiso o, por el contrario, devolución de los objetos secuestrados durante el proceso, aun cuando ese tema no fuera debatido en el contradictorio, pues es un imperativo legal resolver sobre ese aspecto, según lo dispuesto en los numerales 110 CP y 367 del CPP... Ahora, si se diera una omisión en torno al pronunciamiento de los bienes que pueden ser objeto de comiso en la sentencia, es posible distinguir diversos supuestos: (a) Si fue un tema controvertido en el proceso, el juzgador en cualquier momento puede utilizar la adición para efectuar el pronunciamiento sobre ese particular; o bien, el Ministerio Público estaría en posibilidad de instar la adición sobre ese extremo; (b) Si, en cambio, no se discutió nada en el debate o al negociarse un abreviado sobre los posibles comisos, la adición sería impropia para resolver esa omisión."* En la misma línea, vid. también la STCP San José N° 1009/2010 de 31 de agosto.

¹⁰⁹ Vid., p. ej., las siguientes resoluciones: SSST N° 96/1997 de 7 de febrero; N° 959/2000 de 25 de agosto; N° 1051/2003 de 21 de noviembre; N° 479/2004 de 14 de mayo; N° 1341/2004 de 26 de noviembre; N° 191/2005 de 18 de marzo; STCP Cartago N° 113/2009 de 3 de abril; STCP Cartago N° 2010/2010 de 14 de abril y STCP San Ramón, N° 138/2011 de 15 de abril. Esta última señala: *"De igual forma, es harto conocido que para que proceda el comiso en este tipo de delitos, se debe de fundamentar igualmente por parte de los Jueces de Juicio, por que razón o razones procesales se estableció de acuerdo al análisis de las pruebas tenidas en los autos, que efectivamente esos bienes decomisados fueron producto o ganancias generadas a raíz de la actividad delictiva, situación que no se puede suponer, ni inventar, sino que debe de ir -al igual que todo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional- apegado a la correcta y debida fundamentación intelectual, lo cual en forma evidente se echa de menos en este punto concreto."*

¹¹⁰ Le corresponde también demostrar que el tercero adquirente no es de buena fe: *"En efecto, las argumentaciones de los jueces en el fallo combatido no evidencian errores valorativos importantes"*

Es curioso que a pesar de que se considere que el comiso está sometido a las reglas más elementales de un proceso penal marcadamente acusatorio como lo es el costarricense, se diga que el comiso se puede ordenar de oficio. Además, si el art. 110 CP no toma en cuenta la peligrosidad intrínseca del bien (única circunstancia que entiendo autoriza un comiso oficioso), siempre será necesario que la parte acusadora (Ministerio Público o querellante) articulen prueba para demostrar la concurrencia de los presupuestos fácticos que dan lugar a la imposición de la medida, labor en la que el órgano juzgador no puede sustituir a la parte procesal.

En cuanto al tercero afectado con el comiso, se reconoce de forma unánime¹¹¹ que se debe garantizar su derecho de defensa.¹¹² Por esta razón y a pesar de que en la legislación procesal penal no se regula la intervención del tercero, lo normal es que se le dé audiencia en el proceso. La jurisprudencia de casación se ha debatido en cuanto a las consecuencias que acarrea el que no se haya comunicado al tercero que tenía la opción de intervenir en defensa de sus intereses. En un primer momento, se consideró que el error era de tal envergadura que provocaba la nulidad de la sentencia en lo referido al comiso y que lo procedente era ordenar la devolución del bien a quien demostrase ser su legítimo propietario.¹¹³ Posteriormente se cambió de criterio y en casos en los que se ha considerado que el tercero no ha tenido oportunidad de intervenir en el proceso, igualmente se ha anulado la decisión adoptada en cuanto al comiso, pero concomitantemente se ha ordenado el

que pudieran conculcar los intereses del órgano fiscal, quien no logró demostrar durante el proceso incoado la falsedad en la adquisición del inmueble mencionado por parte de la sociedad compradora, ni su calidad de adquirente de buena fe.” SST N° 545/2004 de 21 de mayo.

¹¹¹ Así lo hace, p. ej., ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 402 y BONILLA GUZMÁN, *op. cit.*, p. 124. La Sala Constitucional en la sentencia N° 5447/1995 de 4 de octubre señaló: “...Recaída sentencia, si ésta ordenare el comiso, debe entenderse que se dio oportunidad de defensa y audiencia a los terceros propietarios o poseedores de los bienes y no partícipes en el delito juzgado, que pudieran verse afectados con la medida, de conformidad con los artículos expuestos, que si bien no prevén expresamente un determinado procedimiento de traslado o apersonamiento del tercero, por imperativo de la propia Constitución Política y los principios fundamentales que la inspiran, contemplados básicamente en los numerales 39 y 41, con relación al 28 párrafo segundo, el juzgador deberá, en la medida de lo posible, estructurar con los elementos procesales que cuenta, la forma de dar esa audiencia previa al tercero que pueda verse afectado, pues no podría pensarse en un despojo que opere de pleno derecho, o en una decisión que afecte derechos o intereses legítimos de una persona, sin haber sido ésta siquiera oída, sobre todo cuando se expone su propiedad a una disminución que casi operaría de pleno derecho aplicando en forma automática las disposiciones relativas al comiso y confiscación, práctica que resulta inconciliable con los derechos fundamentales de defensa y de audiencia a que se ha hecho mención...”.

¹¹² En la SST N° 74/1998 de 23 de enero se apunta: “Las autoridades competentes no deben preocuparse únicamente de anotar la existencia de la causa y el embargo respectivo en el Registro correspondiente; deben llamar a los titulares del bien, si resultan distintos del acusado -personas que, dependiendo de las circunstancias, podrían incluso figurar como partícipes en el hecho investigado-, así como a los terceros que puedan verse afectados con la medida y cuyos derechos consten por encontrarse amparados a la publicidad registral -sin perjuicio de las alegaciones de otros terceros que se apersonen al proceso en reclamo de derechos o intereses legítimos sobre dichos bienes, cuya relevancia habrá de analizarse en el caso concreto-, porque la omisión de ese elemental proceder no sólo lesiona los derechos de terceros, sino que además dan al traste con las posibilidades del Estado de comisar esos bienes.” Del mismo criterio, las SSST N° 848/2000 de 31 de julio; N° 512/2001 de 31 de mayo; N° 548/2005 de 3 de junio y N° 712/2006 de 7 de agosto, entre otras.

¹¹³ SSSTCP San José N° 622/1998 de 17 de septiembre y N° 802/2006 de 9 de agosto; SSST N° 821/1996 de 23 de diciembre; N° 1522/1999 de 26 de noviembre; N° 848/2000 de 31 de julio; N° 789/2001 de 20 de agosto; N° 368/2002 de 26 de abril y N° 728/2007 de 20 de julio.

reenvío de la causa, para que en un nuevo debate se resuelva sobre el tema, esta vez dándole audiencia al titular del bien.¹¹⁴ Una última opción, la menos común, es el reconocer al resolver el recurso de casación, los derechos del tercero de buena fe que no ha intervenido en el proceso.¹¹⁵ Entiendo que esta opción se ha empleado cuando con base en las pruebas existentes, es notorio que se trataba de un tercero de buena fe con un derecho legítimo sobre el bien, de ahí que se optase por satisfacer ese derecho en lugar de beneficiar al Estado con el comiso.¹¹⁶

En cuanto a quién está legitimado para hacer el reclamo por la no intervención del tercero en el proceso, la jurisprudencia reconoce que es el tercero y no el imputado.¹¹⁷ Sin embargo, se encuentran pronunciamientos en los que a pesar de hacer esa observación, el órgano de casación entra a resolver el fondo de los alegatos hechos por quien no ostenta la condición de tercero. P. ej., en la SST N° 1013/2005 de 2 de septiembre, el condenado por venta de drogas y titular de la vivienda decomisada fue quien formuló el reclamo en defensa de los intereses de su pareja e hijos, que también vivían en el inmueble. La Sala concluyó que aquellos no eran terceros con intereses legítimos que debiesen intervenir en el proceso, pues el bien fue adquirido por el condenado a título gratuito, con lo cual su compañera ni

¹¹⁴ Vid. p. ej., la STCP Cartago N° 113/2009 de 3 de abril; STCP San Ramón N° 138/2011 de 15 de abril; SSTCP San José N° 1073/2003 de 24 de octubre; N° 1238/2004 de 1 de diciembre y N° 103/2011 de 28 de enero. La 1073/2003 examina el caso de dos imputados, uno que se acoge al procedimiento abreviado y otro no. La sentencia que resuelve la situación del primero dispone el comiso de bienes que el último reclama: *"Lleva razón la parte impugnante, la imputada Mercedes Bustos Jiménez tiene derecho a que en el juicio oral que se llevará a cabo en la causa que se ha seguido en su contra, se discuta con respecto a la procedencia de los bienes, téngase en cuenta que ella incluso se opuso en la audiencia preliminar al comiso y se manifestó dispuesta a discutir sobre el comiso en el juicio oral, por lo que al disponerse este se afectó el derecho de defensa. Es cierto que el imputado Ruiz Aburto aceptó los hechos atribuidos, dentro de lo cuales se hacía mención a que los electrodomésticos habían sido adquiridos como consecuencia de la actividad de tráfico de drogas, pero dicha aceptación no puede afectar los derechos de terceras personas, entre ellos la imputada Mercedes Bustos, la que tiene derecho a discutir en el juicio oral sobre ese aspecto... Por lo anterior corresponde declarar con lugar el recurso de casación, anular la sentencia en cuanto al comiso de los electrodomésticos."*

Ver también las SSST N° 1323/2002 de 20 de diciembre; N° 596/2004 de 28 de mayo; N° 1209/2004 de 22 de octubre; N° 548/2005 de 3 de junio y N° 1273/2005 de 14 de noviembre.

¹¹⁵ El tribunal sentenciador ordenó el comiso de un vehículo sobre el cual pesaba un gravamen prendario a favor de una sociedad anónima. El Tribunal de Casación Penal, por economía procesal, confirmó dicha sentencia *"...sin perjuicio de la acreencia prendaria de la entidad como tercero de buena fe con mejor derecho sobre el vehículo..."*. STCP San José N° 1338/2010 de 12 de noviembre.

¹¹⁶ Algo similar sucede en la SST N° 770/1999 de 25 de junio. Quien plantea la impugnación es la acreedora hipotecaria. La Sala señala que el comiso de un inmueble no afecta la situación de los acreedores hipotecarios, *"pues, en virtud de tratarse de una garantía real, ella pesará sobre el bien, con independencia de quién sea el nuevo titular del dominio; lo que, además, debe dilucidarse en la fase de ejecución del fallo."*

¹¹⁷ Vid., p. ej., la SST N° 743/2001 de 27 de julio, así como la STCP San José N° 802/2006 de 9 de agosto. En esta última se admite el recurso de casación que interpone el propietario registral del vehículo, pues *"...sí bien el adherente no ha figurado como parte en este proceso, el hecho de ser aparentemente el propietario registral de un bien cuyo comiso ordenó la sentencia impugnada (sin que en esta se hubiera establecido quien era su propietario), lo legitima subjetivamente para impugnar, en atención al gravamen irreparable que podría causar en su patrimonio la sentencia, precisamente por no haber sido parte del proceso..."*

siquiera tendría un derecho de gananciales, mismo que -en todo caso-, no surgiría sino hasta que se disolviese esa relación de hecho, lo que tampoco sucedía ahí.¹¹⁸

Una situación similar se aprecia en la STCP San José N° 103/2011 de 28 de enero, en la cual se indica: “Atendiendo a las propias manifestaciones del recurrente, en cuanto afirma que el vehículo cuyo comiso cuestiona no pertenece su defendido sino a un tercero (de quien evidentemente no es apoderado ni representante), en principio el mismo no tendría legitimación para reclamar dicho extremo del fallo, por ausencia de perjuicio. No obstante, debido a que -conforme se dirá- en la especie ni siquiera se ha determinado con prueba idónea quién es el propietario de dicho bien cuyo comiso se ordenó, lo procedente es acoger la impugnación, por ser dicha medida una consecuencia del hecho punible y por no haberse considerado en la sentencia de mérito ni siquiera quién es la persona titular registral del vehículo en cuestión, lo que conllevaría al desconocimiento de los eventuales derechos que sobre el mismo pudieran tener terceros de buena fe.” Es decir, a pesar de que el recurrente no era el tercero titular del derecho, se acogió su reclamo y se ordenó el revío de la causa para que se resolviese nuevamente sobre este tema, claro está, dándole audiencia a quien figura como titular del vehículo decomisado.

Para finalizar con los ejemplos, en la SST N° 420/2006 de 12 de mayo la Sala de Casación, a pesar de reconocer que el recurrente no estaba legitimado para hacer el reclamo por no ser el titular del bien, de oficio declaró la existencia del vicio pues no se dio audiencia al tercero titular en el proceso.¹¹⁹

En cuanto a si el cónyuge es tercero en relación con los bienes gananciales sometidos a comiso, la jurisprudencia, en plena consonancia con los art. 40 y 41 del Código de Familia, ha entendido que no cuando los bienes están inscritos a nombre del imputado, pues el bien ganancial pasa a formar parte de la sociedad conyugal hasta el momento en que se disuelve el vínculo. Es aquí cuando cada cónyuge tiene derecho a un cincuenta por ciento del valor de los bienes gananciales y no antes.

¹¹⁸ Una situación similar se presenta en la SST N° 1216/2005 de 26 de octubre. En la sentencia condenatoria se ordenó el comiso de un inmueble en el que se almacenaba y vendía droga. Para la Sala, el que no se le hubiera notificado del proceso penal al acreedor hipotecario “es algo que no causa afectación alguna a la defensa de los endilgados, sino que en el peor de los casos solo a ese acreedor, cuyo derecho, de todas maneras, está debidamente inscrito y tiene prioridad sobre cualquier medida de incautación que se haya emitido.”

¹¹⁹ “No obstante, se trata de un reclamo frente al que la impugnante carece de interés procesal, toda vez que su representado no es dueño del arma cuyo comiso se ordenó, por lo que debe también desecharse. Sin embargo, observa esta Sala que existe en cuanto a él un defecto que, por absoluto, procede su declaración de oficio. Y es que el Tribunal sentenciador ordenó el comiso del arma decomisada en su oportunidad, aun admitiendo que se trata de un bien a nombre de un tercero, señor Jorge Quesada Delgado -esto según copia fotostática de oficio número 2849- DCAE-2005 de fecha 1 de diciembre de 2005, suscrito por William Hidalgo Echevarría, Jefe a.i. de la Sección de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública-omitiendo vincular a la causa y escuchar la posición de dicho titular, en franca violación a sus derechos. Se está frente a un caso evidente en el que el operador jurídico se encuentra llamado a integrar la figura denominada litisconsorcio pasivo necesario, a fin de garantizar los derechos de todos los interesados en este asunto. De modo tal que, sólo en ese sentido, se anula la sentencia impugnada, se ordena el revío del asunto, a fin de que se proceda conforme a derecho corresponde, permaneciendo incólume el fallo impugnado, en todo lo demás, según se dirá.”

Por tanto, si al momento del comiso el derecho aun no ha surgido, no se le puede otorgar un derecho como copropietario.¹²⁰

Finalmente, el TCP, en relación con vehículos que presentan alteraciones en su numeración, marcas o señas que afectan su identificación y registro, ha admitido su devolución a quien demuestre ser su legítimo propietario, cuando no se demuestre la comisión de un delito de alteración de señas y marcas; o no se acredite que el bien proviene de un delito, pues el solo incumplimiento de los requisitos para que pueda circular, es decir, las irregularidades administrativas no pueden justificar un comiso en esas circunstancias.¹²¹ La pretensión es resguardar los derechos fundamentales de quienes figuren como terceros de buena fe adquirentes de dichos bienes.¹²²

¹²⁰ SST N° 1013/2005 de 2 de setiembre y STCP Cartago N° 265/2010 de 10 de agosto. En ésta se indica: *"Del mismo artículo 41 del Código de Familia que cita el recurrente en su alegato, así como de la interpretación jurisprudencial dada al mismo, se desprende que su tesis no es de recibo. Los bienes gananciales surgen al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales. Con relación al tema y la naturaleza jurídica de los bienes gananciales, el Tribunal de Familia ha indicado: "El sistema subsidiario, es decir la opción legal en ausencia de la convencional, es como ya se ha dicho el sistema de participación diferida en el valor de los bienes. Así, en nuestro sistema supletorio, el derecho a gananciales es un derecho personal a una suma de dinero, así que la diferencia entre los derechos reales y las obligaciones como tales, nos da la clave. El derecho personal es el vínculo jurídico entre dos personas, a diferencia del real, en el que predomina la relación entre una persona y una cosa. En el primero ha de haber dualidad de sujetos, un acreedor y un deudor, y puede no existir cosa alguna de por medio. El derecho real puede definirse como la potestad sobre una o más cosas, constituye una relación jurídica entre una persona y una cosa. Es importante puntualizar que en nuestro ordenamiento y jurisprudencia – a la luz del otrora artículo 76 y 77 del Código Civil de 1888- en algún momento se tuvo que el derecho a gananciales constituía un derecho real de copropiedad, es decir podríamos decir que se trataba de una participación en especie no como valor. Esto se dio porque el término que utilizaba la ley era que los bienes se considerarían comunes y se distribuirían por igual. Esa misma fórmula se utilizó en la versión original del Código de Familia, es decir en la Ley número 5476 del veintiuno de diciembre del mil novecientos setenta y tres. Pero la primera reforma que se le hizo a dicho Código, a saber la ley número 5895 del veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis, introdujo la fórmula de el derecho a gananciales constituía la participación en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes con esa naturaleza que se constaten en el patrimonio del otro cónyuge. Participar en un valor no implica copropiedad, sino la definición de una suma de dinero que ha de pagar un cónyuge al otro. El derecho a gananciales es entonces un derecho personal, a saber un cónyuge como acreedor y otro como deudor. IV.- LIBRE DISPOSICIÓN: Ahora bien, dentro de las características que contiene nuestro régimen mixto, propias sobre todo de un régimen de separación, está la de la libre disposición de los bienes y también la de titularidad de sus bienes, contenida en el artículo 40 del Código de Familia: "cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros"... no existe un derecho real de parte del cónyuge sobre los bienes de su consorte, de manera que no es sino hasta que se disuelva el vínculo bien por nulidad del matrimonio, o por divorcio o separación judicial que surge el derecho personal a participar del cincuenta por ciento del valor neto de los bienes que están dentro del patrimonio del otro cónyuge y adquiridos dentro del matrimonio. Las únicas excepciones que impone la ley a la libre disposición de los bienes durante el matrimonio de parte de cada cónyuge, son la liquidación anticipada de los bienes, o la simulación de traspasos con el objeto de burlar los futuros derechos del consorte (cfr. Res 181-2009 Tribunal de Familia). Por ello, si bien en este caso, el imputado es casado con la señora C.B., y el vehículo pertenece al encausado, al no estar disuelto el vínculo, ni existir liquidación anticipada de bienes, o tratarse de traspasos simulados, no ha surgido el derecho a gananciales de la señora C.B. sobre el vehículo placas XXX que conducía el encartado bajo los efectos del alcohol, en una proporción mayor a la permitida por la ley..."*

¹²¹ Así, STCP San José N° 101/2004 de 12 de febrero: *"En el presente caso se determinó que la motocicleta objeto de este proceso presenta alteraciones que impiden determinar su identificación, y no se*

encuentra inscrita, pero no se ha determinado que la misma provenga de un delito, sin que exista alguna denuncia en tal sentido, ni quién fue la persona que alteró los datos de la misma, y si alguno de los adquirentes del bien conocían ese extremo. Ante ello, tal y como se hace en la resolución impugnada, se parte de que estamos en presencia de poseedores de buena fe. El problema estriba en determinar si la posesión de un bien en tales condiciones está permitida, pues de ello depende el que se pueda entregar o no el bien a su poseedor o dueño, conforme a la excepción que plantea el numeral 110 del Código Penal, en cuanto pese a la existencia de un delito, deja a salvo el derecho del ofendido o de un tercero sobre los bienes provenientes de su realización o los instrumentos utilizados en su comisión. Es claro que tratándose de armas cuya posesión es prohibida no podrían ser devueltas, pues la misma posesión es delito, igualmente ocurre con la posesión de drogas prohibidas, por lo que no podrían devolverse a su dueño. Pero la posesión de un vehículo en sí mismo no configura un delito, aunque esté alterado en sus marcas y señas, no esté inscrito, y no tenga permiso para circular, aspectos que inciden en su traspaso, y, evidentemente, en sus posibilidades de circulación. De modo que son estos aspectos los que tendrían que advertirse al proceder a la entrega de uno de estos bienes sujetos a inscripción, al tercero de buena fe, que demuestre tener derecho sobre el mismo." Vid. en igual sentido SSTCP San José N° 92/2001 de 26 de enero y N° 117/2004 de 12 de febrero de 2004.

¹²² "El Lic. Jofrey Salas Fuentes, Fiscal Auxiliar del Ministerio Público... alega quebranto de los numerales 465 del Cpp en relación con el 110 del Código Penal, señalando que "...nos encontramos ante una errónea interpretación del artículo 110 del Código Penal, por sí solo el bien (motor del automotor) está revestido de ilegalidad debido a que se encuentra su numeración alterada por eso concluimos que el bien alterado es un instrumento u objeto con que se cometió el delito... no obstante el hecho de que esta representación Fiscal (sic) no pueda demostrar que el señor Sánchez Espinoza fue la persona que alteró el bien en cuestión... esa circunstancia no debe incidir en cuanto a la devolución del vehículo, pues si ese automotor tiene sus números de identificación del motor alterados, no existirá documento alguno que pueda legitimar la posesión ... El recurso se rechaza. Este Tribunal en el voto 233-F-97 del 21 de marzo de 1997 dispuso, en una situación similar que, "... al no haberse desvirtuado en la sentencia la adquisición de buena fe de parte del imputado, adquisición que se tuvo por demostrado se realizó en una empresa reconocida, y que tampoco a la fecha se haya presentado a reclamar los objetos alterados algún tercero con mejor derecho, no procede ordenar el comiso... por lo que se casa la sentencia en este aspecto, y se ordena la devolución..." En el presente caso... el motor objeto de litigio fue comprado a la empresa Motores Peisa S.A. el 18 de diciembre de 1996 por parte del hermano del imputado, quien así lo reclama..., de tal manera que no procede ordenar su comiso a favor del Estado por cuanto ello implicaría una confiscación violatoria del canon 42 constitucional, en relación con el 45 ibídem, que protege el derecho a la propiedad privada. El art. 110 del Código Penal al señalar que "El delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros", excluye aquellos bienes sobre los cuales terceras personas acrediten su lícita adquisición y tenencia de buena fe, como sucede con el señor Jorge Sánchez Espinoza, hermano del imputado sobreseído, quien figura como dueño del vehículo en el Registro Público de la Propiedad Mueble ... La situación registral del mismo deberá subsanarla el dueño, a fin de evitarse problemas provenientes de la anomalía descubierta en cuanto al número de su motor. No obstante, como se reitera, si es adquirente de buena fe no se le puede perjudicar con el comiso definitivo...Y en cuanto a la cita que se hace al f. 71 del voto 2000-076 del 28 de enero del presente año, dictado por este mismo Tribunal de Casación, en el que se puntualizó que "...un bien para ser susceptible de comiso, sólo requiere que sea objeto del delito y no que se demuestre la autoría de una persona y en igual sentido los artículos 465 y 466 del C.P.P. no exigen para la procedencia del comiso que se dicte una sentencia condenatoria...", es menester aclarar que no es contradictoria con lo que ahora se define, toda vez que en la misma no se discutió la adquisición de buena fe del bien, que ostenta en el presente caso el señor Sánchez Espinoza, constituyendo ese aspecto una diferencia esencial implicativa de decisiones distintas." STCP N° 632/2000 de 14 de agosto. Entiendo que sí hay una diferencia importante entre ésta y la STCP de San José N° 76/2000 de 28 de enero que menciona, pues en la última se consideró procedente el comiso porque a pesar de la absolutoria, el hecho de que el bien presentase alteraciones suponía que se había dado un delito de alteración de señas y marcas.

E. Principio de proporcionalidad.

Tratándose del principio de proporcionalidad, lo primero que hay que señalar es que a pesar de tener rango constitucional¹²³ el legislador no reguló su aplicación en materia de comiso. Por eso, no son extrañas las resoluciones en las que, desconociendo que el Derecho de la Constitución irradia todo el ordenamiento jurídico, se ha indicado que el comiso debe imponerse siempre que así lo exija la ley.¹²⁴ Afortunadamente encontramos algunas otras sentencias en las que a pesar del vacío legal se ha dispuesto la aplicación de dicho principio y en consecuencia, se ha optado por no imponer el comiso. Un ejemplo de esto es la SST N° 24/2004 de 23 de enero. En esta se indicó: “Resulta ostensible que la justiciable es una persona de escasos recursos económicos que se dedicaba a la venta de cocaína base (crack) a consumidores

¹²³ SSSC N° 1739/1992 de 1 de julio y N° 18486/2007 de 19 de diciembre, que en lo que interesa, dice: “Esta Sala ha reconocido en anteriores oportunidades que el principio de razonabilidad surge del llamado “debido proceso substantivo”, que significa que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca, de modo que cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad, lo cual sin duda también resulta de plena aplicación en materia penal. Así, ha reconocido la Sala que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción que será adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad.” Vid. también la SSC N° 16202/2010 de 28 de septiembre.

