



El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas

Jorge Vizueta Fernández

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal.
Universidad de Salamanca*

RESUMEN: Con el Código penal de 1995, la materia relativa al comiso experimentó importantes cambios. Uno de los más significativos fue, sin duda, la previsión del comiso de las ganancias provenientes del delito en su art. 127. La novedad del Código penal de 1995 radica en que el comiso se extiende a las ganancias provenientes de cualquier delito o falta doloso, a diferencia de la regulación anterior que preveía el comiso de las ganancias solamente en relación con determinados delitos. En este trabajo analizamos el comiso de ganancias, las distintas manifestaciones de las mismas, su fundamento, finalidad y naturaleza jurídica, y el comiso de otros bienes por un valor equivalente en los supuestos en que suple al comiso de las ganancias provenientes del delito.

PALABRAS CLAVE: Consecuencias accesorias, comiso, ganancias provenientes del delito, ganancias brutas, ganancias netas, comiso de otros bienes por un valor equivalente.

SUMMARY: Following the release of the Criminal Code of 1995, the subject related to the confiscation has experienced important changes. The most significant one has been, without a doubt, the addition in its article 127 of the confiscation of gains resulting from the infringement. The novelty of the Criminal Code of 1995 is that the confiscation includes the gains coming from any voluntary infringement, contrary to the previous regulation which limited the confiscation of gains only to certain infringements. In this study are analyzed the confiscation of gains, its manifestations, its foundation, its purpose and its juridical nature, and also the confiscation of other goods for an equivalent value in the cases where this last one replaces the confiscation of gains resulting from the infringement.

KEY WORDS: The additional consequences, the confiscation, the gains resulting from the infringement, the brut gains, the net gains, the confiscation of other goods for an equivalent value.

SUMARIO: I. Acotación del tema. II. Comiso de las ganancias. 1. Introducción. 2. Ganancias provenientes del delito o falta. 3. Las transformaciones de las ganancias. 4. Fundamento, finalidad y naturaleza jurídica. 5. ¿Ganancias brutas o ganancias netas?. III. Comiso de otros bienes por un valor equivalente supletorio del comiso de las ganancias provenientes del delito. IV. Bibliografía

I. ACOTACIÓN DEL TEMA

El art. 127 del Código penal, integrado en el Título VI (*De las consecuencias accesorias*) del Libro I, contiene el comiso de los efectos e instrumentos del delito, el comiso de las ganancias provenientes del delito y el novedoso *comiso por un valor equivalente de otros bienes*. En este trabajo nos vamos a centrar básicamente en el comiso de las ganancias que provienen de la infracción penal, así como

en la figura que lo suple cuando su aplicación no es posible: el comiso de otros bienes por un valor equivalente.

II. COMISO DE LAS GANANCIAS

1. Introducción

La previsión del comiso de las ganancias provenientes del delito en el art. 127 es uno de los cambios más signi-

ficativos que experimenta la materia del comiso en el Código penal de 1995¹. Es cierto que el comiso de ganancias no era un instituto desconocido para el Código penal anterior. La Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, incorporó a éste un nuevo artículo, el 344 bis e)², que recogía una regulación específica del comiso para los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y donde ya se establecía el comiso de las ganancias obtenidas por estos delitos³. La novedad del Código penal de 1995 –como decimos, una de las más importantes en esta materia– radica en que el comiso se extiende a las ganancias provenientes de cualquier delito o falta doloso⁴, si bien se sigue manteniendo una regulación específica de este tipo de comiso para el delito de tráfico ilícito de drogas (art. 374, apartado 1). Pasemos a analizar ahora qué ha de entenderse por ganancias provenientes de un delito o falta.

2. Ganancias provenientes del delito o falta

El apartado 1 del art. 127 del Código penal recoge, junto al comiso de los efectos e instrumentos del delito, el de las *ganancias provenientes del delito o falta*⁵, *cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*⁶.

Las ganancias provenientes del delito o falta pueden manifestarse de diferentes modos. Una lectura reposada

de los libros II y III del Código penal nos ofrece buena muestra de ello. No se trata de hacer, sin embargo, una sistematización completa y acabada de las distintas formas que pueden presentar tales ganancias, pero sí conviene, con ayuda de algún ejemplo, mostrar esta rica variedad. Y para ello nos referiremos a continuación a dos grupos de supuestos.

En primer lugar, puede hablarse de las ganancias que derivan directa y necesariamente de la realización del tipo. La existencia de todos los elementos que conforman el tipo de determinados delitos conlleva la aparición de la ganancia. Sería el caso, por ejemplo, del beneficio económico obtenido explotando la prostitución de otra persona (art. 188.1, último inciso, del Código penal), de los efectos apropiados por quien los ha recibido con la obligación de entregarlos o devolverlos (artículos 252 y 623.4), de la subvención –superior a 80.000 euros– obtenida de una Administración pública falseando las condiciones requeridas para su concesión (art. 308.1), del dinero logrado con el comercio con especies amenazadas (art. 334.1) o con la expendición o despacho de medicamentos deteriorados o caducados (art. 361), o de los caudales sustraídos por un funcionario público que tiene a su cargo por razón de sus funciones (art. 432.1).

En otras ocasiones, sin embargo, y entramos ya en el otro grupo de supuestos, la realización del tipo de determinados delitos no lleva aparejada necesariamente una

1. La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, en su art. 137, y bajo determinadas condiciones, obligaba al Tribunal a la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su actividad por sus órganos o dependientes; véanse FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Comentarios...*, IV, pp. 970 y 971; CE-REZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, p. 21; y MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias*, pp. 348 y 349.

2. Decía el párrafo 1.º de este precepto: “*A no ser que pertenezca a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*”.

3. Véanse Díez Ripollés, J. L., *Los delitos*, pp. 104 y ss.; y Manzanares Samaniego, J. L., *Notas sobre el comiso*, pp. 521 y 522.

4. No obstante, nuestros Jueces y Tribunales, en lo que ha sido calificado por algún autor como *una generalizada corruptela de nuestros Tribunales*, acordaban, con el apoyo del art. 48 del Código penal anterior, el comiso de las ganancias en delitos distintos al tráfico de drogas; véase Manzanares Samaniego, J. L., *Notas sobre el comiso*, p. 536.

5. La mención expresa al término *falta* al lado de la expresión *delito* se debe a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Aunque con anterioridad a esta ley, la doctrina consideraba ya que la expresión *delito* abarcaba las faltas (véanse Guinarte Cabada, G., *Comentarios...*, I, p. 660; y Jorge Barreiro, A., *El sistema de sanciones*, p. 120), el añadido debe ser valorado de forma positiva; en este sentido Puente ABA, L. M., *La nueva regulación del comiso*, p. 993; y Fernández Pantoja, P., *El comiso*, p. 97.

6. Esta última locución (“*cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*”) no sólo se refiere a las ganancias (véase *infra*), sino también a los efectos e instrumentos del delito. No cabe duda de que, a efectos prácticos, tienen mayor interés las transformaciones que pueden experimentar las ganancias, pero no hay que descartar –la dicción legal no lo hace– la posibilidad de que se decomisen determinadas transformaciones de efectos e instrumentos del delito. Como hemos señalado, la importancia práctica de estas últimas es menor, pues el objeto que sustituye al efecto o instrumento puede constituir ya una ganancia, o bien carecer de peligrosidad, en cuyo caso falta ya el fundamento del comiso de efectos e instrumentos del delito, pero no podemos rechazar a priori una posibilidad que nos brinda nuestra regulación y que en ocasiones puede estar muy indicada, como, por ejemplo, en el caso del homicida que cambia su escopeta con la que ha cometido el delito por una pistola que puede ser utilizada para la comisión de futuras conductas antijurídicas. La escopeta, verdadero instrumento del delito, se ha transformado en una pistola, que debería poderse decomisar por ser asimismo un objeto peligroso.

