

EDUARDO RAMÓN RIBAS

**Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de las Islas Baleares**

**La transformación jurídica del comiso:
de pena a consecuencia accesoria**

SUMARIO

1. REGULACIÓN GENERAL DEL COMISO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. 1.1 Normativa vigente. 1.2 La reforma de noviembre de 2003. **2. NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISO: SU CONFIGURACIÓN COMO CONSECUENCIA ACCESORIA.** 2.1 El comiso como pena accesoria. 2.2 El comiso como consecuencia accesoria. 2.3 Significación penal del comiso: tercera vía. **3. FUNDAMENTO Y PRESUPUESTOS.** 3.1 Consideraciones generales. 3.2 El comiso como medida postdelictiva. 3.3 La peligrosidad objetiva del bien como presupuesto del comiso. **4. FUNCIÓN.** **5. LOS PRESUPUESTOS DEL COMISO DESPUÉS DE LA REFORMA.** 5.1 La infracción de la norma. 5.2 Tipicidad y comiso. ¿Accesoriedad mínima?. **6. BREVE REFERENCIA A OTROS ASPECTOS DE LA REFORMA**

1. REGULACIÓN GENERAL DEL COMISO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

1.1 Normativa vigente

El régimen jurídico-penal del comiso se contiene, con carácter general, en los artículos 127 y 128 del Código Penal, incluidos en el Título VI del Libro I bajo la denominación de *consecuencias accesorias*¹. El primero de estos preceptos, vigente hasta el 30 de septiembre de 2004², establece lo que sigue:

«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

-
- 1 Además de esta regulación general, en el Código Penal existen regímenes especiales (o reglas específicas) del comiso, entre los cuales destaca el establecido, en materia de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, por el artículo 374, vigente, como el artículo 127, hasta el 30 de septiembre de 2004.
 - 2 El 1 de octubre de 2004 está prevista la entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Entre las materias afectadas se halla el comiso, cuya nueva regulación será comentada, en alguno de sus aspectos esenciales, en el presente trabajo.

los otros serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito³ 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. »

La previsión genérica del comiso de ganancias, “y no exclusivamente para los delitos de tráfico de drogas y de cohecho, como ocurría con anterioridad”, constituye una de las novedades más importantes de la regulación del comiso en el Código Penal aprobado en 1995⁴, especialmente teniendo en cuenta su indudable proyección en la lucha contra la criminalidad organizada y la criminalidad de empresa⁵ ⁶. La

3 “El tercero beneficiado con la excepción no puede ser responsable del delito, lo que es una obviedad traída de los viejos textos, pues entonces no sería tercero”. Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, en *Actualidad Penal*, 1997, pág. 533.

4 Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, Valencia 2000, pág. 63.

5 Según NACIONES UNIDAS (“Prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional”, en *Revista internacional de política criminal*, núms. 41 y 42, 1993, pág. 15), el comiso es un arma estratégica, un poderoso desincentivo económico de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias, y un medio de identificar y eliminar las ventajas financieras “y el consiguiente poder de la conducta antisocial”.

Subraya también el citado protagonismo del comiso de ganancias en la lucha contra la criminalidad organizada AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., págs. 66 y ss. Dicho protagonismo, reflejado en diversos instrumentos internacionales –así, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988–, ha motivado que algunos autores hayan aludido a la *tercera dimensión* que incorpora el comiso en la prevención de delitos (en este sentido, HUBER, “El comiso de ganancias en el Derecho Penal, con especial referencia a la legislación sobre drogas”, en *Actualidad Penal*, 1990, pág. 348) o lo hayan adjetivado como una *cuarta vía* (cfr. PIETH/NATERER, “Schweiz”, en *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Bestansaufnahme und Perspektiven im internationalen Vergleich*, Freiburg i. Br., 1997, pág. 106, citado por AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., pág. 67, nota 187) o *dimensión* (cfr. EBERBACH, “Zwischen Sanktion und Prävention-Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB”, en *NSZ*, 1987, pág. 487).

ausencia de dicha previsión, reclamada desde la doctrina⁷, y cubierta «interina» y parcialmente, según algunos autores⁸, mediante la responsabilidad civil⁹ e, incluso, la multa¹⁰, no

Con el comiso de ganancias, sobre cuya evolución puede consultarse el artículo de VERVAELE “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos”, trad. por Blanco Cordero, en *Actualidad Penal*, 1999, núm. 14, pág. 292, se pretende, “en definitiva...evitar que dichas ganancias sean utilizadas para cometer otros delitos, o para corromper –entre otros a políticos o funcionarios, empresarios o testigos-, o bien evitar que se reinviertan en el circuito económico del país para integrarlas de nuevo en el sistema financiero. Sin embargo, con la supresión de estas ganancias no sólo se pretende conseguir un efecto preventivo especial. Aparte de tratar de evitar que las ganancias sirvan como capital de inversión, lo que se pretende es que tenga un efecto preventivo general, es decir, que se transmita a los delinquentes la idea de que a través de la comisión de estos hechos delictivos no van a enriquecerse”. Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., pág. 71. Destaca también esta función preventivo-general ESER, “Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kamp gegen die organisierte Kriminalität? Kritische Bemerkungen zu aktuellen Reformbemühungen”, en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Stree und Wessels zum 70 Geburtstag*, Heidelberg 1993, pág. 835.

Monográficamente sobre el comiso de ganancias como medio de lucha contra la criminalidad organizada, VAN DE REYT/VAN KALMTHOUT, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Bestandsaufnahme und Perspektiven im internationalen Vergleich*, Freiburg i. Br. 1997.

- 6 Partiendo de la inicial identificación del comiso de ganancias como medio de lucha contra la criminalidad organizada y, en especial, el narcotráfico, cuyo valor ha sido ampliamente aceptado a nivel internacional, su uso se ha extendido a otros muchos delitos no relacionados con las drogas. “Y es que toda forma de delincuencia con motivación económica se presta al comiso”. Cfr. FARALDO CABANA, “El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas”, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pág. 253.
- 7 Vid., en este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso en el Proyecto de Código Penal”, en *ADPCP* 1981, págs. 619 y ss; *Las penas patrimoniales en el Código Penal español (Tras la Ley Orgánica 8/1983)*, Barcelona 1983, pág. 267.
- 8 Vid., en este sentido, AGUADO CORREA, *El comiso*, Valencia 2000, pág. 64.
- 9 Vid. GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Barcelona 1986,

impidió, sin embargo, que Jueces y Tribunales decretaran el comiso de ganancias, consumando una práctica severamente criticada por MANZANARES SAMANIEGO, que la calificó como una “*generalizada corruptela de nuestros tribunales*”, pues olvidaba que en el comiso “*no se incluían ni las ganancias ni las cosas sólo relacionadas con la acción*”¹¹.

El artículo 128, por su parte, prevé la posibilidad de que el comiso se decrete sólo parcialmente o, incluso, no se decrete, “*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*”.

1.2 La reforma de noviembre de 2003

El día 1 de octubre de 2004 entrará en vigor, según prevé su Disposición Final Quinta, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y, por consiguiente, el nuevo artículo 127, compuesto por cuatro números¹², y cuyo contenido es el siguiente:

«1. *Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado*

págs. 100 a 103; este mismo autor califica posteriormente dicha vía como *inadecuada* en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* –1998–, ob. cit., págs. 382 y 383.

- 10 MUÑOZ CONDE alude, en efecto, tanto a la responsabilidad civil cuanto a la multa como formas de privación de las ventajas patrimoniales conseguidas ilícitamente, en JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Adiciones de Derecho español*, trad. por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. II, Barcelona 1981, pág. 1110.
- 11 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, ob. cit., pág. 536.
- 12 Mientras el 1 y 4 reproducen, con algunas modificaciones, el actual artículo 127, los números 2 y 3 incorporan previsiones absolutamente novedosas.

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 párrafo 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.»

2. Naturaleza jurídica del comiso: su configuración como consecuencia accesoria

2.1 El comiso como pena accesoria

Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en mayo del año siguiente, el comiso tenía la consideración de *pena* y, más concretamente, de *pena accesoria*¹³, pues en estos términos

13 “No se trata tan sólo de que hasta 1995 se le considerara como tal, sino de que era la pena accesoria «por excelencia»”. Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, “Comentario al Artículo 127 del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Tomo IV, Artículos 95 a 137, Madrid 2000, pág. 988.

se refería a él el artículo 27 del Código Penal de 1973¹⁴. Su regulación general se hallaba en el artículo 48 del mismo texto penal¹⁵, del siguiente tenor:

«Toda pena que se impusiere por un delito o falta¹⁶ 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 pertenecieren a un tercero no responsable del delito¹⁷. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades¹⁸ 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.»

Consecuencia destacada de su configuración como *pena* era el sometimiento del comiso al principio de personalidad de las penas y, por consiguiente, la imposibilidad de dirigirse contra terceros ajenos al delito o falta. Dicho de otro modo, la declaración de responsabilidad penal de un sujeto era un requisito necesario para que el comiso operara sobre bienes de su titularidad.

14 El artículo 27 del CPA clasificaba las penas en *penas graves, penas leves, penas comunes a los dos clases anteriores y pena accesoria*, calificando como tal la *pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito*, mientras el art. 48 del citado Código Penal establecía, como veremos inmediatamente, el régimen jurídico de aquella *pena accesoria*.

15 Ubicado en la Sección 3ª (*Penas que llevan consigo otras accesorias*) del Capítulo III (*De la duración y efectos de las penas*) del Título III (*De las Penas*) del Libro Primero (*Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas*) del anterior Código Penal.

16 Sin necesidad de que éstos fueran *dolosos*.

17 La excepción no está limitada, como sucede actualmente, por la exigencia de que el tercero sea de *buena fe y hubiere adquirido legalmente los bienes*.

18 El Código omitía caracterizar dichas responsabilidades como *civiles*.

Constituida la comisión de un delito o falta, esto es, la infracción culpable y punible de una norma penal, en presupuesto del comiso, la incapacidad criminal de las personas jurídicas o entes supraindividuales determinaba su imposible caracterización como sujetos pasivos del comiso, cuyo ámbito de aplicación subjetivo se reducía, por ello, a las personas físicas.