¹²⁴ Desde mi óptica, Bonilla Guzmán desconoce los principios constitucionales al sostener que: “No se pretende, en el presente análisis, la inobservancia del principio de proporcionalidad, sin embargo se considera que la aplicación de ese principio en el caso antes citado, excede su ámbito de cobertura y lesiona groseramente el principio de legalidad, pues aduciendo argumentos propios de un garantismo extremo se ignora lo dispuesto por la norma y se abre un peligroso “portillo”, que permitiría a los Tribunales en el futuro –invocando el principio de proporcionalidad- aplicar erróneamente ese principio a todo tipo de situaciones en que medie la condición socioeconómica de los imputados; ejemplos claros de casos con circunstancias similares son los siguientes: el caso de un transportista de drogas que solo posee el vehículo en que transporta el alijo; el pescador artesanal que solo posee la lancha en la que recoge la droga en el mar y en fin, todos los casos de vendedores de droga que poseen solo la vivienda que utilizan para el expendio de las sustancias ilícitas y que, como en el caso de la resolución antes mencionada, son reincidentes (anteriormente esa persona utilizó el mismo inmueble para cometer el mismo delito); en ese caso es necesario considerar un elemento adicional: se trata de una casa de bien social, subvencionada por el Estado, lo que implica que, fue un derecho de posesión brindado bajo condiciones muy especiales, entre las que destaca el fin de residencia familiar. Si ese fin se cambia por el propietario, utilizando el inmueble para fines comerciales o para arrendamiento, son causales suficientes para que pierda la titularidad, con mucho más razón si se utiliza la morada para expender droga y no como residencia, pues en ese caso, la sentenciada residía en otro lugar y utilizaba la casa en discusión únicamente para vender drogas.” BONILLA GUZMÁN, *op. cit.*, pp. 123-124.

finales desde su vivienda... El principio constitucional de proporcionalidad aplica no solamente a la sanción penal impuesta a quien resulte condenado por la comisión de un delito, sino también abarca a las consecuencias civiles y administrativas que se deriven de dicha pena. En este caso, dado el perfil socioeconómico de la imputada, acceder al comiso solicitado equivaldría a proceder a extender los efectos punitivos con fines claramente confiscatorios en desmedro del único patrimonio de la sentenciada, lo que vulnera ostensiblemente el principio de proporcionalidad de carácter constitucional. Distinto es el caso, de los autores y partícipes condenados por narcoactividad que cuentan con múltiples bienes muebles e inmuebles y gozan de una boyante situación financiera fruto precisamente de su ilícita actividad. En ese supuesto no cabe duda ninguna que resulta constitucionalmente proporcional adoptar la medida del comiso, puesto que la afectación al bien jurídico tutelado ha sido en mayor escala y ello se evidencia con el lucro obtenido que les ha permitido obtener los bienes que se incautan... ”

La Sala Tercera ha reconocido la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad al comiso, ello a pesar de que su aplicación no esté prevista en la ley. Se trata de una decisión acertada, pues por ser un principio constitucional vincula todo el ordenamiento jurídico. Esta sentencia, que se da en el contexto de un delito vinculado con el narcotráfico, no es la única que se refiere al citado principio. También encontramos algunos pronunciamientos en relación con el comiso de vehículos empleados para cometer infracciones contra la seguridad vial. En las sentencias N° 7783/2011 de 15 de junio y la N° 9400/2011 de 20 de julio, ambas de la Sala Constitucional, ésta se pronunció sobre la constitucionalidad de la aplicación automática (entiéndase preceptiva), del art. 110 CP en relación con el art. 254 bis del Código Penal¹²⁵ (delito de peligro que tipifica la *conducción temeraria*) y concluyó que era inconstitucional por vulnerar el mencionado principio. Según ese órgano jurisdiccional, el art. 254 bis CP contempla muchas hipótesis fácticas y si bien en algunas sí podría resultar procedente el comiso, en otras puede ser una medida irrazonable y

¹²⁵ La norma señala:

"Se impondrá pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y la inhabilitación para conducir vehículos de todo tipo, de uno (1) a cinco (5) años, a quien conduzca en las vías públicas en carreras ilícitas, concursos de velocidad ilegales o piques contra uno o varios vehículos, contra reloj o cualquier otra modalidad.

Si el conductor se encuentra bajo alguna de las condiciones indicadas en el párrafo anterior y las señaladas en los incisos a) y b) del artículo 107 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N.º 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, se impondrá pena de prisión de dos (2) a seis (6) años y, además, se le inhabilitará para conducir todo tipo de vehículos de dos (2) a diez (10) años.

Se impondrá pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, a quien conduzca un vehículo automotor a una velocidad superior a ciento cincuenta (150) kilómetros por hora.

Se impondrá prisión de uno (1) a tres (3) años, a quien conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75), gramos de alcohol por cada litro de sangre.

Al conductor reincidente se le impondrá una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años.

Cuando se imponga una pena de prisión de tres (3) años o menos, el tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad por una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública que podrá ser desde doscientas (200) horas hasta novecientas cincuenta (950) horas de servicio, en los lugares y la forma señalados en el artículo 71 ter de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N.º 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas. (Así adicionado por el inciso b) del artículo 4º de la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008)."

desproporcionada a la conducta sancionada, por lo cual es el juez quien debe valorar su imposición en cada caso concreto.

Ya en la sentencia N° 1009/2010, el TCP de San José se había pronunciado sobre este tema al resolver un recurso de casación contra una sentencia en la cual se decretó el comiso en favor del Estado de un vehículo con que se cometió un delito de conducción bajo los efectos del licor, llegando a la misma conclusión, a saber, que no es posible ordenar el comiso sin un examen del caso concreto para determinar si es o no proporcional. Esta es también la posición adoptada en las siguientes resoluciones: STCP de San José N° 1126/2011 de 30 de agosto;¹²⁶ STCP de Cartago N°176/2011 de 10 de junio y N° 207/2011 de 21 de julio; así como la STAS de Cartago, N° 371/2011 de 16 de diciembre.¹²⁷ Finalmente, si bien han existido resoluciones donde

¹²⁶ "...Respecto a este tema ya esta Cámara, con igual integración, ha sido coincidente, como lo alega la impugnante, en que el comiso en este tipo de delitos es desproporcional. Así en el voto N° 2010-1009 de las 8:00 horas del 31 de agosto de 2010, luego de un exhaustivo análisis de legislación, doctrina y jurisprudencia, concluyó que: "las consecuencias que la totalidad del ordenamiento jurídico le atribuye a la conducción bajo los efectos del licor para concluir que existe un exceso que hace que el comiso, en tales circunstancias, deba considerarse desproporcionado, no sólo porque la conducta de conducir bajo los efectos del licor ya tiene previstas una pluralidad de efectos jurídicos (multa o prisión: artículos 130 inciso a de la Ley de Tránsito y 254 bis del Código Penal; retiro de circulación del vehículo o de sus placas: artículos 141 inc. a y 155 de la Ley de Tránsito; pérdida de la totalidad de puntos y suspensión de todas las licencias por 2, 4 ó 10 años, según se trate de la primera, segunda o tercera falta similar y la obligación de desplegar cursos de sensibilización, reeducación vial o tratamiento para adicciones, una vez vencido el plazo de suspensión, para recuperar solo parte de los puntos: artículo 71 bis inc. a) y 71 ter de la Ley de Tránsito) sino, además, por el hecho de que, frente a ilícitos de resultado (es decir, más graves), producidos con la conducción de vehículos bajo los efectos del licor, como las lesiones o la muerte (artículos 117 y 128 del Código Penal), no cabe el comiso que, como se ha dicho, se ha circunscrito a delitos dolosos y no culposos como los referidos. Esto hace, a todas luces, inadmisibles el comiso en el primer supuesto, partiendo del mismo principio de igualdad constitucional que obliga tratar como iguales (inaplicar el comiso) a quienes estén en las mismas condiciones (conducir bajo los efectos del licor). Adicional a ello, la medida accesoria podría ser más gravosa que la pena principal, habida cuenta que la pena de prisión podría conmutarse a multa, si se dieran los supuestos para ello (artículo 69 del Código Penal), en cuyo caso el día de multa no puede superar el salario diario de la persona (artículo 53 ibídem) o bien se podría sustituir la pena de prisión por servicios de utilidad pública (párrafo final del artículo 254 bis de dicho código). Entonces, tanto por la pluralidad de efectos que el ordenamiento jurídico le da, en este momento, a la misma conducta, como porque un comportamiento similar pero con efectos más graves es tratado más benévolamente que la conducta que nos ocupa y porque lo secundario podría ser más gravoso que lo principal, estima unánimemente este Tribunal que se da la citada desproporcionalidad al decretarse, en estos casos, el comiso del vehículo, objeto que no proviene de la realización del delito y cuyo uso general es lícito (...) Así las cosas, el análisis efectuado permite a este Tribunal señalar, unánimemente, que la medida de comiso de vehículos automotores en el delito de conducción temeraria resulta, en el estado actual de nuestra legislación, una medida desproporcionada y que roza con el principio de legalidad en la vertiente supra referida. "En similar sentido el voto N° 2010-1494 de las 14:25 horas del 20 de diciembre de 2010. No obstante, esa posición de esta integración del Tribunal, que no era compartida por otras integraciones, ni por otros Tribunales de Casación, quedó definitivamente resuelta, cuando la Sala Constitucional, al evacuar una consulta judicial, señaló en el voto número 7783-2011 que: "es inconstitucional la aplicación automática del artículo 110 del Código Penal relativo al comiso, al delito de conducción temeraria establecido en el artículo 254 bis del Código Penal" (...)El vehículo decomisado y puesto en depósito provisional (cfr. folio 26), debe ser devuelto, de modo definitivo, a su titular sin que, para ello, sea necesario el reenvío..."

¹²⁷ "No ordenarse el comiso en el presente caso, no resulta ser una desaplicación arbitraria del artículo 110 del Código Penal, pues su aplicación no podría ser automática, cuando primero debe atenderse el principio constitucional de proporcionalidad, y sus derivados como lo son la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Concluye esta Cámara que la aplicación del comiso en este caso

se ha avalado el comiso del vehículo, en buena parte de ellas¹²⁸ no ha sido porque se haya menospreciado la aplicación del principio de proporcionalidad, sino por considerar que en el caso concreto no se ha quebrantado el mismo.¹²⁹

A pesar de la conquista que supone el que los órganos jurisdiccionales que resuelven los recursos de apelación y casación contra las sentencias reconozcan la aplicación del principio de proporcionalidad en delitos como los ya comentados, existen algunas parcelas en las que esa aplicación sigue cuestionándose, p. ej., en relación con el delito de cacería ilegal en una zona protegida. El TCP de Cartago, en la sentencia N° 198/2011 de 30 de junio, concluyó que dicho principio no era aplicable cuando el legislador ha previsto el comiso de los instrumentos con que se cometió este hecho con carácter imperativo (art. 94 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre), desconociendo que el comiso contenido en el art. 110 CP, norma general que regula el tema, también está formulado en términos imperativos y a pesar de esto, la misma Sala Constitucional ha considerado necesario hacer un examen de proporcionalidad en cada caso.¹³⁰

Entiendo que aplicar el principio de proporcionalidad en relación con el comiso sigue siendo difícil pues ciertamente, el juez se ve en la tesitura de tener que des-

es desproporcionada porque el delito de conducción temeraria ya tiene previstas sanciones atinentes a la conducta, y el vehículo no resulta ser un instrumento del delito."

¹²⁸ Hay algunas en las que sí se negó la aplicación del principio de proporcionalidad argumentando que el art. 110 CP contempla un comiso preceptivo. Léase v.g., STCP San Ramón N° 302/2010 de 6 de agosto; SSTCP San José N° 1334/2010 de 12 de noviembre y N° 136/2011 de 2 de febrero. En la 1334/2010 se explica lo siguiente: *"En la sentencia impugnada se reclama la desproporcionalidad en cuanto al comiso del vehículo, por tratarse de un delito menor, en lo cual se ha manifestado de acuerdo el señor fiscal. Esta Cámara [sic] considera que para la comisión del delito de conducción temeraria, es un instrumento material esencial el automotor, pues precisamente es lo que causa un peligro tal, que su puesta en marcha por el sujeto ebrio, es lo que la ley sanciona. En consecuencia, siendo un instrumento necesario para la comisión del delito, corresponde su comiso definitivo, tal como lo ordena el artículo 103 del Código Penal. Por tales razones el fallo resuelve correctamente ese extremo. Por todo lo anterior, se declara sin lugar el recurso de casación."*

¹²⁹ STCP Cartago N° 236/2010 de 9 de julio y N°250/2010 de 3 de octubre. Lo que sí es cuestionable en estas sentencias es el tratamiento del comiso como si fuese una pena.

¹³⁰ Señala ese Tribunal que el principio de proporcionalidad *"...resulta aplicable siempre y cuando no exista una norma que obligatoriamente imponga el comiso de los instrumentos con los que se cometió el delito, pues en esos casos resulta imperativo para el Tribunal decretar el mismo precisamente por cuanto el legislador ha considerado necesario que así sea por el especial carácter del bien jurídico tutelado. Ese es el caso de la Ley 7317 (Ley de Conservación de la Vida Silvestre) vigente al momento de los hechos aquí acusados que disponía en su artículo 94 (tipo penal aplicado en este proceso) el comiso del equipo utilizado y de las piezas que constituyan el producto de la infracción, en este caso de la cacería ilegal dentro de una zona protegida. En igual forma, establece dicha norma que: "Las armas pasarán a poder del Ministerio de Seguridad Pública para ser usadas o, en su defecto, destruirlas. Las trampas cogedoras y demás utensilios de caza al igual que los vehículos utilizados pasarán a ser propiedad de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, de conformidad con lo que establezca el Reglamento de la presente ley". Por ello, estima ésta Cámara que en el caso del delito contemplado en el artículo 94 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre resulta imperativo imponer el comiso de los vehículos que se hayan utilizado para realizar la cacería, lo cual ocurrió con el automotor marca Toyota Hilux placas [...] propiedad del encartado, pues en él se transportaron los imputados hasta la entrada de la propiedad en cuestión, y en él transportaron los perros que utilizaron para poder cazar los tres tepezcuintles y el pizote. Así mismo pretendían salir de la reserva con sus presas y los perros en el mismo vehículo citado cuando fueron detenidos por los oficiales de policía y del Minaet. Por lo anterior, se rechaza el motivo."*

conocer el carácter preceptivo del comiso consagrado en el art. 110 CP. Aunque en buena técnica jurídica, un principio con fundamento constitucional debería bastar para que el juzgador se niegue a imponer un comiso desproporcionado, creo que es necesaria una reforma legal que autorice al órgano jurisdiccional a no decretar el comiso cuando sea una medida de excesiva dureza para el titular del bien. También se requiere introducir otras opciones que permitan alcanzar los fines que persigue el comiso a un menor costo para el ciudadano, p. ej., ordenar el comiso parcial, o sustituirlo con otras medidas que no suponen la pérdida de la titularidad, p. ej., modificar el instrumento que sea intrínsecamente peligroso.¹³¹ Solamente así dejarán de existir sentencias como las que apunté antes, donde se insiste en que hay ámbitos en los que el comiso se debe aplicar preceptivamente, incluso cuando lesione el principio de proporcionalidad.

¹³¹ A pesar de que no se prevén esas alternativas, hay resoluciones en las que se los órganos jurisdiccionales optan por medidas menos gravosas que el comiso, lo que ciertamente carece de todo sustento legal. P. ej., en un caso en que el imputado colocó a un vehículo pendiente de inscripción los datos de identificación de otro también de su propiedad, que estaba en malas condiciones pero inscrito, la jueza dispuso rechazar el comiso y a efectos de terceros, *"...consignar al margen del asiento de inscripción registral del vehículo placas 139067 (el inscrito y en mal estado), que tanto el número de placas como el vin de dicho automotor, le fueron colocados a otro vehículo importado de Estados Unidos..."*, en lugar de ordenar su comiso. Esta decisión fue avalada por el TCP, a pesar de no tener amparo en norma alguna: STCP San José N° 757/2003 de 5 de agosto.

CAPÍTULO VII. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

En este acápite me voy a referir a la necesidad de crear un procedimiento independiente para discutir el tema del comiso. Del mismo modo, voy a elaborar una propuesta de *lege ferenda* en relación con esta figura jurídica, misma que por su carácter general, puede adaptarse tanto a la legislación penal como a la costarricense.

- I. Sobre la necesidad de un proceso accesorio y uno autónomo para resolver sobre el decomiso.

Blanco Cordero entiende que todo lo relacionado con el comiso se debería ventilar en un procedimiento independiente al proceso penal, pues en éste el comiso se hace depender de la condena (así sucede p. ej., con el comiso ampliado) y porque se debe cumplir con garantías muy estrictas, v.g., en relación con la prueba sobre el origen de los bienes. Un procedimiento, señala, que cabe tras constatar una situación patrimonial ilícita como consecuencia de una infracción penal y que no está sujeto a la condena de una persona: “De esta manera se evita que difíciles cuestiones relacionadas con la investigación del patrimonio criminal y otros problemas relativos a la propiedad de los bienes, obstaculicen y ralenticen el proceso principal dirigido a la determinación de las responsabilidades penales.”¹ Con esta misma orientación se expresa Maugeri, al recomendar un procedimiento accesorio y uno autónomo en materia de comiso.²

Nadie puede negar que hay circunstancias bajo las cuales sería conveniente discutir por separado, sobre la imposición del comiso (sea en un procedimiento accesorio a aquel en que se resuelve sobre la responsabilidad criminal, o en un procedimiento autónomo, que no guarde relación alguna con lo que se disponga sobre ese tema). Ahora, las preguntas que surgen son en cuáles supuestos procederá aplicar esa clase de procedimientos y en qué ámbito jurisdiccional se debe desarrollar aquel

¹ BLANCO CORDERO, “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito.” En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., pp. 362-363. Léase también BLANCO CORDERO, “Comiso ampliado y presunción de inocencia.” En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, op. cit., pp. 105-106 y BLANCO CORDERO, Isidoro. “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio).” En: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (Coords.). *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*. México, Ubijus, Editorial S.A. de C.V., N° 1, 2012, pp. 348-349.

² MAUGERI, Anna María. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op. cit., p. 883-888.

que es autónomo (entiéndase, ajeno a lo que se resuelva sobre la responsabilidad criminal).

Según Blanco Cordero, ese procedimiento independiente podría ser el conocido, gracias a la influencia colombiana, como *extinción de dominio*, o el que en el ámbito del Common Law se conoce como *decomiso civil*.³ Yo no comparto esta posición. Como expuse en su momento,⁴ el comiso es una medida de carácter penal, cuya característica principal es el ejercicio del poder de imperio del Estado, lo que al menos en países como España o Costa Rica excluye, al menos en el *plano del deber ser*, cualquier pretensión de regular esta figura jurídica en los mismos términos que cualquier otra de carácter civil. Aunado a esto, a diferencia de lo que sucede en los distintos sistemas jurídicos del Common Law, donde el criterio probatorio exigible para acreditar el origen de los bienes puede ir desde poco más de la mera sospecha a la prueba que va más allá de toda duda razonable,⁵ lo que podría facilitar la aplicación del comiso sin condena, en el caso español como el costarricense la situación es distinta, ya que en materia civil se requiere que el órgano jurisdiccional alcance un grado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión.⁶

La extinción de dominio, por su parte, es una opción falaz, pues a pesar de las apariencias, la medida mantiene su carácter sancionatorio y por ende, algunos de los supuestos en los que se autoriza su aplicación son cuestionables desde una perspectiva constitucional. Lo que debe ser la excepción (ya que un proceso *in rem* solo debe tener lugar cuando no se pueda articular un procedimiento *in personam*), con la extinción de dominio se convierte en la regla, p. ej., en Colombia⁷ se prevé como supuesto de extinción el incremento patrimonial injustificado en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo -art. 2.1 de la Ley N° 793 de 27 de diciembre de 2002-. Esta situación también se da en la Ley contra la delincuencia organizada vigente en Costa Rica, misma que analicé -y critiqué- atrás.⁸

Como el comiso es una medida de carácter penal, cualquier procedimiento destinado a resolver sobre este tema debe articularse en la jurisdicción penal. Aunque Blanco Cordero⁹ y Maugeri¹⁰ llevan razón al concluir que la normativa procesal penal

³ BLANCO CORDERO, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." En: FABIÁN CAPARRÓS; ONTIVEROS ALONSO; RODRÍGUEZ GARCÍA, *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción, op. cit.*, p. 371.

⁴ Capítulo III, apartado III.C.2 de esta investigación.

⁵ Al respecto, léase BLANCO CORDERO, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." En: FABIÁN CAPARRÓS; ONTIVEROS ALONSO; RODRÍGUEZ GARCÍA, *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción, ibídem*, pp. 365-367.

⁶ Art. 217, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -España- y art. 330 del Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley No. 7130 de 21 de julio de 1989, publicado en La Gaceta No. 208 de 3 de noviembre de 1989. Sobre la sana crítica como la vía para alcanzar un grado de certeza (o no) en cuanto a los hechos, véase la sentencia de la Sala Primera, N° 712/2005 de 26 de septiembre.

⁷ Ley N° 793 de 27 de diciembre de 2002. Diario Oficial N° 45046 de 27 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0793_2002.html.

⁸ Capítulo V, apartado IV de este trabajo.

⁹ BLANCO CORDERO, "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y

ha sido un obstáculo para aplicar el comiso de forma eficaz, esta situación puede cambiar. Lo que se necesita es que el legislador le conceda al comiso la importancia que le corresponde, dotándola de los insumos procesales que permitan al órgano jurisdiccional y a las partes concentrar sus esfuerzos en la investigación de los bienes susceptibles de comiso; su localización y aseguramiento; la adopción del decomiso a través de una resolución y el destino que debe asignarse a esos bienes. Se trata de reformar la legislación sustantiva, la LECrim y el CPP costarricense, para dar cabida al comiso en circunstancias en las que ordinariamente no tiene lugar (p. ej., ante la fuga del imputado), siempre con apego a los derechos y garantías que la CE exige en relación con aquellos actos en los que el Estado ejerce su poder de imperio.

La segunda pregunta es cuándo se deben aplicar esos procedimientos. Creo que el uso de ambos debe ser excepcional. El accesorio, p. ej., cuando resolver sobre el comiso y sobre la responsabilidad criminal simultáneamente, por el número de personas que alegan tener intereses legítimos sobre los bienes, o por las investigaciones que se deben realizar en cuanto a estos (v.g., para desenmascarar el uso de testaferreros), provoque demoras excesivas.

El segundo proceso, de carácter autónomo, también debería tener lugar de forma excepcional. P. ej., cuando no hay un imputado identificado, o cuando éste se ha dado a la fuga¹¹). También se pueden considerar otros supuestos, como la muerte o la inmunidad del autor del hecho, o cuando el propietario abandona sus bienes.¹²

Al restringir su empleo, se evita que estos procesos se conviertan en una alternativa al proceso penal. El proceso autónomo no debe eximir a la parte acusadora de su deber de demostrar la comisión de actividades criminales, sobre todo las que se han realizado durante largos periodos de tiempo, o al responsable de no ser sancionado penalmente por cometer esas actividades criminales, pues solo experimen-

enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., p. 363.

¹⁰ "...dalla prassi è emersa l'inadeguatezza della normativa processuale nel consentire un'efficace applicazione della confisca penale, in quanto non consente un'attività d'indagine approfondita ed idonea a conseguire la confisca di « rilevanti porzioni di economia criminale » e, inoltre, in sede dibattimentale, l'attenzione dell'organo giudicante è concentrata sulla verifica della responsabilità penale, con il rischio di sacrificare le questioni patrimoniali anche al fine di garantire il rispetto dei rigidi termini processuali." MAUGERI, op. cit., p. 884.

¹¹ En el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997 (DOCE N° C 251 de 15 de agosto de 1997), en la recomendación 26.c), se indica: "...deberían adoptarse normas sobre confiscación que hicieran posible la confiscación independientemente de la presencia del autor del delito, como en los casos en que el autor del delito ha muerto o ha huido..." Como expuse en el capítulo II de esta investigación, la Convención de las NU contra la Corrupción apuesta por el comiso sin condena cuando el delincuente no pueda ser procesado por muerte, huida o ausencia, o en otros casos que se estimen apropiados (art. 54.1.c).