ganancia para el autor o partícipe, si bien suele ser frecuente que ésta aparezca tras la consumación del delito. Dentro de este grupo, a su vez, pueden distinguirse aquellos casos en los que la ganancia queda abarcada por un elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo, de aquellos otros en los que ni siquiera se exige este requisito, por más que el beneficio económico sea con frecuencia el propósito último que mueve al sujeto. Entre los primeros se encontrarían, por ejemplo, las joyas que constituyen el objeto de la condición en un delito de secuestro finalmente obtenidas por el autor del mismo (art. 164 del Código penal), el beneficio conseguido con la cesión a terceros de los datos o hechos descubiertos o de las imágenes captadas a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 197 del Código penal (art. 197.3 y 6), el dinero pagado al receptor a cambio de la ayuda prestada a los responsables de un delito contra el patrimonio para que se aprovechen de los efectos del mismo (art. 298.1), el provecho patrimonial logrado con la realización de cualquier comportamiento que promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (art. 318 bis, apartado 3, inciso primero) o el beneficio económico obtenido con los efectos derivados del incendio de un monte por el autor del mismo que ha actuado precisamente con una finalidad lucrativa (art. 353.2). Muestra de los segundos son las dádivas recibidas por quien utiliza a un menor de edad o in-

capaz para mendigar (art. 232.1)⁷, el dinero logrado con la cesión a un tercero de un secreto de empresa previamente descubierto (art. 278.2), el beneficio adicional obtenido con la venta de ganado destinado al consumo humano al que se le ha suministrado clembuterol para lograr su engorde artificial (art. 364.2.1.^o) o los honorarios percibidos por quien ejerce actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente (art. 403)⁸.

Se discute por la doctrina española si el comiso de las ganancias debe abarcar el precio del delito⁹. El Código penal alemán no da pie a esta controversia pues su § 73, apartado 1, número 1, recoge, junto al comiso de lo que se ha obtenido *del hecho* (aus der Tat), el comiso de lo obtenido *por el hecho* (für die Tat), incluyendo la doctrina en esta última expresión la recompensa o el precio por la comisión, pasada o futura, de un hecho antijurídico¹⁰. Nuestro Código penal, sin embargo, es más parco al respecto, y sólo menciona, en el apartado 1 del art. 127, las *ganancias provenientes del delito o falta*, lo que ha motivado la discusión doctrinal antes aludida. *Aguado Correa* engloba en este tipo de comiso únicamente las ganancias que proceden del delito, esto es, las que provienen de su comisión, excluyendo aquellas otras que se obtienen por cometer un delito¹¹. Con independencia de que consideremos conveniente, a efectos de evitar discusiones poco provechosas, una nueva dicción

7. En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Comentarios...*, II, p. 1359, en este delito no se requiere en ningún caso «que el sujeto activo actúe con ánimo de lucro, por más que esa motivación concurrirá con frecuencia: Ello es coherente con un objeto de tutela centrado en los negativos efectos para la formación o integración social del menor o incapaz a que se da lugar con su introducción en el ámbito de la mendicidad, quedando las motivaciones lucrativas del sujeto activo en un segundo plano».

8. Este ejemplo es válido si nos adherimos a la opinión de CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de intrusismo*, pp. 229 y 230, según la cual «el tipo de intrusismo no requiere, por tanto, que el intruso se beneficie económicamente mediante la percepción de honorarios, realizándose simplemente con el ejercicio de actos *propios* de una profesión sin poseer el correspondiente *título*. Es el servicio prestado, propio de la profesión usurpada (...) y no la remuneración por él obtenida, la conducta que realiza el tipo de intrusismo. En este sentido, la STS de 1 de diciembre de 1970 afirmó que el delito se produce “aunque no se demande ni perciba retribución, por *no ser el móvil económico elemento del tipo penal*”». En el mismo sentido, SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., *El delito de intrusismo*, pp. 97 y 98.

9. Partidarios de decomisar con base en el art. 127 del Código penal «el precio cobrado por un asesino por su crimen», LUZÓN PEÑA, D. M. y PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *Consecuencias accesorias*, p. 287; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El Patrimonio Criminal*, p. 50; y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, p. 44. En contra, AGUADO CORREA, T., *El comiso*, pp. 98 y 99; la misma, *La regulación del comiso*, p. 15, nota 30; RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a J., *Comentarios*, p. 655; y MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias*, p. 359.

10. Véanse ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 73, n. m. 8 (p. 963); SCHMIDT, W., *Strafgesetzbuch*, § 73, n. m. 28 (p. 20); TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 73, n. m. 9 (p. 622); y HORN, *Systematischer Kommentar*, § 73, n. m. 8 (p. 12). También el Código penal suizo recoge en su art. 59.1 el comiso de los valores patrimoniales destinados “a *determinar o recompensar al autor de un delito*”.

11. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, pp. 98 y 99; la misma, *La regulación del comiso*, p. 15, nota 30. Esta interpretación, según la propia autora, viene confirmada por la previsión expresa del comiso de las dádivas, presentes o regalos en los delitos de cohecho y tráfico de influencias (art. 431 del Código penal). Sin embargo, no menciona esta autora, que hayamos visto, las razones de tal confirmación. No alcanzamos a ver que de la regulación contenida en este último precepto deba derivarse la exclusión del art. 127 de las ganancias obtenidas por cometer un delito. Si lo que ha querido decir *Aguado Correa* es que el comiso de las dádivas, presentes o regalos supone en todo caso el comiso del *precio del delito*, y, en consecuencia, si se recoge expresamente en el art. 431 es porque no queda abarcado ya por la regulación general del comiso contenida en el art. 127, no podemos estar de acuerdo.

que abarque sin generar dudas ambos tipos de ganancias, creemos posible, ya de *lege data*, defender que el art. 127, apartado 1, comprende también las ganancias obtenidas por la comisión de un delito o falta. Una interpretación restrictiva de la locución *ganancias provenientes del delito o falta*, nos llevaría a limitar este comiso a las ganancias que derivan directa e inmediatamente de la realización del correspondiente tipo delictivo, quedando fuera, por tanto, todos los casos que hemos incluido más arriba en el segundo grupo de supuestos. Esta interpretación ni resulta satisfactoria ni, como ya se ha dicho, es obligada de *lege data*. Ganancia proveniente del delito es, en nuestra opinión, toda ganancia que tenga su fundamento, que encuentre su principal razón de ser en el delito o falta, y por tanto también aquella que se presente como contraprestación de la infracción penal¹².

3. Las transformaciones de las ganancias

El apartado 1 del art. 127 del Código penal extiende el comiso a cualquier transformación que las ganancias provenientes del delito o falta hayan podido experimentar¹³. La medida alcanza, por tanto, no sólo las ganancias originales sino cualquier bien en que éstas se hayan transformado, cualquier bien que haya ocupado su lugar, que las haya sustituido. Así, por ejemplo, serán objeto de comiso

los bienes (joyas, coches, inmuebles, etc.) comprados con el dinero conseguido explotando la prostitución de otra persona, el dinero obtenido por el receptor con la venta de un vehículo que ha recibido a cambio de la ayuda prestada a los responsables de un delito contra el patrimonio para que se aprovechen de los efectos del mismo, el viñedo adquirido a cambio de la entrega de un piso que previamente ha sido comprado con el dinero logrado con el comercio de especies amenazadas o la cantidad obtenida de la compañía aseguradora por el siniestro total de un coche comprado con el dinero conseguido con la cesión a un tercero de un secreto de empresa previamente descubierto.