La circunstancia subrayada, advertida por GRACIA MARTÍN, le llevó a afirmar que en nuestro anterior Código Penal “se producía de «lege lata» una laguna ante la imposibilidad de aplicación del comiso de los instrumentos y efectos del delito en los casos de comisión de un delito a través de una persona jurídica con instrumentos que pertenecieran exclusivamente a ésta o que produjera efectos para ella, pues la persona jurídica es, por un lado¹⁹, un tercero con respecto al responsable del delito, y por otro lado, aquélla no puede ser nunca responsable del delito, dado que en nuestro Derecho rige sin excepciones el principio «societas delinquere non potest», es decir, el principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas”²⁰.

Cabe afirmar, en conclusión, que el régimen del comiso era sumamente rígido, pues requería siempre la realización antijurídica y culpable de un hecho típico, y ello, además, por parte de cada uno de los titulares de los bienes adjetivados como instrumentos, efectos o ganancias del delito, sin que, por lo demás, pudiera alcanzar, en ningún caso, a bienes propios de personas jurídicas.

2.2 El comiso como consecuencia accesoria

En el vigente Código Penal, por el contrario, el comiso *pierde* su carácter de pena y *adquiere*, como hemos visto, el de

19 *Necesariamente*, dada su incapacidad, de acuerdo con el vigente Derecho positivo español, para cometer infracciones criminales.

20 Vid. GRACIA MARTÍN, “Las consecuencias accesorias”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, coord. Luis Gracia Martín, Valencia 2000, págs. 391 y 392.

*consecuencia accesoria*²¹, surgiendo la necesidad de determinar la naturaleza de esta nueva categoría jurídica.

En cualquier caso, liberado de su carácter de pena, el comiso adquiere una mayor flexibilidad en su imposición²², extendiendo su alcance tanto en términos *objetivos*, pues ahora abarca también, como adelantábamos, las ganancias²³, cuanto

-
- 21 En opinión de MAPELLI CAFFARENA este cambio pone de manifiesto “*que el legislador ha querido distanciar las consecuencias accesorias de la pena*”. Cfr. MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, n° 1, julio 1997, pág. 48. Vid. también, en este sentido, AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., págs. 30 y ss; MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, ob. cit., págs. 522-523; GRACIA MARTÍN, “Las consecuencias accesorias”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito -2000-*, pág. 389; PRATS CANUT/MORÁN MORA, “Comentario al artículo 128 del Código Penal”, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona 2001, págs. 614-615; GUINARTE CABADA, “Comentario al artículo 127 del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, coord. Tomás S. Vives Antón, Valencia 1996, pág. 657; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General -1998-*, ob. cit., pág. 796; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid 1996, pág. 57; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General -2000-*, ob. cit., pág. 689; JORGE BARREIRO, “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coords. Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac, Valencia 1997, págs. 118 y 119; LAMO RUBIO, *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Barcelona 1997, págs. 402 y ss; GARCÍA VICENTE/SOTO NIETO/ de LAMO RUBIO/GUILLÉN SORIA, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Barcelona 1998, págs. 349 y ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA, “Comentario al Título VI del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Tomo IV, Artículos 95 a 137, Madrid 2000, pág. 944; PERIS RIERA/PLÁ NAVARRO, “Comentario al Artículo 127 del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Tomo IV, Artículos 95 a 137, Madrid 2000, págs. 948 y ss.
- 22 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, ob. cit., pág. 531.
- 23 Extensión ésta que, sin embargo, no está directamente vinculada con la naturaleza jurídica actual del comiso.

subjetivos, ya que puede afectar a bienes cuya titularidad corres-
ponde a terceros penalmente irresponsables²⁴.

Precisamente en esta extensión subjetiva observa MANZANARES SAMANIEGO un importante retroceso de la normativa española, consecuencia directa de la ampliación desmesurada del comiso en relación con las pertenencias del tercero²⁵. Subraya, a propósito de ello, que el StGB no autoriza de modo general, y sí sólo en forma de excepción, el comiso de bienes pertenecientes a terceros, indicando, en concreto, que, en relación con los instrumentos y productos del delito²⁶, el Código Penal alemán sólo admite en dos supuestos el comiso de cosa o derecho de propiedad de un tercero^{27 28}, y lo mismo acontece con respecto a las ganancias, cuyo comiso, en principio

-
- 24 Constituido el comiso de ganancias en un decisivo instrumento de política criminal era preciso, obviamente, extender su alcance subjetivo y no limitar su imposición a quienes resultaren ser penalmente responsables, especialmente dada la vigencia del principio *societas delinquere non potest*.
- 25 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., pág. 532. Textualmente afirma este autor que "*con todo, es precisamente en la consideración –o desconsideración– del tercero donde la nueva normativa española no sólo no avanza, sino que retrocede*". En sentido contrario, AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., pág. 51. En su opinión resulta criticable la amplia protección que en nuestro Código Penal se le otorga al tercero de buena fe en los casos en los que procede el comiso de efectos e instrumentos o *comiso de seguridad*: "*dicha protección no está demasiado justificada desde el punto de vista del fundamento y finalidad de dicha consecuencia accesoria que la acerca a las medidas de seguridad*".
- 26 Cuyo comiso sólo es posible, según el parág. 74 del StGB, cuando se haya cometido un delito doloso.
- 27 "*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 (...) 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 (...) 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*". Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., pág. 524.
- 28 "*Y algo similar sucede en el Código Penal portugués*". Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., pág. 532.

dirigido únicamente contra los autores o partícipes del hecho antijurídico²⁹, puede dirigirse también contra terceros en dos casos excepcionales, recogidos en los párrafos tercero y cuarto del parágrafo 73 del StGB³⁰.

En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, “el planteamiento español es”, en cambio, “muy distinto. 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 sus 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 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 pureza de sangre en cuanto a la adquisición de la cosa”^{31 32}.

29 A diferencia de lo establecido para el comiso de efectos e instrumentos ahora no es precisa la comisión de un delito, pues el parág. 73 del StGB se conforma con la antijuridicidad del hecho.

30 En el citado párrafo tercero se establece la primera excepción, referida a la actuación por otro. Se trata en este caso de la pérdida de la ganancia patrimonial obtenida por una persona que no fue autora o partícipe del hecho, pero que, “*en definitiva, se benefició directamente de la actuación de aquéllos, y eso con independencia absoluta de la naturaleza jurídica de la relación que les uniera. Se habla entonces de la «cláusula del representante», aplicable sobre todo en los ámbitos sociales y económicos en los que la pérdida de la ganancia cobra mayor interés. El enriquecimiento de esos terceros –personas jurídicas en muchas ocasiones– constituye con frecuencia la motivación en áreas muy importantes de la criminalidad más o menos organizada, o simplemente empresarial*”.

La segunda excepción, prevista en el párrafo cuarto del parágrafo 73, se refiere a supuestos en que fue precisamente el tercero quien proporcionó o prometió la ventaja patrimonial al interviniente en el injusto tipificado. En concreto, esta excepción conoce dos modalidades, pues aquel precepto sitúa “*junto a la ventaja patrimonial «por el hecho» la concedida «con conocimiento de las circunstancias del hecho»*”. Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, ob. cit., págs. 528 y 529.

31 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, ob. cit., págs. 533.

32 A mi juicio, aunque efectivamente la exclusión del comiso en relación con los bienes del tercero se prevé formalmente como excepción, ésta se configura

La modificación del régimen jurídico del comiso, capaz de alcanzar ahora a *terceros*, responde, por tanto, a un cambio previo, favorablemente acogido por la doctrina³³, en su conceptualización y, consiguientemente, en su naturaleza jurídica. Aunque su actual consideración como *consecuencia accesoria* no explica qué es exactamente el comiso³⁴, dejando abierto, por tanto, un importante debate³⁵, sí evidencia que no se trata ya de una pena, sino de una *nueva* consecuencia del delito³⁶, no sometida a los principios de personalidad o culpabilidad, característicos de la sanción con la que comúnmente se identifica este sector del

con una proyección *general*: no cabe el 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*.

- 33 MANZANARES SAMANIEGO (“La pena de comiso en el Proyecto de Código Penal”, ob. cit., pág. 617) y GRACIA MARTÍN (*Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, ob. cit., pág. 96) habían denunciado que de la caracterización del comiso como pena se derivaban los problemas de mayor gravedad que esta consecuencia generaba, problemas que el legislador ha intentado salvar, si bien sin éxito en gran medida, en opinión de AGUADO CORREA (*El comiso*, ob. cit., pág. 33), con su nueva configuración.
- 34 Más allá, por supuesto, de informar que no constituye ya una pena, siquiera *accesoria*, y sí, junto con las medidas previstas en el artículo 129, una *consecuencia accesoria*.
- 35 “La doctrina más reciente acentúa precisamente como uno de los principales rasgos de esta nueva categoría la discutibilidad de su naturaleza dada la imposibilidad de ser consideradas penas, ni medidas de seguridad, ni medidas reparadoras de daños y perjuicios, ni medidas de carácter administrativo”. Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, “Comentario al Título VI del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 944.
- 36 Subrayo el término *nueva* porque si bien el comiso era ya una consecuencia conocida por el Derecho Penal, no existía en su configuración jurídica actual, claramente diferenciada de la pena.

Derecho, pero sí, expresamente en relación con alguna de sus modalidades, al de proporcionalidad³⁷.