¹² Estos son algunos de los supuestos en los que Blanco Cordero cree que se debe aplicar el comiso civil o extinción de dominio. BLANCO CORDERO, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." En: FABIÁN CAPARRÓS; ONTIVEROS ALONSO; RODRÍGUEZ GARCÍA, *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*, op. cit., pp. 350; 355-356. Como se puede vaticinar, aunque comparto los supuestos, no comparto la solución final, pues desde mi punto de vista creo que la extinción de dominio y el comiso civil sean la respuesta a este problema.

tará la pérdida de su patrimonio.¹³ Igualmente, el procedimiento accesorio no debe emplearse cuando el proceso principal es de mínima complejidad y el órgano jurisdiccional penal puede resolver sobre el comiso y sobre la responsabilidad criminal simultáneamente. Aunado a esto, el hecho de que se articule en la jurisdicción penal también es un mecanismo que contribuye a evitar los peligros antes descritos, ya que para disponer el comiso siempre se requerirá prueba que permita relacionar los bienes con algún hecho criminal.

En suma, es necesario incorporar una regulación sustantiva¹⁴ y procesal¹⁵ que autorice el comiso en los términos antes expuestos. Tratándose de los efectos o

¹³ Para Greenberg y otros, un sistema de decomiso de activos *in rem* no debería permitir a los criminales evitar el enjuiciamiento. *"Sacrificar un proceso penal, cuando pueda realizarse, a cambio del decomiso de activos... da la apariencia de que un delincuente compra su salida del proceso penal."* GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009, p. 27.

¹⁴ En la legislación alemana p. ej., se prevé la posibilidad de que el comiso sea impuesto con independencia del proceso penal seguido contra una persona determinada. El §76 a indica:

“§ 76a Selbständige Anordnung

(1) Kann wegen der Straftat aus tatsächlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so muß oder kann auf Verfall oder Einziehung des Gegenstandes oder des Wertersatzes oder auf Unbrauchbarmachung selbständig erkannt werden, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahme vorgeschrieben oder zugelassen ist, im übrigen vorliegen.

(2) Unter den Voraussetzungen des § 74 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 und des § 74d ist Absatz 1 auch dann anzuwenden, wenn

1. die Verfolgung der Straftat verjährt ist oder

2. sonst aus rechtlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt werden kann und das Gesetz nichts anderes bestimmt.

Einziehung oder Unbrauchbarmachung dürfen jedoch nicht angeordnet werden, wenn Antrag, Ermächtigung oder Strafverlangen fehlen.

(3) Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn das Gericht von Strafe absieht oder wenn das Verfahren nach einer Vorschrift eingestellt wird, die dies nach dem Ermessen der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts oder im Einvernehmen beider zuläßt.”

StGB.

“Sobre confiscación especial, decomiso, destrucción e inutilización se debe decidir, por regla general, en la sentencia”, por lo tanto, en una sentencia penal que impone una pena a una persona determinada (esto es, en un procedimiento subjetivo). Sin embargo, en el § 76a, StGB, está previsto que estas medidas puedan ser impuestas, bajo ciertas circunstancias, “independientemente”, es decir, sin que se lleve a cabo un proceso penal contra una persona determinada. Es condición para ello que la condena de una determinada persona no sea factible; así, p. ej., el dinero falsificado puede ser decomisado (§ 150, StGB) aun cuando el falsificador esté prófugo o sea desconocido (llamado procedimiento objetivo).” ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25ª edición alemana hecha por CORDOBA, Gabriela E.; PASTOR, Daniel R. Revisada por MAIER, Julio B.J. Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L., 2000, p. 548.

¹⁵ El Código procesal penal alemán prevé un proceso para las incautaciones y confiscaciones de bienes. La regulación además de contemplar los derechos y obligaciones del participante en ese proceso, prevé la imposición de la medida en un proceso posterior a la firmeza de la sentencia, así como un proceso objetivo, que permite imponer las medidas de forma aislada a la persecución penal de alguna persona cuando ésta no sea plausible. Véase al respecto §§ 430 a 443 StPO. *Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319)*, die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 30 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>. Esto también suce-

instrumentos de la infracción, como en *teoría* la imposición del comiso depende de la peligrosidad del bien a decomisar y no de la culpabilidad del autor o partícipe de la conducta, la creación de un proceso autónomo no supone problema. Piénsese p. ej., en las armas de fuego cuya custodia está reservada a las fuerzas de seguridad del Estado, o en productos de consumo fraudulentos.¹⁶

Tratándose del comiso de bienes que no son peligrosos intrínsecamente y sobre todo del comiso de las ganancias, la situación no es tan sencilla, ya que al no ser cosas peligrosas en sí mismas, es necesario ponderar la conducta atribuida al autor o partícipe, o al tercero titular, para determinar su origen o su destino. Sin embargo, las dificultades probatorias a las que se puede enfrentar la parte que formula la acusación no son una excusa válida para adoptar la solución que está al otro extremo del péndulo, a saber, exonerar a esa parte de su obligación de demostrar que hay una relación entre los bienes cuyo comiso pretende y alguna actividad criminal. Por tanto, para que el comiso prospere, ese vínculo se debe acreditar siempre, valiéndose claro está, de cualquier medio de prueba que sea admitido por el ordenamiento jurídico, p. ej., la prueba indiciaria. Se trata de una situación que probablemente, no difiera en mucho de la que se presenta en relación con la demostración de algunos delitos, v.g., del blanqueo de capitales.

II. Una propuesta de *lege ferenda* en materia de comiso.

A continuación formulo una propuesta de *lege ferenda* sobre los extremos más importantes que han sido examinados en esta investigación. La que se plantea en relación con los artículos 127 y 128 del CP español es la misma que se recomienda para sustituir el art. 110 del CP de Costa Rica. Luego se hacen algunas propuestas particulares para cada ordenamiento jurídico, el español y el costarricense.

de en Suiza. En el Código Procesal Penal, en concreto, en los artículos 376 a 378 se prevé un procedimiento independiente de confiscación, donde interviene el Ministerio Público, el órgano jurisdiccional y se siguen las reglas de la acusación. Este texto legal está disponible en italiano en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=270815.

Autores como Mapelli Caffarena creen que en caso de prescripción se debe acudir a una jurisdicción distinta de la penal, pues ésta quedó extinguida definitivamente por el paso del tiempo. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., 5ª edición, 2011, p. 411.

¹⁶ En la STS Nº 547/2011 de 26 mayo, se ordenó la destrucción de unas cajas de botellas de vino etiquetadas como Rioja sin serlo, a pesar de que los imputados fueron absueltos. El TS indicó entonces: "Tiene razón el recurrente en este motivo,..., debe acordarse la destrucción de las cajas de vino concernidas. Constituiría una infracción legal, y además un contrasentido palmario, el que tras reconocer el fraude de las cajas de vino etiquetadas como de Rioja sin serlo, se permitiera su comercialización con el consiguiente engaño para los consumidores, y con la paradójica consecuencia de facilitar con su posterior comercialización, la finalidad querida por los autores de los delitos declarados." Lo anterior demuestra que ante el peligro que representan ciertos bienes de cara a la colectividad, el examen de los elementos penales pasa a un segundo plano.

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

TEXTO LEGAL VIGENTE	PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>
CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	
<p>DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS</p> <p>Artículo 127.</p> <p>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.</p> <p>El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.</p> <p>2. En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.</p> <p>3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.</p>	<p>DE OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS</p> <p>Comiso de seguridad y comiso de productos de la infracción.</p> <p>Art. Comiso de seguridad.</p> <p>Cuando se haya realizado un hecho antijurídico doloso, o un hecho antijurídico imprudente cuya pena prevista por la ley sea superior a un año de privación de libertad, podrán ser decomisados los instrumentos con que éste se realizó y los efectos provenientes de la infracción. El comiso se ordenará solo cuando los efectos o los instrumentos, por su naturaleza o circunstancias, sean peligrosos para la comunidad, o exista el peligro de que sean usados para la comisión de otros hechos antijurídicos.</p> <p>El comiso se podrá extender también a los objetos que el autor o el partícipe haya obtenido como sustitución de los efectos o los instrumentos, siempre que lo obtenido sea peligroso en los términos antes señalados.</p> <p>Cuando sea suficiente para alcanzar la finalidad del comiso, el tribunal podrá optar por una medida menos drástica. Podrá no aplicar el comiso, o hacerlo solo en parte. También deberá contemplar la posibilidad de inutilizar los efectos o los instrumentos; o eliminar o alterar algunas de sus características.</p> <p>Art. Comiso del producto</p> <p>Cuando haya sido cometido un hecho antijurídico y el autor o partícipe haya obtenido cualquier beneficio económico para o del hecho, el tribunal ordenará su decomiso.</p> <p>El comiso se podrá extender también a los objetos que el autor o el partícipe haya obtenido como sustitución de lo originalmente obtenido, sea por enajenación, permuta o cualquier otro motivo.</p> <p>Cuando el producto del delito se haya mezclado</p>

VII. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

<p>4. 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.</p> <p>5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.</p> <p>Artículo 128.</p> <p>Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.</p>	<p>con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán ser objeto de decomiso hasta por el valor estimado del producto entremezclado.</p> <p>El comiso abarcará los beneficios económicos derivados del producto, de los bienes en los que se haya transformado o convertido el producto, o de bienes con los que se haya entremezclado el producto, de la misma manera y en el mismo grado que el producto.</p> <p>Art. Comiso por valor equivalente.</p> <p>En la medida en que el comiso del producto no sea posible porque el autor o partícipe lo haya frustrado de algún modo, o se prescinda de ejecutarlo en un bien sustitutorio, el tribunal ordenará el comiso de bienes del autor o partícipe por un valor equivalente al valor de lo directamente obtenido.</p> <p>De no tener bienes, o tener bienes por un valor que no sea equivalente al producto, se le ordenará pagar una suma de dinero que corresponda al valor parcial o total de lo obtenido, según corresponda.</p> <p>Art. Estimación.</p> <p>Cuando no se pueda comprobar con exactitud lo obtenido, o su valor, o cuando determinarlo suponga dificultades exageradas, el tribunal podrá hacer una estimación prudencial.</p> <p>Art. Principio de proporcionalidad.</p> <p>El tribunal podrá no ordenar el comiso del producto, u ordenarlo solo en parte cuando constituya un perjuicio excesivo para el afectado; cuando el valor de lo obtenido sea escaso, o cuando lo obtenido no esté disponible en el patrimonio del afectado por razones no atribuibles a él. Esta disposición se aplicará también al comiso ampliado.</p> <p>Art. Comiso ampliado.</p> <p>Cuando se haya impuesto una pena por un delito descrito en una ley que remita expresamente a este artículo, el tribunal podrá ordenar el decomiso total o parcial de los bienes del condenado cuyo valor sea desproporcionado con respecto a</p>
--	--

	<p>sus ingresos legales, cuando considere razonable, con vista en las circunstancias del caso y la prueba evacuada en el debate, que los bienes de que se trate constituyen el producto obtenido para la comisión, o el producto procedente de actividades delictivas desarrolladas por el condenado con anterioridad a la condena y que son de la misma clase o similares a los hechos que han sido objeto de condena.</p> <p>Art. Efectos del comiso</p> <p>Con el comiso, la propiedad o cualquier otro derecho patrimonial que pese sobre los efectos, los instrumentos o el producto de la infracción, pasará al Estado en el momento en que quede firme la decisión.</p> <p>Si los bienes decomisados son de lícito comercio, se venderán en subasta judicial o se explotarán en los términos que señalen otras leyes y reglamentos. Si no lo son, o son peligrosos, se les dará el destino que también señalen las leyes o los reglamentos, o en su defecto, se destruirán.</p> <p>Únicamente cuando la ley no lo prohíba y el patrimonio del condenado civil sea insuficiente para cubrir sus responsabilidades, los bienes decomisados que son de lícito comercio se venderán en subasta judicial y lo obtenido se aplicará en primer término a la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y/o morales.</p> <p>Art. Derechos de terceros</p> <p>Los derechos del tercero sobre el bien se mantendrán salvo que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Los efectos o los instrumentos, por su naturaleza o circunstancias, sean peligrosos para la comunidad, o exista el peligro de que sean usados para la comisión de otros hechos antijurídicos. 2) En relación con el producto, el autor o partícipe haya actuado a favor del tercero y el tercero haya obtenido un beneficio económico a través de ello. 3) El tercero haya adquirido el producto con conocimiento de las circunstancias que lo hacen decomisible; o de un modo en el que previó o podía prever esas circunstancias. <p>A quienes puedan alegar interés jurídico legítimo</p>
--	--

VII. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

	<p>sobre los efectos, los instrumentos, o los productos, se les comunicará la posibilidad de apersonarse en el proceso, a fin de que hagan valer sus derechos.</p> <p>Art. Indemnización</p> <p>Cuando el comiso o la medida adoptada para eliminar la peligrosidad de los efectos o los instrumentos suprima o afecte el derecho de propiedad o cualquier otro derecho que tenga el tercero sobre esos bienes al momento de la firmeza de la resolución, el Estado deberá indemnizarle, tomando en cuenta el valor de mercado de los efectos o instrumentos. No deberá conceder indemnización alguna cuando el tercero ha sido autor o partícipe de un delito o falta conexo con aquel en relación con el cual se ordena el comiso.</p> <p>Art. Faltas</p> <p>Cuando se haya impuesto pena por una falta, el tribunal podrá ordenar el comiso de los efectos, los instrumentos y el beneficio económico obtenido para o del hecho.</p> <p>Comiso accesorio</p> <p>El comiso se podrá resolver en un procedimiento accesorio a aquel en el que se discute la responsabilidad criminal cuando hacerlo de manera conjunta suponga un atraso excesivo de éste.</p> <p>Comiso autónomo</p> <p>Cuando se desconozca la identidad del autor o partícipe de los hechos; o cuando éste no pueda ser perseguido penalmente por motivo de fallecimiento, fuga, ausencia o inmunidad, el tribunal podrá ordenar el comiso de los efectos, instrumentos, el objeto material y el producto de cualquier delito, atendiendo a los demás presupuestos de la medida previstos en este Código.</p> <p>Esta misma disposición se aplicará cuando, transcurridos seis meses desde que ha sido notificado, el titular de los bienes secuestrados no se ha apersonado al proceso en defensa de sus intereses.</p> <p>A quienes puedan alegar interés jurídico legítimo</p>
--	---

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

	<p>sobre los bienes se les comunicará la posibilidad de apersonarse en el proceso, a fin de que hagan valer sus derechos.</p>
<p>Artículo 301.</p> <p>1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.</p> <p>La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.</p> <p>También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.</p> <p>2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.</p> <p>3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.</p>	<p>Se recomienda eliminar el segundo párrafo del apartado 1.</p>

VII. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

<p>4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.</p> <p>5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.</p>	<p>Para el apartado 5 se recomienda la siguiente redacción:</p> <p>5. El tribunal deberá acordar el comiso de los bienes sobre los que recae cualquiera de las conductas descritas en los anteriores apartados. Para esto, se aplicará lo dispuesto en este Código para el comiso del producto.</p> <p>Cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 373 de este Código, se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374, también del Código penal.</p>
<p>Artículo 319.</p> <p>1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.</p> <p>2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.</p>	

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

<p>3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.</p> <p>4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.</p> <p>Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.</p>	<p>Se sugiere eliminar el apartado 3 del art. 319 CP.</p>
<p>Artículo 374.</p> <p>1. En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:</p> <p>Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.</p> <p>A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y pue-</p>	<p>El art. 374 quedaría redactado como sigue:</p> <p>Art. 374.</p> <p>En los delitos previstos en los artículos 368 a 373, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los efectos, los instrumentos y los productos con sujeción a la regulación sobre el comiso de seguridad y el comiso de productos contenida en este Código.</p> <p>En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, el tribunal podrá 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 los apartados anteriores.</p> <p>Los instrumentos, los efectos, los productos y cualquier otro objeto mencionado en el primer párrafo de este artículo que haya sido decomisado por sentencia, no podrá ser aplicado a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales. Serán adjudicados íntegramente al Estado.</p>

<p>tos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.</p> <p>La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.</p> <p>Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.</p> <p>Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.</p> <p>2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:</p> <p>Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.</p> <p>Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.</p> <p>Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.</p> <p>El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.</p> <p>3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los</p>	
--	--

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

<p>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 los apartados anteriores.</p> <p>4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.</p>	
<p>Artículo 385 bis.</p> <p>El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128.</p>	<p>El texto sugerido para el art. 385 bis es el siguiente:</p> <p>Artículo 385 bis.</p> <p>El tribunal podrá acordar el comiso del vehículo a motor o ciclomotor empleado para ejecutar los hechos previstos en este Capítulo. Para esto, se aplicará lo dispuesto sobre el comiso de seguridad en este Código.</p>
<p>Artículo 431.</p> <p>En todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.</p>	<p>Se recomienda derogar el art. 431.</p>
<p>LO 12/1995, DE 12 DE DICIEMBRE, DE REPRESIÓN DEL CONTRABANDO</p>	
<p>Artículo 5. Comiso.</p> <p>1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos:</p> <p>Las mercancías que constituyan el objeto del delito.</p> <p>Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos.</p> <p>Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquél y el Juez o el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe</p>	<p>El art. 5 quedaría redactado como sigue:</p> <p>Art. 5. Comiso.</p> <p>El tribunal deberá acordar el comiso de los bienes que constituyan el objeto del delito de contrabando previsto en el artículo 2 de esta Ley Orgánica; los instrumentos empleados en su ejecución, los efectos y los productos. En lo que corresponda, serán aplicables las reglas previstas en el Código penal sobre el comiso de seguridad y el comiso del producto.</p> <p>Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a de esta Ley Orgánica.</p>

VII. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

<p>de las mercancías objeto del contrabando.</p> <p>Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.</p> <p>Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito.</p> <p>2. Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el comiso de los bienes, efectos o instrumentos señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del delito.</p> <p>3. No se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y sean propiedad o hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.</p> <p>4. El Juez o Tribunal deberá ampliar el comiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal. A estos efectos, se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.</p> <p>5. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aún 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.</p> <p>6. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a de esta Ley Orgánica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo</p>	<p>nica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.</p>
---	---

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

<p>dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.</p>	
<p>LEY 40/1979, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTROL DE CAMBIOS</p>	
<p>Artículo Séptimo.</p> <p>1.</p> <p>2. Los Tribunales impondrán las penas en su grado máximo cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de Entidades u Organizaciones en las que de su propia naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión de delito.</p> <p>3. Cuando los actos previstos en el artículo 6 se cometan en el seno de una sociedad o empresa u organización serán también responsables de los delitos las personas físicas que efectivamente ejerzan la dirección y gestión de la entidad y aquéllas por cuenta de quien obren, siempre que tuvieran conocimiento de los hechos.</p> <p>4. Los Tribunales, teniendo en cuenta la trascendencia económica del hecho para los intereses sociales, las especiales circunstancias que en él concurran y específicamente la reparación o disminución de los efectos del delito y la repatriación del capital, podrán imponer las penas inferiores en grado a las señaladas en el apartado 1 de este artículo.</p> <p>5. La moneda española, divisa, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometa delito monetario se reputará instrumento del delito a efectos de lo previsto en el artículo 48 del Código Penal.</p> <p>6. El Código Penal se aplicará con carácter supletorio.</p>	<p>Para el art. 7, apartado 5, se recomienda la siguiente redacción:</p> <p>Artículo Séptimo. ...</p> <p>5. La moneda española, divisa, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometa el delito monetario se considerará instrumento del delito a efectos de lo previsto en el artículo 127 del Código Penal.</p>
<p>LO 13/1985, DE 9 DE DICIEMBRE, DE CÓDIGO PENAL MILITAR</p>	
<p>CAPÍTULO I.</p>	

VII. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

<p>CLASES Y DURACIÓN DE LAS PENAS.</p> <p>Artículo 24.</p> <p>Las penas que pueden imponerse por los delitos comprendidos en este Código son:</p> <p>1.Principales:</p> <p>Prisión. Pérdida de empleo. Inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar. Confinamiento. Destierro.</p> <p>2.Accesorias:</p> <p>Pérdida de empleo. Suspensión de empleo. Deposición de empleo. Inhabilitación absoluta. Suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo. Suspensión de las actividades de la empresa, incautación o disolución de la misma. Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito.</p> <p>CAPÍTULO III. EFECTOS DE LAS PENAS ...</p> <p>Artículo 34.</p> <p>Las penas de inhabilitación absoluta, suspensión de cargo público y derecho de sufragio producirán las consecuencias señaladas en el Código Penal.</p> <p>La pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de éstos.</p> <p>La pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito se llevará a cabo conforme a lo establecido en el Código Penal.</p>	<p>Art. 24.2: La pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito debe ser excluida del listado de penas accesorias.</p> <p>Se recomienda derogar el último párrafo del art. 34.</p> <p>En su lugar, se sugiere introducir un acápite independiente que contenga el siguiente texto:</p> <p>DE OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS</p> <p>Art. Comiso.</p> <p>El comiso de los efectos, instrumentos y el objeto material, así como el comiso de los productos, se regirá por lo dispuesto en el Código Penal.</p>
<p>LEY 209/1964, DE 24 DE DICIEMBRE, PENAL Y PROCESAL DE LA NAVEGACIÓN AÉREA</p>	
<p>Artículo 7.</p> <p>Las medidas de seguridad que, como conse-</p>	<p>Art. 7.4. La incautación debería desaparecer de este artículo que enuncia las medidas de seguridad.</p>

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

<p>cuencia de los delitos o faltas o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a esta ley son las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La suspensión del título profesional o aeronáutico. 2. La pérdida del título profesional o aeronáutico. 3. La suspensión de entidades, sociedades o empresas. 4. La incautación, demolición o reforma de instalaciones, aparatos, locales y, en general, de materias y elementos que se hayan empleado en la delincuencia, sean efectos de ella o signifiquen un grave peligro para la navegación aérea. <p>Estas medidas se aplicarán con libertad de criterio por el Tribunal.</p>	<p>En su lugar, se recomienda introducir un acápite independiente con el siguiente texto:</p> <p style="text-align: center;">DE OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS</p> <p>Art. Comiso</p> <p>El comiso de los efectos, instrumentos, el objeto material sobre el que se ejecuta cualquier de las conductas delictivas descritas en esta ley y el producto, se regirá por lo dispuesto en el Código Penal.</p>
<p>CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA</p>	
<p>TÍTULO VII CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE SECCION UNICA Qué efectos comprende. Artículo 103. Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y 3) El comiso. <p>...</p> <p>Artículo 110. El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.</p>	<p>Se recomienda derogar el inciso 3) del art. 103.</p> <p>Se sugiere derogar el art. 110.</p> <p>Simultáneamente, el legislador debería crear una sección independiente de aquellas que están destinadas a regular las consecuencias civiles del hecho punible, las penas y las medidas de seguridad. Esta sección se puede denominar:</p> <p style="text-align: center;">DE OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.</p>

VII. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

	<p>Bajo este título se recomienda incorporar la regulación que propuse con respecto a los artículos 127 y 128 del Código penal español (véase <i>supra</i>).</p>
<p>Artículo 96.</p> <p>El otorgamiento de la amnistía, el indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional no afectan la responsabilidad civil ni el comiso. La extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito.</p>	<p>Para el art. 96 CP se recomienda el siguiente texto:</p> <p>Artículo 96.</p> <p>El otorgamiento del indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional, la libertad condicional o cualquier causa de extinción de la pena no afectan lo resuelto sobre la responsabilidad civil ni el comiso.</p>
<p>LEY N° 8204 DE REFORMA INTEGRAL DE LA LEY SOBRE ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, DROGAS DE USO NO AUTORIZADO, ACTIVIDADES CONEXAS, LEGITIMACIÓN DE CAPITAL Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO</p>	
<p>Artículo 33.</p> <p>Al investigarse un delito de legitimación de capitales o de financiamiento al terrorismo, el Ministerio Público solicitará al tribunal o la autoridad competente, en cualquier momento y sin notificación ni audiencia previas, una orden de secuestro, decomiso o cualquier otra medida cautelar, encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos relacionados para el eventual comiso.</p> <p>TÍTULO V</p> <p>Decomiso y Comiso de los Bienes Utilizados como Medio o Provenientes de los Delitos Previstos por esta Ley</p> <p>CAPÍTULO I</p> <p>Decomiso</p> <p>Artículo 83. Todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, serán decomisados preventivamente por la autoridad competente que conozca de la causa; lo mismo procederá respecto de las acciones, los aportes de capital y la hacienda de</p>	<p>Se recomienda suprimir el término <i>decomiso</i> del art. 33, pues ya está contemplado el vocablo <i>secuestro</i>.</p> <p>Se sugiere sustituir el término <i>decomiso</i> por el término <i>secuestro</i> en el encabezado del Capítulo I del Título V; en el artículo 83 y en el art. 90.</p> <p>Para el art. 83, se sugiere el siguiente texto:</p> <p>Secuestro</p> <p>Artículo 83. Los efectos, los instrumentos, el objeto material y los productos obtenidos para o del hecho, serán secuestrados por la autoridad competente que conozca de la causa.</p> <p>Los terceros interesados que cumplan los presupuestos del artículo 94 de esta Ley, tendrán</p>