A diferencia de lo que ocurre en la regulación alemana (§ 73 II, inciso primero)¹⁴, el art. 127 de nuestro Código penal nada dice respecto del comiso de los beneficios obtenidos con la inversión, utilización o explotación de las ganancias ilícitas¹⁵. Surge la duda, por tanto, de si a través del instituto jurídico en estudio pueden decomisarse, por ejemplo, las cantidades recibidas por el arrendamiento de una vivienda obtenida ilícitamente, los intereses devengados por el depósito bancario o el préstamo a un tercero de las ganancias ilícitas consistentes en dinero, los beneficios que se derivan de la explotación de un viñedo comprado con el dinero logrado con el comercio con especies amenazadas, las ganancias correspondientes al incremento del valor de unas acciones compradas con dinero ilícito o el

El delito de cohecho contempla una gran complejidad típica. En función de la concreta figura de cohecho, la dádiva podrá ser instrumento o ganancia—incluso entendiendo ésta como lo hace *Aguado*— del delito. Partamos de un ejemplo: alguien entrega a un funcionario público una cantidad de dinero para que éste lleve a cabo un delito de prevaricación. El funcionario público, sin necesidad siquiera de dar comienzo a la ejecución de la prevaricación, es autor de un delito de cohecho del art. 419 del Código penal. Si el funcionario ejecuta o da principio a la ejecución de la prevaricación, la cantidad de dinero entregada será, en efecto, *precio del delito*. Pero antes de ser precio del delito de prevaricación, es, utilizando el lenguaje de la propia *Aguado*, ganancia que procede del delito de cohecho, ganancia que proviene de su comisión: el dinero deriva directamente de la realización de la acción típica consistente en *recibir*. La dádiva, antes que precio del delito a cuya realización se compromete el funcionario, es ganancia proveniente de la realización del delito de cohecho. No creemos, por ello, que el contenido del art. 431 del Código penal pueda ser utilizado como argumento válido para excluir del art. 127 las ganancias obtenidas por cometer un delito.

12. Así pues, quedaría comprendida en el concepto de *ganancia proveniente del delito* tanto la cantidad de dinero entregada a un sujeto para cometer una infracción penal que posteriormente lleva a cabo, como la obtenida por haber cometido un delito o falta, se haya acordado la entrega antes o después de la comisión.

13. No quedan limitadas, pues, a diferencia de la regulación alemana (§ 73, II, 2), las modalidades de la transformación [véase, por todos, SCHMIDT, W., *Strafgesetzbuch*, § 73, nn. mm. 46-48 (pp. 26 y 27)]. Esta indeterminación ha sido criticada por MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Notas sobre el comiso*, p. 532, por ser difícilmente compatible con los derechos a la propiedad y a la seguridad jurídica, así como con el principio de legalidad, y por propiciar una jurisprudencia contradictoria. Sin echar en saco roto estos peligros, la objeción de Manzanares nos parece desmesurada. El Juez o Tribunal debe llegar, tras la prueba, a la convicción de que el objeto que se pretende decomisar ha sustituido, ha ocupado el lugar, sea por el procedimiento que sea, de la ganancia original ilícitamente obtenida. Más que de incompatibilidad con algún precepto constitucional, el problema que se presenta es fundamentalmente de prueba.

14. Este precepto extiende expresamente el comiso de ganancias (*Verfall*) a los aprovechamientos o rendimientos de explotación obtenidos (*gezogenen Nutzungen*); véanse, con ejemplos ilustrativos, algunos utilizados por nosotros, SCHMIDT, W., *Strafgesetzbuch*, § 73, nn. mm. 43 y 44 (pp. 25 y 26); ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 73, n. m. 31 (pp. 966 y 967); HORN, *Systematischer Kommentar*, § 73, n. m. 11 (p. 12); HERZOG, *Nomos Kommentar*, § 73, nn. mm. 20 y 21 (p. 7); y JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 791.

15. Tratan este asunto, AGUADO CORREA, T., *El comiso*, p. 96; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El Patrimonio Criminal*, pp. 53 y 54; y, de forma más somera, REEG, A. R., *Comentario*, p. 459.

premio millonario que se gana con una quiniela pagada con dinero ilícitamente obtenido. La propia letra de la ley da pie a la exclusión de todos estos beneficios del ámbito del comiso de ganancias¹⁶, pues ni son ganancias provenientes, en sentido estricto, de la infracción penal, sino más bien de actuaciones posteriores a ésta (alquiler del piso, depósito o préstamo del dinero, explotación del viñedo, compra de acciones o realización de la quiniela)¹⁷, ni constituyen *transformaciones* de una ganancia ilícita, pues no sustituyen u ocupan el lugar de ésta, sino más bien la incrementan¹⁸. Este posicionamiento es plenamente coherente –y hasta obligado– con el fundamento y finalidad que otorgamos al comiso de ganancias, que analizamos a continuación, y con la naturaleza jurídica de esta figura, alejada en nuestra opinión, como también se verá, de todo contenido sancionador¹⁹.

4. Fundamento, finalidad y naturaleza jurídica

El comiso de ganancias regulado en el art. 127 del Código penal encuentra su razón de ser en el enriquecimiento generado por la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso. La obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial es, pues, el fundamento de este instituto jurídico²⁰. Algún autor, junto a la idea de la producción de un enriquecimiento ilícito,

señala como fundamento del comiso de ganancias «la *perigosidad objetiva del bien*, entendida ésta como probabilidad de que dicho bien favorezca la comisión futura de otros ilícitos penales (...) por su posible uso como medio de financiación de actividades delictivas (...)»²¹. Sin desconocer que las ganancias provenientes del delito pueden ser, y de hecho son, utilizadas en la realización de futuras conductas antijurídicas, sobre todo en el ámbito de la criminalidad organizada, la introducción de la idea de la *perigosidad objetiva del bien* en el fundamento del comiso de ganancias supondría la no aplicación de este instituto a aquellas ganancias obtenidas de forma ilícita sobre las que no exista la probabilidad de que vayan a ser utilizadas en la realización de actividades delictivas. Las ganancias provenientes de un ilícito penal doloso deben ser decomisadas porque han sido obtenidas de una forma antijurídica, con independencia de que quien dispone de ellas las vaya a emplear para financiar la comisión de futuros delitos o las pretenda usar como mero sustento de una vida en adelante honrada. No compartimos, por ello, la opinión de los que ven en el comiso de ganancias un doble fundamento.

En consonancia con el fundamento apuntado, la finalidad que se persigue con el comiso de ganancias del art. 127 del Código penal no es otra que la de eliminar el enriquecimiento patrimonial ilícito producido por una con-

16. No obstante, estos beneficios servirán para hacer frente a la pena de multa y a la responsabilidad civil derivada del delito, en caso de que existan, y eventualmente constituirán frutos percibidos por un poseedor de mala fe, que éste deberá abonar al poseedor legítimo (art. 455 del Código civil); sobre los distintos modos de entender el concepto de *frutos percibidos* de este precepto, véase BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado*, pp. 252 y ss.

17. Hemos mantenido más arriba que *ganancia proveniente del delito* es toda ganancia que tenga su fundamento, que encuentre su principal razón de ser en el delito o falta, y si bien puede afirmarse una relación de causalidad entre el delito o falta del que proceden las ganancias ilícitas y los beneficios obtenidos con la utilización de éstas, no puede decirse que tales beneficios encuentren su principal razón de ser en la infracción penal, sino en las actuaciones posteriores arriba señaladas.

18. Hay algún supuesto, sin embargo, que plantea serias dudas. Pensemos en una ganancia ilícita consistente en un terreno que cuando es obtenido por el autor del delito tiene un valor aproximado de 10.000 euros, pero que en poco tiempo, debido a una recalificación del suelo inesperada por aquél, multiplica su valor por 10. ¿Debe el comiso de ganancias extenderse al incremento del valor del terreno (90.000 euros), o por el contrario debe limitarse al valor que tenía cuando fue obtenido ilícitamente (10.000 euros)? En este supuesto, a diferencia de los otros casos expuestos, el incremento patrimonial no se debe a una actividad o actuación del sujeto beneficiario, a su esfuerzo, trabajo o iniciativa, sino a una decisión política ajena a él. Sin embargo, la razón principal de esa ganancia consistente en el incremento del valor del terreno no es el delito o falta cometido, sino la decisión política posterior que recalifica el terreno, lo que nos inclina, aunque con sinceras dudas, a excluir también del comiso de ganancias ese incremento del valor que experimenta el terreno ilícitamente obtenido.

19. El comiso de los beneficios obtenidos con la inversión, utilización o explotación de las ganancias ilícitas abarcaría bienes derivados de actividades que en muchos casos son, en sí mismas consideradas, lícitas. Unido esto a que la pérdida de tales beneficios conlleva asimismo el malogro del esfuerzo, del trabajo y de la iniciativa del sujeto que las lleva a cabo, hace que esta medida adquiriera cierto contenido sancionador, contenido este que rechazamos en el comiso de ganancias regulado en el art. 127 del Código penal, lo que explica que estos beneficios queden extramuros de esta figura jurídica.