Es importante subrayar que los cambios introducidos por la Ley Orgánica 10/1995 nacieron precisamente con la pretensión, *en parte conseguida*³⁸, de hacer más flexible, más ágil, un instrumento hasta entonces, según he comentado, excesivamente rígido³⁹ como consecuencia de su configuración como pena accesoria⁴⁰. 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

37 El principio de proporcionalidad en sentido estricto, uno de los tres subprincipios en que se descompone el principio de proporcionalidad en sentido amplio, ha sido objeto de reconocimiento explícito, con respecto al comiso de efectos e instrumentos, en el artículo 128 del CP. El fundamento de dicho reconocimiento se encuentra, como subraya AGUADO CORREA (*El comiso*, ob. cit., pág. 54), en el hecho de que se trata de una consecuencia que supone una gravísima intromisión en la esfera patrimonial del sujeto afectado. Aunque dicho reconocimiento expreso se limita, como hemos visto, al comiso de efectos e instrumentos, limitación cuyo fundamento podría radicar, según apunta la citada autora (ob. ult. cit., págs. 84 y 85), en la distinta función que corresponde a aquel comiso y al de ganancias, lo cierto es que *“nada impide que también en estos casos rija el principio constitucional de proporcionalidad”* (pág. 85), si bien los límites de él derivados serán distintos a los que disciplinan el comiso de efectos e instrumentos. Al respecto, y siguiendo la regulación establecida en el párrafo 73 c 1 inciso 1º StGB, entiende que sería deseable la introducción, en nuestro sistema legal, de una cláusula que autorizara no decretar el comiso de ganancias cuando pudiese resultar de una injusta dureza para el afectado (pág. 87).

38 Realizo esta puntualización porque, como veremos posteriormente, la imposición del comiso está sometida a presupuestos que le confieren aún hoy una evidente rigidez.

39 Respondo, así, a la pregunta planteada por FERNÁNDEZ PANTOJA (*“Comentario al Título VI del Código Penal”*, en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 943) cuando analiza la problemática relativa a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: *“¿por qué el comiso deja de ser una pena accesoria para pasar a ser una «consecuencia», agravando todavía más la polémica que lo rodea?”*.

40 En este sentido, vid., por ejemplo, GRACIA MARTÍN (*Lecciones de consecuencias jurídicas del delito -2000-*, ob. cit., pág. 391), a cuyo juicio, *“los problemas que planteaba”* la regulación del comiso se derivaban *“de su configuración formal como una auténtica pena”*.

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 antijuridicidad del comportamiento, anulaba la operatividad del comiso, pues su *accesoriedad* lo era respecto de una pena principal⁴¹, dependiendo su imposición de la previa comisión, de forma responsable, de un injusto individual⁴².

Pese a que este último requisito, la necesidad de declarar la culpabilidad penal del sujeto titular del bien en principio decomisible, parece subsistir tras la promulgación del Código Penal de 1995, pues aún es precisa la imposición de una pena y,

41 Manteniendo “*como presupuesto para la aplicación del comiso, la imposición de una pena*”, su “*accesoriedad se vincula, no a la comisión de un hecho antijurídico, sino al establecimiento en la sentencia de una clase determinada de sanción penal: una pena*”. Vid. GUINARTE CABADA, “Comentario al artículo 127 del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob. cit., pág. 657

42 “*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 imputable, es un sujeto incapaz de culpabilidad, pues en tal caso no se le habrá podido imponer ninguna pena*”. Vid. GRACIA MARTIN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito - 2000-*, pág. 395.

En el mismo sentido, GUINARTE CABADA, “Comentario al artículo 127 del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob. cit., pág. 657: “*Con esa solución permanecen vivos los problemas relativos a la imposibilidad de decretar la sanción de comiso cuando la pena no llegue efectivamente a imponerse (solución que estimamos inadecuada), bien porque concorra una causa de inculpabilidad, y se imponga, en su caso, una medida de seguridad, bien porque concorra una excusa absolutoria o una causa de extinción de la responsabilidad penal, y no proceda la condena. No parece, sin embargo, que el presupuesto haya de llevarse hasta el extremo de entender no aplicable el comiso cuando exista alguna causa que impida la ejecución de la pena realmente impuesta en la sentencia (por ejemplo, en los casos de ausencia del reo, muerte sobrevenida a la condena, etc.), pues en esos casos la pena ha sido formalmente impuesta (por la sentencia)*”.

consecuentemente, la comisión de un delito o falta (doloso) en sentido estricto⁴³, lo cierto es que 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. Es suficiente, en fin, la declaración de responsabilidad criminal de una sola persona para que opere el comiso sin necesidad de sujetarse a las exigencias que imponía el obligado respecto al principio de personalidad de las penas⁴⁴.

De esta forma, mientras las penas sólo pueden imponerse a la persona física que cometió el delito, el comiso, que presupone también la imposición, por haber cometido un delito o falta, de una pena a una persona física, no se dirige contra ésta, sino contra el bien, pertenezca éste, o no, a dicha persona física. Si son varios los bienes decomisables, y distintos los titulares de cada uno de dichos bienes, la imposición de una pena autorizará el comiso en relación con todos ellos, pues el comiso «persigue»

43 Hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

44 Como indica AGUADO CORREA (*El comiso*, ob. cit., pág. 33), “*dado el carácter personalísimo que se predica de las penas y la transmisión de la propiedad al Estado que implica, el comiso de efectos e instrumentos exclusivamente podía recaer sobre cosas que fuesen propiedad del que hubiere sido condenado como responsable criminal, excluyéndose del comiso aquellos efectos o instrumentos que fuesen propiedad de un tercero que no hubiese sido declarado responsable criminal en concepto de autor, cómplice o encubridor*”.

El propio Tribunal Constitucional, en Sentencia de 8 de marzo de 1997, afirmó que “*de la configuración del comiso como una sanción penal accesoria...se derivaba, debido a las exigencias del principio de culpabilidad, entre otras consecuencias, la de que sólo podría imponerse al sujeto responsable del ilícito penal y, ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad. En modo alguno...podrían ser decomisados los instrumentos del delito que, aun habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran a un tercero no responsable de la infracción penal*”.

al bien y no a su titular, aun cuando será éste, en última instancia, el afectado por aquella medida.

El decomiso de todos los bienes que fueren efectos, instrumentos o ganancias del delito sólo halla, salvo lo previsto en el artículo 128⁴⁵, un límite: que el titular del bien fuere un tercero de buena fe no responsable del delito⁴⁶.

Tercero no responsable del delito, potencialmente afectado por el comiso, lo será todo sujeto penalmente irresponsable⁴⁷ al que pertenecieren los instrumentos y efectos del delito o las ganancias que hubiese generado, con independencia de que se trate de una persona física o jurídica. Excluir a esta última del ámbito de aplicación subjetiva del comiso ni resulta obligado⁴⁸, ni sería, a mi juicio, 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,

-
- 45 Que, recordemos, permite no decretar el comiso, o sólo decretarlo parcialmente, cuando, tratándose de efectos e instrumentos del delito de lícito comercio, su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles.
- 46 Que lo hubiere adquirido legalmente. Este requisito, considerado *poco afortunado* por MANZANARES SAMANIEGO (“Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, ob. cit., pág. 533), debe entenderse, como indica GUINARTE CABADA (*Comentarios al Código Penal de 1995*, ob. cit., págs. 662 y 663), “no como una exigencia de cumplimiento de todas las formalidades legales para que la cosa no pueda ser reivindicada con éxito por un tercero, sino como alusiva a una adquisición no penal o administrativamente ilegal”. En este último sentido, vid. también SALAS CARCELLER, “Consecuencias accesorias”, en *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, Madrid 1996, pág. 331.
- 47 Deben incluirse aquí no sólo terceros en principio desvinculados del delito, sino también quienes, siendo autores o partícipes, fueron absueltos por ausencia de antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad.
- 48 Antes al contrario. Piénsese que la persona jurídica, excluida la posibilidad de configurarse como *actor* del delito y, consecuentemente, hablar de ella, con respecto a aquél, *en primera persona*, sólo puede considerarse, en relación con la titularidad subjetiva de la infracción criminal (bien sea en concepto de autor, bien en concepto de partícipe), como un *tercero* que, eso sí, puede ser, o no, de *buena fe*.

mediante su transmisión a personas jurídicas⁴⁹, de los instrumentos y efectos del delito, así como de las ganancias derivadas de éste.

Debe tenerse presente, además, como apunta MANZANARES SAMANIEGO, que el enriquecimiento (o ganancias) de terceros, habitualmente personas jurídicas, constituye precisamente, con gran frecuencia, la motivación en áreas muy significativas de la criminalidad más o menos organizada, o simplemente empresarial⁵⁰.

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.

49 Vid., en este sentido, WEIGEND, "Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", trad. de J.L. de la Cuesta Arzamendi, en RIDP, vol. 68, núms. 3-4, 1997, pág. 563: "una de las características del crimen organizado reside en que los beneficios son a menudo transferidos de manera muy rápida por el autor originario a otras partes de la organización donde son difíciles de detectar".

50 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., págs. 528 y 529. En el mismo sentido CORREA AGUADO, *El comiso*, ob. cit., pág. 102; WEIGEND, "Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", ob. cit. págs. 563 y 564. Subraya este último autor que *sorprendentemente*, la mayor parte de los sistemas jurídicos que mantienen la tradicional limitación de la responsabilidad penal a las personas físicas han aceptado, de una u otra forma, la idea de que los productos del crimen en posesión de personas jurídicas pueden ser objeto de confiscación, circunstancia ésta que considera de especial relevancia: "*dado que la razón de ser del crimen organizado es la realización de beneficios, la lucha contra el mismo no puede verse coronada por el éxito si los esfuerzos desplegados por el Estado para alcanzar los bienes adquiridos de forma ilegal se limita a los «actores de primera línea» que cometen realmente los delitos. Por esta razón, es importante crear y aplicar herramientas jurídicas que permitan alcanzar los beneficios procedentes del crimen en el mismo lugar en que se encuentren, independientemente de que su presente propietario sea una persona física o jurídica*".

2.3 Significación penal del comiso: tercera vía

Aun cuando se estime que la caracterización del comiso como una *consecuencia accesoria* no es argumento suficiente, por sí solo, para dejar de considerarlo una *pena*, por lo que su nueva denominación supondría únicamente un simple cambio de etiquetas, el hecho de que el artículo 127 autorice su imposición con respecto a bienes pertenecientes a terceros sin responsabilidad criminal resulta decisivo para entender que el mentado cambio de etiquetas responde a una verdadera transformación de la naturaleza jurídica del comiso, que no sólo formal, sino también materialmente, dejó, efectivamente, de ser una pena.

Afirmar que el comiso no es una pena ni, por similares razones, una medida de seguridad personal⁵¹, no obliga, pese a todo, a considerarlo una *consecuencia penal* del delito, pues cabe sostener aún, como hace GRACIA MARTÍN, que se trata “*más bien de medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil*”⁵², “*pues sus presupuestos no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal*”⁵³.