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

<p>personas jurídicas vinculadas con estos hechos. Los terceros interesados que cumplan los presupuestos del artículo 94 de esta Ley, tendrán tres meses de plazo, a partir de las comunicaciones mencionadas en los artículos 84 y 90 de la presente Ley, para reclamar los bienes y objetos decomisados, plazo en el cual deberán satisfacer los requisitos legales que se exijan, para cada caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores.</p> <p>Artículo 90. Si transcurrido un año del decomiso del bien no se puede establecer la identidad del autor o partícipe del hecho o este ha abandonado los bienes de interés económico, los elementos y los medios de transporte utilizados, la autoridad competente ordenará el comiso definitivo de dichos bienes, los cuales pasarán a la orden del Instituto para los fines previstos en esta Ley.</p> <p>Asimismo, cuando transcurran más de tres meses de finalizado o cerrado el proceso penal sin que quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes de interés económico utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará, y el Instituto podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció de la causa. Para tales efectos, se seguirá lo dispuesto en el artículo 89 de esta Ley.</p> <p>Artículo 140. Son funciones de la Unidad de Administración de Bienes Decomisados y Comisados, las siguientes:</p> <p>a) Asegurar la conservación de los bienes de interés económico en decomiso o comiso y velar por ella. b) Mantener un inventario actualizado de los bienes decomisados y comisados.</p> <p>Artículo 142. La Unidad Administrativa tendrá las siguientes funciones:...</p> <p>f) Organizar los servicios de recepción, los servicios secretariales y generales, así como los de choferes, bodegueros, conserjes, encargados de seguridad y vigilancia, y los servicios de almacenamiento de los bienes en decomiso y comiso.</p>	<p>tres meses de plazo, a partir de las comunicaciones mencionadas en los artículos 84 y 90 de la presente Ley, para reclamar los bienes y objetos secuestrados, plazo en el cual deberán satisfacer los requisitos legales que se exijan para cada caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores.</p> <p>Para el artículo 90 se sugiere la siguiente redacción:</p> <p>Art. 90. Si transcurrido un año desde el secuestro de los efectos, los instrumentos, el objeto material o los productos obtenidos para o de los hechos, no se ha podido establecer la identidad del autor o partícipe, o si este ha abandonado los bienes de contenido económico, la autoridad competente ordenará su comiso, los cuales pasarán a la orden del Instituto, para los fines previstos en esta Ley.</p> <p>Asimismo, cuando transcurran más de tres meses de dictada la sentencia firme, sin que quienes puedan alegar interés jurídico legítimo, sobre los efectos, instrumentos, el objeto material o los productos hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará y el Instituto podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció la causa.</p> <p>Se recomienda eliminar la palabra <i>decomiso</i>, o bien, la palabra <i>comiso</i> del art. 140. Por ser sinónimos, no se requiere citar ambas.</p> <p>Se recomienda eliminar la palabra <i>decomiso</i>, o bien la palabra <i>comiso</i> del art. 142 f). Por ser sinónimos, no se requiere citar ambas.</p>
<p>Artículo 87.</p>	<p>El texto sugerido para el artículo 87 es el siguiente:</p>

VII. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

<p>Si, en sentencia firme, se ordena el comiso a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas de los bienes muebles e inmuebles, así como de los valores o el dinero en efectivo mencionados en los artículos anteriores, el Instituto podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, prioritariamente a organismos cuyo fin sea la prevención o represión de las drogas, o subastarlos.</p> <p>Cuando se trate de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, el Instituto Costarricense sobre Drogas deberá destinar:</p> <p>a) El sesenta por ciento (60%) al cumplimiento de los programas preventivos; de este porcentaje, al menos la mitad será para los programas de prevención del consumo, tratamiento y rehabilitación que desarrolla el IAFA.</p> <p>b) Un treinta por ciento (30%) a los programas represivos.</p> <p>c) Un diez por ciento (10%) al seguimiento y mantenimiento de los bienes comisados.</p>	<p>Art. 87</p> <p>Además del comiso de los efectos, los instrumentos y los productos de la infracción, el tribunal ordenará el de las drogas, bienes de interés económico o cualesquiera otros objetos sobre los que recaiga la conducta descrita en los delitos previstos en esta ley. Para esto, regirá lo dispuesto en el Código penal y las siguientes reglas:</p> <p>La droga será destruida según lo dispuesto en el artículo 95 y siguientes de esta ley.</p> <p>Los bienes de interés económico serán decomisados a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas, que podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, prioritariamente a organismos cuyo fin sea la prevención o represión de las drogas, o subastarlos.</p> <p>Cuando se trate de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, el Instituto Costarricense sobre Drogas deberá destinar:</p> <p>a) El sesenta por ciento (60%) al cumplimiento de los programas preventivos; de este porcentaje, al menos la mitad será para los programas de prevención del consumo, tratamiento y rehabilitación que desarrolla el IAFA.</p> <p>b) Un treinta por ciento (30%) a los programas represivos.</p> <p>c) Un diez por ciento (10%) al seguimiento y mantenimiento de los bienes comisados.</p>
<p>Artículo 69.</p> <p>Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años:</p> <p>a) Quien adquiriera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.</p> <p>b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden,</p>	<p>Los delitos de legitimación de capitales contemplados en los arts. 69, 69 bis y 70 se deben trasladar al Código penal.</p>

<p>directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más.</p> <p>La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas.</p> <p>Artículo 69 bis.</p> <p>Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años quien, por cualquier medio y de manera directa o indirecta, recolecte, oculte, provea, promueva, facilite o de cualquiera otra forma coopere con la recolección o la entrega de los fondos, productos financieros, recursos o instrumentos, en el país o en el extranjero, con la intención o el conocimiento de que estos se utilicen o destinen al financiamiento de actos terroristas, aunque estos no lleguen a ejecutarse, o a organizaciones declaradas como terroristas, de acuerdo con el Derecho internacional, o que tengan fines terroristas.</p> <p>El hecho podrá ser juzgado en Costa Rica, sin importar el lugar donde haya sido cometido.</p> <p>Artículo 70.</p> <p>Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, el propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras, el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización, así como los funcionarios competentes de la Administración Aduanera y el agente aduanero que, por culpa en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los tribunales, haya facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales o un delito de financiamiento al terrorismo.</p>	
<p>LEY N° 8754 CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA</p>	
<p>Artículo 22. Sanciones La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente, las multas y las costas de la investi-</p>	<p>Se recomienda derogar el artículo 22.</p>

VII. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

<p>gación. Para los efectos de la fijación impositiva, resulta irrelevante la causa ilícita del patrimonio o del incremento emergente. El fallo será ejecutado a la brevedad por el juzgado de primera instancia; para ello, podrá disponer la presentación de bienes, su secuestro, su traspaso registral y la disposición de toda clase de productos financieros. Estos bienes se entregarán al ICD, a fin de que proceda conforme a lo dispuesto por esta Ley.</p>	
<p>INCAUTACIÓN Y COMISO DE BIENES</p> <p>ARTÍCULO 25.- Decomiso</p> <p>Todos los bienes muebles, los inmuebles, el dinero, los instrumentos, los equipos, los valores y los productos financieros utilizados o provenientes de la comisión de los delitos previstos por esta Ley, serán decomisados preventivamente por la autoridad competente que conozca de la causa de la causa; lo mismo procederá respecto de los productos financieros de las personas jurídicas vinculadas a estos hechos.</p>	<p>Para reemplazar el texto legal transcrito en la columna de la izquierda, se sugiere el siguiente:</p> <p>SECUESTRO</p> <p>Artículo 25. Secuestro Los instrumentos, los efectos y los productos obtenidos para y de los delitos previstos por esta Ley, serán secuestrados por la autoridad competente que conozca de la causa.</p>

1. En el pasado el Derecho penal centró su atención en la pena impuesta a la persona del autor o partícipe y restó importancia a las consecuencias patrimoniales que se pudiesen derivar de la comisión del delito. El Estado no tenía interés en atacar el patrimonio criminal salvo que fuese indispensable para asegurar la buena marcha del proceso (asegurando las pruebas, por ejemplo), o para garantizar la seguridad de las personas (disponiendo el comiso de efectos e instrumentos intrínsecamente peligrosos).
2. La aparición y fuerza expansiva de la criminalidad organizada, sobre todo la que se articuló en torno al narcotráfico, provocó que alrededor de la década de los 90 la política criminal, tanto a nivel supranacional como nacional, dejara de estar centrada única o primordialmente en el castigo de los delitos. La recuperación del patrimonio criminal se ha convertido en una herramienta básica que tiene lugar a lo largo de todo el proceso penal, a través de la búsqueda de los bienes, su aseguramiento y su posterior comiso. Junto al comiso de los efectos e instrumentos de la infracción y de las dádivas y presentes en el cohecho, lo que ha sido característico en prácticamente todos los Códigos Penales españoles, el legislador incorporó el comiso de las ganancias, primero de las provenientes de los delitos relacionados con el tráfico de drogas (LO 1/1988 de 24 de marzo) y luego de las ganancias provenientes de cualquier infracción (LO 10/1995 de 23 de noviembre). De esta forma el comiso de ganancias se convirtió en una regla de aplicación general. Asimismo, con el propósito de que el comiso fuese una herramienta más flexible, aplicable a todos los bienes que de una u otra manera estaban relacionados con la infracción, el legislador le retiró la etiqueta de *pena* y lo convirtió en una *consecuencia accesoría*.
3. El legislador español ha excedido con creces las exigencias contempladas en los instrumentos supranacionales en materia de comiso. Aunque esto no supone un irrespeto de los compromisos adquiridos por el Estado, ya que esos instrumentos lo que establecen son mínimos, pone de manifiesto la tendencia a expandir el ámbito de aplicación del Derecho penal, incluso a costa de los derechos y garantías consagrados en la CE. P. ej., en el art. 127.3 CP se incorporó el comiso de bienes por un valor equivalente al valor de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción y no solo al valor de las ganancias. Esto mismo sucede en el párrafo 2 del art. 127.1 CP, pues el comiso ampliado comprende tanto las ganancias como los efectos e instrumentos. Además, en ese párrafo se prescindió del *juicio de certeza* acerca del origen delictivo de los bienes que, según el art. 3.2.c. de la DM 2005/212/JAI de 24 de febrero, debe acompañar la desproporción entre el valor del patrimonio del condenado y sus ingresos legales. Tampoco se incorporaron las hipótesis previstas en el art. 3.2 a y b de la DM mencionada *supra*, que exigen al órgano jurisdiccional un *grado de certeza* en cuanto al origen del patrimonio a decomisar. Finalmente y siempre a manera de ejemplo, los conceptos de organización y grupo criminal o terrorista contenidos en los arts. 570 bis, 570 ter y 571 CP, conceptos elementales para determinar la procedencia del comiso ampliado,

son mucho más extensos que los planteados en la normativa supranacional (v.g., en las DM 2008/841/JAI, de 24 de octubre y la DM 2002/475/JAI, de 13 de junio).

4. En el art. 127 CP el legislador español incluyó los vocablos *bienes* y *medios*, así como el comiso de los bienes empleados en la *preparación* de la infracción. Los primeros dos términos son innecesarios, pues la palabra *instrumentos* los comprende. Con lo segundo no añadió nada nuevo, pues para que proceda el comiso siempre será necesario que los bienes hayan sido empleados en la comisión de *actos ejecutivos* que como mínimo, configuren un delito en grado de tentativa, o un acto preparatorio punible.
5. El hecho de que el tipo penal describa un bien, o determine la relación que debe tener ese bien con la infracción, o el hecho de que un bien sea el objeto sobre el que recae la conducta típica no excluye *per se* su condición de instrumento, efecto o ganancia, sino que esta condición deberá determinarse casuísticamente. En cualquier caso, si se estima necesario contemplar como regla general el comiso de los objetos sobre los que recae la conducta típica, lo que corresponde es reformar el art. 127 CP. Otra opción es ampliar el elenco de tipos penales de la Parte Especial que prevén el comiso de los objetos sobre los que recae la acción típica, cuando no tienen simultáneamente la condición de instrumentos, efectos o ganancias.
6. El art. 127 CP contempla el comiso de las ganancias que *proceden* de la infracción y no el de las obtenidas *por* cometer el hecho. Ante este vacío legal, que no se puede colmar por vía interpretativa, lo deseable es que de *lege ferenda* se introduzca el comiso de lo pagado por el hecho.
7. Las ganancias secundarias o indirectas no están sometidas a comiso, pues ni *proviene* de la infracción ni *ocupan* el lugar de las directas. Es recomendable comprenderlas en el art. 127 CP, con límites claro está, para evitar el comiso de ganancias *ad infinitum*.
8. Para definir la naturaleza jurídica del comiso es indispensable reconocer su autonomía frente a las medidas previstas en el art. 129 CP. No menos importante es saber que el art. 127 CP contiene diferentes clases de comiso, cuyo fundamento, naturaleza jurídica y orientación teleológica también es diversa.
9. El fundamento del comiso de los efectos e instrumentos se encuentra en la peligrosidad del bien. Esa peligrosidad debe ser evaluada desde dos vertientes. La primera, objetiva. El bien es peligroso intrínsecamente con independencia de quién sea su titular, o quien pueda tener acceso a él. En estos casos el comiso debería imponerse sin tomar en cuenta otros extremos (p. ej., la imposición de una pena no debería ser requisito para imponer este comiso, bastando con una conducta típica y antijurídica, tal y como sucede en los ordenamientos suizo, alemán y portugués), o los derechos que terceros puedan invocar sobre los bienes (otra situación es que corresponda conce-

CONCLUSIONES

der a esos terceros alguna indemnización). La segunda vertiente es la subjetiva. Ésta impone examinar la relación que se da entre el bien y un determinado sujeto (p. ej., su titular, que puede ser el autor o partícipe de la infracción o un tercero), para decidir sobre el peligro de que el bien pueda ser empleado en la preparación o comisión de nuevas infracciones, tarea que debe realizarse cuidadosamente, para no caer en el despropósito de decomisar bienes intrascendentes, quizá también de uso habitual o fácilmente sustituibles, por el hecho de que en manos de una persona concreta se convierten en peligrosos.

10. La finalidad del comiso de efectos e instrumentos en el plano del *deber ser* radica en la prevención del peligro que representan esos bienes y su eventual empleo en la comisión de futuras infracciones. Aunque se trata de un propósito preventivo, no se debe confundir con los fines preventivos que se asocian a las penas o a las medidas de seguridad, pues en tanto que en el comiso la prevención gira en torno al objeto peligroso, tratándose de las otras consecuencias jurídicas, se vincula con el autor o partícipe de la conducta, con el propósito de cambiar su voluntad.
11. La producción de un enriquecimiento patrimonial que se considera irregular por provenir de un delito o falta, o como mínimo de un injusto penal, es el fundamento del comiso de ganancias. Su finalidad es acabar con ese enriquecimiento. El hecho de que las ganancias no sean peligrosas intrínsecamente no excluye que de manera *accesoria* o *secundaria* su comiso pueda tener efectos preventivos, entendiéndose de prevención general, dándole el mensaje a la sociedad de que el crimen no paga y de prevención especial, pues además de enviar ese mismo mensaje al condenado (si es que lo hay), se logra evitar que las ganancias sean empleadas para cometer nuevas infracciones, propósitos que adquieren mayor importancia de cara a la criminalidad organizada. Son efectos que se pueden dar o no en el caso concreto; que no condicionan la aplicación del comiso y que no se corresponden con los fines de las penas, pues en el plano del *deber ser* el comiso de ganancias no busca sancionar al condenado por haber cometido un delito (puede que éste ni siquiera se configure), o resocializarlo. No hace falta siquiera que el autor o partícipe sea el titular de las ganancias.
12. El comiso de efectos e instrumentos no es una medida de Derecho administrativo y el comiso de ganancias no es una medida de Derecho civil. Ambas son medidas de Derecho público y ambas tienen carácter penal. Desde el plano del *deber ser*, la primera es una medida de naturaleza preventiva y la segunda conductiva que no poseen carácter sancionatorio. Pese a esto, de ambas se puede predicar su naturaleza penal. Como surgen del poder de imperio del Estado su imposición está cubierta por las garantías que se vinculan a cualquier otra consecuencia jurídica que se resuelve en el ámbito del Derecho público (v.g., legalidad, proporcionalidad). De *lege lata* son verdaderas sanciones articuladas en el ámbito penal y en ese tanto les son aplicables (o

deberían serlo), los principios que se asocian a éstas, lo que no está exento de problemas.

13. El principio de legalidad, al que está sometido el comiso, se vulneraría si se hace una interpretación extensiva del vocablo *ganancias* contenido en el art. 127 CP y se renuncia a la deducción de los gastos en los el autor o partícipe ha incurrido para obtenerlas. Aunado a esto, en el plano del *deber ser* el comiso de ganancias no tiene un propósito sancionador. Por esto, las ganancias que se deben decomisar son las netas y no las brutas.
14. Para lograr que la legislación interna esté en sintonía con la normativa supranacional y evitar interpretaciones extensivas, de *lege ferenda* se debe sustituir el término *ganancias* por el término *producto*, dotando a esta última palabra del contenido indicado en el Convenio N° 141 del Consejo de Europa y la DM 2005/212/JAI, entendiéndose, como sinónimo de *beneficio económico*.
15. La delincuencia organizada tiene como razón de ser la obtención de beneficios económicos. Por eso no es de extrañar que sus actividades, complejas comúnmente, generen masas patrimoniales de enorme valor, que si bien se pueden vincular con la organización delictiva, difícilmente se logran relacionar con las personas físicas que son sometidas a proceso, o con los concretos hechos que están siendo discutidos. Ante este panorama, no basta con admitir un grado de distancia entre los bienes a decomisar y la infracción, como sucede con el comiso por valor equivalente y el comiso subrogatorio, sino que se requiere una figura como el comiso ampliado, que permita una mayor desvinculación entre el hecho concreto y el bien sobre el que recae el comiso. Dicho esto, hay que indicar también que el legislador español cometió errores importantes al incorporar este comiso en el art. 127 CP.
16. En el art. 127.1 párrafo 2 CP se incluyó una presunción legal. En esta clase de presunciones no es el órgano jurisdiccional quien establece el vínculo entre el indicio o hecho base (la desproporción entre patrimonio e ingresos del condenado) y el hecho presunto (a saber, que los bienes constituyen efectos, instrumentos o ganancias de delitos provenientes de actividades delictivas cometidas en el marco de organizaciones o grupos criminales o terroristas, o de un delito de terrorismo), sino es la ley quien *ex ante* establece ese vínculo. Como el nexo lógico se presume, no es indispensable que el juzgador llegue a la convicción (entiéndase, a un juicio de certeza) sobre ese extremo, como sí sucede con las presunciones judiciales y por tanto, si el imputado no puede articular prueba para *demonstrar plenamente* que el origen de los bienes es legítimo, el órgano jurisdiccional debe considerar cierto (y no probable) la concurrencia del hecho presunto, aun y cuando no haya podido formar su convicción en ese sentido. Esta es la esencia de la presunción legal: es la ley la que convierte en certeza lo que en principio es solo un juicio de probabilidad cualificada.

CONCLUSIONES

17. La presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP es contraria a la presunción de inocencia, pues aunque la acusación sigue teniendo sobre sus hombros la obligación de demostrar el hecho base, al tener como cierto el nexo entre el hecho base y el hecho presunto, se desplaza al imputado la carga de demostrar la no concurrencia de ese vínculo, o la del hecho presunto.
18. La presunción legal es incompatible con la búsqueda de la *certeza* como único fundamento legítimo de una declaración de culpabilidad, pues por un lado, por sí misma solo permite arribar a un juicio de probabilidad cualificada y por otro, porque cierra la puerta al juez para que valore la prueba conforme con las reglas de la sana crítica. En su lugar, le vincula al iter lógico seguido por el legislador, lo que es claramente un despropósito, pues puede suceder que a pesar de la concurrencia del indicio, el órgano jurisdiccional no alcance un grado de verosimilitud tan elevado que deje sin dudas a cualquier hombre razonable. El problema se agrava si se considera que la disposición tiene carácter preceptivo. Lo deseable por tanto, es que el juzgador se pueda negar a aplicar la presunción, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, v.g., en la legislación británica.
19. El comiso ampliado afecta el derecho a declarar contra sí mismo pues no es la actividad mediante la que demuestra el origen de ciertos bienes lo que permite extraer el origen ilícito de otros, sino directamente el hecho de no acreditar el origen de los segundos. Si fuese una presunción judicial, el silencio del imputado, o la versión que rinda sobre los hechos no exime a la acusación de la tarea de demostrar la concurrencia de los indicios y el nexo entre estos y el hecho presunto, sin embargo, tratándose de una presunción legal, la no articulación de prueba en contrario por parte del condenado es sinónimo de concurrencia del hecho presunto.
20. El art. 127.1 párrafo 2 CP vulnera el principio acusatorio pues se presume la comisión de múltiples hechos punibles que no han sido ni serán concretados en los mismos términos que el hecho que motivó la condena, de ahí que el acusado difícilmente podrá defenderse. Ante este problema de difícil solución, debería exigirse que esas actividades delictivas sean como mínimo, de la misma clase o similares a los hechos enjuiciados. Además, solamente así el órgano jurisdiccional estará en condiciones de alcanzar un juicio de certeza sobre el origen de los bienes (al que también aspiro, de *lege ferenda*).
21. El presupuesto del comiso ampliado es la condena por cualquiera de los delitos previstos en los arts. 570 bis; 570 ter; 571 y 572 a 580 CP. Es irrelevante si además se configura otro tipo penal que contemple el fenómeno de la delincuencia organizada (p. ej., un tráfico de drogas realizado por quienes pertenecen a una organización delictiva, art. 369 bis), o cualquier otro delito en el que no se prevea esa circunstancia. Para evitar interpretaciones extensivas, alejadas de lo antes expuesto, es necesario derogar las cualificaciones que contienen los tipos penales en relación con las organizaciones y los grupos

criminales, así como el tipo penal de asociación ilícita previsto en el art. 515.1 CP. Esto también supondrá una mejora en el Código Penal, pues al derogar preceptos que contemplan un mismo hecho -y en consecuencia, son innecesarios-, se abre la puerta al concurso de delitos.

22. Los tipos penales de organización criminal (art. 570 bis) y grupo criminal (art. 570 ter) no están exentos de problemas. En el primero, se articula una definición de organización criminal sumamente extensa, p. ej., no se exige que la organización busque un beneficio económico o material, lo que hubiese sido útil para evitar que este nuevo tipo penal de peligro abstracto y mera actividad, creado para combatir un fenómeno complejo, se aplique a situaciones que no tienen tanta relevancia en términos criminológicos. El segundo, por su parte, en ciertas hipótesis fácticas se puede confundir con la conspiración para delinquir, pues los límites entre ambas figuras son difusos. Ante este panorama, el empleo del comiso ampliado también puede ser cuestionable, ya que por los problemas de técnica legislativa que tienen los tipos penales que constituyen su presupuesto, se puede llegar a aplicar en relación con hechos que no son tan graves. Por su vínculo con lo expuesto en los art. 570 bis y 570 ter CP, estas críticas también permean el tipo penal de organización o grupo terrorista (art. 571 CP).
23. Para acabar con buena parte de los problemas que contiene el comiso ampliado en la legislación española, es necesario reservar esta figura jurídica a las ganancias; la presunción legal debe suprimirse y la desproporción entre patrimonio e ingresos legales debe considerarse un indicio más a valorar por el juzgador, como sucede en cualquier otra presunción judicial. A lo sumo, se puede entender como un límite a lo que es decomisible, de manera que aquello que no pueda considerarse desproporcional no pueda ser alcanzado con el comiso ampliado. Asimismo, este comiso debe dejar de ser preceptivo. Se debe autorizar el comiso ampliado parcial, o el no decreto del mismo bajo ciertas circunstancias. Siempre en este orden de ideas, la actividad criminal que no ha sido acusada ni demostrada, debe ser de la misma naturaleza o similar que la sometida a proceso. Si esta reforma no se produce, como mínimo habrá que entender que el legislador, en el art. 127.1 párrafo 2 CP, lo que desea es subrayar la posibilidad que tiene el juzgador de acudir a la prueba por indicios para concluir que el patrimonio del condenado tiene un origen ilícito. Posición absurda, pues supone atribuir a un texto legal un significado que no tiene. Finalmente, con el propósito de que el comiso ampliado también pueda aplicarse a otros fenómenos criminológicos graves que no necesariamente se dan en el contexto de una organización criminal, lo recomendable será emplear un sistema análogo al del Código Penal alemán, de manera que el comiso ampliado se regule en términos generales (p. ej., en el art. 127.1 párrafo 2 CP) y sea en cada tipo penal (v.g., organizaciones criminales; terrorismo o cohecho) donde se haga una remisión expresa a esa norma.
24. Es necesario no menospreciar el párrafo 1 del art. 127.1 CP como instrumento para decomisar las ganancias obtenidas con la comisión de actividades crimi-

CONCLUSIONES

nales desplegadas a lo largo del tiempo, que son precisamente a las que se suelen dedicar las organizaciones criminales. Bastará con que se impute la comisión de un conjunto de delitos ocurridos en un lapso particular para proceder al comiso de los bienes generados en ese período, evitándose así la rebaja de las exigencias probatorias, en la que se pierde por completo el interés por imputar y demostrar esas actividades.