20. Véanse GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, p. 487; el mismo, *Recensión a Luzón Peña*, p. 367; y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, p. 34.

21. Así RAMÓN RIBAS, E., *La respuesta*, pp. 228 y 229; y el mismo, *Comentarios*, pp. 663 y 664.

ducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso²². La idea que sostiene este objetivo es la de que nadie puede disfrutar de una ganancia obtenida de forma ilícita²³. Con esta medida se trata, por tanto, de que el patrimonio del autor o partícipe de una conducta antijurídica, o de terceros de mala fe²⁴, no se vea aumentado con ganancias que tienen su fundamento, que encuentran su principal razón de ser en un hecho antijurídico –delito o falta– doloso. La consecución de este objetivo puede llevar aparejados otros efectos que, aunque no son desdeñables, no deben incluirse a nuestro parecer dentro de los fines perseguidos por el comiso de ganancias. Con la eliminación del enriquecimiento patrimonial ilícito producido por la conducta antijurídica puede evitarse sin duda que la ganancia sea utilizada en el futuro para cometer otros delitos, y hasta puede transmitirse la idea a potenciales delinquentes de que el delito no es económicamente rentable, pero son meros efectos secundarios o acompañantes, que de darse en el caso concreto son bien recibidos, pero que si no se dan, o mejor, la imposibilidad de alcanzarlos no cierra el paso –como sería obligado si se les reconoce el carácter de *finis*– a la aplicación del comiso de ganancias²⁵. En definitiva, los efectos preventivos del comiso

de ganancias son, aunque bienvenidos, ajenos a la esencia de este instituto jurídico²⁶.

La doctrina española conviene, al igual que hace con el comiso de efectos e instrumentos del delito, en negar al comiso de ganancias carácter de pena o medida de seguridad²⁷. Parte de esta doctrina, sin embargo, confiere a esta consecuencia jurídica naturaleza penal²⁸. En favor de esta postura se ha razonado que nos encontramos ante una consecuencia jurídica del delito, impuesta por un órgano penal, prevista en una ley penal, privativa de un derecho de considerable entidad y con una clara función preventiva, tanto general como especial²⁹, argumentos estos que coinciden con los esgrimidos en defensa de la naturaleza penal del comiso de efectos e instrumentos del delito. *Gracia Martín* ha demostrado de forma convincente que ninguno de estos argumentos es definitivo para otorgar naturaleza penal, ni al comiso de efectos e instrumentos del delito, ni al de ganancias, y que, más bien, alguno de ellos, como ha señalado este autor, conduce de forma clara a negar a ambos comisos cualquier naturaleza sancionadora³⁰. Además, ya no puede sostenerse en defensa del carácter penal del comiso de ganancias que se trata de una consecuencia jurídica que va *unida a la imposición de una pena*³¹, pues tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de no-

22. Véanse GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, pp. 505 y 506; el mismo, Recensión a Luzón Peña, p. 368; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La pena de comiso*, p. 620; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias accesorias*, p. 50; el mismo, *Las consecuencias*, p. 359; JORGE BARREIRO, A., *El sistema de sanciones*, p. 120; OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *El comiso*, p. 1566; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, p. 127; MOLINA BLÁZQUEZ, M.ª C., *La aplicación*, p. 260; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El Patrimonio Criminal*, p. 40; y CAZORLA PRIETO, S., *El comiso*, p. 80.

23. Con todo, la regulación actual del art. 127 del Código penal no es por entero fiel a esta idea, y, en consecuencia, no permite alcanzar plenamente el fin del comiso de ganancias, primero, porque limita éstas a las que provienen de los delitos o faltas *dolosos*, cuando son perfectamente posibles –y conveniente su decomiso– las derivadas de un ilícito penal imprudente (pensemos, por ejemplo, en los beneficios obtenidos de la venta de bebidas o comestibles nocivos para la salud por quien actúa imprudentemente, esto es, desconociendo su nocividad –art. 367 en relación con el art. 363.2–), y segundo, porque su aplicación es meramente facultativa cuando, a pesar de la obtención ilícita de las ganancias, no se ha llegado a imponer una pena (apartado 3 del art. 127).

24. Quedan excluidas del comiso, como advierte el art. 127, apartado 1, del Código penal, las ganancias pertenecientes a un tercero de *buena fe* no responsable del delito que las haya adquirido legalmente.

25. En efecto, si el fin perseguido por el comiso de ganancias es impedir que éstas se utilicen en la realización de futuras conductas delictivas, no estaría justificada la aplicación de esta consecuencia jurídica cuando quien dispone de esa ganancia obtenida ilícitamente no tenga ninguna intención de dedicarla a la realización de nuevos delitos, pues en este caso no habría ya fin que cumplir.

26. En contra de esta opinión, otorgando incluso en ocasiones un lugar preferente a los fines preventivos, AGUADO CORREA, T., *El comiso*, pp. 69-71, 80 y 81; RAMÓN RIBAS, E., *La respuesta*, pp. 225, 226, 233 y 234; el mismo, *Comentarios*, p. 667; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El Patrimonio Criminal*, p. 50; y SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código Penal*, p. 1205.

27. Véanse MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La pena de comiso*, p. 620; GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, pp. 470-473; el mismo, *Tratado*, pp. 537-540; AGUADO CORREA, T., *El comiso*, pp. 32, 33 y 82; LUZÓN PEÑA, D. M. y PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *Consecuencias accesorias*, p. 283; RAMÓN RIBAS, E., *La respuesta*, p. 226; y LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias...*, 5.ª edición, pp. 123 y 124;

28. Véanse LUZÓN PEÑA, D. M. y PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *Consecuencias accesorias*, p. 284; AGUADO CORREA, T., *El comiso*, pp. 78 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias...*, 5.ª edición, p. 124; RAMÓN RIBAS, E., *La respuesta*, pp. 225 y 226; y el mismo, *Comentarios*, pp. 656-658 y 663.

29. Véanse los autores de la nota anterior. No se explica convenientemente, sin embargo, por qué siendo el comiso de ganancias una consecuencia jurídica de naturaleza penal, puede imponerse a terceros no responsables del delito.

30. Véanse extensamente GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, pp. 470-491; y el mismo, *Tratado*, pp. 537-556.

31. Así AGUADO CORREA, T., *El comiso*, p. 80.

viembre, cabe la aplicación de este comiso aunque no se imponga a nadie una pena, o por decirlo de otro modo, la imposición de una pena por una delito o falta dolosos ha dejado de ser en nuestra regulación presupuesto imprescindible de la aplicación del comiso. Este cambio, al mismo tiempo, invalida la opinión de quienes fundamentan el carácter preventivo del comiso de ganancias, y con ello su naturaleza penal, precisamente en su necesaria vinculación –hoy ya cancelada– con una pena³².

Pero aunque se desligue el carácter preventivo del comiso de ganancias de su, ya desaparecida, vinculación con una pena, y se fundamente en la idea, por nosotros rechazada, de que el comiso de ganancias nace para evitar la utilización del beneficio en la comisión de futuros delitos³³, sigue sin existir base para colegir de ello la naturaleza penal de esta clase de comiso, pues no puede identificarse la pretendida finalidad preventiva del comiso de ganancias con la finalidad preventiva *penal* (o sancionadora en general), debido a que, como ha explicado *Gracia Martín*, mientras que la primera sería una prevención de aseguramiento frente a cosas (ganancias), la segunda es una prevención disuasoria de volunta-

des³⁴. La finalidad preventiva que quiere verse al comiso de ganancias no es la propia de las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, y conduce más bien, en un efecto bumerán, a la atribución de naturaleza sancionadora a este instituto jurídico³⁵.

La opinión sustentada respecto al fundamento y finalidad del comiso de ganancias debe ser decisiva para la determinación de su naturaleza jurídica. Que su fundamento sea la obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial³⁶, y su única finalidad, a nuestro parecer, la eliminación de tal enriquecimiento, aleja el comiso de ganancias de todo atisbo sancionador³⁷, y lo aproxima, en el sentido que ahora veremos, a una figura de construcción básicamente jurisprudencial³⁸: el enriquecimiento injusto o sin causa³⁹.