51 En la medida en que el comiso puede alcanzar a terceros criminalmente irresponsables, incluidos sujetos penalmente incapaces, como las personas jurídicas, debe rechazarse también que constituya una medida de seguridad tradicional, dirigida a neutralizar la peligrosidad criminal postdelictiva del sujeto al que se impone. Dicho de otro modo, también las medidas de seguridad tienen, pese a imponerse a sujetos *no responsables de la infracción* (por supuesto, con la salvedad de las que se impusieran a sujetos *semiimputables*), un carácter personalísimo que impide, como sucedía con las penas, su imposición a *terceros ajenos al delito*.

En este sentido, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito -2000-*, ob. cit., págs. 392 y 393: “*Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto, puesta de manifiesto por la previa comisión de uno o varios hechos típicos y antijurídicos (arts. 6.1. y 95.1 NCP). También las medidas de seguridad tienen un carácter personalísimo, en el sentido de que sólo pueden ser aplicadas al sujeto en que se haya apreciado la peligrosidad criminal*”.

52 Vid. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito -2000-*, ob. cit., pág. 394.

53 Vid. GRACIA MARTÍN, ob. ult. cit., pág. 394.

Mientras el comiso de efectos e instrumentos parece adoptar, según el referido autor, carácter administrativo, pues está orientado a prevenir su futura utilización para la comisión de nuevos delitos, el comiso de ganancias⁵⁴ es, pese a hallar en el delito su presupuesto, “una medida de Derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, más concretamente el enriquecimiento injusto”⁵⁵.

A mi juicio, el comiso, primera de las consecuencias accesorias reguladas en el Código Penal⁵⁶, posee *naturaleza penal* y no, como defiende aquel autor, *carácter administrativo* o *civil*. Se trata, por tanto, de una *consecuencia penal del delito o falta*⁵⁷. 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

54 Que “no puede estar sometido a los mismos principios que el comiso de los instrumentos y efectos del delito”, pues “su fundamento y sus fines son distintos”. Vid. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito -2000-*, ob. cit., pág. 399.

55 Vid. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito -2000-*, ob. cit., pág. 400.

De la misma opinión, MANZANARES SAMANIEGO (“La pena de comiso”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 216, 1977, pág. 35; *Las penas patrimoniales en el Código Penal español...*, ob. cit., pág. 256), según el cual el comiso de ganancias es, “por emplear palabras de Maurach”, una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial, “o, si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito”.

56 En el Título VI del Libro I del Código Penal, en el que se contienen las *consecuencias accesorias*, se incluyen, además del comiso, las medidas contra empresas, sociedades, asociaciones y fundaciones del artículo 129 del Código Penal, de la misma naturaleza, siempre en mi opinión, que el comiso, si bien con algunas diferencias importantes de régimen en relación con éste.

57 La atribución de una u otra naturaleza al comiso incidirá, lógicamente, en la resolución de diversas cuestiones concretas (por ejemplo, en la delimitación del ámbito de representación de la persona jurídica a los efectos de determinar si hubo o no buena fe, más restringido si se trata de una medida penal y más amplio si se trata de una consecuencia civil), implicando, de forma más general, el sometimiento a una disciplina informada por principios más (Derecho Penal) o menos (Derecho Civil, Derecho Administrativo) garantistas.

concedido mayoritariamente al comiso⁵⁸ ⁵⁹. La manifiesta conexión con el delito –o falta-, cuyas comisión y prevención constituyen, respectivamente, su *presupuesto* y *orientación*, imprimen, por tanto, carácter penal al comiso⁶⁰.

Dicha caracterización no impide, sin embargo, concederle una fundamentación dual -cuando se dirige contra las ganancias procedentes de la comisión de infracciones penales- que, sin restarle carácter penal, le otorga una naturaleza mixta, pues también tiene esta institución con perfiles civiles. Comparto, así, la posición de AGUADO CORREA cuando rechaza una comprensión monista de los fines del comiso de ganancias y decide partir de una concepción dualista de aquéllos que, sin embargo, no desvirtúa su naturaleza de consecuencia penal⁶¹. En concreto,

-
- 58 En cambio, la competencia de los Jueces y Tribunales penales y la consiguiente garantía jurisdiccional no resultan decisorios, pues dichos órganos pueden imponer tanto consecuencias penales cuanto *comunes* o no penales (vg., la responsabilidad civil). Por el contrario, los Jueces y Tribunales no penales no son competentes para imponer medidas de naturaleza penal.
- 59 Incluso quienes consideran que el fundamento del comiso de ganancias es el principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto, subrayan su importante función político criminal como medio de lucha contra la criminalidad organizada y, en general, contra toda delincuencia actuada con móviles económicos. Dicho de otro modo, también el comiso de ganancias tienen una evidente orientación preventiva. Vid., en aquel sentido, FARALDO CABANA, “El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas”, ob. cit., pág. 253.
- 60 En relación con el comiso de efectos e instrumentos, advierte MAPELLI CAFFARENA (“Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal, ob. cit., pág. 51) que “no puede tener naturaleza civil ni administrativa, porque de ser así no encontraría justificación en que pudieran expropiarse los bienes a sus titulares por razones de prevención criminal”.
- 61 “En nuestra opinión, nos encontramos ante una consecuencia jurídica derivada del delito de naturaleza penal, al ser impuesta por un órgano penal, estar prevista en una ley penal, ir unida a la imposición de una pena y tener una clara función preventiva tanto general como especial, si bien predomina esta última en tanto que a través del comiso se pretende evitar que las ganancias sean utilizadas para cometer nuevos delitos. Pero tampoco podemos negar que también cumple una función reparatoria/compensatoria. Por ello, no creemos que exista ningún problema en añadir a la función preventiva propia del Derecho Penal, la función de reequilibrio consustancial al mecanismo reparatorio, puesto que no nos parece convincente una

a la función preventiva debe sumarse, a mi juicio, otra, de perfiles eminentemente civiles, consistente en impedir enriquecimientos ilícitos.

Con otras palabras, no se trata sólo de que el comiso esté previsto en el Código Penal como consecuencia accesoria imponible por un Juez o Tribunal penal en un proceso criminal⁶², sino, ante todo, de que es una consecuencia que nace *para* prevenir la comisión de ilícitos penales y cuyo presupuesto es, precisamente, la ejecución de uno de estos ilícitos: nace, por tanto, *por* la comisión de un ilícito penal y *para* la evitación de otro u otros ilícitos de idéntica naturaleza.

Incorporado al catálogo de *consecuencias penales del delito*, el comiso no constituye, sin embargo, una pena ni una medida de seguridad, por lo que debe caracterizarse como *una tercera vía o consecuencia penal*, esto es, como dispone el Código Penal, como una *consecuencia accesoria*.

Con esta nueva *conceptuación* el legislador ha resuelto, en suma, como advierte FARALDO CABANA⁶³, la ardua discusión doctrinal suscitada en torno a la cuestión de la naturaleza jurídica del comiso: no se trata de una pena accesoria, como establecía el ACP, ni de una medida de seguridad, como sostenían algunos autores, y tampoco de una medida de naturaleza civil, como afirmaba otro sector doctrinal. Estamos, según reza la rúbrica del Título V del Libro I del CP, ante una *consecuencia*

comprensión monista de los fines del comiso de ganancias, sino que preferimos partir de una concepción dualista de los mismos sin que por ello quede desvirtuada la naturaleza penal del comiso de ganancias". Vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., págs. 80 y 81.

- 62 Como parece sugerir FERNÁNDEZ PANTOJA ("Comentario al Título VI del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 945) cuando afirma que las consecuencias accesorias no ostentan naturaleza administrativa, "*sino penal, por cuanto son consecuencias del delito, impuestas por el juez penal a través de un proceso penal, contenidas en las normas penales y que vienen a suponer privaciones de derechos de una magnitud considerable*".
- 63 Vid. FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas", ob. cit., pág. 254.

accesoria, de la que si bien se desconoce en gran medida *lo que es*, sí se sabe *lo que no es*⁶⁴.

Enfrentados a esta situación de incertidumbre o ambigüedad, a mi juicio, *calculada*⁶⁵ (seguramente por las dificultades propias del tema y por entender, como apunta MAPELLI CAFFARENA, que “*no corresponde a la ley resolver debates de la doctrina*”⁶⁶), se hace preciso afrontar la resolución de varias cuestiones que, de otra forma⁶⁷, podrían considerarse ya decididas. En efecto, si el comiso fuera aún una *pena accesoria*, estaría sometido a la disciplina impuesta por los principios propios de las penas, por lo que no sería necesario plantearse cuales son sus presupuestos (la comisión culpable y punible de un hecho penalmente ilícito), su fundamento (el comiso conceptualmente

64 En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte General*, ob. cit., pág. 231: “*El C.p. de 1995 ha clarificado la naturaleza jurídica de estas «consecuencias accesorias», desde el momento en que ha empleado esa terminología específica y las ha incardinado en un título independiente*”.

En opinión de FERNÁNDEZ PANTOJA (“Comentario al Título VI del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 944), el legislador ha querido crear una categoría de consecuencias jurídicas diferentes a penas y medidas de seguridad, “*sin que dicha diferencia impida la posibilidad de que estas consecuencias accesorias se conviertan en partícipes de la naturaleza de aquéllas. Se ha creado así una figura híbrida que, orientada fundamentalmente por fines preventivos, viene a acoger una serie de sanciones que presentan dos caras contrapuestas: por una parte, su necesidad y efectividad en la lucha contra la delincuencia –sobre todo en el caso de las relacionadas con personas jurídicas o entidades colectivas– y, por otra, importantes dificultades a la hora de compatibilizarlas con las teorías y principios que rigen en materia de penas y medidas de seguridad en nuestro Derecho penal*”.

65 La *vaguedad* o *textura abierta* del lenguaje puede ser utilizada por el legislador precisamente con la intención de no definir los perfiles dogmáticos de una institución y dejar que dicha labor sea realizada por doctrina y jurisprudencia. Sobre dicha *ambigüedad calculada* vid. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid 1994, pág. 254.