25. El legislador acertó al desvincular el comiso de la pena, sin embargo la técnica legislativa empleada no fue la idónea. En primer término, porque el presupuesto que incorporó (la situación patrimonial ilícita), no tiene un contenido preciso. Asimismo, porque para el comiso de efectos e instrumentos es intrascendente la *situación patrimonial ilícita*, que entiendo se relaciona con las *ganancias provenientes de la infracción*. Ante este panorama, es evidente que el art. 127.4 CP debe reformarse. La imposición del comiso de efectos e instrumentos se debe supeditar a la peligrosidad del bien (sea intrínseca, sea en relación con alguien) y admitirse en los casos en que solo se configure un injusto penal. El comiso de las ganancias también debería decretarse cuando se configure una acción típica y antijurídica y se demuestre un enriquecimiento injusto procedente de esa conducta. De *lege lata* y con el propósito de evitar arbitrariedades, la frase *situación patrimonial ilícita* deberá entenderse como sinónimo de injusto penal.
26. El comiso supone la privación o pérdida del derecho patrimonial que tiene el titular sobre un objeto que ha sido catalogado como efecto, instrumento o ganancia de una infracción y no solo la pérdida de un derecho real, o específicamente de un derecho real de propiedad. Las consecuencias de la transmisión del derecho dependen de si la adquisición que opera a favor del Estado es o no derivativa. Tratándose de los efectos e instrumentos, la adquisición es derivativa, pues para hacer suyo el derecho, la otra persona, sea física o jurídica, debe experimentar su pérdida. Y como la adquisición derivativa parte del principio básico de que nadie puede dar más de lo que tiene, el Estado al disponer el comiso debe respetar los límites del derecho que disfrutaba el anterior titular, si es que existía ese derecho (lo común es que tenga derechos quien ha adquirido el bien conforme con las reglas del ordenamiento jurídico, aunque con posterioridad ese bien sea considerado efecto o instrumento de una infracción). En lo relacionado con las ganancias la situación es otra, toda vez que la infracción no es un modo de adquirir la propiedad (u otro derecho) que el ordenamiento jurídico reconozca. Por lo anterior, a pesar de las apariencias de titularidad que puedan presentarse, la adquisición que efectúa el Estado no lesiona los derechos del autor o partícipe de la infracción, o p. ej., del tercero en nombre de quien éste actúa.
27. El art. 127 CP solo contempla la situación del tercero propietario del bien que es catalogado como efecto, instrumento o ganancia de la infracción, no así la de aquel que tiene sobre dicho bien un derecho distinto al derecho real de propiedad. Se trata de un vacío legal difícil de colmar a través de la interpre-

tación, de allí que también en cuanto a este extremo sea necesaria una modificación legislativa.

28. De *lege lata* el comiso de bienes de terceros se convirtió en la regla, cuya excepción se supedita a la concurrencia simultánea de tres factores cuyo contenido es impreciso, e incluso incomprensible de cara al comiso (buena fe, no responsabilidad en el delito y adquisición legal del bien).
29. La legislación española contempla un comiso de efectos e instrumentos de carácter punitivo (pues la peligrosidad del bien no es un elemento a considerar según el art. 127 CP). *Partiendo de esta base normativa, que desde mi óptica se debe modificar*, lo mínimo a lo que podemos aspirar es que este comiso proceda excepcionalmente sobre bienes de terceros, en concreto cuando ese tercero sin ser partícipe en el hecho, ha tenido una conducta reprobable, sea porque de manera dolosa o imprudente ha contribuido a que el bien haya sido instrumento o efecto de la infracción, o porque lo ha obtenido en condiciones en las que conocía, previó o podía prever las particularidades que daban lugar al comiso (sin perjuicio de que esos comportamientos también encuadren en otros tipos penales). Con esta interpretación se pretende atemperar los alcances de un comiso que reitero, no debe existir, pues si lo que se desea es sancionar al tercero por haber facilitado la ejecución del hecho, proporcionando p. ej., el instrumento comisivo, el comiso no es la vía, ya que esta figura jurídica no es una sanción.
30. El comiso de efectos e instrumentos solo debe proceder cuando estos son peligrosos; sea de manera intrínseca o porque su titular no pueda garantizar que el bien no vuelva a ser empleado en la comisión o preparación de una infracción. La procedencia de este comiso carece de polémica, pues cualquier derecho que se invoque sobre el bien (p. ej., el de propiedad), cederá ante la necesidad de garantizar la seguridad colectiva. Ahora, esto no excluye el deber de indemnizar al titular cuando es un tercero, bajo ciertas circunstancias.
31. El comiso de las ganancias de la infracción también debería perjudicar al tercero titular de forma excepcional, p. ej., cuando el autor o partícipe actuó para favorecer al tercero, o cuando el tercero adquirió el bien con conocimiento de las circunstancias que lo hacen decomisable (hablo de dolo, sea directo o eventual), o con imprudencia, pues el tercero se representó o podía representarse esas circunstancias. Si el tercero no actúa como mínimo con imprudencia, el comiso no será procedente, lo que no significa que ese tercero pueda conservar las ganancias, ya que allí sería aplicable la figura prevista en el art. 122 CP.
32. El comiso subrogatorio de los efectos e instrumentos debe supeditarse a la peligrosidad del objeto que ocupa el lugar del efecto, el instrumento o el objeto material. Si sigue siendo peligroso (como lo era el bien directamente relacionado con la infracción), su comiso será procedente. Tratándose de las ganancias la situación es otra, pues por el carácter fungible del dinero; así

CONCLUSIONES

como por el fundamento y orientación teleológica de su comiso, el comiso subrogatorio se debe admitir siempre, para suprimir la ventaja patrimonial asociada con la infracción. Ahora bien, ese comiso subrogatorio de las ganancias debe limitarse, para evitar un comiso *ad infinitum*, como se verá en la próxima conclusión.

33. La expresión *cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar* contenida en el art. 127 CP no es la más adecuada, porque comprende todas las transformaciones en cadena sea cual sea la manera en que se realicen y porque excluye los aprovechamientos. De *lege ferenda* es necesario imponer límites, p. ej., reservando la aplicación de la norma a dos supuestos de ventajas indirectas, a saber, el de los *aprovechamientos* y el de los objetos que han sustituido a los inicialmente decomisables, como sucede v.g., en el ordenamiento jurídico alemán. También puede regularse los supuestos en los que el producto del delito se ha mezclado con bienes adquiridos lícitamente, para que el comiso se limite únicamente a esa parte.
34. En relación con el comiso por valor equivalente es un error del legislador el autorizar su aplicación ante *cualquier circunstancia* en la que no se pueda decomisar el bien directamente asociado con la infracción, o en otras palabras, restando importancia a los motivos por los cuales se frustra el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias del hecho (p. ej., puede ser que la desaparición del bien sea fortuita). Lo indispensable por consiguiente, es restringir la imposición de este comiso a ciertas hipótesis, v.g., cuando el bien directamente relacionado con la infracción no puede ser decomisado por un comportamiento voluntario del sujeto que disponía de él.
35. El comiso por valor equivalente desnaturaliza el comiso de efectos e instrumentos, pues si el fundamento de esta figura radica en la peligrosidad de los bienes, en caso de pérdida o destrucción no hay razón para sustituirlos con otros bienes que no son peligrosos. Otra cosa es que se desee sancionar al individuo que haga desaparecer aquellos bienes, caso en el cual el comiso no será la medida adecuada para alcanzar ese propósito. Con respecto a las ganancias la situación cambia. Como la razón de su comiso se vincula con la valía económica de los bienes provenientes de la infracción, no hay ningún impedimento para que los órganos jurisdiccionales competentes eviten ese enriquecimiento ilícito a través del comiso de otros bienes del condenado cuando no se pueden decomisar directamente las ganancias. Sin embargo, al igual que sucede con el comiso de efectos e instrumentos, se debe restringir su aplicación a los casos en los que el comiso se ha frustrado por motivos que son imputables al responsable criminal.
36. De *lege ferenda* y solo para las ganancias, se puede incorporar una figura de carácter obligacional, aplicable en aquellos casos en los que se demuestra que el comiso de bienes vinculados directamente con la infracción, o de otros con igual valor, no es posible. En estos casos, el autor o partícipe ad-

- quiere una obligación por una suma de dinero que corresponda al valor de esos bienes.
37. Se requiere incorporar una norma que permita al juzgador hacer una estimación prudencial de los bienes, para no hacer del comiso por valor equivalente una medida de imposible aplicación (pues no siempre se puede determinar el valor exacto del bien, o solo puede serlo con costos excesivos).
 38. En relación con los bienes que se pueden someter a comiso en caso de infracciones imprudentes, aunque el art. 127.2 CP prevé el de los instrumentos con que se haya *preparado* o ejecutado el hecho, entiendo que no se podrán decomisar los instrumentos empleados en la *preparación*, ya que esta palabra está asociada a la intencionalidad que solo se puede predicar con respecto a los hechos dolosos. Por tanto, se debe suprimir ese término del art. 127.2 CP.
 39. La *inutilización* de los bienes de ilícito comercio que contempla el art. 127.5 CP abarca la simple manipulación de los bienes, especialmente aquellos que en principio se consideran peligrosos, de manera que no siempre es indispensable su completa destrucción. Esta opción, que se plantea como el último destino que se debe dar a los bienes decomisados de ilícito comercio, debería incorporarse al texto legal como una alternativa al comiso mismo. P. ej., no ordenar el comiso del bien peligroso cuando esa peligrosidad se puede acabar a través de una sencilla modificación de sus características. También se debe incluir la opción de que el bien decomisado sea sometido a explotación, de forma que se obtenga su mayor rentabilidad. Finalmente, se debe contemplar expresamente la adjudicación a favor del Estado de los bienes decomisados, o mejor dicho, de los derechos que pesan sobre ellos.
 40. En el art. 128 CP no se contempla la peligrosidad de los efectos e instrumentos. De *lege ferenda* se debe autorizar al órgano jurisdiccional para que no imponga el comiso cuando los bienes no son peligrosos, excluyendo así, p. ej., los bienes que se pueden adquirir fácilmente en el comercio, y para que no prescindiera de él cuando, a pesar de la desproporcionalidad entre el valor del bien y la naturaleza o gravedad de la infracción, no se ha neutralizado el peligro que supone ese bien. Igualmente se pueden incorporar al texto legal algunas medidas de incalculable valor en lo que a la aplicación del principio de proporcionalidad se refiere, v.g., la opción de inutilizar la cosa, modificarla, o disponer de ella en determinada forma. Por último no se debe hacer depender la aplicación de este principio de la satisfacción de la responsabilidad civil, pues se trata de figuras jurídicas independientes.
 41. El principio de proporcionalidad contemplado en el art. 128 CP debe aplicarse también a las ganancias, sobre todo porque este comiso es una medida de Derecho público que como tal debe estar sometida a los principios que limitan el poder de imperio del Estado. Por la misma razón, hay que entender que el art. 128 CP rige tanto para el comiso contemplado en el art. 127 CP,

CONCLUSIONES

como para los regulados en algunas normas contenidas en la Parte Especial del Código Penal y en otros cuerpos legales.

42. El comiso de *lege lata* tiene carácter sancionatorio y por tanto, debería respetar el principio de culpabilidad. Sin embargo, la aplicación de este principio nos lleva a concluir que solo se puede imponer la medida tras el dictado de una condena y únicamente sobre bienes del condenado. Para evitar esto, es necesario reformar el art. 127 CP y eliminar los componentes punitivos que contiene el comiso (p. ej., hay que introducir como elemento de valoración la peligrosidad de los efectos e instrumentos y excluir el comiso por valor equivalente en relación con estos).
43. La presunción de inocencia no se agota en la prueba de los elementos del delito, sino que alcanza la prueba de los presupuestos que autorizan cualquier intervención estatal restrictiva de derechos de naturaleza sancionatoria, como lo es de *lege lata* el comiso. Por lo expuesto, se debe demostrar con un grado de certeza la concurrencia de los presupuestos establecidos por la ley para su imposición.
44. Como medida de carácter penal que supone una restricción de derechos (p. ej., del derecho a la propiedad sobre los instrumentos de la infracción), el comiso está sometido al principio de legalidad, en su dimensión técnica. Además de la ley previa, escrita y estricta, se impone su interpretación restrictiva y se prohíbe la aplicación retroactiva, v.g., la de leyes que extiendan el ámbito de aplicación de esta figura jurídica, como sucede con el comiso ampliado en relación con los hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio.
45. Según el art. 25.1 CE, la sanción es una consecuencia vinculada a la existencia de un delito, una falta o una infracción administrativa. Ahora, según el art. 127.4 CP, el comiso, que de *lege lata* tiene carácter punitivo, se puede imponer a pesar de que no haya pena alguna. Dicho en otras palabras, estamos ante una sanción que no tiene como presupuesto alguno de los ya mencionados (delito, falta o infracción administrativa), sino solo una *situación patrimonial ilícita*. Para evitar el quebranto al principio de legalidad que se deriva de esta situación, es indispensable suprimir los rasgos sancionatorios del comiso, al menos para el supuesto específico contenido en el art. 127.4 CP.
46. Aunque hay acuerdo en que es indispensable dar audiencia al titular del bien cuyo comiso se reclama para que pueda argumentar que entre el bien y el hecho no hay conexión, se echa en falta un procedimiento que regule su participación.
47. Desde mi óptica el comiso del vehículo a motor o ciclomotor en delitos contra la seguridad vial estaba autorizado por el art. 127 CP. No obstante, teniendo en cuenta que un importante sector doctrinario piensa de otra manera, la inclusión del artículo 385 bis CP es afortunada.

48. El art. 385 bis CP presenta el mismo defecto que el art. 127 CP: no toma en cuenta la peligrosidad del instrumento a decomisar. Si el vehículo no es peligroso intrínsecamente (que salvo profundas modificaciones no lo es) y no hay peligro de que vuelva a ser empleado en la comisión de infracciones (peligrosidad en relación con alguien, p. ej., su titular), su comiso no tiene razón de ser. Situación distinta es que el bien sea de utilidad para satisfacer otras responsabilidades del condenado, p. ej., las civiles, pero en esto el comiso no debe jugar ningún papel.
49. En materia de tráfico de drogas (art. 374 CP), el legislador acertó al prever expresamente el comiso de algunos objetos sobre los que puede recaer la conducta típica, pues no siempre pueden categorizarse simultáneamente como instrumentos, efectos o ganancias y en ese tanto, su comiso no estaría avalado por el art. 127 CP. No obstante esto, la norma contiene algunos problemas, p. ej., incluye disposiciones de naturaleza claramente procesal o administrativa que se relacionan con actos distintos al comiso; contiene una confusa regulación del comiso por valor equivalente y tampoco valora la peligrosidad de los instrumentos y efectos. En relación con el art. 374 CP, de *lege ferenda*, hay dos caminos: El primero, eliminarlo en caso de que el legislador incorpore al art. 127 CP (es decir, como una regla general) el comiso del objeto material de la infracción. El segundo, en caso de que lo anterior no suceda, conservar la norma. Eso sí, prescindiendo de todas las reglas que no tienen relación con el comiso, o de las que a pesar de tener ese vínculo, son innecesarias pues están contempladas en términos idénticos en la regulación general, p. ej., las del comiso por valor equivalente. Finalmente, por una cuestión de orden, se puede prescindir de la referencia al delito de blanqueo de capitales. Será en el art. 301 CP donde se regule el comiso de su objeto material. Como se extrae de la propuesta que precede estas conclusiones (vid. Cap. VII., apartado II), ésta es la opción que he elegido.
50. Tratándose del comiso relacionado con el delito de blanqueo de capitales, es necesario distinguir dos hipótesis fácticas. La primera, cuando los bienes proceden de alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 CP. La segunda, cuando los bienes proceden de otros delitos. En la primera, solo una interpretación cuestionable del término *bien* contenido en el art. 374.1 CP, avalaría el comiso del objeto material de la infracción que no sea simultáneamente un efecto, un instrumento o una ganancia de la misma. En la segunda, por ser aplicable el art. 127 CP, se concluye con mayor facilidad que el objeto material de la infracción que no es simultáneamente efecto, instrumento o ganancia no puede ser decomisado. Por tanto, *de lege ferenda* es necesario incorporar expresamente el comiso del objeto material del blanqueo. Al igual que lo indiqué para los delitos relacionados con el narcotráfico, tenemos dos vías: incorporar el comiso del objeto material como regla general (entiéndase, en el art. 127 CP), o incorporarlo en el tipo penal del blanqueo de capitales, posición por la que me decanto.

CONCLUSIONES

51. La remisión al art. 127 CP contenida en el art. 301.5 CP es innecesaria, pues el art. 127 CP es de aplicación en cualquier caso que no esté sometido a un régimen especial. Igual sucede con la previsión de un comiso preceptivo de las ganancias en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.3 CP), ya que el art. 127 CP también prevé el comiso de las ganancias con carácter preceptivo.
52. A diferencia de lo que sucede con las hipótesis antes descritas, en el cohecho y tráfico de influencias (artículo 431 CP), ordenar el comiso de las dádivas, presentes o regalos es indispensable, pues el art. 127 CP contempla el comiso de las ganancias *provenientes* de la infracción y no el de las conseguidas *por cometer el hecho*. Ahora bien, si se incorpora en el art. 127 CP el comiso de esta clase de ganancias (como lo recomiendo de *lege ferenda*), se puede prescindir del art. 431 CP.
53. En relación con el delito de contrabando (art. 5 LO 12/1995 de 12 de diciembre), a través de la LO 6/2011 de 30 de junio, el legislador introdujo una distinción entre las mercancías (bien corporal susceptible de ser objeto de comercio); los géneros prohibidos (cuyo comercio está prohibido) y los géneros estancados (de lícito comercio pero sometidos a monopolio). Entiendo que un bien cuyo comercio está prohibido o está sometido a monopolio no es susceptible de ser objeto de comercio y por tanto, no puede ser considerado mercancía. Esto provoca un serio inconveniente de cara al comiso, ya que el art. 5.1.a) prevé el comiso de *las mercancías* y no el de los géneros prohibidos y estancados, ni siquiera en caso de condena. Se trata de un error que no se puede solucionar a través de la interpretación. Por lo antes planteado, la descripción de lo decomisible debe ampliarse y simultáneamente, se debe eliminar el elenco innecesariamente extenso de bienes contenido en el art. 5.1.
54. El art. 5.1.c de la LO 12/1995 incorpora reglas especiales para la aplicación del principio de proporcionalidad tratándose del comiso de los medios de transporte con los que se cometa el delito. Tal decisión legislativa carece de fundamento, pues no se aprecia ninguna distinción entre el medio de transporte y cualquier otro bien que tenga la condición de *instrumento*. De *lege ferenda*, debe suprimirse este apartado c, así como todos los que repiten sin necesidad lo expuesto en el art. 127 CP (apartados 2, 4 y 5 de este numeral).
55. Es necesario crear en la jurisdicción penal un procedimiento accesorio y uno autónomo para discutir sobre el comiso, cuyo empleo sea excepcional. P. ej., aplicable solo cuando la complejidad del caso u otras circunstancias (v.g., la fuga del imputado) lo ameriten. Este procedimiento también se debe crear en Costa Rica.
56. Producto de un error, en el Código Penal costarricense el comiso se ubicó dentro del acápite dedicado a las *Consecuencias civiles del hecho punible*.

57. El art. 110 del CP costarricense prevé el comiso de los instrumentos; de cualquier bien que provenga de la realización del hecho y de las ganancias derivadas de la infracción. No se contempla el comiso del objeto del delito ni el de las ganancias indirectas, así como tampoco las que se dan por cometer el hecho, ya que no *provienen* de éste. Del mismo modo, no se contempla el tema de la peligrosidad que pueden revestir algunos bienes (sea intrínseca, sea en relación con alguien); el comiso de segundo grado; el comiso por valor equivalente; o el comiso ampliado.
58. Por expresa disposición legal la figura no puede afectar los derechos que tengan el ofendido o terceros sobre los bienes. Si nos apegásemos al tenor literal del art. 110 CP, bastaría con que concurra esa circunstancia (que haya un ofendido o un tercero con derechos) para que el comiso no proceda, lo que es un error, pues bien puede suceder que ese tercero tenga también un vínculo con el hecho que haga procedente el comiso, p. ej., que haya adquirido el bien en condiciones en las que debía sospechar sobre su origen ilícito. De esta manera, concluyo que ha sido la jurisprudencia y no el legislador quien incorporó la exigencia de que el tercero sea de buena fe.
59. En el Código Procesal Penal no existe un procedimiento que regule la intervención del tercero en el proceso. La jurisprudencia ha tratado de solventar este vacío legal señalando que se debe integrar un litisconsorcio pasivo necesario. A pesar de esto, es común que los órganos de casación se den por satisfechos con que se brinde audiencia al tercero en la etapa de debate, no siempre con éxito. De *lege ferenda* es necesario diseñar este procedimiento.
60. El art. 110 CP señala que el presupuesto del comiso es el *delito*. Además de descartar la aplicación del comiso en el ámbito de las faltas (lo que no es comprensible), este término debe entenderse como sinónimo de conducta típica, antijurídica, culpable y punible y no como una simple previsión legislativa independiente de una declaración de responsabilidad en un caso concreto. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido el término delito de otra manera: como una estipulación abstracta de ilicitud referida por el legislador, con lo cual se ha dispuesto el comiso en otras circunstancias, p. ej., en sentencias absolutorias, sobreseimientos definitivos por extinción de la acción penal por pago de la multa, etc.
61. En el art. 96 CP es necesario acabar con la confusión de institutos cuya aplicación tiene lugar antes y después de dictada la sentencia.
62. La Ley N° 8204, titulada Reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, comete el error de emplear los términos *decomiso* y *comiso* como si no fuesen sinónimos. Con el primero se alude a una intervención de los bienes de carácter provisional (entiéndase, al secuestro) y con el segundo, a la resolución que se adopta en

CONCLUSIONES

- una sentencia firme sobre la titularidad de esos bienes. Se trata de una distinción que es particular al medio costarricense y que se debe superar.
63. Al indicar los bienes que son susceptibles de comiso (vid. art. 83 y 87 de la ley N° 8204), el legislador incluyó un listado innecesariamente extenso. Además no contempló el comiso de los objetos de la infracción, de las ganancias por cometer el hecho y de las ganancias indirectas. Finalmente, es gravísima la última frase del párrafo 1 del art. 83, que autoriza el comiso del patrimonio de las personas jurídicas vinculadas con estos hechos, pues en ningún momento se indica que esos activos deban estar relacionados con un hecho o una actividad criminal, bastando con que la persona jurídica sí lo esté. Tampoco se indica en qué términos se debe dar el vínculo entre la persona jurídica y el hecho, tema que en Costa Rica adquiere mayor importancia si se considera que no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
 64. Esta misma legislación contiene una regulación bastante amplia en torno al tercero de buena fe (arts. 93 y 94), que a diferencia de lo que sucede con la normativa española, prevé las dos situaciones en las que se puede encontrar el tercero en relación con los bienes, a saber, que los haya adquirido luego de la comisión del hecho, o que sean suyos con anterioridad a éste. Aunque es una norma afortunada en buena parte, creo que la no alusión a la peligrosidad del bien expone su carácter sancionatorio, pues si los bienes no son intrínsecamente peligrosos, o no lo son en relación con alguien, la única razón para que se imponga el comiso es el deseo de punir al tercero por su conducta, claramente vinculada con la realización del hecho.
 65. Muchos de los problemas contenidos en la ley N° 8204 se dan también en la ley N° 8754 contra la delincuencia organizada (p. ej., el uso del término *decomiso* como sinónimo de *secuestro*, o la forma en que se autoriza el decomiso de bienes de las personas jurídicas asociadas con los hechos). Aunado a esto, a pesar del fraude de etiquetas, el comiso previsto en los arts. 20 a 22 de la Ley N° 8754 es en realidad una sanción, una con la que el legislador costarricense castiga la tenencia injustificada de bienes y en la que además, se invierte la carga de la prueba en cuanto al origen del patrimonio. Desde mi óptica, esta figura debe desaparecer, pues no se debe criminalizar la tenencia injustificada de bienes y el comiso no se debe desnaturalizar, convirtiéndolo en una sanción para quien no explique la procedencia de sus activos.
 66. El comiso, por ser una medida que surge del poder de imperio del Estado, está sometido al principio de legalidad y proporcionalidad. En relación con el de culpabilidad, por tener de *lege lata* un contenido sancionatorio, debería estar sometido a él, lo que supone algunos inconvenientes a los que he hecho referencia antes. Por tanto, se requiere una reforma legal que permita ajustar cada clase de comiso a su fundamento y sus fines, eliminando los rasgos sancionatorios que en la actualidad impiden aplicarlo sin quebrantar reiteradamente el principio de culpabilidad.