En efecto, el comiso de ganancias y el enriquecimiento sin causa manejado por la doctrina civilista albergan aspectos coincidentes⁴⁰. Ambas figuras se sostienen sobre la idea del enriquecimiento patrimonial. Y aunque en el caso del comiso de ganancias es más limitada la razón de la ganancia –la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso⁴¹–, las dos figuras se caracterizan porque el enriquecimiento patrimonial no

32. Con anterioridad a ley citada, manifestaba AGUADO CORREA, T., *El comiso*, p. 80, que «el hecho de que el comiso de ganancias sea una consecuencia accesoria de la pena que tan sólo se puede imponer junto a una sanción de tal naturaleza, le confiere siquiera, desde nuestro punto de vista, un mayor carácter preventivo: los preceptos dedicados al comiso de ganancias no garantizan por sí solos un efecto preventivo».

33. Véase RAMÓN RIBAS, E., *La respuesta*, p. 226.

34. Véanse más extensamente GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, pp. 485-487; y el mismo, *Tratado*, pp. 550-552.

35. Véanse GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, pp. 487; y el mismo, *Tratado*, p. 552.

36. La realización antijurídica de un tipo penal es un presupuesto del comiso de ganancias, pero no es exacta la afirmación hecha por RAMÓN RIBAS, E., *La respuesta*, p. 226, de que este comiso nace por la comisión de un ilícito penal, sino más bien nace del enriquecimiento ilícito generado por tal comisión.

37. En el ámbito administrativo, tampoco otorgan al comiso un carácter sancionador GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, II, p. 123; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios*, p. 399; y SUAY RINCÓN, J., *Sanciones*, p. 71.

38. Véanse ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento*, pp. 51 y ss.; REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto*, pp. 6-8; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, II, pp. 414 y 415, que califica esta creación de la jurisprudencia como «la más importante y acabada de la Sala 1.ª».

39. Utilizamos, al igual que parte de los autores y la jurisprudencia, los conceptos *enriquecimiento injusto* y *enriquecimiento sin causa* como expresiones equivalentes, que comprenden aquellas atribuciones patrimoniales que no están fundadas en una *justa causa*, sin desconocer que la doctrina más especializada hace una distinción de ambos conceptos y los coloca en una relación de género a especie; en este sentido DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Enriquecimiento injusto*, pp. 140 y ss.: «(...) una cosa es que un patrimonio se enriquezca a costa de otro sin que el enriquecimiento responda a un fundamento jurídico susceptible de justificarlo suficientemente conforme al propio ordenamiento jurídico, y en eso consiste cabalmente el enriquecimiento sin causa propiamente dicho, y otra que, a pesar de existir ese fundamento jurídico, se alcancen resultados contrarios a la justicia».

40. Véanse GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, pp. 487 y 505; el mismo, *Responsabilidad de directivos*, pp. 100 y 101.

41. Ni siquiera los partidarios de la teoría de la antijuridicidad constriñen tanto la causa de la ganancia, pues si bien para ellos la cuestión central del enriquecimiento injusto no es ya la existencia de un desplazamiento patrimonial sin causa jurídica que lo justifique, sino que el enriquecimiento haya sido obtenido mediante una *acción antijurídica*, consideran que *antijurídicas* no sólo son «aquellas acciones que violan un precepto imperativo o prohibitivo, sino también aquellas otras que, sin estar el afectado obligado a soportarlas, suponen la intromisión en un derecho subjetivo a cuya omisión está obligado el intromisor: (...) la culpa no es un requisito necesario para el nacimiento de la obligación restitutoria; ésta no depende del juicio de disvalor de la conducta sino sólo de la violación objetiva de una norma jurídica». Estas ideas han sido tomadas de la excelente exposición que de la teoría de la antijuridicidad en el ámbito del enriquecimiento injusto hace BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado*, pp. 54 y ss.

encuentra justificación en causa alguna que pueda considerarse justa por el ordenamiento jurídico⁴². Coincide, asimismo, al menos en su esencia, el fin perseguido por el comiso de ganancias y por la figura del enriquecimiento sin causa, evitar o impedir un lucro injusto, con independencia ya de las distintas posturas existentes sobre la motivación, alcance y medida de la restitución⁴³. Incluso, alguno de los aspectos tradicionales del enriquecimiento sin causa que menos parece acomodarse al instituto del comiso de ganancias, ha sido reconsiderado por parte de la doctrina civilista, dando como resultado un mayor acercamiento entre ambas figuras. Nos estamos refiriendo al requisito del correlativo empobrecimiento injusto de otra persona.

El comiso de ganancias, como se ha visto, encuentra su fundamento en la obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial. Su objeto son las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Cuando tales ganancias derivadas de la realización antijurídica de un tipo penal doloso impliquen un menoscabo, un empobrecimiento del patrimonio de otra persona, física o jurídica, esto es, cuando exista una correlación entre perjuicio y ganancia, como ocurre con los efectos apropiados por quien los ha recibido con la obligación de entregarlos o devolverlos (artículos 252 y 623.4 del Código penal), los caudales sustraídos por un funcionario público que los tiene a su cargo por razón de sus funciones (art. 432.1) o las joyas u otros bienes que constituyen el objeto de la condición en un delito de secuestro finalmente obtenidos por el autor del mismo (art. 164), salvo que el perjudicado renuncie a la acción civil, no podrán decomisarse, pues se trata de ganancias pertenecientes a un tercero de buena fe no responsable del delito (art. 127.1, último inciso). Por ello, el comiso recaerá generalmente sobre ganancias que no constituyen el relato de un empobrecimiento patrimonial de otra persona. El dinero obtenido con la venta de drogas (art. 368), el beneficio económico logrado con el comercio con especies amenazadas (art. 334.1) o el dinero que recibe el receptor de los responsables de un delito contra el patrimonio por la ayuda que aquél presta a éstos para que se aprovechen de los efectos del delito (art.

298.1), ganancias todas ellas, no constituye necesariamente el anverso del empobrecimiento injusto de otra persona, ya que quien compra la droga o una especie amenazada, o quien paga al receptor por los servicios prestados, esto es, quien aporta la ganancia del delito, recibe a cambio una contraprestación querida y acordada con la otra parte, por lo que no se puede hablar de un empobrecimiento de su patrimonio, mucho menos de un empobrecimiento injusto. En definitiva, el menoscabo o empobrecimiento del patrimonio de una persona no es requisito del comiso de ganancias. Tampoco es consustancial, como veremos, al enriquecimiento sin causa, al menos para un sector importante de la doctrina.

Tradicionalmente, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se ha venido exigiendo en el enriquecimiento sin causa que la ventaja patrimonial obtenida por el demandado sea correlativa a un empobrecimiento del actor, la existencia de una relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento⁴⁴. «No basta —escribe *Lacruz Berdejo*— que el demandado se enriquezca y el actor se empobrezca: además, el empobrecimiento ha de ser precisamente causa del enriquecimiento. Ha de tratarse de enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, conexos (...)»⁴⁵. En los últimos años, sin embargo, se han alzado entre los autores voces que disienten de esta opinión, de tal modo que no puede decirse ya que existe unanimidad en la defensa del empobrecimiento del actor como condición necesaria del enriquecimiento sin causa. Se señalan diferentes ejemplos en los que puede ejercitarse la acción de enriquecimiento, y sin embargo no existe un empobrecimiento por parte del demandante. El más conocido, quizás, sea el propuesto por *von Caemmerer*, recogido por *Álvarez Caperochipi* en su monografía sobre el enriquecimiento sin causa: un director de cine utiliza en una de sus películas una canción de un cantautor desconocido sin autorización de éste. El éxito de la película potencia la popularidad del cantautor, elevando considerablemente las ventas de su disco y el número de sus conciertos. La utilización de la canción ha supuesto para el cantautor, sin duda, un auténtico enriquecimiento, y no un empobrecimiento, y sin embargo puede reclamar un enriquecimiento sin causa en función del despojo, sin autorización, de un

42. Sobre el concepto de *falta de causa* en el enriquecimiento sin causa, véanse DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, II, pp. 521 y 527; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, II, pp. 420 y 421; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento*, pp. 93 y ss.; y REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto*, pp. 28 y ss.