66 Vid. MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, ob. cit., pág. 48.

67 Esto es, si no se hubiera producido la comentada *transformación jurídica* del comiso.

supondría una retribución por el hecho responsablemente cometido) o su función (prevención general y especial de delitos). Transformado en *consecuencia accesoria* y, por tanto, según se ha indicado, en una nueva consecuencia penal, el fundamento, presupuesto y función del comiso serán también, necesariamente, otros.

3. FUNDAMENTO Y PRESUPUESTOS

3.1 Consideraciones generales

A diferencia de las penas y medidas de seguridad, el comiso sí puede, como hemos visto, alcanzar actualmente a terceros, ajenos a la comisión del delito o falta, poseedores de ciertos conocimientos que, generando un vínculo entre ellos y la infracción cometida⁶⁸, autorizan decretar el comiso de bienes de su titularidad.

La extraordinaria proyección subjetiva del comiso, imponible sobre bienes pertenecientes a sujetos que no han realizado conducta típica alguna, ni en concepto de autor ni en el de partícipe, obedece al fundamento de aquél, esto es, la *peligrosidad objetiva del bien*, entendida ésta como probabilidad de que dicho bien favorezca la comisión futura de otros ilícitos penales, bien porque se prevea su utilización⁶⁹ como instrumento criminal, bien por su posible uso como medio de financiación de actividades delictivas, con independencia, por cierto, de que la *inversión criminal* la realice la persona a la que pertenecieren los bienes u otra distinta. Y ello porque el comiso *combate* únicamente la peligrosidad *procedente del bien*⁷⁰ y no la de un sujeto concreto.

68 E imposibilitando, por consiguiente, considerarlos *de buena fe*.

69 O, en su caso, *reutilización*.

70 Y que, como indica MAPELLI CAFFARENA (“Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, ob. cit., pág. 50), puede venir originada por resultar el bien *intrínsecamente peligroso* (drogas, dinero o documentos falsificados) o por encontrarse a disposición de ciertas personas.

Éste sólo *interesa* en la medida en que es necesaria la declaración, necesariamente individualizada⁷¹, de antijuridicidad de un hecho y, aun, de responsabilidad penal del autor o, en su caso, de alguno de los autores o partícipes de dicha conducta, o, con otras palabras, decretar el comiso exige una actuación, atribuible a una o varias personas físicas, típica, antijurídica e, incluso, culpable y punible, constituyéndose así, dicha actuación, en presupuesto para la imposición de una consecuencia, el comiso, que requiere la previa imposición de otra consecuencia, concretamente una pena, respecto a la cual tendrá necesariamente carácter accesorio⁷².

Afirmada la concurrencia de dicho presupuesto, que hace del comiso una medida *postdelictiva*, es indiferente que el bien *objetivamente peligroso* pertenezca a quien se declaró penalmente responsable del delito, a quien, habiendo participado en su ejecución, fue declarado irresponsable o, finalmente, a un tercero que no hubiere tenido participación alguna en dicha ejecución. Además de no ser precisa la coincidencia entre responsable penal (sujeto pasivo de la pena) y titular del bien (sujeto pasivo del comiso), tampoco se requiere peligrosidad de alguno de dichos sujetos⁷³, pues, como he dicho, la peligrosidad que fundamenta la imposición del comiso debe *juzgarse en términos objetivos*.

Como he advertido anteriormente⁷⁴, 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,

71 Esto es, con perfecta identificación del sujeto o sujetos autores de la conducta. No es suficiente, por tanto, la declaración *genérica* de que ha existido un ilícito penal cuyos responsables, sin embargo, no han podido ser identificados, pues todo delito tiene una insoslayable dimensión de injusto personal o físico (esto último en el sentido de que no tienen capacidad penal las personas jurídicas o grupos organizados).

72 Aunque no toda pena llevará consigo, pese a la dicción de la ley, el comiso de uno o varios bienes, la imposición de éste requiere antes la de una pena: puede haber pena sin comiso, pero no comiso sin pena.

73 Si el titular del bien lo fuere una persona jurídica ni siquiera sería posible afirmar *su peligrosidad*.

74 Vid. *supra* 2.2.

instrumentos o ganancias del delito, pudiendo alcanzar, si su titular no es uno de los responsables penales, a terceros y, por cierto, tantos como titulares de bienes hubiere, siempre, por supuesto, que no fueren terceros de buena fe que hubieran adquirido legalmente el bien.

Nos encontramos, en suma, ante una *medida de seguridad o prevención objetiva que puede afectar a sujetos que hayan participado en la comisión de un hecho penalmente antijurídico, sean o no penalmente responsables, o a terceros ajenos a dicha infracción*, con la única exigencia de que se hubiere declarado la responsabilidad penal de alguno de aquéllos. No existe en este ámbito, por tanto, un *principio de personalidad* del comiso *que obligue, como sucede con las penas y medidas de seguridad, a imponer aquella consecuencia accesoria a quien, siendo autor o partícipe de un delito o falta, resulte ser, además, culpable o peligroso*, aunque sí se requiere, insisto, la previa declaración de responsabilidad penal de una persona física concreta⁷⁵.

Fundamento del comiso de ganancias lo constituye, además de la peligrosidad objetiva, la producción de un enriquecimiento que, por derivarse de la comisión de delitos, debe considerarse ilícito.

3.2 El comiso como medida postdelictiva

El carácter postdelictivo del comiso se deriva no sólo de la circunstancia de que su imposición requiera la previa comisión de un delito o falta por parte de una o varias personas físicas, quizá ninguna de ellas titular de los bienes decomisables, sino también del hecho de que dichos bienes *«han intervenido» igualmente en la referida infracción penal*, ya sea en condición de instrumentos de ésta, ya sea porque son efectos de dicha

⁷⁵ Puede afirmarse, desde otra perspectiva, que el comiso puede aplicarse a quienes no son *titulares del delito o falta* en virtud de una peligrosidad que, por ser objetiva, no procede ni de aquéllos ni del tercero *titular del bien*, sino de éste.

infracción o ganancias provenientes de ella. Su peligrosidad criminal objetiva es, por ello, también desde esta perspectiva, postdelictiva.

Como sabemos, la comisión de un hecho típico y antijurídico es la única vía de exteriorización de la peligrosidad criminal subjetiva que legitima la imposición de una medida de seguridad⁷⁶. Pronosticar tal peligrosidad sin tener en cuenta, como principal indicio y criterio limitador de la medida, el hecho cometido, significaría ignorar lo preceptuado por el artículo 95 del Código Penal⁷⁷ y retornar a una indebida aplicación *pre-delictiva* de las medidas de seguridad, cuya imposición requiere, para adjetivarse verdaderamente como *postdelictiva*, un injusto previo que no sea simplemente el *pretexto* para aquélla, sino, sobre todo, y como indicaba al principiar este párrafo, una primera manifestación de peligrosidad criminal ya realizada⁷⁸.

76 Esta garantía ancilar de la imposición de medidas de seguridad es “una consecuencia obligada del principio según el cual toda reacción punitiva estatal, de la clase que fuere, resulta sólo constitucionalmente admisible por razón del hecho cometido. La sola peligrosidad, ayuna de este previo referente, no justifica una tal intervención de naturaleza penal, por impedirlo el art. 25.1 CE, según jurisprudencia constitucional... Interpretación que se apoya en el carácter aflictivo de dichas medidas, impuestas prescindiendo del consentimiento de su destinatario, así como en la consideración del art. 25.1 como precepto que establece de forma tasada los supuestos habilitantes de la condena penal y sanción administrativa: la previa comisión de un delito o infracción administrativa”. Cfr. GARCÍA ALBERO, “Comentario al art. 95 CP”, ob. cit., pág. 518.

77 Art. 95.- “1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

1º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2º Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

78 Con respecto a las medidas de seguridad personales, indica VIVES ANTÓN (“Comentario al art. 6 CP”, ob. cit., págs. 61, 62 y 63) que su imposición requiere, además de una pronosticada peligrosidad criminal, el cumplimiento de un requisito adicional, “esto es, que esa peligrosidad criminal se exteriorice

Y lo mismo (o algo semejante) debe suceder en relación con el comiso. ¿Qué «hecho» del bien autoriza una reacción penal contra él? Su participación como instrumento, efecto o ganancia derivada de él, en un ilícito cometido por su titular o por un tercero no responsable criminalmente, y que sólo *objetivamente*, en la medida en que el bien es suyo, resulta alcanzado por las consecuencias del delito. Probada dicha *participación en el delito* –primera manifestación de la peligrosidad objetiva del bien-, la previsión de que puede producirse una segunda *participación* fundamentará la adopción de medidas dirigidas a prevenirla.

3.3. La peligrosidad objetiva del bien como presupuesto del comiso

Fundamentado el comiso en la peligrosidad del bien, cabría pensar que su efectiva imposición requerirá aún realizar un juicio de peligrosidad objetiva que permita comprobar, en el caso concreto, que aquel fundamento, efectivamente, concurre. Resulta por ello especialmente sugerente la propuesta que plantea GRACIA MARTÍN⁷⁹ según la cual para decretar el comiso de un bien debería realizarse antes un juicio de peligrosidad objetiva que concluyese con un pronóstico de probabilidad de que los bienes serían utilizados para cometer un nuevo delito:

“En mi opinión, (...) es posible y debe procederse a una interpretación teleológica restrictiva del artículo 127 de acuerdo

mediante la previa comisión de un delito”. Y es que un “Estado de Derecho no puede reaccionar ante un delito futuro, por probable que sea, con medidas que afectan a la esfera de libertad de los sujetos. De modo que el segundo requisito (la exteriorización de la peligrosidad mediante la comisión de un delito) cobra un carácter autónomo. Sin la previa comisión de un delito, la injerencia estatal no podría justificarse. Eso es, en definitiva, lo que se desprende del artículo 25.1 y 2 de la C.E.”. En el hecho cometido reside, en fin, “el primer momento justificativo de la injerencia”.