67. La jurisprudencia ha entendido que el comiso es una medida de orden público que se puede dictar *de oficio*, lo que es un despropósito, pues simultáneamente se acepta que el comiso está sometido a las reglas más elementales de un proceso penal marcadamente acusatorio como lo es el costarricense. Además, si el art. 110 CP no toma en cuenta la peligrosidad intrínseca del bien (única circunstancia que entiendo autorizaría un comiso oficioso), siempre será necesario que la parte acusadora articule prueba para demostrar la concurrencia de los presupuestos fácticos que dan lugar a la imposición de la medida, labor en la que el órgano juzgador no puede sustituir a las partes.
68. El legislador costarricense no ha regulado la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con comiso. Este problema ha sido resuelto por los tribunales de forma distinta: para algunos, el vacío legal no impide aplicar el principio y en consecuencia, no decretar el comiso. Para otros, el comiso se debe aplicar siempre que la ley lo imponga con carácter preceptivo. Para evitar las interpretaciones contradictorias y sobre todo, evitar que el juez ignore deliberadamente el carácter obligatorio que el art. 110 CP le imprime al instituto, se debe autorizar al órgano jurisdiccional a no decretarlo cuando sea de excesiva dureza para el titular del bien. También se deben introducir otras opciones que permitan alcanzar los fines que persigue a un menor costo para el ciudadano, p. ej., ordenar el comiso parcial, o sustituirlo con otras medidas que no supongan la pérdida de la titularidad, p. ej., modificar el instrumento que sea intrínsecamente peligroso.
69. En Costa Rica se deben introducir algunas medidas dirigidas a evitar que el autor o partícipe del hecho saque los bienes del alcance del aparato de administración de justicia. P. ej., contemplar el comiso por valor equivalente; el comiso en caso de injusto penal; el comiso en relación con delitos culposos, e incluso el comiso ampliado. Un comiso ampliado claro está, que sea respetuoso del Derecho de la Constitución y por ende, que se mantenga alejado de la confiscación general de bienes, proscrita desde hace muchos años.

DOCTRINA

ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. San José, Editorial Juricentro, 1984 (ISBN 9977-31-008-4).

ABEL LLUCH, Xavier. “II. Nulidad de dictamen pericial acordada oralmente en el acto del juicio en primera instancia y posterior designación de nuevo perito judicial. Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 13 de abril de 2011, Ponente Excmo. D. Francisco Marín Castán.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7730, Sección Dossier Jurisprudencia sobre Derecho Probatorio, 7 de noviembre de 2011, Año XXXII (ISSN 1138-9907).

ABEL SOUTO, Miguel. “Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo.” En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, La Ley, N° 11, Sección Temas de actualidad. Legislación aplicada a la práctica, diciembre 2004 (ISSN 1697-5758).

- “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003.” En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, La Ley, N° 20, Sección Estudios, octubre 2005 (ISSN 1697-5758).

ACALE SÁNCHEZ, María. *Salud Pública y Drogas Tóxicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 (ISBN 84-8442-701-3).

- *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal*. Barcelona, Bosch S.A., 2011 (ISBN 978-84-9790-842-9).

AESCHLIMANN, Yves. “Buenas prácticas en el decomiso sin condena: una perspectiva suiza.” En: GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009 (ISBN 978-958-8307-67-1).

AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Madrid, EDERSA, 2000 (ISBN 84-7130-986-6).

- “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal.” En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 05, 2003 (ISSN 1695-0194). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05.html> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

- “Artículo 127.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

ALASTUEY DOBÓN, Carmen. “Artículo 110.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

- “Artículo 111.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Madrid, Edisofer, S.L., Vol. I, Introducción y Parte General, 2009 (ISBN 978-84-96261-70-9).

ALFONSO, Roberto. “Italia: Instrumentos para contrarrestar la criminalidad organizada: la confiscación de los patrimonios ilícitos en el procedimiento penal y en el procedimiento preventivo.” En: *Revista General de Derecho Penal*. N° 3, mayo 2005. (ISSN-e 1698-1189). Disponible en: <http://www.iustel.com> (consulta hecha el 15 de septiembre de 2012).

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.). *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009 (ISBN 978-84-9876-400-0).

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada, Editorial Comares, 2007 (ISBN 978-84-9836-189-6).

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Granada, Editorial Comares, 3ª edición, 1993 (ISBN 84-87708-89-7).

AÑÓN, M.J. “Las ramas del ordenamiento jurídico.” En: DE LUCAS, J. (Edit.). *Lecciones de introducción al Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1990 (ISBN 84-86558-63-8).

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El delito de conducción a velocidad excesiva.” En: OLMEDO CARDENETE, Miguel; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (Eds.). *Delitos e infracciones contra la seguridad vial*. Granada. Editorial Alea Blanca, 2010 (ISBN 978-84-92710-16-4).

ARGADOÑA, Antonio. “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales.” *Documento de Investigación*. España, IESE Business School-Universidad de Navarra, N° 656, octubre 2006 (sin ISBN/ISSN).

ARMENTA DEU, Teresa. “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos.” En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homénaje a Claus Roxin*. Barcelona, Bosch, 1997 (ISBN 84-7698-439-1).

BIBLIOGRAFÍA

AYO FERNÁNDEZ, Manuel. *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*. Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 1997 (ISBN 84-81-93592-1).

BACA ONETO, Víctor Sebastián. *La invalidez de los contratos públicos*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2006 (ISBN 84-470-2620-5).

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002 (ISBN 84-8004-502-7).

- “La “confiscación” del patrimonio proveniente del delito.” En: *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidos S.A., N° 78-2002 (ISSN 0210-4059).

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999 (ISBN 950-891-036-4).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios.” En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Madrid, La Ley, Tomo 1, Doctrina, 1991 (ISSN 0211-2744).

BAÑOL BETANCUR, Alejandro Augusto. *Extinción de dominio*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2000 (ISBN 958-9380-32-8).

BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madrid, Editorial Civitas, 1998 (ISBN 84-470-1045-7).

BASSIOUNI, Cherif M.; VETERE, Eduardo. “Towards understanding organized crime and its transnational manifestations.” En: BASSIOUNI, Cherif M.; VETERE, Eduardo (Comp.). *Organized Crimen. A compilation of U.N. Documents 1975-1998*. New York: Transnational Publishers, Inc., 1998 (ISBN 1-57105-084-1).

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Introducción, notas y traducción de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 2º edición, 1985 (ISBN 84-7530-615-2).

BENEYTEZ MERINO, Luis. “De las consecuencias accesorias.” En: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Código Penal Comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010*. Barcelona, Editorial Bosch, 3º edición, Tomo I, 2012 (ISBN 978-84-9790-811-5 Tomo I).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 3º edición, 2009 (ISBN 978-84-9903-307-5).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Ediciones Experiencia S.L., 2004 (ISBN 84-96283-13-5).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales.”* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010 (ISBN 978-84-470-3588-5).

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales.* Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2002 (ISBN 84-8410-989-5).

- “La aplicación del comiso y la necesidad de crear mecanismos de recuperación de activos.” En: *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP/ e-RIAPL)*, 2007, A-01 (ISSN - 1993-2995). Disponible en: http://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=51&id_article=55 (consulta realizada por última vez el 1 de septiembre de 2012).
- “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos.” En: *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. XXVII, 2007 (ISSN 1137-7550).
- “Comiso ampliado y presunción de inocencia.” En: PUENTE ABA, Luz María (Dir.); ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*. Granada, Comares, 2008 (ISBN 978-84-9836-421-7).
- “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito.” En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid, LEX NOVA, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-212-1).
- “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas.” En: *Diario La Ley. Especial reforma del Código Penal*. Editorial La Ley, N° 7534, Sección Tribuna, jueves 23 de diciembre de 2010, Año XXXI (ISSN 1138-9907).
- “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?”. En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7569, Sección Doctrina, martes 15 de febrero de 2011, Año XXXII (ISSN 1138-9907).
- “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio).” En: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (Coords.). *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*. México, Ubijus, Editorial S.A. de C.V., N° 1, 2012 (ISBN 978-607-8127-42-9).

BLECUA FRAGA, Ramón. *Comentarios al Código Penal Militar*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1988 (ISBN 84-7398-555-2).

BONILLA GUZMÁN, Luis Alonso. “El comiso en los delitos contemplados en la Ley de Sicotrópicos. Análisis de los problemas más comunes en la materialización del comiso en los procesos judiciales.” En: *Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal*. San José, Poder Judicial, N° 9, 2006 (sin ISSN).

BORRAJO INIESTA, Ignacio. “Presunción de inocencia. Investigación y prueba.” En: DELGADO GARCÍA, Joaquín (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996 (ISBN 1134-9670).

BOTTKE, Wilfried. “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, Bosch, 1997 (ISBN 84-7698-439-1).

- “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania.” En: *Revista Penal*. N° 2, 1998. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/2/showToc> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

BUENO ARÚS, Francisco. “Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas.” En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 1, 1990 (ISSN 0211-2744).

- “Alusiones jurídico-penales en el Código Civil español.” En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Madrid, La Ley, Tomo 1, 1991 (ISSN 0211-2744).

BUJOSA VADELL, Lorenzo. “El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006.” En: *Revista General de Derecho Europeo*, iustel.com, N° 13, mayo de 2007 (ISSN 1696-9634).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 4° edición, aumentada, corregida y puesta al día, 1994 (ISBN 84-477-0328-2).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; VALENZUELA BEJAS, Manuel. *Derecho penal latinoamericano comparado*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tomo I, Parte General, 1981 (sin ISBN).

CABEDO NEBOT, Ricard (Coord.). *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Edersa, Tomo II, 2000 (ISBN 84-7130-964-5 Obra completa; 84-7130-966-1 Tomo II).

CADENA SERRANO, Fidel Ángel. “La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010.” En: *Jueces para la Democracia. Formación y debate*. Madrid, Jueces para la Democracia, N° 70, marzo 2011 (ISSN 1133-0627).

CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998 (ISBN 950-14-1669-0).

CALDERÓN CEREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Editorial Bosch S.A., Tomo I, 1999 (ISBN 84-7676-553-3 Obra completa, ISBN 84-7676-554-1 Tomo I).

CAMARGO, Pedro Pablo. *La acción de extinción del dominio*. Bogotá, Leyer Editorial, 2° edición, 1998 (ISBN 958-690-138-6).

CAMPUS ALCARAZ, Natividad; URBANO LANZAS, Guillermo. “El comiso en el nuevo Código Penal de 1995: llamamiento urgente a la nueva jurisprudencia y doctrina.” En: *Revista de Ciencias Penales*. Asociación Española de Ciencias Penales, Vol. 2, N° 1, I semestre de 1999 (ISSN 1138-7270).

CANCIO MELIÁ, Manuel. “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición, 1999 (ISBN 84-8002-815-7).

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova, Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Tomo I. Funzione e composizione del proceso. 1936 (sin ISBN).

CARNEVALI R., Raúl. “La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación.” En: *Revista de Derecho Penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., N° 33, Año XI, 2° cuatrimestre 2011 (ISSN 1576-9763).

CARO CORIA, Dino Carlos. “La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano.” *Ampliación de las ponencias presentadas en la IV y V Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano*, celebradas en Bogotá/Colombia del 12 al 16 de marzo de 2001 y en Culiacán/México del 11 al 15 de junio de 2001. Disponible en: <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf> (consulta hecha por última vez el día 1 de septiembre de 2012).

CASTILLO MONTERREY, Marcelo. “El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante Ley Orgánica 5/2010.” En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; GORJÓN BARRANCO, María; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. *La reforma penal 2010*. Salamanca, Ratio Legis, 2011 (ISBN 978-84-938562-2-9).

CAZORLA PRIETO, Soledad. “El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia del 29 de julio de 2002. Caso Banesto.” En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Tomo I, 2004 (ISBN 84-9768-100-2 Tomo I).

CEREIJO SOTO, Antonio. “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7457, Sección Doctrina, 30 de julio de 2010, Año XXXI (ISSN 1138-9907).

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. “La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa.” En: *Actualidad Penal*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 2001 (ISSN 0213-6562).

- *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada, Editorial Comares, 2004 (ISBN 84-8444-887-8).
- “Capítulo 33. Comiso.” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Santiago de Compostela, Ediciones Francis y Taylor, S.A., 2010 (ISBN 978-84-92612-92-5).

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*. Madrid, Editorial Tecnos, Adenda a la 1ª Edición, 2005 (ISBN 84-309-3714-5/84-309-2354-3 Obra completa).

- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos, 2ª reimpresión de la 6ª edición, Tomo II, 2005 (ISBN 84-309-2354-3 obra completa; ISBN 84-309-3221-6 Tomo II).

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. Madrid, Colex, 1997 (ISBN 84-7879-329-1).

- “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas.” En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000 (ISSN 1137-3520/ISBN 84-89230-25-0).

- *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid, Dykinson, 2001 (ISBN 84-8155-742-0).
- “La investigación del patrimonio de origen criminal.” En: MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Dir.). *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: El juez de instrucción y juez de garantías: posibles alternativas)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 42, 2002 (ISSN 1137-3520; ISBN 84-96228-02-9).

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989 (ISBN 84-8002-850-5).

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*. Madrid, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008 (ISBN 978-84-935216-84).

COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Derecho Procesal Penal Español*. Madrid, CESEJ-Ediciones, 2006 (ISBN 84-934103-7-3).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Art. 130.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; BESIO, Martín. “Consideraciones previas a los arts. 571 a 580.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

CÓRDOBA RODA, Juan. “Art. 4.” En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Madrid, Marcial Pons, 2011 (ISBN 978-84-9768-851-2).

- “Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso.” En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, II.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX (ISSN 0210-4296).

CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; DEL TORO MARZAL, Alejandro; CASABÓ RUIZ, José-Ramón. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo II, 1972 (sin ISBN).

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre).” En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.); NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GARCÍA ALFARAZ, Isabel (Coord.) *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007 (ISBN 978-84-7800-346-4).

BIBLIOGRAFÍA

- “Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre).” En: *Revista General de Derecho Penal*. N° 8, noviembre 2007 (ISSN-e 1698-1189). Disponible en: <http://www.iustel.com> (consulta hecha el 11 de septiembre de 2012).
- “Comiso.” En: JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*. Madrid, El Derecho y Quantor, S.L., 2010 (ISBN 978-84-15145-94-3).

CUELLO CONTRERAS, Joaquín; MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos, 2011 (ISBN 978-84-309-5213-7).

CUGAT MAURI, Miriam. “Art. 431.” En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004 (ISBN 84-9768-170-3 Obra completa 84-9768-172-X Tomo II).

DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra, Coimbra Editora, Tomo II, 2005 (ISBN 972-32-1287-0 Obra completa ISBN 972-32-1353-2 Tomo II).

DE LA CUESTA AGUADO, Paz. “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011 (ISBN 978-84-9004-122-2).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites.” En: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Dir.). *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*. Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, N° 92, 2001 (ISBN 84-472-0678-5).

DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando. “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-884-8).

DE LA OLIVA, SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime; BANACLOCHE PALAO, Julio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, Civitas, 2001 (ISBN 84-470-1589-0).

DE LAMO RUBIO, J. “De las consecuencias accesorias.” En: GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J. M. *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*. Barcelona, Bosch, 1998 (ISBN 84-7676-497-9).

DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código penal comentado*. Brasil, Editora Revista Dos Tribunais Ltda., 10ª edición revista, actualizada e ampliada, 2010 (ISBN 978-85-203-3650-3).

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “Artículo 385 bis.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

- “El comiso del vehículo a motor y los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Editorial Aranzadi S.A., Nº 798, Año XIX, 13 de mayo de 2010 (ISSN 1132-0257).

DELGADO GARCÍA, Dolores. “Configuración jurisprudencial del delito de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas. ¿Inversión de la carga de la prueba?” En: *Publicaciones 2004. Fiscales. Delitos de naturaleza económica*. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Disponible en: http://www.cej.justicia.es/cej/html/publicaciones_01.htm (consulta hecha por última vez el 25 de enero de 2010).

DELGADO GARCÍA, Joaquín. “Prueba de indicios.” En: DELGADO GARCÍA, Joaquín (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996 (ISBN 1134-9670).

DELGADO LÓPEZ, Luis María. “El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas.” En: CIMÁS GIMÉNEZ, María del Carmen (Dir.). *Manuales de formación continuada (Ejemplar dedicado a: Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Nº 37, 2006 (ISSN 1575-8735; ISBN 978-84-96809-10-9).

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1970 (sin ISBN).

DÍAZ TORRES, Guillermo. *Un aporte de Colombia al Código Penal tipo latinoamericano. Algunos aspectos de la ponencia sobre las consecuencias civiles del delito*. Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1969 (sin ISBN).

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los llamados fraudes alimentarios y el Código Penal.” En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, Nº 69, Sección Legislación aplicada a la práctica, Marzo 2010. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

- “El blanqueo de capitales.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

BIBLIOGRAFÍA

DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Comp.). *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*. Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2009 (ISBN 978-84-937019-2-5).

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Tecnos, reimpresión de la 9ª edición, Vol. I, 1998 (ISBN 84-309-0813-7 Obra completa, 84-309-3024-8 Tomo I).

- *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Tecnos, 2ª reimpresión de la 9ª edición, Vol. II, 2002 (ISBN 84-309-3669-6 Obra completa, 84-309-3671-8 Vol. II).

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. “Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del «poder de acusar» y del Ministerio Fiscal?” En: *Diario La Ley*. Nº 6771, Sección Doctrina, 4 septiembre 2007, Año XXVIII. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> (consulta hecha por última vez el 31 de mayo de 2012).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; POZUELO PÉREZ, Laura. “Demolición o comiso.” En: *Diario La Ley*. Nº 6948, Sección Doctrina, 19 de mayo de 2008, Año XXIX. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> (consulta hecha por última vez el 31 de mayo de 2012).

DURBÁN SICILIA, Luis. “Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso).” En: MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio (Dir.). *Noticias de la Unión Europea*. No indica ciudad, Wolters Kluwer España, S.A., Nº 316, Año XXVII, mayo 2011 (ISSN 1133-8660).

ECHARRI CASI, Fermín Javier. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2003 (ISBN 84-9767-142-2).

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998 (ISBN 84-7879-426-3).

FARALDO CABANA, Patricia. “El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas.” En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. A Coruña, Servicio de Publicacións Universidade da Coruña, Nº 2, 1998 (ISSN 1138-039X).

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000 (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa 84-7130-974-2 Tomo IV).

- “Artículo 127.” En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000 (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa 84-7130-974-2 Tomo IV).
- “Artículo 128.” En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000 (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa 84-7130-974-2 Tomo IV).

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. “Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2001 (ISBN 84-8410-608-X).

- “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010).” En: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords.). *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9004-235-9).
- “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas).” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7657, Sección Doctrina, 22 de junio de 2011, Año XXXII (ISSN 1138-9907).

FERRAJOLI, Luigi. “Garantías y Derecho penal.” En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (Coord.). *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1996 (ISBN 958-35-0570-6).

FLORIAN, Eugenio. *Delle Prove Penali*. Varese, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 3° Edizione, 1961 (sin ISBN).

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Madrid, La España Moderna, Tomo I, 1930 (sin ISBN).

GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Los delitos de tráfico de drogas II. (Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales)*. Barcelona, Bosch, 1999 (ISBN 84-7698-569-X).

- “Art. 110.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).
- “Art. 127.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

BIBLIOGRAFÍA

- “Art. 128.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).
- “Art. 301.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).
- “Art. 374.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquín. “El comiso: examen del artículo 374 del Código Penal.” En: *Revista general de derecho*. Valencia, Año LIV, N° 640-641, Enero-Febrero 1998 (ISSN 0210-0401).

GARCÍA ALBERO, Ramón. “Arts. 570 bis-570 quater.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-742-4 Tomo II).

GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Art. 301.” En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo I, 2004 (ISBN 84-9768-170-3 Obra completa 84-9768-171-1 Tomo I).

- “Art. 127 a 129.” En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Madrid, Marcial Pons, 2011 (ISBN 978-84-9768-851-2).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación.” En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Civitas, N° 98, abril/junio 1998 (ISSN 0210-8461).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, Civitas Ediciones, S.L., Tomo I, Reimpresión de la 10° edición, 2001 (ISBN 84-470-1490-8 Tomo I, 84-470-1492-4 Obra completa).

- *Curso de Derecho administrativo*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 10° edición, 2006 (ISBN 84-470-2690-6 Obra completa 84-470-2667-1 Tomo II).

GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Artículo 33.” En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999 (ISBN 84-7130-942-4 Tomo VII, Vol. 4).

- “Artículo 34.” En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999 (ISBN 84-7130-942-4 Tomo VII, Vol. 4).
- “Artículo 38.” En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999 (ISBN 84-7130-942-4 Tomo VII, Vol. 4).

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (Coord.). *Procedimientos administrativos comunes*. Granada, Editorial Comares, 2007 (ISBN 978-84-9836-271-8).

GARCÍA RIVAS, Nicolás; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; CANCIO MELIÁ, Manuel; RODRÍGUEZ PUERTA, María José; FARALDO CABANA, Patricia; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; LAMARCA PÉREZ, Carmen; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel y GARROCHO SALCEDO, Ana. “Delitos de organización: Arts. 515 y 516, 570 bis y ss., 571 y ss.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.) *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-823-7).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1978 (ISBN 84-7162-705-1).

- *Introducción al Derecho Penal*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 3° edición, 2005 (ISBN 84-8004-684-8).

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea.” En: ARMENTA DEU, Teresa; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.). *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*. Madrid, Colex, 2006 (ISBN 84-8342-007).

- “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.” En: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; ORTELLS RAMOS, Manuel Pascual (Dirs.). *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*. Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Vol. I, 2006 (ISBN 84-7785-762-8 obra completa; 84-7785-765-2 Vol. I).
- *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid, Editorial Colex, 2007 (ISBN 84-8342-088-0).

BIBLIOGRAFÍA

- “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes.” En: *Cuadernos Digitales de Formación. Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Vol. 6, 2010 (no indica ISBN).

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Colex, 2º edición, 2007 (ISBN 978-84-8342-098-0).

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Colex, 3º edición, 1999 (ISBN 84-7879-509-X).

GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier. “De lege ferenda.” En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006 (ISSN 1134-9670 ISBN-10:84-96518-85-X ISBN-13: 978-84-96518-85-8).

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. “La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-884-8).

- “Delitos contra la seguridad del tráfico.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011 (ISBN 978-84-9004-122-2).

GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português*. Coimbra, Livraria Almedina, 13 Edición, 1999 (ISBN 9724012298).

GONZÁLEZ CASSO, Joaquín. “La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código Penal.” En: *Actualidad Penal*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 1998 (ISSN 0213-6562).

GONZÁLEZ CUSSAC, José. “Decomiso y embargo de bienes.” En: ARROYO ZAPATEIRO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán; CRESPO BARQUERO, Pedro (Coords.). *Boletín de Información. La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa*. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Suplemento al N° 2015, de 15 de junio de 2006, Año LX (ISSN 0211-4267).

GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el derecho penal*. Madrid, Dykinson S.L., 2003 (ISBN 84-9772-077-6).

GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía Editores, 1950 (sin ISBN).

GÓRRIZ ROYO, Elena. “Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apdo. 3º art. 319 CP (conforme a la lo

5/2010, de 22 de junio).” En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010 (ISSN 1137-7550).

- “Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-884-8).

GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.); BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 (ISBN 84-8002-395-3).

- *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3^o edición, actualizada y adaptada a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre y 15/2003, de 25 de noviembre, 2004 (ISBN 84-8456-029-5).
- *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006 (ISBN 84-8456-348-0).

GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para la unificación de la jurisprudencia. Años 1991-2002*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2^o edición, 2003 (ISBN 84-8442-731-5).

GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009 (ISBN 978-958-8307-67-1).

GUINARTE CABADA, Gumersindo. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: VIVES ANTÓN, Tomás (Coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 (ISBN 84 - 8002 - 327 - 9 Volumen I; ISBN 84-8002-326-0 Obra completa).

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. “La nueva regulación de los delitos de contrabando. Régimen jurídico tras la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N^o 7790, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2012, Año XXXIII (ISSN 1138-9907).

GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, Manuel. *Código Penal de 1870. Copiosamente anotado con los extractos de las más interesantes y recientes sentencias del Tribunal Supremo: corregido según las posteriores disposiciones publicadas hasta el día, que modifican sus preceptos y ampliado con varias leyes y disposiciones complementarias*. Madrid, Fernando Fé Editor, 1902 (Sin ISBN).

BIBLIOGRAFÍA

HAVA GARCÍA, Esther. “Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-884-8).

HERNÁNDEZ GIL, Félix. “La Medida Cautelar de Secuestro en Materia de Prensa.” En: *Revista Jurídica Española La Ley*. Madrid, La Ley, Edilexsa, S.A., Tomo 3, Doctrina, 1981 (ISSN 0211-2744).

HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006 (ISBN 9977-13431-6).

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando; PASCUAL SARRÍA, Francisco Luis. *Código Penal Militar. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Colex, 2011 (ISBN 978-84-8342-283-0).

HIDALGO GARCÍA, Juan Antonio. *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, Tomo II, 1908 (Sin ISBN).

HUBER, Bárbara. “El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas.” En: *Actualidad Penal. Publicación técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, Actualidad Editorial S.A., 1990 (ISSN 0213-6562).

HUERTA TOCILDO, Susana. “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios.” En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003 (ISBN 84-309-3921-0).

IÑESTA PASTOR, Emilia. *El Código Penal Español de 1848*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001 (ISBN 978-84-9985-038-2).

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del Derecho Penal. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*. Madrid, Editorial Dykinson S.L., N° 5, 1999 (ISBN 84-8155-466-9).

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel. Granada, Editorial Comares, S.L., 5° edición renovada y ampliada, 2002 (ISBN 84-8444-641-7).

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco. “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos.” En: *Revista de Derecho Penal*. Valladolid, Lex Nova S.A.U., N° 34, Año XI, tercer cuatrimestre 2011 (ISSN 1576-9763).

JORGE BARREIRO, Agustín. “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995.” En: *Actualidad Penal*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 2000 (ISSN 0213-6562).

KAUFMANN, Armin. “La misión del Derecho penal.” En: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1982 (ISBN 84-8272-236-0).

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General*. Madrid, Editorial Dykinson, Vol. 3, 3º edición, 2005 (ISBN 84-8155-398-0 Obra completa, 84-9772-618-9).

- *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. Madrid, Editorial Dykinson, Vol. 2, 3º edición, 2005 (ISBN 84-8155-398-0 Obra completa, 84-9772-619-7).

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil. III. Derechos Reales*. Madrid, Dykinson, Vol. 1, 2º edición, 2003 (ISBN 84-9772-085-7, Obra completa: 84-8155-398-0).

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, Tecnos, 6º edición, 2005 (ISBN 84-309-4227-0).

LASARTE, Carlos. *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*. Madrid, Marcial Pons, Tomo II, 15º edición, 2011 (ISBN 978-84-9768-879-6 Tomo II; 978-84-7248-993-6 Obra completa).

- *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*. Madrid, Marcial Pons, Tomo I, 17º edición, 2011 (ISBN 978-84-9768-878-9 Tomo I, 978-81-7248-993-6 Obra completa).

LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 6º edición, 1990 (ISBN 84-344-1032-X).

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indicios*. Buenos Aires, Ediciones Depalma (ISBN 950-14-0580-X).

LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961 (sin ISBN).

LLABRÉS FUSTER, Antoni. “Artículo 17.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. Valencia, Tirant lo Blanch, 6º edición, 2005 (ISBN 84-8456-223-9).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2º edición, 2007 (ISBN 978-84-8355-379-4).

BIBLIOGRAFÍA

LÓPEZ GARRIDO, Diego; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, no indica editorial, 1996 (ISBN 84-605-4758-2).

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Universitas S.A., 3º reimpresión de la 1º edición, 2004 (ISBN 84-7991-041-0).

MAGALDI PATERNOSTRO, María José. "Art. 374." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004 (ISBN 84-9768-170-3 Obra completa 84-9768-172-X Tomo II).

- "Art. 385." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004 (ISBN 84-9768-170-3 Obra completa 84-9768-172-X Tomo II).
- "Art. 122." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Madrid, Marcial Pons, 2011 (ISBN 978-84-9768-851-2).
- "Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada." En: TIRVIÓ PORTÚS, Jordi. "Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, Il.Lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona, Nº 4-2011, Any CX (ISSN 0210-4296).

MAGRO SERVET, Vicente. "El régimen de la responsabilidad civil de las personas jurídicas «delincuentes» en el Proyecto de Código Penal." En: *Práctica de Tribunales*. Editorial La Ley, Nº 39, Sección Práctica Procesal, Junio 2007. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

MANES, Vittorio. "La incidencia de las "Decisiones marco" en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 09-07, 2007 (ISSN 1695-0194). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf> (consulta hecha por última vez el 31 de agosto de 2012).

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. "Tráfico de drogas." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011 (ISBN 978-84-9004-122-2).

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La pena de comiso." En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. Madrid, Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Pe-

nitenciarias, Escuela de Estudios Penitenciarios, Año XXXIII, N° 216-219, enero-diciembre 1977 (ISSN 0210-6019).

- "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXV, Fascículos II y III mayo-diciembre, MCMLXXXI (ISSN 0210-3001).
- "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*. Madrid, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Volumen 1, Enero/Diciembre, 37/40, 1983 (Sin ISBN/ISSN).
- *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1983 (ISBN 84-7162-916-X-1983).
- "Comiso. Artículo 5." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público*. Madrid, Edersa, Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando, 1984 (ISBN 84-7130471-6).
- "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. N° 1342, 25 Marzo 1984 (ISSN 1989-4767) Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).
- "El comiso. Artículo 48." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983*. Madrid, Edersa, Tomo V-Vol. 1, Libro I del Código Penal, 1985 (ISBN 84-7130477-5).
- "Aproximación al comiso del nuevo artículo 344 bis e) del Código Penal (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE de 26 del mismo mes)." En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. N° 1500, 1501 y 1502, 5 de septiembre de 1988 (ISSN 1989-4767). Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).
- "Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)." En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 24, semana del 15 al 21 de junio de 1992 (ISSN 0213-6562).
- "La pena de multa." En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, La Ley-Actualidad, S.A., Tomo 2, Doctrina, 1996 (ISSN 0211-2744).
- "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 24, semana del 9 al 15 de junio de 1997 (ISSN 0213-6562).

BIBLIOGRAFÍA

- *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia.* Granada, Editorial Comares, Tomo I Parte General (Artículos 1 a 137), 2010 (ISBN 978-84-9836-747-8 Tomo I).
- *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia.* Granada, Editorial Comares, Tomo II, Parte Especial (Artículos 138 a 639), 2010 (ISBN 978-84-9836-748-5 Tomo II).

MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal.” En: *Revista Penal*. Barcelona, Editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Año 1, N° 1, 1998 (ISSN 1138-9168).

- “Artículo 130.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).
- *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 5° edición, 2011 (ISBN 978-84-470-3617-2).

MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 3° edición, 1996 (ISBN 84-470-0675-1).

MARAVÉR GÓMEZ, Mario. “La trata de seres humanos.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

MARCHAL ESCALONA, A. Nicolás. *El atestado. Inicio del proceso penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 8° edición, 2010 (ISBN 978-84-9903-634-2).

MARONDA FRUTOS, Juan Luis; TENA FRANCO, María Isabel. “El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares.” En: VELASCO NÚÑEZ, Eloy (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, XII, 1996 (ISSN 1134-9670).

MARTÍN PÉREZ, José Antonio. “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).” En: *Derecho Privado y Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 19, Año 13, enero-diciembre 2005 (ISSN 1133-8768).

MARTÍNEZ ASENSIO, Gabriel. “El delito de conducción temeraria.” En: OLMEDO CARDENETE, Miguel; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (Eds.). *Delitos e infracciones contra la seguridad vial*. Granada. Editorial Alea Blanca, 2010 (ISBN 978-84-92710-16-4).

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª edición, 2011 (ISBN 978-84-9985-949-1).

MARTÍNEZ GALINDO, Gema. “Vigencia del principio acusatorio.” En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, Nº 1, Sección Informe de Jurisprudencia, Enero 2004. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

MAUGERI, Anna María. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milano, Giuffrè Editore, 2001 (ISBN 88-14-09040-8).

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*. Traducido por CÓRDOBA RODA, Juan. Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo II, 1962 (sin ISBN).

- *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 4., völlig neu bearbeitete Auflage (ISBN 3-7880-1213-7 geb. 3-7880-1224-2 kart.).
- *Derecho Penal. Parte General. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Actualizada por GÖSSEL, Karl-Heinz; ZIPF, Heinz. Traducción de la 7ª edición alemana, realizada por BOFILL GENZSCH, Jorge. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995 (ISBN 950-508-413-7 obra completa, 950-508-429-3 tomo 2).

MEDINA ARIZA, Juan. “El control social del delito a través de la prevención situacional.” En: STANGELAND, Per (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a La Criminología aplicada*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Nº 15, 1997 (ISSN 1134-9670).

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; DÍAZ CORTÉS, Lina (Col.). *Derecho Penal. Parte Especial*. Salamanca: CISE-Universidad de Salamanca, 3ª edición, 2008 (sin ISBN).

MIR PUIG, Carlos. “Art. 431.” En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

MIR PUIG, Santiago. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.” En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 06-01, 2004 (ISSN 1695-0194). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html> (consulta realizada por última vez el 1 de septiembre de 2012).

- *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Editorial Reppertor, reimpresión de la 7ª edición, 2005 (ISBN 9974-578-36-1).
- *Estado, pena y delito*. Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2006 (ISBN 9974-578-64-7).

BIBLIOGRAFÍA

- “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal.” En: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir.). *Constitución y principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-880-0).
- *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid, Iustel, 2011 (ISBN 978-84-9890-148-1).

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Blanqueo de capitales, presunción de inocencia y prueba indiciaria.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7736, Sección Tribuna, 15 noviembre 2011, Año XXII (ISSN 1138-9907).

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. “La reforma de la LO 5/2010 y los delitos contra la seguridad vial.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999 (ISBN 84-8410-355-2).

MONTOYA, Mario. *Mafia y crimen organizado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004 (ISBN 950-894-473-0).

MORALES GARCÍA, Oscar. “Artículo 374.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa, 978-84-9903-742-4 Tomo II).

MORALES PRATS, Fermín. “Libro I: Título VII (Art. 130).” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005 (ISBN 84-9767-444-8).

- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010 (ISBN 978-84-9903-654-0).
- “Art. 305.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-742-4 Tomo II).

MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco.” En: GALGO PECO, Ángel (Dir.). *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° XIII, 2003 (ISSN 1134-9670 ISBN 84-96228-40-1).

- “Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.” En: BARRIENTOS PACHO, Jesús María (Dir.) *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: La nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 117, 2007 (ISBN 978-84-96809-39-0).
- “El decomiso: Regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España.” En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid, LEX NOVA, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-212-1).

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “Artículo 305.” En: COBO DEL ROSAL, Manuel; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Comentarios al Código Penal. Segunda época*. Madrid, CESEJ, 2006 (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa, 84-935216-0-4 Tomo X, Vol. I).

MÜLLER CREEL, Oscar Antonio. “La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa.” En: *Criterio Jurídico*. Santiago de Cali, Pontificia Universidad Javeriana, V. 9, N° 2, 2009-2 (ISSN 1657-3978).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 17° edición revisada y puesta al día, 2009 (ISBN 978-84-9876-616-5).

- *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 18° edición, 2010 (ISBN 978-84-9876-931-9).

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 7° edición revisada y puesta al día, 2007 (ISBN 978-84-8456-933-6).

- *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 8° edición revisada y puesta al día, 2010 (ISBN 978-84-9876-921-0).

MUÑOZ CUESTA, Javier. “El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2004*. Navarra, Editorial Aranzadi, Vol. N° 6, Tomo LXX, 2005 (ISBN 84-9767-996-2 (Vol. VI)/ ISSN 0210-5772).

NAVAS APARICIO, Alfonso. “Alcances e implicaciones económicas del crimen organizado internacional en Costa Rica: propuestas para la adopción de políticas públicas”. En: *Impacto del crimen transnacional en Centroamérica: los casos de Nicaragua y Costa Rica*. San José, FUNPADEM, 2007 (ISBN 978-9968-875-34-9).

- *Alcances e implicaciones del crimen organizado internacional en Panamá, Costa Rica, Nicaragua y Honduras: propuestas para la adopción de políticas públicas*. San José, Relaciones Externas de FUNPADEM, 2007 (Sin ISBN).

BIBLIOGRAFÍA

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid, Tecnos, 4ª edición, 2005 (ISBN 84-309-4246-7).

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010 (ISBN 978-84-9768-757-7).

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. “Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delicto, las costas procesales y las consecuencias accesorias.” En: GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2011 (ISBN 978-84-9982-820-6).

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. “Una propuesta de regulación del comiso.” En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, N° 14, Año 2005-2 (ISSN 1575-4022).

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “El comiso.” En: *Diario La Ley*. Madrid, Editorial La Ley, N° 5495, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2002, Año XXIII (ISSN 1138-9907).

- “Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal.” En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003 (ISBN 84-309-3921-0).

OLMEDO CARDENETE, Miguel. “Capítulo 32. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I).” En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, Dykinson, 2011 (ISBN 978-84-9982-813-8).

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid, Marcial Pons, 2004 (ISBN 84-9768-196-7).

ORTEGA MONTORO, Rodrigo. “La nueva regulación de los delitos urbanísticos en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2009.” En: *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Editorial La Ley, N° 4, Sección Actualidad, quincena del 28 febrero al 14 de marzo de 2010, Tomo I. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Navarra, Editorial Aranzadi, 10ª edición, 2010 (ISBN 978-84-9903-558-1).

ORTIZ DE ZÁRATE HIERRO, Francisco Javier. “La pena de comiso de vehículo de motor y ciclomotor en los delitos contra la seguridad del tráfico en el Código Penal tras

la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010.” En: *Revista Aranzadi Doctrinal*. Navarra, Editorial Aranzadi, N° 8, diciembre 2011 (ISSN 1889-4380).

PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1995 (ISBN 958-35-0077-1).

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 6° edición corregida y aumentada, Tomo I, 1888 (Sin ISBN).

PALOMO DEL ARCO, Andrés. “Asistencia internacional en la delincuencia económica.” En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Estudios de derecho judicial. (Ejemplar dedicado a: El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 61, 2004 (ISSN 1137-3520).

PAREJO ALONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición revisada y actualizada, 2010 (ISBN 978-84-9876-916-6).

PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad de acusado y presunción de inocencia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003 (ISBN 84-8442-751-X).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1986 (ISBN 84-600-4062-3).

PÉREZ CEBADERA, María-Ángeles. “Presunción de inocencia y decomiso: ¿Es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes? En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Dir.). *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Madrid, Editorial Colex, 2008 (ISBN 978-84-8342-114-7).

PÉREZ MACHÍO, Ana. “Artículo 431.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *Derecho Procesal Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2010 (ISBN 978-84-470-3388-1).

PERIS RIERA, Jaime Miguel; PLÁ NAVARRO, Cristina. “Artículo 127.” En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa 84-7130-974-2 Tomo IV).

PINO ABAD, Miguel. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999 (ISBN 84-7801-507-8).

PLAZA SANJUAN, Vicente. “Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito.” En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, La Ley, N° 17, Sección Estudios, Junio 2005 (ISSN 1697-5758).

BIBLIOGRAFÍA

POZUELO PÉREZ, Laura. “Los delitos contra la administración pública.” En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial ARANZADI, S.A., 3º edición, 2004 (ISBN 84-9767-444-8).

PUENTE ABA, Luz María. “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.” En: *Actualidad Penal*. Madrid, La Ley, N° 39, Tomo 2003-3 (correspondiente a los Números 31 a 47-48), 2003 (ISSN 0213-6562).

- “Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal.” En: *Panóptico: contra la cultura carcelaria (Dossier sobre La Contrarreforma Penal)*. N° 6, 2003 (ISSN 1135-9838).
- “El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena”. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional)*. Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, N° 10, 2006 (ISSN 1138-039 X).
- *La regulación del comiso en el Código Penal Español*. Buenos Aires, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico, 24 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/> (consulta hecha por última vez el 31 de agosto de 2012).

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch, Tomo II, Vol. III (ISBN 84-7162-902-X).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita.” En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. España: Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 1999 (ISBN 84-95089-31-9).

- *Parte General del Derecho Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2º edición, 2007 (ISBN 978-84-8355-390-9).
- “La reforma del comiso (art. 127 CP).” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010 (ISBN 978-84-9903-654-0).
- “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil.” En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 12-r2, 2010

(ISSN 1695-0194). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12.html> (consulta hecha por última vez el 2 de septiembre de 2012).

- *Parte General del Derecho Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 4º edición, 2010 (ISBN 978-84-9903-715-8).
- “Artículo 122”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo I, 6º edición y 1º con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-741-7 Tomo I).
- “Artículo 301.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6º edición y 1º con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-742-4 Tomo II).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; TAMARIT SUMALLA, Josep. “Libro I: Título V (Art. 109)”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4º edición, 2005 (ISBN 84-9767-444-8).

- “Libro I: Título V (Art. 111).” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4º edición, 2005 (ISBN 84-9767-444-8).

RAMÓN RIBAS, Eduardo. “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria.” En: *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, Nº XXIV, 2002-2003 (ISSN 1137-7550).

- “Libro I: Título VI (Art. 127)”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4º edición, 2005 (ISBN 84-9767-444-8).
- “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo I, 6º edición y 1º con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-741-7 Tomo I).

REBOLLO VARGAS, Rafael. “Receptación y blanqueo de capitales.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011 (ISBN 978-84-9004-122-2).

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. “Instrumentación cautelar del comiso.” En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá, Vol. 8, Nº 2, 2006 (ISSN 0124-0579).

BIBLIOGRAFÍA

- *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007 (ISBN 978-958-8298-56-6)

REVILLA REVILLA, Eusebio. “La pena de multa.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, Sección Doctrina, 1997, Tomo 4. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (consulta hecha por última vez el 2 de septiembre de 2012).

REY HUIDOBRO, Luis Fernando. “Consideraciones sobre la nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas.” En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, La Ley, Tomo 4, Doctrina, 1988 (ISSN 0211-2744).

- “Los delitos contra la salud pública en la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.” En: *Diario La Ley*. N° 6193, Sección Doctrina, 18 Febrero de 2005, Año XXV. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> (consulta hecha por última vez el 31 de agosto de 2012).

REYNA ALFARO, Luis Miguel. “La unificación del derecho penal: consideraciones a propósito del código penal tipo para Iberoamérica.” En: *Ensayos de Realidad Nacional*. Domingo 30 de diciembre de 2007. Disponible en: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-unificacin-del-derecho-penal.html> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

ROCHA DEGREEF, Hugo. *Presunciones e indicios en el juicio penal*. Buenos Aires, Ediar, 1989 (ISBN 950-574-078-6).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. “Detenciones no procedimentales penales. Retenciones y medidas de compulsión administrativa sobre las personas.” En: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (Dir.). *La instrucción del sumario y las diligencias previas. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998 (ISBN 84-89324-34-4 ISSN 1134-9670).

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003.” En: PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 3° edición, 2004 (ISBN 84-9767-444-8).

- “La política europea en materia de comiso.” En: TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.). *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. Monografía. Las sanciones penales en Europa*. Navarra, Editorial Aranzadi, N° 21, 2009 (ISBN 978-84-9903-187-3).
- “Artículo 431.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-742-4 Tomo II).

RODRÍGUEZ SOL, Luis. “La investigación de la delincuencia económica en el espacio judicial europeo.” En: *Diario La Ley*. N° 6278, Sección Doctrina, 21 de junio de 2005, Año XXVI. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

ROIG TORRES, Margarita. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-843-5).

ROJAS AMANDI, Víctor. *Los tratados internacionales sobre corrupción*. México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2770/8.pdf> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre 2012).

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956 (sin ISBN).

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal*. Traducción y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid, Reus, S.A., 1976 (ISBN 84-290-1243-5).

- *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 2° edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESA, Javier. Madrid, Civitas, Tomo I, 1997 (ISBN 8447009602).
- *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25° edición alemana hecha por CÓRDOBA, Gabriela E.; PASTOR, Daniel R. Revisada por MAIER, Julio B.J. Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L., 2000 (ISBN 987-9120-36-1).

RUEDA GARCÍA, Luis. “La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo.” En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.); ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.). *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009 (ISBN 978-84-9876-383-6).

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “El comiso.” En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*. Madrid, La Ley, 2012 (ISBN Edición Gráfica: 978-84-8126-470-8).

SAAVEDRA RUIZ, Juan. “Título VI. De las consecuencias accesorias.” En: CONDEPUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.); LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, Editorial Bosch, S.A., Tomo II, 2007 (ISBN 978-84-9790-316-5 Obra completa; ISBN 978-84-9790-318-9 Tomo II).

SAAVEDRA RUIZ, Juan (Dir.). *Código penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Madrid, Grupo El Derecho y Quantor, S.L., 2° edición actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, 2011 (ISBN 978-84-15145-98-1).

SALAS CARCELLER, Antonio. “Consecuencias accesorias.” En: POZA CISNEROS, María (Dir.). *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996 (ISSN 1134-9670).

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL. “Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado.” En: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.); NIETO MARTÍN, Adán (Coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Salamanca, Vol. II, 2001 (ISBN 84-8427-139-0 UCLM, ISBN 84-7800-870-5 EUS).

- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2005 (ISBN 84-9772-714-2).
- “Artículo 515.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).
- “Artículo 570 bis.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).
- “Artículo 570 ter.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).
- “Artículo 571.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos, 7º edición, 2011 (ISBN 978-84-309-5345-5).

SANTALUCÍA, Bernardo. *Derecho Penal Romano*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1990 (ISBN 84-87191-64-9).

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, Iustel, Tomo I, 2004 (ISBN 84-96440-00-1 Tomo I)

- *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, Iustel, Tomo II, 2004 (ISBN 84-96440-01-X Tomo II).

SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. “La reforma operada en el delito de blanqueo de capitales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.” En: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2008 (ISBN 978-84-9849-037-4).

- “La conducción manifiestamente temeraria. Balance de la reforma operada por la LO 15/2007 y cuestiones pendientes.” En: *Tráfico y Seguridad Vial*. N° 139, julio-agosto 2010 (ISSN 1139-4447). Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

SANZ MULAS, Nieves. “Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales).” En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, N° 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero 2008. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (Consulta realizada por última vez el 26 de junio de 2012).

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2007 (ISBN 978-84-8355-499-9).

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. “Artículo 374.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

SERRANO ALONSO, Eduardo; SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Manual de Derecho Civil. Curso I-Plan Bolonia*. Madrid, Edisofer S.L., 2011 (ISBN 978-84-96261-96-9).

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Dykinson, 15° edición, 2010 (ISBN 978-84-9849-919-3).

SILVA FORNÉ, Diego. “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador.” En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003 (ISBN 84-309-3921-0).

SILVA MELERO, Valentín. “Presunciones e indicios en el proceso penal.” En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, Instituto Editorial Reus, N° 1, Año LXXXIX, julio-agosto de 1944.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, Atelier, 3° edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, 2011 (ISBN 978-84-92788-48-4).

SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., Tomo I, 5° edición, 2008 (ISBN 978-84-470-3068-2).

TAMARIT SUMALLA, Josep. “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.” En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA

MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003 (ISBN 84-309-3921-0).

- “Artículo 385 bis.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6º edición, 1º con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa, 978-84-9903-742-4 Tomo II).
- “Artículo 515.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6º edición, 1º con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa, 978-84-9903-742-4 Tomo II).

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales del Derecho Penal Económico de la empresa*. Lima, Ara Editores, 2010 (ISBN 978-9972-238-70-3).

THOMPSON, E.A. *Los godos en España*. Traducido por FACI, Javier. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1971 (sin ISBN).

TIRVIÓ PORTÚS, Jordi. “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.” En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX (ISSN 0210-4296).

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII)*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1992 (ISBN 84-309-0173-6).

TORÍO LÓPEZ, Ángel. “Injusto penal e injusto administrativo. (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones).” En: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid, Editorial Civitas, Tomo III, 1991 (ISBN 84-7398-8620 Tomo III; 84-7398-8655 Obra completa).

TRAPERO BARREALES, María. *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-087-0).

VAELLO ESQUERDO, Esperanza. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 3º edición, 2010 (ISBN 978-84-9717-132-8).

VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando. “Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal.” En: *Revista Vía Iuris*. Bogotá, Fundación Universitaria Los Libertadores, N° 6, enero-junio 2009 (ISSN 1909-5759).

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. Madrid, Editorial La Ley, 2010 (ISBN 978-84-8126-651-1).

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid, La Ley, 1993 (ISBN 84-7695-122-1).