43. Véanse BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado*, pp. 88 y ss.; y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento*, pp. 145 y ss.

44. Véanse LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, II, pp. 419 y 420; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, II, pp. 526 y 527; y las sentencias en estas obras citadas.

45. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, II, p. 420.

derecho propio⁴⁶. Esto conduce a este último autor a la consideración de que «la acción de enriquecimiento es independiente de la existencia de un daño –empobrecimiento– y es independiente de la cuantía y medida de este daño. Al ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa, estamos frente a un problema de atribución de las ventajas por parte del ordenamiento jurídico, y de un goce indebido de las mismas; por tanto, no se trata de cubrir un empobrecimiento (...) sino que se trata de la obligación de restituir por quien no tiene causa para retener»⁴⁷. Más recientemente, nos recuerda *Basozabal Arrue* que en la doctrina alemana actual se insiste en que la responsabilidad por enriquecimiento es completamente independiente de la existencia de un daño en el patrimonio del titular del derecho usurpado⁴⁸. Califica este autor de insensato defender para el derecho de enriquecimiento por intromisión una función indemnizatoria, pues ya existe una institución jurídica que se ocupa precisamente de ella: la responsabilidad civil⁴⁹. Además, advierte *Basozabal Arrue*, la exigencia de un empobrecimiento del actor excluiría «la posibilidad de apreciar la pretensión de enriquecimiento en aquellos supuestos en los que resulta más necesaria, precisamente por la inexistencia de daño (por lo que ni habría posibilidad de indemnización, ni posibilidad de restituir el enriquecimiento)»⁵⁰. En definitiva, las aportaciones más modernas, o al menos algunas de ellas, al estudio del en-

riquecimiento sin causa, cuestionan el requisito tradicional del correlativo empobrecimiento de otra persona, lo que no hace sino aproximar más todavía esta figura al comiso de ganancias.

Existe, con todo, entre el enriquecimiento sin causa manejado en el Derecho civil y el comiso de ganancias una importante diferencia que contribuye a la no identificación de ambas figuras. En el enriquecimiento sin causa, la ventaja patrimonial recae finalmente en el particular que ha ejercitado la acción de enriquecimiento, mientras que en el comiso de ganancias el destinatario de éstas es el propio Estado, con independencia de que en ocasiones esté obligado a asignar el producto de lo decomisado a la satisfacción de las responsabilidades civiles del penado (art. 127.4 del Código penal)⁵¹. Esta característica peculiar del comiso de ganancias, nos referimos a que el destinatario de lo decomisado sea el Estado, hace que esta figura trascienda el ámbito privado, las relaciones entre particulares, y se convierta en una medida de carácter público⁵². El comiso de ganancias regulado en el art. 127 del Código penal es una manifestación positiva de un principio general del Derecho –el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto– común a todo el ordenamiento jurídico⁵³. Se trata, pues, de una concreción de tal principio recogida por el Código penal para hacer frente a una situación específica de enriquecimiento sin causa, cuyas

46. Véase ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento*, p. 89, que utiliza asimismo el celebre ejemplo de *Sacco*: «Supongamos que el dueño de una finca parte para un largo viaje al extranjero dejando ésta cerrada, un tercero la arrienda durante su ausencia y obtiene un precio de 10, pero la deja en perfectas condiciones para su vuelta. ¿Cuál es el enriquecimiento del tercero?, evidentemente 10 que es lo que debe restituir en función de los criterios generales determinadores de la *medida del enriquecimiento*, ¿cuál es el empobrecimiento del dueño?, evidentemente ninguno y, por tanto, nada se le debe indemnizar en función de la acción fundada en el art. 1.902 –sólo los eventuales perjuicios morales–» (pp. 87 y 88).

47. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento*, p. 88. Por su parte, REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto*, p. 26, manifiesta que «(...) el enriquecimiento sin causa no se corresponde sólo con desplazamientos de un patrimonio a otro, sino que incluye casos de atribución directa de un bien o valor creado *ex novo* que no estaba antes en un patrimonio distinto. Hablar en estos casos de empobrecimiento es algo forzado, casi una ficción».

48. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado*, p. 101, nota 145.

49. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado*, p. 101.

50. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado*, pp. 100 y ss.

51. Véanse FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Comentarios...*, IV, p. 993; CARDENAL MURILLO, A., *El régimen*, pp. 35 y 36; y GALLEGOS SOLER, J. I., *Los delitos*, p. 303.

52. Que el destinatario de lo decomisado sea el Estado no conlleva, sin embargo, necesariamente, como parece opinar AGUADO CORREA, T., *El comiso*, p. 79, que la naturaleza del comiso de ganancias sea penal. En contra de su naturaleza civil, manifiesta esta autora que «en tanto que en el enriquecimiento intromisivo las ganancias han de entregarse al sujeto pasivo de la intromisión, solamente a través del Derecho Penal se puede articular la restitución de ganancia como factor de prevención y punitivo teniendo como destinatario el Estado. Únicamente reputando el comiso de ganancias como una sanción penal se puede articular la restitución de la misma como factor de prevención y punición de determinadas conductas sin tener que otorgársela al sujeto pasivo de la intromisión». Hay a nuestro modo de ver un salto lógico en esta argumentación. El carácter público del comiso de ganancias descansa en la idea de que es el Estado el destinatario de lo decomisado, pero este dato nada dice todavía de la naturaleza penal de aquél. Ésta deberá ser explicada atendiendo al fundamento y finalidad del comiso de ganancias, y éstos –fundamento y finalidad– no quedan fijados por el hecho de que sea el Estado el destinatario de las ganancias objeto del comiso. La pretendida finalidad preventivo-punitiva del comiso de ganancias no puede inferirse del dato cierto de que las ganancias decomisadas vayan a parar al Estado.

53. Sobre este principio general del Derecho, véanse LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, II, pp. 414 y 415; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Enriquecimiento injusto*, pp. 149-152 y 190; y REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto*, pp. 13, 14, 93, 99 y ss.

particularidades más notables frente a la figura de enriquecimiento injusto que ha ido construyendo la jurisprudencia y doctrina civiles se encuentran en la causa de la ganancia —la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso— y en el destinatario de la misma: las arcas del Estado. Es, el comiso de ganancias, una medida jurídico-pública de restitución o reintegración de toda ganancia que encuentre su principal razón de ser en la realización antijurídica de un delito o falta doloso.

5. ¿Ganancias brutas o ganancias netas?

Esta forma de entender el comiso de ganancias, desprovisto de todo contenido sancionador, condiciona la solución que debemos dar a la importante cuestión de si las *ganancias provenientes del delito o falta* a que alude el art. 127 del Código penal, son las ganancias brutas o las ganancias netas, esto es, si han de decomisarse todos los ingresos derivados de la realización de la infracción penal, o si deben deducirse de tales ingresos los gastos a los que ha tenido que hacer frente el sujeto para su obtención⁵⁴.

La doctrina española, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno —Suiza o Alemania—, no ha dispensado a este aspecto del comiso de ganancias una especial atención. Son las contribuciones más recientes las que se detienen en este problema e intentan aportar una solución. Y como de la letra de la ley no se deriva inequívocamente una u otra postura⁵⁵, hay autores que se decantan por el principio de las ganancias brutas⁵⁶, y otros que defienden el principio de las ganancias netas⁵⁷. Por nuestra parte, la opinión sustentada respecto al fundamento, finalidad y naturaleza del comiso de ganancias, nos lleva a la defensa de esta última opción. Con este instituto jurídico se trata de eliminar el enriquecimiento patrimonial que ha proporcionado la conducta antijurídica. Si de ésta se ha obtenido 100, pero el coste para su obtención ha sido también 100, el enriquecimiento patrimonial es cero.