79 Si bien sólo en relación con el comiso de efectos e instrumentos, pues a juicio de este autor el comiso de ganancias pretende exclusivamente evitar el enriquecimiento ilícito.

con el fundamento y la finalidad del comiso, y dejar de aplicarlo siempre que 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”⁸⁰.

A mi juicio, dicha propuesta no sólo es plenamente *compatible* con el fundamento y función concedidos al comiso, sino que *enlaza* con ellos de modo natural, pues ambos parecen *exigir* un desarrollo en dicho sentido. En efecto, la función del comiso (anular la peligrosidad objetiva de determinados objetos) lo convierte en un ejercicio de *prevención especial 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 delito⁸¹, 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* titularidad⁸², 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*⁸³, presentando por ello dificultades también evidentes.

80 Vid. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* - 2000-, ob. cit., pág. 396.

81 Será precisa, lógicamente, declaración judicial en este sentido.

82 Incapaz de ofrecer garantías que aseguren un uso lícito de los bienes.

83 Las respectivas miradas *hacia el futuro* o *hacia el pasado* no deben entenderse en términos absolutos sino como criterios rectores en uno y otro caso.

El mentado juicio de peligrosidad de los bienes podría, pese a estimarse necesario con carácter general, obviarse cuando el comiso afectase a bienes definidos como ganancias, y ello con base en la doble fundamentación propia de éste.

Pese a lo acertada que resulta, adoptar la propuesta de GRACIA MARTÍN⁸⁴ no es, de *lege lata*, sencillo. 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, asociando el comiso a toda pena impuesta por delito o falta dolosos, con independencia, por tanto, de toda comprobación posterior que verifique la efectiva peligrosidad objetiva del bien⁸⁵⁻⁸⁶.

84 Asumida también por MAPELLI CAFFARENA (*“Las consecuencias accesorias en el Código Penal”*, ob. cit., pág. 52: *“en tanto no se acredite el pronóstico de peligrosidad del sujeto en contacto con los ciertos bienes no será posible decomisar”*) y JORGE BARREIRO (*“El sistema de sanciones en el Código español de 1995”*, en *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, coords. Gómez Colomer/González Cussac, Castellón de la Plana, 1997, pág. 119: *“a pesar del carácter preceptivo del art. 127 del NCP para la aplicación del comiso, cuando se imponga una pena por delito o falta dolosos, podría considerarse que no procede aplicar el comiso cuando la cosa no resulte peligrosa y no se compruebe la probabilidad de que se vaya a utilizar en el futuro para cometer nuevos delitos”*).

85 Críticamente sobre ello, si bien aceptando la necesaria imposición del comiso cuando se impuso una pena, AGUADO CORREA (*El comiso*, ob. cit., pág. 49): *“lo que resulta difícilmente comprensible es por qué no se ha atendido para decidir su imposición, a la peligrosidad de los efectos o instrumentos y al grado de probabilidad de que se cometan nuevos delitos, dado que mayoritariamente se considera que el fundamento del comiso de los efectos e instrumentos reside en la peligrosidad de las cosas cuando están a disposición de determinadas personas, y la finalidad del comiso es evitar que con ellos se cometan nuevos delitos”*.

En el mismo sentido FARALDO CABANA, *“El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas”*, ob. cit., págs. 255 y 256: *“estamos ante una medida de imposición obligatoria una vez que han sido probados los presupuestos que le sirven de base, presupuestos que, por supuesto, pueden y deben ser objeto de contradicción durante el proceso”*. Esta última autora deja abierta, no obstante, la posibilidad de acudir a una interpretación teleológica que limite la tesis anterior, que quizá *“amplía en exceso”* el ámbito aplicativo del comiso. Dicha interpretación teleológica podría restringir su

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*.

Dicho *juicio general*, realizado con *abstracción* de las concretas circunstancias del caso, presentaría similitudes notables con el realizado, también con *carácter general*, en los delitos de peligro y, más específicamente, en los delitos de peligro *abstracto*⁸⁷ y en aquellos que, con el mismo fundamento, protegen bienes colectivos que a su vez suponen una anticipación de la idea de *peligro abstracto*⁸⁸. En todos ellos el legislador traduce la

aplicación a los supuestos “*en que la cosa sea peligrosa y exista la probabilidad de que sea utilizada en el futuro en la comisión de nuevos delitos*”. En cualquier caso, “*sigue siendo necesaria la petición expresa –no una mera petición genérica– en el juicio, ya que las partes han de debatir la existencia de los presupuestos que le sirven de base, razón por la cual también la sentencia condenatoria ha de explicar el razonamiento que ha servido de fundamento a la decisión de decretar el comiso en relación con determinados bienes, debiendo imponerlo expresamente*”.

- 86 El propio autor antes citado, GRACIA MARTÍN, antes de plantear su propuesta, subraya el problema que plantea la redacción del artículo 127, por lo que se ve obligado a aceptar que, en principio, impuesta una pena, procederá la aplicación del comiso “*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*”. Además, a pesar de que el artículo 128 del Código Penal permite en algunos casos que el Juez o Tribunal deje de aplicar el comiso, “*el criterio rector del uso de dicha facultad no es la falta de peligrosidad objetiva de la cosa, sino el de la desproporción entre su valor y su naturaleza o gravedad de la infracción penal*”. Vid. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito -2000-*, ob. cit., pág. 396.
- 87 Básicamente para bienes individuales, como la vida y la salud.
- 88 Ejemplos de este segundo grupo de delitos son los previstos en el Capítulo V del Título XXII del CP, arts. 563 y ss, relativos a la *tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones, o explosivos*. Como indica GARCÍA ALBERO, el bien jurídico protegido en ellos es la *seguridad* frente a los riesgos derivados de la libre circulación y tenencia de armas y explosivos. Dicha seguridad

idea de que existen ámbitos en los que el sujeto no se puede orientar siguiendo únicamente contextos individuales de planificación, en los que es preciso, por tanto, “*estar seguros de que se cumplen ciertos estándares, aunque esto pudiese parecer innecesario al individuo concreto según su propio contexto de planificación*”⁸⁹. La peligrosidad general de una determinada conducta constituye, en suma, el motivo para su desaprobación, mientras “*desde el punto de vista del tipo, el peligro abstracto es irrelevante*”⁹⁰.

Aunque genéricamente agrupados bajo la denominación de delitos de peligro abstracto, existen diferentes niveles de “anticipación de la línea de intervención penal” con respecto a la trazada por la lesión. Así, mientras los aludidos en primer lugar (delitos de peligro abstracto en sentido estricto) permiten la introducción de mecanismos correctores de su elevada abstracción (que permitirán al Juez comprobar, en el caso

remite, no obstante, a aquel estado de cosas que garantiza la indemnidad de bienes jurídicos elementales (vida, salud, libertad), circunstancia ésta que permite caracterizar estas figuras como delitos de peligro abstracto. “*Con todo, es preciso advertir, pese al extendido uso de tal calificativo referido a estos delitos, que sólo en sentido impropio puede pretenderse que sean tales bienes materia de protección directa, e incluso indirecta, de los presentes tipos penales. El delito de tenencia ilícita tiene una lesividad propia: el ciudadano tiene derecho a confiar en la fiscalización y control especialmente intenso sobre circulación y uso de instrumentos particularmente peligrosos. Es precisamente esa confianza en un «estado jurídicamente garantizado» sobre la disposición de tales objetos la que constituye un valor en sí mismo, y la que entronca precisamente con un concepto estricto de orden público, entendido como «tranquilidad y sosiego» en las manifestaciones de la vida social*”. “*Que el legislador ha partido de este paradigma de tutela, desvinculando la ofensividad de dichas conductas de la que pudiera representar para bienes jurídicos individuales parece evidente; de lo contrario no se comprendería por qué el Código exige imponer pena, aunque atenuada, incluso cuando sea «evidente» la intención del sujeto de no usar el arma con fines ilícitos*”. Cfr. GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 2001, dir. Gonzalo Quintero Olivares, pág. 2273.

89 Cfr. JAKOBS, “La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1997, pág. 309.

90 Cfr. JAKOBS, “La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, ob. cit., pág. 307, nota 20.

concreto, la peligrosidad abstracta de la conducta⁹¹), los segundos apenas dejan margen para introducir interpretaciones que corrijan dicha abstracción.

Ello sucede, por ejemplo, en los delitos de tenencia ilícita de armas, y la prueba nos la ofrece el artículo 565, según el cual “los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencia la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos”. Esto es, ni siquiera la evidencia de que el sujeto carecía de toda intención de usar el arma permite negar la realización del tipo en atención a la falta de peligrosidad de la conducta: simplemente se autoriza la imposición de la pena inferior en grado. Por el contrario, en los delitos de falsificación de moneda, la mera tenencia de moneda falsa no constituye delito: es preciso, además, que dicha tenencia esté destinada a su expedición o distribución. Un elemento subjetivo (ánimo de incorporar la moneda al tráfico jurídico) corrige, por consiguiente, una abstracción que, de lo contrario, resultaría excesiva.

No cabe descartar, dado el precedente anterior, que la regulación del comiso incorpore un juicio de análoga abstracción: el *motivo* para la imposición del comiso lo constituiría la *peligrosidad general y objetiva*, presupuesta la comisión de un delito o falta, *de un determinado bien*, resultando irrelevante, desde la perspectiva de la aplicación actual del tipo, una nueva constatación de dicha peligrosidad, ya puesta de manifiesto por la previa utilización del bien en un delito concreto o por su ilícita producción o procedencia. Podría afirmarse, desde el punto de vista del legislador, que son intrascendentes los contextos de planificación del individuo titular del bien o que se duda de su capacidad para gestionar su destino y evitar, a través de su autogobierno, consecuencias indeseadas de un inadecuado empleo del aquél⁹².

91 Así, por ejemplo, la adopción de medidas de control del riesgo genéricamente asociado a determinadas conductas podría evitar afirmar la realización del tipo.