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010.” En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, N° 86, Sección Estudios, Octubre 2011. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

VERVAELE, John. “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?”. Traducción de LAZO LÓPEZ, María José; MORENO MORENO, Fernando. En: *Revista Penal*. Barcelona, Editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha. N° 2, 1998 (ISSN 1138-9168).

- “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos”. Traducción de BLANCO CORDERO, Isidoro. En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 14, semana del 5 al 11 de abril de 1999 (ISSN 0213-6562).

VICENTE Y CARAVANTES, José. *Código Penal Reformado; comentado novísimamente*. Madrid, Librerías de Don Ángel Calleja, editor, 1851 (sin ISBN).

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. “El comiso ampliado. Consideraciones constitucionales.” En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (Dir.); CUERDA ARNAU, María Luisa (Coord.). *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009 (ISBN 978-84-9876-547-2 Tomo II).

VILATA MENADAS, Salvador. “Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. (Comentario a la STC, 151/2002, de 15 de julio de 2002).” En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002*. Navarra, Editorial Aranzadi, Tomo III (Setiembre-Diciembre), 2003.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010 (ISBN 978-84-9903-654-0).

VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P. “Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura.” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 6314, Sección Doctrina, 8 de septiembre de 2005. Disponible en: laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. “El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos.” En: *Revista General de Derecho*

BIBLIOGRAFÍA

Penal. N° 6, noviembre 2006 (ISSN-e 1698-1189). Disponible en: <http://www.iustel.com> (consulta hecha el 15 de septiembre de 2012).

- “El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?” En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 6643, Sección Doctrina, Año XXVIII, 2 de febrero de 2007. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es> (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).
- “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas.” En: *Revista Penal*, N° 19, 2007 (ISSN 1138-9168). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/312/303> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).
- “Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal.” En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 13-02, 2011 (ISSN 1695-0194). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*. Madrid, Editorial Dykinson, 1996 (ISBN 84-8155-188-0).

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006 (ISSN 1134-9670 ISBN-10:84-96518-85-X ISBN-13: 978-84-96518-85-8).

- “El comiso de bienes.” En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords.). *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2008 (ISBN 978-958-8381-48-0).
- “Artículo 301.” En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).
- “Previo Sección 2ª”. En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal).” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coords.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2001 (ISBN 84-8410-608-X).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Comares, 2009 (ISBN 978-84-9836-479-8).

- “Lección 17. Las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad penal.” En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. Madrid, Iustel, Tomo I, 2010 (ISBN 978-84-9890-123-8 Tomo I; 978-84-9890-121-4 Obra completa).

JURISPRUDENCIA

TJCE

STJCE N° C-176/03 del 13 de septiembre de 2005.

TEDH

Caso Agosi contra Reino Unido. Sentencia de 24 de octubre de 1986. TEDH 1986\13.

Caso Salabiaku contra Francia. Sentencia de 7 de octubre de 1988. TEDH 1988\20.

Caso Welch contra Reino Unido. Sentencia de 9 de febrero de 1995. TEDH 1995\5.

Caso Air Canadá contra Reino Unido. Sentencia de 5 de mayo de 1995. TEDH 1995\15.

Caso Jamil contra Francia. Sentencia de 8 de junio de 1995. TEDH 1995\20.

Caso John Murray contra Reino Unido. Sentencia de 8 de febrero de 1996. TEDH 1996\7.

Caso Condrón contra Reino Unido. Sentencia de 2 de mayo de 2000. TEDH 2000\129.

Caso Quinn contra Irlanda. Sentencia de 21 de diciembre de 2000. TEDH 2000\169.

Caso J. B. contra Suiza, sentencia de 3 de mayo de 2001. TEDH 2001\322.

Caso Phillips contra Reino Unido. Sentencia de 5 de julio de 2001. TEDH 2001\435.

Case of Geerings v. The Netherlands. STEDH de 1 de junio de 2007. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

Caso Grayson y Barnham contra Reino Unido. Sentencia de 23 de septiembre de 2008. TEDH 2008\61.

Caso Krumpholz contra Austria. Sentencia de 18 de marzo de 2010. TEDH 2010\52.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

SENTENCIAS

6 de abril de 1962 (RA 1820/1962).

5 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4780).

13 julio 1985 (RJ 1985\4097).

2 octubre 1991 (RJ 1991\6977).

2473/1992 de 12 de noviembre.

659/1993 de 22 de marzo.

16 de junio de 1993 (RJ 1993\5160).

1992/1993 de 15 de septiembre.

BIBLIOGRAFÍA

1285/1994 de 21 de junio.
1375/1994 de 4 de julio.
244/1995 de 23 de febrero.
430/1995 de 22 de marzo.
522/1995 de 6 de abril.
1216/1995 de 29 de noviembre.
91/1996 de 7 de febrero.
56/1997 de 20 de enero.
594/1997 de 28 de abril.
1081/1997 de 23 de julio.
1/1997 de 28 de octubre.
227/1998 de 23 de febrero.
688/1998 de 26 de mayo.
1370/1998 de 16 de noviembre.
1240/1998 de 27 de noviembre.
398/1999 de 11 de marzo.
1842/1999 de 28 de diciembre.
195/2000 de 16 de febrero.
536/2000 de 27 de marzo.
543/2000 de 27 de marzo.
613/2000 de 10 de abril.
1184/2000 de 26 de junio.
1998/2000 de 28 de diciembre.
418/2001 de 12 de marzo.
20/2001 de 28 de marzo.
599/2001 de 10 de abril.
762/2001 de 30 de abril.
234/2001 de 3 de mayo.
1717/2001 de 27 de septiembre.
2029/2001 de 6 de noviembre.
468/2002 de 15 de marzo.
694/2002 de 15 de abril.
633/2002 de 21 de mayo.
998/2002 de 3 de junio.
1349/2002 de 19 de julio.
867/2002 de 29 de julio.
1528/2002 de 20 de septiembre.
1555/2002 de 30 de septiembre.
157/2003 de 5 de febrero.
198/2003 de 10 de febrero.
160/2003 de 24 de febrero.
343/2003 de 7 de marzo.
423/2003 de 17 de marzo.
928/2003 de 27 de junio.
1030/2003 de 15 de julio.
1592/2003 de 25 de noviembre.
1595/2003 de 29 de noviembre.

1679/2003 de 10 de diciembre.
475/2004 de 7 de abril.
883/2004 de 9 julio.
916/2004 de 16 de julio.
987/2004 de 13 de septiembre.
1002/2004 de 16 de septiembre.
1074/2004 de 18 de octubre.
9/2005 de 10 de enero.
33/2005 de 19 de enero.
415/2005 de 23 de marzo.
1040/2005 de 20 de septiembre.
1142/2005 de 20 de septiembre.
1103/2005 de 22 de septiembre.
94/2006 de 10 de febrero.
297/2006 de 6 de marzo.
392/2006 de 6 de abril.
952/2006 de 6 de octubre.
1012/2006 de 19 de octubre.
1146/2006 de 22 de noviembre.
77/2007 de 7 de febrero.
186/2007 de 15 de febrero.
202/2007 de 20 de marzo.
314/2007 de 25 de abril.
450/2007 de 30 de mayo.
483/2007 de 4 de junio.
859/2007 de 24 de octubre.
844/2007 de 31 de octubre.
99/2008 de 6 de febrero.
397/2008 de 1 de julio.
503/2008 de 17 de julio.
798/2008 de 12 de noviembre.
32/2009 de 7 de enero.
16/2009 de 27 de enero.
139/2009 de 24 de febrero.
231/2009 de 5 de marzo.
374/2009 de 10 de marzo.
324/2009 de 27 de marzo.
364/2009 de 8 de abril.
480/2009 de 22 de mayo.
686/2009 de 18 de junio.
1088/2009 de 26 de octubre.
1274/2009 de 18 de diciembre.
55/2010 de 26 enero.
569/2010 de 8 de junio.
753/2010 de 19 de julio.
911/2010 de 21 de octubre.
1148/2010 de 12 de diciembre.

BIBLIOGRAFÍA

11/2011 de 1 de febrero.
447/2011 de 25 de mayo.
547/2011 de 26 de mayo.
640/2011 de 21 de junio.
1044/2011 de 11 de octubre.
223/2012 de 20 marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

SENTENCIAS

31/1981 de 28 de julio.
62/1982 de 15 de octubre.
77/1983 de 3 de octubre.
174/1985 de 17 de diciembre.
169/1986 de 22 de diciembre.
107/1989 de 8 de junio.
145/1990 de 1 de octubre.
106/1993 de 22 de marzo.
205/1994 de 11 de julio.
123/1995 de 18 de julio.
92/1997 de 8 de mayo.
136/1999 de 20 de julio.
151/2002 de 15 de julio.
155/2002 de 22 de julio.
43/2003 de 3 de marzo.
135/2003 de 30 de junio.
263/2005 de 24 de octubre.
61/2005 de 14 de marzo.
219/2006 de 2 de julio.
220/2006 de 3 de julio.

AUTOS

125/2004 de 19 de abril.

JURISPRUDENCIA DE COSTA RICA

SALA CONSTITUCIONAL

1877/1990 de 19 de diciembre.
1739/1992 de 1 de julio.
5447/1995 de 4 de octubre.
5326/1998 de 24 de julio.
4638/1999 de 16 de junio.
5730/2001 de 27 de junio.
8565/2001 de 28 de agosto.

9376/2001 de 19 de septiembre.
12213/2001 de 28 de noviembre.
132/2002 de 16 de enero.
1466/2002 de 13 de febrero.
8265/2003 de 6 de agosto.
5301/2005 de 4 de mayo.
18486/2007 de 19 de diciembre.
16202/2010 de 28 de septiembre.
7783/2011 de 15 de junio.
9400/2011 de 20 de julio.

SALA PRIMERA (CIVIL)

712/2005 de 26 de septiembre.

SALA TERCERA (PENAL)

529/1994 de 12 de diciembre.
679/1996 de 8 de noviembre.
821/1996 de 23 de diciembre.
96/1997 de 7 de febrero.
289/1997 de 4 de abril.
74/1998 de 23 de enero.
770/1999 de 25 de junio.
1217/1999 de 24 de setiembre.
1522/1999 de 26 de noviembre.
290/2000 de 17 de marzo.
848/2000 de 31 de julio.
959/2000 de 25 de agosto.
40/2001 de 12 de enero.
512/2001 de 31 de mayo.
743/2001 de 27 de julio.
789/2001 de 20 de agosto.
175/2002 de 28 de febrero.
368/2002 de 26 de abril.
1323/2002 de 20 de diciembre.
1051/2003 de 21 de noviembre.
24/2004 de 23 de enero.
479/2004 de 14 de mayo.
545/2004 de 21 de mayo.
596/2004 de 28 de mayo.
1209/2004 de 22 de octubre.
1341/2004 de 26 de noviembre.
191/2005 de 18 de marzo.
548/2005 de 3 de junio.
888/2005 de 17 de agosto.
1013/2005 de 2 de setiembre.

BIBLIOGRAFÍA

1204/2005 de 26 de octubre.
1216/2005 de 26 de octubre.
1273/2005 de 14 de noviembre.
1417/2005 de 7 de diciembre.
41/2006 de 27 de enero.
420/2006 de 12 de mayo.
712/2006 de 7 de agosto.
787/2006 de 23 de agosto.
791/2006 de 23 de agosto.
863/2006 de 8 de setiembre.
599/2007 de 31 de mayo.
728/2007 de 20 de julio.
250/2009 de 13 de marzo.
139/2011 de 16 de febrero.
382/2011 de 8 de abril.
499/2011 de 11 de mayo.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO

113/2009 de 3 de abril.
2010/2010 de 14 de abril.
236/2010 de 9 de julio.
265/2010 de 10 de agosto.
250/2010 de 3 de octubre.
176/2011 de 10 de junio.
198/2011 de 30 de junio.
207/2011 de 21 de julio.
331/2011 de 4 de noviembre.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN

26/2010 del 26 de enero.
155/2010 de 16 de abril.
302/2010 de 6 de agosto.
127/2011 de 8 de abril.
138/2011 de 15 de abril.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ

462/1996 de 16 de agosto.
233/1997 de 21 de marzo.
622/1998 de 17 de septiembre.
76/2000 de 28 de enero.
629/2000 de 14 de agosto.
632/2000 de 14 de agosto.
92/2001 de 26 de enero.
231/2001 de 16 de marzo.

542/2001 de 20 de julio.
185/2002 de 1 de marzo.
864/2002 de 17 de octubre.
116/2003 de 13 de febrero.
757/2003 de 5 de agosto.
1073/2003 de 24 de octubre.
101/2004 de 12 de febrero.
117/2004 de 12 de febrero.
1238/2004 de 1 de diciembre.
463/2005 de 25 de mayo.
884/2005 de 8 de septiembre.
802/2006 de 9 de agosto.
1241/2006 de 24 de noviembre.
991/2008 de 30 de septiembre.
1016/2008 de 9 de octubre.
587/2010 de 28 de mayo.
637/2010 de 9 de junio.
1009/2010 de 31 de agosto.
825/2010 de 27 de octubre.
1334/2010 de 12 de noviembre.
1338/2010 de 12 de noviembre.
103/2011 de 28 de enero.
136/2011 de 2 de febrero.
1126/2011 de 30 de agosto.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIAS DE CARTAGO

371/2011 de 16 de diciembre.

NORMATIVA

NORMATIVA SUPRANACIONAL

Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. DOUE N° L 333, 09 de diciembre de 1998.

Acción común 98/733/JAI, 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. DOCE N° L 351, 29 de diciembre de 1998.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 270, 10 de noviembre de 1990.

BIBLIOGRAFÍA

Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Instrumento de Ratificación publicado en el BOE N° 171, 19 de julio de 2006.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 233, 29 de septiembre de 2003.

Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 252, 21 de octubre de 1998.

Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 155, 26 de junio de 2010.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Instrumento de ratificación por parte de España, BOE N° 243 de 10 de octubre de 1979.

Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. DOCE N° L 182, 5 de julio de 2001.

Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo. DOCE L 164 de 22 de junio de 2002.

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. DOUE N° L 68, 15 de marzo de 2005.

Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. DOUE N° L 328, 24 de noviembre de 2006.

Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. DOUE N° L 300 de 11 de noviembre de 2008.

Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. DOUE N° L 81 de 27 de marzo de 2009.

Protocolo adicional al CEDH. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Madrid, Imprenta Nacional, 1822.

Biblioteca Oficial Legislativa. Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928. Madrid, Editorial Reus S.A., Vol. XC, 1928.

Código Penal reformado con arreglo en las bases establecidas en la Ley de 8 de setiembre de 1932. Gaceta de Madrid, N° 310, 5 de noviembre de 1932.

Biblioteca Oficial Legislativa. Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932. Madrid, Editorial Reus S.A., Vol. XC, 1932.

Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE, N° 13, 13 de enero de 1945.

Código Penal, Texto revisado de 1963, modificado por Ley 3/1967, de 8 de abril. Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Boletín Oficial del Estado, 1970 (Sin ISBN).

Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Madrid, Editorial García Enciso, 1974.

Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea. BOE N° 311 de 28 de diciembre de 1964.

Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. BOE N° 187, 6 de agosto de 1970.

Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios. BOE N° 298 de 13 de diciembre de 1979.

Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE N° 12 de 14 de enero de 1999.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE N° 7, 8 de enero de 2000.

BIBLIOGRAFÍA

Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. BOE N° 129, 30 de mayo de 2003.

Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales. BOE N° 134, 6 de junio de 2006.

Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso. BOE N° 61, 11 de marzo de 2010.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, N° 280, 7 de octubre de 1882.

Ley Hipotecaria. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE N° 58, 27 de febrero de 1946.

LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. BOE N° 152, 27 de junio de 1983.

LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. BOE N° 296, 11 de diciembre de 1985.

LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE N° 74, 26 de marzo de 1988.

LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE N° 148, 22 de junio de 1989.

LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. BOE N° 308, 24 de diciembre de 1992.

LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia. BOE N° 307, 24 de diciembre de 1994.

LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 281, 24 de noviembre de 1995.

LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. BOE N° 297 de 13 de diciembre 1995.

LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003.

LO 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE N° 134, 6 de junio de 2006.

LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial. BOE N° 288, 1 de diciembre de 2007.

LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 152, 23 de junio de 2010.

LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. BOE N° 156, 1 de julio de 2011.

Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción. BOE N° 294 de 08 de diciembre de 1976.

Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas. BOE N° 55 de 05 de marzo de 1993.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE N° 276, 16 de noviembre de 2011.

CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL

FGE. Consulta 2/1986 de 21 de marzo, sobre ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal. Disponible en: <http://www.fiscal.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular 1/2002 de 19 de febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*. Disponible en: <http://www.fiscal.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular N° 1/2005, sobre aplicación de la Reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte). Disponible en: <http://www.fiscal.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular N° 2/2005 de 31 de marzo, sobre la Reforma del Código Penal en relación con los Delitos de Tráfico Ilegal de Drogas. Disponible en: <http://www.fiscal.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular 4/2010, *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*. Disponible en: <http://www.fiscal.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

BIBLIOGRAFÍA

FGE. Circular 7/2011, de 16 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Medio Ambiente y Urbanismo. Disponible en: <http://www.fiscal.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular 10/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial*. Disponible en: <http://www.fiscal.es> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

OTRAS DISPOSICIONES

Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997 (DOCE N° C 251 de 15 de agosto de 1997).

Plan de Prevención y Control de la Delincuencia Organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio. DOCE N° C 124 de 03 de mayo de 2000.

LEGISLACIÓN DE COSTA RICA

Código Civil. Ley N° 63 de 28 de setiembre de 1887. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=86586&strTipM=TC (consulta hecha por última vez el 30 de agosto de 2012).

Código General de la República de Costa Rica, emitido en 30 de julio de 1841. Nueva York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 2° edición anotada, adicionada y corregida, conforme a las leyes vigentes posteriores hasta el 31 de diciembre de 1857, 1858.

Código Penal de la República de Costa Rica, emitido por el Consejo Nacional, a iniciativa del Poder Ejecutivo y sancionado por éste el 27 de abril de 1880. San José, Imprenta Nacional, 1880.

Código Penal de 1924, de la República de Costa Rica. San José, Trejos Hermanos Editores, 1924.

Código Penal de 1941. Disponible en: <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 31 de agosto de 2012).

Código Penal de 1970. Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970. La Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970. Disponible en <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley No. 7130 de 21 de julio de 1989, publicado en La Gaceta No. 208 de 3 de noviembre de 1989.

Código Procesal Penal. Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996. La Gaceta N° 106 de 4 de junio de 1996. Disponible en <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949. Disponible en: <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Ley de Distribución de bienes confiscados o caídos en comiso. Ley N° 6106 de 7 de noviembre de 1977. Colección de Leyes y Decretos, II semestre de 1977, Tomo 3. Disponible en <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Ley Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Ley N° 8204 del 26 de diciembre de 2001. La Gaceta N° 8 de 11 de enero de 2002. Disponible en <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Ley contra la delincuencia organizada. Ley N° 8754 de 22 de julio de 2009. La Gaceta N° 143 de 24 de julio de 2009. Disponible en <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal. Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010. Alcance N° 10-A a La Gaceta N° 111 de 9 de junio de 2010. Disponible en <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 23 de agosto de 2012).

Reglamento de la Ley de Distribución de Bienes Confiscados o Decomisados, Decreto Ejecutivo N° 8539 del 25 de abril de 1978. La Gaceta N° 102 de 30 de mayo de 1978. Disponible en <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Reglamento de la Ley de Distribución de Bienes Confiscados o Decomisados. Decreto Ejecutivo N° 26132 de 8 de junio de 1997. La Gaceta N° 131 de 9 de julio de 1997. Disponible en <http://www.pgr.go.cr/Scij/> (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

LEGISLACIÓN DE OTROS PAÍSES

ALEMANIA

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Mai 2012 (BGBl. I S. 1084) geändert worden ist. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (consulta hecha por última vez el 1 de mayo de 2012).

BIBLIOGRAFÍA

German Civil Code. BGB. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0289 (consulta hecha por última vez el 27 de marzo de 2012).

German Criminal Code. Translation provided by Prof. Dr. Michael Bohlander. © 2011 juris GmbH, Saarbrücken. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 3 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Consulta hecha por última vez el 18 de mayo de 2012).

Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 30 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> (consulta hecha por última vez el 18 de mayo de 2012).

BRASIL

Código Penal de Brasil. Decreto-Lei Nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponible en: <http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf> (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

ITALIA

Codice penale. Disponible en: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36763> (consulta hecha por última vez el 16 de abril de 2012).

Legge 13 febbraio 2001, n. 45. "Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza." Disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/01045l.htm> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Legge 13 settembre 1982, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia. Disponible en: <http://www.normattiva.it> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Legge 31 maggio 1965, n. 575, denominada Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere. Disponible en: <http://www.normattiva.it> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Legge 7 agosto 1992, n. 356. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. Disponible en: <http://www.normattiva.it> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

PORTUGAL

Código Penal Portugués. Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf (consulta hecha por última vez el 26 de abril de 2011).

Lei Nº 5/2002, de 11 de Janeiro. Medidas de combate à criminalidade organizada. Disponible en http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

SUIZA

Código Penal del 21 de diciembre de 1937. Texto disponible en italiano en: http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_o/ (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Código Procesal Penal del 5 de octubre de 2007. Texto disponible en italiano en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=270815 (consulta hecha por última vez el 16 de septiembre de 2012).

COLOMBIA

Colombia. Ley de Extinción de Dominio Nº 793 de 27 de diciembre de 2002. Diario Oficial Nº 45046 de 27 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0793_2002.html (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

REINO UNIDO

Drug Trafficking Offences Act 1986. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/32/section/1/enacted> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Proceeds of Crime Act 2002. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents> (consulta hecha por última vez el 8 de septiembre de 2012).

BIBLIOGRAFÍA

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ley Federal de Extinción de Dominio de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFED.pdf> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

PERÚ

Perú. Decreto que regula el proceso de pérdida de dominio. Decreto Legislativo 992, de 22 de julio de 2007. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/decreto_legislativo_992.pdf (consulta hecha por última vez el 9 de septiembre de 2012).

OTROS

Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo. *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General. Tomo I. Antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos, índices. Tomo II. Actas.* Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973 (Sin ISBN).

Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Ley modelo sobre extinción de dominio.* Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/default_SPA.asp (consulta hecha por última vez el 16 de septiembre de 2012).

United Nations Office on Drugs and Crime. *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research report.* 2011. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf (consulta hecha por última vez el 5 de septiembre de 2012).

United Nations Office on Drugs and Crime. *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment.* 2010. Disponible en: <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/tocta-2010.html> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Council of Europe. *Organised crime situation report 2005. Focus on the threat of economic crime.* Strasbourg, 2005. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005_E.pdf (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

EUROPOL. *2005 European Union Organised Crime Situation Report.* The Hague, 2005. Disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2005/oct/europol-org-crim-public.pdf> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Informes sobre la actividad del Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Informes correspondientes a los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011. Facilitados por MONTERO DURÁN, Luis. Jefe de Área. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

FARALDO CABANA, Patricia. Intervención en el *XXIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca*. Mesa denominada “La reforma de los distintos tráfico ilícitos: criminalidad organizada, tráfico de personas y el nuevo delito de trata de seres humanos”. 25 de marzo de 2011.

Conclusiones de la Presidencia, *Consejo Europeo de Tampere*, 15 y 16 de octubre de 1999. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

MORA, Miguel; IRUJO, José María. “El niño mimado saquea Guinea.” En: *Diario El País*, 4 de marzo de 2012. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2012/03/04/actualidad/1330833751_310526.html (consulta hecha por última vez el 4 de marzo de 2012).

“Ataque terrorista en Londres.” *El País*. <http://www.elpais.com/comunes/2005/londres/> (consulta hecha por última vez el 20 de abril de 2012).

ESCRIVÁ, Ángeles. “ETA anuncia el cese definitivo de su 'actividad armada'”. En: *El Mundo*, 20 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/19/espana/1319034890.html> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Entrevista a Francisco Caamaño, Ministro de Justicia. Publicada en *Diario La Ley. Especial Reforma del Código Penal*. Editorial La Ley, N° 7534, Sección Tribuna, jueves 23 de diciembre de 2010, Año XXXI (ISSN 1138-9907)

“Álem saca provecho todavía a bodega donde almacenó droga.” En: *La Nación*. 18 de febrero de 2012. Disponible en: [.nacion.com/2012-02-18/Sucesos/Alem-saca-provecho-todavia-a-bodega-donde-almaceno-droga.aspx](http://www.nacion.com/2012-02-18/Sucesos/Alem-saca-provecho-todavia-a-bodega-donde-almaceno-droga.aspx) (consulta hecha por última vez el 18 de febrero de 2012).

SIU LANZAS, María. “10 familias controlan contrabando de licor.” En: *Diario Extra*, viernes 17 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.diarioextra.com/2012/febrero/17/nacionales10.php> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

BIBLIOGRAFÍA

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición. Disponible en <http://rae.es/rae.html> (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).