El decomiso de 100 no encontraría explicación ni en el fundamento que hemos defendido ni en la finalidad de eliminar un enriquecimiento ilícito, en este caso inexistente. El comiso de la totalidad de lo conseguido con la realización de un delito o falta, también por tanto de todos los gastos realizados por el sujeto para su obtención, iría más allá de la mera restitución, pues se afectaría a un patrimonio existente con anterioridad a la realización de la conducta antijurídica, adquiriendo de este modo el comiso de ganancias un claro carácter sancionador⁵⁸. Por ello, no puede tenerse en cuenta a los partidarios del principio de las ganancias brutas cuando reprochan al principio de ganancias netas que «para el autor del hecho delictivo la comisión del mismo y la eventualidad de ser descubierto no implica ningún riesgo de pérdida económica, al poder recuperar y conservar los valores patrimoniales que ha invertido para la comisión del delito, arriesgándose únicamente, en el supuesto de que sea descubierto, a no obtener ganancias, pero no a sufrir una pérdida económica»⁵⁹, pues precisamente es de lo que se trata, de evitar que el sujeto se enriquezca a través del delito, pero sin que resulte mermado por el comiso de ganancias su patrimonio anterior a la realización de la infracción penal, que podrá verse afectado, eso sí, por otras consecuencias jurídicas del delito, como por ejemplo la pena de multa.

Así las cosas, de los ingresos que el sujeto activo obtiene, por ejemplo, con la venta de cintas de vídeo piratas (art. 270 del Código penal), con el comercio con especies amenazadas o en peligro de extinción (art. 334), con la inmigración clandestina de personas (art. 318 bis) o con la comercialización no autorizada de armas de fuego reglamentadas (art. 566.1.2.º), deberán deducirse, respectivamente, las cantidades gastadas por aquel sujeto en la adquisición de los soportes sobre los que se han grabado las películas, en la manutención y almacenaje de los animales, en el alquiler del barco que ha trasladado a los inmigrantes desde su país de origen hasta España o en la misma procura de las armas de fuego reglamentadas con las

54. Hacen depender la naturaleza del comiso de ganancias de si se decomisan o no los gastos, HERZOG, *Nomos Kommentar*, vor § 73, n. m. 8 (pp. 3 y 4); ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, vor § 73, n. m. 19 (p. 961); HORN, *Systematischer Kommentar*, § 73, n. m. 5 (pp. 9 y 10); JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pp. 791 y ss.; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 73, n. m. 3 (p. 620); y LACKNER/KÜHL *Strafgesetzbuch*, § 73, n. m. 4b (p. 424). En contra de esta dependencia, SCHMIDT, W., *Strafgesetzbuch*, § 73, n. m. 12 (p. 15), para quien la finalidad y la naturaleza jurídica del comiso de ganancias no han experimentado en Alemania variación alguna con la sustitución, en la reforma de 1992, del principio de las ganancias netas por el principio de las ganancias brutas.

55. En contra REEG, A. R., *Comentario*, p. 459, para quien «el empleo del término “ganancias” indica que deben entenderse por éstas sólo el “neto” obtenido —principio del valor neto (“Nettoprinzip”)—».

56. Véanse AGUADO CORREA, T., *El comiso*, pp. 101 y 102; y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El Patrimonio Criminal*, p. 54.

57. Véanse MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Notas sobre el comiso*, pp. 526 y 527; y CERESO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, p. 47.

58. Véanse ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, vor § 73, n. m. 19 (p. 961); HORN, *Systematischer Kommentar*, § 73, n. m. 5 (pp. 9 y 10); TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 73, n. m. 3 (p. 620); y WEIGEND, T., *Los sistemas*, p. 564.

59. Véase AGUADO CORREA, T., *El comiso*, p. 101, citando a Maugeri.

que posteriormente se comercializa de forma no autorizada⁶⁰. Los ejemplos que pueden citarse son muchos, la casuística es extensa, pero ha de tratarse de gastos relacionados directamente con la obtención de la ganancia. Frente a las seguras dificultades con las que se encontrará el juzgador en la determinación de qué gastos han de deducirse y cuáles no, el criterio que ha de guiar su decisión en todo momento no es otro que el del fundamento y finalidad que se persigue con el comiso de ganancias: la obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial y su eliminación.

Otra de las críticas que se hacen al principio de las ganancias netas es el inconveniente de tener que calcular, con lo que esto supone, los gastos concretos que han de ser deducidos de los ingresos derivados de la realización de la infracción penal. Esta dificultad existe y no hay que desconocerla, pero no es exclusiva del hallazgo de los gastos, sino también de la propia determinación de todo lo obtenido con la realización de la conducta antijurídica. Claro que si a esta última pesquisa hay que añadir el cálculo de los gastos, la dificultad es sin duda mayor. Pero esto, si bien constituye un dato en contra del principio de las ganancias netas, no es razón suficiente para el abandono de tal principio⁶¹. Es necesario, eso sí, dotar a los Tribunales de medios materiales y personales suficientes para poder realizar con garantías este tipo de indagaciones, sobre todo cuando las infracciones penales se realizan en el ámbito de la llamada criminalidad organizada⁶².

III. COMISO DE OTROS BIENES POR UN VALOR EQUIVALENTE SUPLETORIO DEL COMISO DE LAS GANANCIAS PROVENIENTES DEL DELITO

El apartado 2 del art. 127 del Código penal, cuyo contenido ha sido introducido por la Ley Orgánica 15/2003,

de 25 de noviembre, establece que *si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho*. Se trata de una modalidad de comiso que nunca antes había tenido reflejo en nuestra legislación penal, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno, cuyos Códigos penales llevan años albergando figuras de comiso semejantes⁶³.

A pesar de la tardía incorporación a nuestro derecho vigente del comiso de otros bienes por un valor equivalente, hace años que se venía solicitando desde distintos frentes una regulación penal de esta figura de comiso que sirviera para reaccionar frente a la imposibilidad de aplicar en determinados supuestos el comiso de los efectos, instrumentos y ganancias del delito. La Memoria correspondiente al año 1991 de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas propuso un texto alternativo al art. 344 bis e) del Código penal anterior en el que se decía que *si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el párrafo anterior podrá acordarse el de otros de valor equivalente. Por bienes se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*⁶⁴. Asimismo, un importante sector de nuestra doctrina se mostró partidario de la regulación de este tipo de comiso⁶⁵, invocando en ocasiones como argumento el cumplimiento de lo dispuesto en diferentes instrumentos internacionales⁶⁶. En adelante analizaremos la figura del comiso de otros bienes por un valor equivalente, pero únicamente cuando suple al comiso de las ganancias provenientes del delito.

60. Otros ejemplos pueden verse en SCHÄFER, *Strafgesetzbuch*, § 73, n. m. 16 (p. 15).

61. El Juez o Tribunal, después de comprobar los ingresos totales obtenidos por el sujeto con la realización de la conducta antijurídica, indagará sobre las inversiones realizadas para su consecución, determinando los gastos razonables, si los hubiera, directamente relacionados con la obtención de la ganancia, sin perjuicio de que tras estas pesquisas se tengan en cuenta por el juzgador otros gastos que han escapado a la investigación pero que han sido mostrados por el imputado.

62. Aunque resulta obvio decirlo, el éxito o fracaso de esta consecuencia jurídica depende en gran medida de estos medios a los que hemos aludido, esto es, del dinero que se esté dispuesto a invertir en la Administración de Justicia.

63. Véanse los artículos 73 a y 74 c del Código penal alemán, y 59.2 del Código penal suizo.

64. Véanse ZARAGOZA AGUADO, J. A., *Memoria*, pp. 404-406; y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas*, pp. 338 y 339.

65. Véanse FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *Consideraciones*, p. 621; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Notas sobre el comiso*, p. 531; AGUADO CORREA, T., *El comiso*, pp. 51 y 97; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *El comiso*, pp. 95 y 97; y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El Patrimonio Criminal*, p. 46.