92 En este sentido, sobre las razones que explican la necesaria *estandarización* de determinadas actividades y su configuración como delictivas, JAKOBS, “La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, ob. cit., pág. 307.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que existen incluso diversos delitos que sancionan la mera tenencia o posesión ilícita de objetos, como las armas o las monedas falsas, que no pueden ser utilizados nunca privadamente para fines legales o que, a lo sumo, sólo pueden serlo excepcionalmente y que, por ello, constituyen, como indica JAKOBS, “*prototipos de instrumentos delictivos (entendidos en sentido amplio)*”⁹³. Habida cuenta de ello, quizá no resulte tan extraña la previsión de una medida preventiva, desprovista además de todo carácter retributivo, como es el comiso de bienes ya utilizados en la comisión de delitos o que pueden conceptuarse como *efectos* suyos que difícilmente admiten un *uso legal* y que, por consiguiente, son *prototipos de instrumentos delictivos*⁹⁴.

Aunque estas reflexiones explicarían el comiso de efectos e instrumentos, su extensión al comiso de ganancias no resultaría ya tan convincente, si bien es cierto que dicho déficit explicativo se vería compensado con la doble fundamentación atribuida a aquél.

En conclusión, y desarrollando en este ámbito algunas ideas de JAKOBS relativas a la criminalización de conductas *peligrosas*⁹⁵, cabría sostener que el legislador ha considerado que la titularidad de bienes *decomisables* perturba *per se*, y no por su contexto interno o, con otras palabras, que aquella titularidad queda excluida como posibilidad de configuración vital privada para cualquiera (salvo que fuera un *tercero de buena fe*), con independencia de cuales sean sus proyectos actuales. La consecuencia no es, sin

93 “Probablemente resulta imposible calcular si y cómo se llega en el caso concreto al empleo delictivo de estos «instrumenta sceleris»”, y precisamente por la incalculabilidad de su uso, la eventual inocuidad de quien produce o adquiere esos instrumentos “*presta como máximo tan solo una garantía pasajera de que nada malo ocurra*”, restando siempre la posibilidad “*de que en cualquier momento se pueda llegar a la comisión de un delito*”. Cfr. JAKOBS, “La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, ob. cit., págs. 310 y 311.

94 En cualquier caso, la posibilidad de aplicar el comiso no impide, lógicamente, la normal operatividad de las figuras delictivas en su caso afectadas.

95 Cfr. JAKOBS, “La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, ob. cit., pág. 311.

embargo, la imposición de una pena *por la realización de una determinada conducta*, sino la definitiva pérdida del bien cuya peligrosidad objetiva no cabe discutir en el caso concreto.

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 a su función. Consecuencia de ello será, además, una configuración mucho más elástica del comiso, excesivamente inflexible si se acepta el carácter imperativo de su imposición.

Ni tiene sentido decomisar un bien si no existe el peligro de que favorezca la comisión de nuevos delitos (pues el comiso no es ya una pena), ni cuando, aún pudiéndose considerar abstractamente peligroso el bien, no se aprecia la necesidad de decomisarlo, lo cual sucederá, por ejemplo, si alguien lesiona a otra persona con un destornillador o una cuchara, objetos fácilmente sustituibles y menos peligrosos que otros muchos al alcance de cualquier persona⁹⁶.

4. FUNCIÓN DEL COMISO

La función del comiso entronca directamente con el fundamento que le es comúnmente asignado, esto es, la que hemos

96 En el mismo sentido, PUENTE ALBA, "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* núm. 39, semana del 20 al 26 de octubre de 2003: "*En muchas ocasiones, los objetos empleados para cometer una actividad delictiva no son peligrosos en sí mismos, y se trata de bienes de la vida cotidiana fácilmente sustituibles: así, un simple cuchillo en la comisión de un homicidio, un vehículo de motor para cometer el delito de conducción temeraria, o un ordenador empleado para crear un documento falso*".

denominado *peligrosidad objetiva del bien*, la cual pretende combatir. Su función es, por consiguiente, *prevenir la comisión de delitos* a través de la adopción de medidas *expropiatorias* de bienes dirigidas a neutralizar el peligro que de ellos emana. En este sentido, puede afirmarse que se trata de una función preventivo-especial⁹⁷, que si bien no incide sobre personas concretas para evitar la ejecución, por su parte, de infracciones penales, sí se impone sobre bienes igualmente concretos para evitar su empleo, directo o indirecto, en la comisión de futuros delitos. Ello no obstante, cumple también, aun de forma secundaria, una función preventivo general, especialmente en el marco del comiso de ganancias, 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.

5. LOS PRESUPUESTOS DEL COMISO DESPUÉS DE LA REFORMA

5.1 La infracción de la norma penal

Cuando se afirma que la regulación del comiso hace de éste un instrumento excesivamente rígido, ello puede entenderse en un doble sentido: en el de que su imposición resulta, cuando

97 Que, sin embargo, "no se corresponde con la clásica finalidad preventivo especial que establece la Constitución española en su artículo 25.2 para las penas privativas de libertad y para las medidas de seguridad bajo los términos de reeducación y reinserción social. Más bien, como ha puesto de manifiesto

se ha impuesto una pena por un delito o falta doloso, obligada, pues así lo prescribe textualmente el artículo 127, lo cual impide valorar la efectiva concurrencia de la peligrosidad objetiva que constituye su fundamento; y en el de que son demasiados los requisitos exigidos por la Ley (imposición de una pena y, por tanto, declaración de culpabilidad de al menos un sujeto), teniendo en cuenta su fundamento y función, para decretarlo cuando se juzgue necesario.

Mientras en relación con la inflexibilidad del comiso derivada del automatismo que caracteriza, según ordena la Ley, su imposición, no se han producido novedades⁹⁸, por lo que resulta difícil asumir la idea de que dicha imposición exige un juicio de peligrosidad objetiva y la declaración de dicha peligrosidad⁹⁹, la rigidez originada por la necesidad de que se declare que se cometió culpablemente la infracción penal que constituye el presupuesto del comiso, y que puso de manifiesto la peligrosidad del bien en ella utilizado -o de ella nacido-, ha intentado corregirse mediante la introducción de la regla prevista en el artículo 127.3, que establece, como vimos al principio, que el Juez o Tribunal podrá acordar el comiso *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.*

MAPELLI CAFFARENA, nos encontramos «ante una reformulación actualizada de la inocuidad», ante el desarrollo de las teorías preventivistas de orientación situacional, las cuales proponen como estrategia de lucha contra el delito la evitación de las situaciones de riesgo que ofrecen un mayor atractivo al autor, a través de técnicas tales como el control de facilitadores u objetos que decisivamente se utilizan en la comisión de un delito». Vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., pág. 41.

98 “La reforma”, como señala PUENTE ALBA (“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”, ob. cit., edición digital) “mantiene la «imperatividad» de la ejecución del comiso como circunstancia aparejada a la pena, ya que el Código continúa diciendo que «toda pena...lleva consigo la pérdida de los efectos.»”.

99 Pese a lo cual, debe realizarse, a mi juicio, un esfuerzo en esa dirección.

La primera de estas dos reglas, en principio la más ambiciosa¹⁰⁰, permite, según parece, obviar la necesidad de que el autor de la infracción criminal sea declarado culpable, lo cual constituye una sensible mejora en relación con la situación actual, aproximando el comiso, por otra parte, a las medidas de seguridad, con las cuales mantiene evidentes semejanzas¹⁰¹, y distanciándolo definitivamente de las penas, cuya imposición no será ya requisito para decretar el comiso.

La loable intención del legislador no ha sido, pese a todo, afortunadamente traducida por la ley¹⁰². 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 el 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 delito¹⁰³, 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.

100 Pues no exige el nacimiento de responsabilidad penal, mientras la segunda, por el contrario, lo presupone. Sobre esta última, vid. PUENTE ALBA, “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”, ob. cit, edición digital; CORREA AGUADO, “La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 5, 2003, pág. 7.

101 El comiso es, como hemos apuntado, una *medida de seguridad postdelictiva de naturaleza objetiva*, cuyo fin es *prevenir la peligrosidad de un bien*; las medidas de seguridad tradicionales, por su parte, son *medidas igualmente postdelictivas de naturaleza, sin embargo, subjetiva*, cuyo objetivo es *prevenir la peligrosidad de un sujeto*.

102 Lo cual, sin embargo, no debe impedir alcanzar la conclusión subrayada.

103 Ya fuere porque son varios los autores o, siendo uno sólo, hubiere intervenido en la infracción —al menos— otra persona, fuere ésta considerada inductora o cooperadora, necesaria o no.

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 ejecución¹⁰⁴ 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.

Por ello, y pese a la desacertada redacción del artículo 127, éste debe interpretarse en el sentido de que para acordar el comiso seguirá siendo preciso, obviamente, una infracción de la norma penal, pero no, una vez entre en vigor el texto incorporado por la reforma, la declaración de que tal infracción ha sido cometida culpablemente.

En cualquier caso, y aunque la interpretación propuesta puede considerarse, en tanto no opuesta a ella, conforme a la letra de la ley, que únicamente se limita a prever el comiso *aun cuando no se imponga pena a alguna persona*, hubiera sido mejor que dicha previsión autorizara su acuerdo *aun cuando no se impusiere «pena alguna» -o «pena a persona alguna»*¹⁰⁵, *por concurrir una causa de exención de la responsabilidad criminal.*

104 O preparación, a partir de la entrada en vigor del texto reformado.

105 En el mismo sentido, vid. PUENTEALBA, “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”, ob. cit, edición digital: “Si bien cabe deducir que la intención del legislador es solucionar el problema que se acaba de exponer, lo cierto es que la concreta redacción del precepto ofrece dudas fundamentadas sobre el auténtico alcance de esta reforma. 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

5.1 Tipicidad y comiso ¿Accesoriedad mínima?

Con relación ahora a esta última previsión¹⁰⁶, esto es, a la concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal, advierte AGUADO CORREA sobre el peligro que encierra:

“En cuanto a la previsión del inciso primero –supuestos en los que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal-, debemos señalar que nos parece desconcertante, al ser excesivamente vaga y poder vulnerar no sólo principios constitucionales, sino también derechos fundamentales como el de propiedad privada”, pues “parece que en este apartado se contempla la posibilidad de que el comiso de

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. Esperemos que en la redacción definitiva, cuando el Proyecto se convierta en Derecho penal vigente, se haya corregido este error cuyas consecuencias, a la hora de la interpretación del precepto por los Tribunales, son sin duda significativas”.

Si bien este último deseo no se ha visto cumplido, y pese, como he dicho, a la redacción de la ley, estimo que las dudas de la referida autora sobre el auténtico alcance de la reforma no están tan fundamentadas como su preocupación expresa. Son suficientes, tanto en número cuanto en entidad, los argumentos para sostener que incluso con la redacción definitivamente adoptada debe considerarse producida en este ámbito una importante modificación del régimen del comiso: además de que su aceptación no contradice, como decía, la letra de la ley, y de que de esta forma la regulación del comiso se revela más acorde con su fundamento y función, una exégesis en este sentido resulta obligada si atendemos, más allá (pero jamás en contra de ellas) de consideraciones meramente gramaticales, al espíritu y finalidad del precepto, entendiendo que éste es el criterio rector, y no un canon hermenéutico más, de toda interpretación. Entender cualquier otra cosa significaría negarle toda trascendencia a la reforma, mostrándose redundante la previsión legal, pues el efecto aparentemente sugerido ya estaba plenamente consolidado.

106 Y no a la que inmediatamente la antecede.

*efectos, instrumentos y ganancias o el comiso sobre otros bienes por un valor equivalente, recaiga sobre aquel imputado al que no se le puede imponer pena por estar exento de responsabilidad criminal*¹⁰⁷, lo cual “no puede sino ser objeto de algunas críticas”. “Nos enfrentamos”, por una parte, “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 que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal, exención que puede tener lugar no sólo 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. Si lo que pretenden los redactores del Proyecto es superar las críticas vertidas por la doctrina sobre la rechazable configuración actual del comiso como una consecuencia accesoria de la pena, al impedir la posibilidad de decretar el comiso en otros casos en los que se encuentra justificado desde el punto de vista político-criminal, como aquellos en los que el sujeto pese a haber cometido un hecho antijurídico, no es culpable o no es punible, deberían haber utilizado otros términos”, que podrían ser los siguientes: “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 ser irresponsable o estar personalmente exento de pena...”¹⁰⁸.

A mi juicio, y a pesar de que, en efecto, literalmente el nuevo artículo 127 consiente que la exención de responsabilidad

107 O, mejor, pues ésta posibilidad ya es una realidad desde el que comiso puede alcanzar a terceros penalmente no responsables y, por supuesto, a imputados finalmente exentos de responsabilidad, *aunque no se imponga al imputado/s una pena por estar exento/s de responsabilidad criminal*.

108 Vid. CORREA AGUADO, “La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal”, ob. cit., pág. 7.

criminal proceda de la concurrencia de causas de justificación, debemos recordar que la letra de la ley sólo fija el marco externo¹⁰⁹ en el que debe discurrir su interpretación, sin que sea necesario que todo lo que textualmente cabe en dicho marco provoque, sin más, la actuación de la ley y, por tanto, de las consecuencias por ella previstas. De ahí que no estime insoslayable la conclusión alcanzada por AGUADO CORREA, en virtud de la cual acordar el comiso tan solo requeriría la adecuación a tipo de una conducta, aunque se apreciara autorizada ésta por concurrir una causa de justificación.

Con otras palabras, la accesoriedad del comiso respecto del hecho descrito como delito en la ley podría adjetivarse como mínima.

En efecto, 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 penal¹¹⁰ 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 fuere en los supuestos de comiso de ganancias, como entiende, por ejemplo, PUENTE ALBA¹¹¹.

109 Con todas las limitaciones que ello, si fuera posible, conlleva.

110 E incluso, en principio, cualquier otra consecuencia negativa.

111 “*El comiso de las ganancias provenientes del delito*”, como ha concluido una parte de la doctrina, “*no es propiamente una medida de Derecho Penal*”, sino “*más bien de carácter civil, tendente a impedir el enriquecimiento injusto*”, pues “*no responde a la peligrosidad objetiva de tales beneficios*,”

No obstante, rechazada su consideración como consecuencia penal, el comiso podría acordarse incluso sin que existiera una infracción penal, (salvo consecuencia de una causa de justificación), como sucede con otras de las consecuencias del delito previstas en el Código Penal: la responsabilidad civil «ex delicto». Tampoco ésta es, pese a estar regulada en aquel Código, una consecuencia penal del delito, pues mantiene, pese a su ubicación sistemática, su naturaleza civil. De ahí que su imposición no se someta al cumplimiento de los requisitos propios de las consecuencias penales y sea posible, por ejemplo, según dispone el artículo 118.2, en los supuestos de error de tipo y de prohibición, vencibles o invencibles. En este segundo caso, y tratándose de un error de tipo, la conducta será atípica (como sucederá en algunos supuestos de error de tipo vencible), lo cual no impedirá, sin embargo, declarar la correspondiente responsabilidad civil, aplicando, incluso, el régimen de ésta contenido en el Código Penal.

6. BREVE REFERENCIA A OTROS ASPECTOS DE LA REFORMA

Al margen de la comentada, las dos modificaciones más importantes de la reforma son las representadas por la inclusión, como objeto del comiso, de los instrumentos con que se hubiere *preparado* el delito, y la previsión del comiso *por un valor equivalente*.

En relación con la primera de las dos modificaciones subrayadas, quisiera destacar únicamente la sensible extensión del ámbito de aplicación del comiso que conlleva la expresa referencia a los bienes, medios o instrumentos empleados en la

sino a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación ilícitas de un enriquecimiento patrimonial, conseguido a través de la comisión de un delito”. En suma, “*su fundamento, como se ha dicho, se encuentra en el deseo de impedir un enriquecimiento injusto*”. Vid. PUENTE ALBA, “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”, ob. cit, edición digital.

preparación del delito: 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 penal¹¹². Esta solución¹¹³, capaz de abarcar los instrumentos utilizados en un acto preparatorio punible¹¹⁴, 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 limita 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.

Por último, con respecto a la previsión contenida en el artículo 127.2, en virtud de la cual si no fuera posible el comiso de los bienes podrá acordarse el *comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables*

112 La imposición del comiso en estos casos era, según PUENTE ALBA, y a pesar de las dudas al respecto, *inevitable*, pues “*el legislador, al seleccionar determinados actos preparatorios para sancionarlos penalmente, los está convirtiendo ya en auténticos delitos, dejando de ser meras actuaciones previas a un acto delictivo concreto*”. Vid. PUENTE ALBA, “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”, ob. cit., edición digital.

113 Mediante la cual “*nuestro Código Penal se acercaría a la línea seguida por otros legisladores, como el alemán, ya que en el párrafo 74.1 StGB se contempla la posibilidad de decretar el comiso de los objetos utilizados en la ejecución o preparación del delito o destinados a la ejecución o preparación. No obstante, el círculo de instrumentos decomisables sigue siendo mayor en el Código Penal alemán, puesto que también se prevé el comiso de los instrumentos «destinados a la ejecución o preparación». Es decir, el comiso de aquellos objetos que aun cuando no han sido materialmente utilizados para la ejecución o preparación del delito doloso, estaban destinados al delito concreto, aunque sólo fuese para un eventual supuesto*”. Vid. CORREA AGUADO, “La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal”, ob. cit., págs. 3 y 4.

114 Los supuestos de *tentativa* no presentaban idéntica problemática, pues en ellos ya se había dado inicio a la *ejecución* del delito.

del hecho, aunque presenta algunas ventajas importantes¹¹⁵, genera también algunas dudas. A mi juicio, el principal problema se plantea en relación con el comiso de efectos e instrumentos: si el fundamento de éste es la peligrosidad de determinados bienes y su función la prevención de su reutilización criminal, acordar el comiso de *otros bienes* por un valor equivalente no tiene, desde dicha perspectiva, sentido alguno¹¹⁶. Por el contrario, en el comiso

115 Pues “*se ofrece así una solución para los casos en que el sujeto responsable destruye u oculta los bienes decomisables, previsión esta que había sido ya demandada por la doctrina, tomando como base la existencia de tal disposición en el Derecho alemán*”, de modo que “*ante la imposibilidad de localizar tales objetos se podrá ejecutar el comiso sobre otros elementos patrimoniales del responsable criminal, hasta alcanzar el valor de los bienes propiamente objeto del comiso*”. Vid. PUENTA ALBA, “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”, ob. cit, edición digital.

En el mismo sentido, AGUADO CORREA, “La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal”, ob. cit., págs. 5 y 6: “*La previsión del comiso por valor equivalente ofrece una serie de ventajas, al permitir dar una respuesta adecuada a los supuestos en los que por cualquier motivo lo obtenido no esté ya 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 mejor trato que aquel que lo conserva*”.

116 Vid. también, en este sentido, PUENTE ALBA, “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”, ob. cit, edición digital: “*Si el fundamento de esta clase de comiso es la peligrosidad objetiva de tales bienes, lo que interesa es decomisar precisamente esos objetos para que no sean empleados en futuros actos delictivos. Cuestión aparte es el deseo de castigar a un sujeto que hace desaparecer los efectos o instrumentos empleados en la comisión del delito; sin embargo, esto no debería arbitrarse mediante el comiso por equivalente, sobre todo ahora que es posible aplicar la consecuencia accesoria de comiso a sujetos exentos de responsabilidad penal*”.

de ganancias quizá sí pueda resultar una medida indicada, pues no sólo es preciso evitar el enriquecimiento injusto de los responsables¹¹⁷, sino que además debe impedirse que el delito produzca, efectivamente, *ganancias*. En realidad, y dado que la ganancia no se identificará necesariamente con un bien concreto, la previsión de esta modalidad de comiso por sustitución con relación a las ganancias resulta, en gran medida, prescindible.

117 De esta opinión, PUENTE ALBA ("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", ob. cit, edición digital): "*Si su fundamento –del comiso de ganancias– se basa en la imposibilidad de tolerar un enriquecimiento ilícito, no tendría sentido impedir la aplicación de esta medida precisamente cuando el sujeto ha sacado provecho de tales ganancias, por ejemplo, empleándolas en adquirir un determinado bien. Así, en los casos en que el sujeto ha hecho uso de tales ganancias, o las ha ocultado, se decretará el comiso por un valor equivalente*".