66. Entre tales instrumentos internacionales cabe destacar el art. 5.1 a) de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988; el art. 2.1 del Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos de 1990; el art. 12.1 a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000; y el art. 3 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

Según reza el apartado 2 del art. 127 del Código penal, si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de las ganancias provenientes del delito, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho⁶⁷. Esta modalidad de comiso entra en juego cuando no han podido ser decomisadas la totalidad de las ganancias provenientes del delito o falta doloso⁶⁸. Su finalidad es, pues, suplir –en el sentido de ocupar su lugar o completar– al comiso de ganancias cuando éste no puede cumplir o sólo puede cumplir parcialmente el fin que tiene asignado. De aquí se deriva que el fundamento y el fin del comiso de otros bienes por un valor equivalente en estudio coinciden con el fundamento y el fin del comiso de ganancias. Tanto aquél como éste encuentran su fundamento en el enriquecimiento generado por la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso. Cuando la modalidad del comiso de ganancias es capaz, por sí sola, de eliminar todo el enriquecimiento patrimonial ilícito producido por la conducta antijurídica, el comiso de otros bienes por un valor equivalente no tiene razón de ser. Éste se aplicará únicamente cuando el comiso de ganancias, o no puede cumplir con este fin, o lo hace sólo de una manera parcial. En nuestra opinión, el comiso de otros bienes por un valor equivalente cuando suple al comiso de ganancias tiene la misma naturaleza jurídica que éste: se trata de una medida jurídico-pública tendente a neutralizar un enriquecimiento que ha sido generado por la realización antijurídica de un delito o falta doloso⁶⁹. Carece, por ello, al igual que el comiso de ganancias, de todo contenido sancionador⁷⁰. Todas estas consideraciones sobre el fundamento, fin y naturaleza jurídica de este tipo de comiso van a condicionar su ámbito de aplicación. Veamos ahora algunos de los supuestos a los que debe aplicarse

la figura de comiso del apartado 2 del art. 127 del Código penal.

En ocasiones la ganancia proveniente de un delito o falta doloso no se encarna en un objeto determinado que pueda ser decomisado. Es el caso de las ganancias consistentes en la mera utilización, aprovechamiento o disfrute de un concreto bien o servicio, como por ejemplo de un vehículo, una vivienda, unas instalaciones deportivas, etc. Dentro de este grupo podrían incluirse asimismo los casos en los que la ganancia consiste en evitar una salida de bienes –una disminución– del patrimonio del sujeto, como ocurre con la condonación de una deuda. En definitiva se trata de supuestos en los que la propia naturaleza de la ganancia original o de su transformación impide efectivamente su decomiso, debiendo el juez apreciar el comiso de otros bienes por un valor equivalente (que en los ejemplos citados será al valor de goce del objeto o al de la deuda condonada, respectivamente)⁷¹.

Otras veces la imposibilidad de apreciar el comiso de las ganancias no se debe propiamente a la naturaleza de éstas, sino a un impedimento legal. El mismo apartado 1 del art. 127 del Código penal impide el decomiso de aquellas ganancias *que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que las haya adquirido legalmente*. Ahora bien, no siempre que esto ocurra, es decir, no siempre que la ganancia pertenezca a un tercero de buena fe, va a entrar en aplicación el comiso de otros bienes por un valor equivalente del apartado 2 del art. 127. Es preciso, por ello, detenernos en esta cuestión.

En primer lugar, hay que hacer hincapié en que la imposibilidad del comiso de ganancias a que se refiere el apartado 1 del art. 127 del Código penal viene determinada por la pertenencia de aquéllas a un tercero de buena fe no responsable del delito que las haya adquirido legalmente. Si no existe buena fe en el tercero, por haber ad-

67. Aunque en el apartado 2 del art. 127 se exige que los bienes decomisados *pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho*, en el apartado 3 de este mismo precepto se otorga al juez la posibilidad de acordar la modalidad de comiso en estudio *aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal*. Como hemos defendido en otro trabajo en relación con esta última locución, es posible decretar el comiso previsto en los apartados 1 y 2 del art. 127 –también, por tanto, el que estamos analizando– aunque no se imponga a nadie una pena, siempre que el sujeto haya realizado un conducta típica y antijurídica.

68. Para CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, p. 45, la regulación contenida en el apartado 2 del art. 127 carece de sentido dada la finalidad del comiso, pues «(...) si la previsión quiere sólo referirse a las ganancias, el comiso tendría naturaleza de sanción penal de características similares a la pena patrimonial de multa e, incluso, a la confiscación general de bienes», concluyendo que «el comiso por valor equivalente puede llegar a vulnerar el principio de culpabilidad si a través de una interpretación extensiva se permite afectar a bienes de origen lícito».

69. Para más detalle, véase *supra*.

70. Véanse GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, p. 509; y el mismo, *Tratado*, p. 573.

71. Sobre este grupo de casos, véanse SCHMIDT, W., *Strafgesetzbuch*, § 73 a, n. m. 5 (pp. 36 y 37); ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 73 a, n. m. 4 (p. 970); HORN, *Systematischer Kommentar*, § 73 a, n. m. 2 (pp. 17 y 18); TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 73 a, n. m. 4 (p. 627); HERZOG, *Nomos Kommentar*, § 73 a, n. m. 3 (p. 1); y LACKNER/KÜHL *Strafgesetzbuch*, § 73 a, n. m. 2 (p. 426).

quirido las ganancias conociendo su origen delictivo o habiendo previsto o podido prever la posibilidad del mismo⁷², queda expedita la aplicación del comiso de ganancias del apartado 1 del art. 127, y no entrará en juego el comiso de otros bienes por un valor equivalente del apartado 2 de este precepto.

La imposibilidad de apreciar el comiso de ganancias por pertenecer éstas a un tercero de buena fe no conlleva en todo caso, como hemos dicho, la apreciación del comiso de otros bienes por un valor equivalente. Los caudales sustraídos por un funcionario público que los tiene a su cargo por razón de sus funciones (art. 432.1 del Código penal), son ganancias derivadas de la realización antijurídica de un tipo penal doloso que no pueden decomisarse por pertenecer a un tercero de buena fe no responsable del delito (Administración pública). Sin embargo, no sólo queda cerrada en este supuesto la posibilidad de apreciar el comiso de ganancias, sino también el comiso de otros bienes del funcionario público por un valor equivalente a esas ganancias. Los caudales sustraídos, además de ser ganancias, constituyen el objeto de la responsabilidad civil *ex delicto*, por lo que el sujeto está obligado a devolverlos a la Administración pública de donde los ha sustraído, desapareciendo de esta forma el enriquecimiento logrado con la sustracción. Si tal enriquecimiento ha sido neutralizado en este caso a través de la responsabilidad civil *ex delicto*, carece de sentido aplicar la modalidad de comiso en estudio si, como nosotros pensamos, el fin perseguido con ella es precisamente la anulación del enriquecimiento generado por la realización de una conducta antijurídica. La apreciación aquí del comiso de otros bienes pertenecientes al sujeto por un valor equivalente al de los caudales sustraídos alejaría este comiso de su consideración de medida de neutralización de un enriquecimiento ilícito, y lo convertiría, más bien, en una medida con un claro contenido sancionador, más exactamente, en una pena. Como rechazamos el carácter sancionador del comiso regulado en el apartado 2 del art. 127 del Código penal, en todos los supuestos en los que, como el que nos ha servido de ejemplo, la ganancia constituye el contenido material de la responsabilidad civil *ex delicto*, ni cabe el comiso de la ganancia propiamente dicha (art. 127.1) ni el de otros bienes por un valor equivalente al de esa ganancia (art. 127.2).

Las ganancias derivadas de la realización de un ilícito penal doloso, sin embargo, no siempre son el correlato de

un empobrecimiento patrimonial de otra persona, esto es, no siempre se corresponden con el objeto de la responsabilidad civil *ex delicto*. Así, y es sólo un ejemplo ya utilizado en este trabajo, el beneficio económico logrado con el comercio con especies amenazadas (art. 334.1 del Código penal) no constituye necesariamente el anverso del empobrecimiento injusto de otra persona, ya que quien compra una especie amenazada recibe a cambio una contraprestación querida y acordada con la otra parte, por lo que no puede hablarse aquí de un empobrecimiento patrimonial injusto. Pues bien, en estos casos, el autor del delito que ha obtenido la ganancia a través de su conducta antijurídica, puede, antes de que tenga lugar el juicio, transmitirla a un tercero de buena fe no responsable del delito. Si a cambio de esta transmisión, pensemos por ejemplo en la venta de un bien, el sujeto recibe del tercero de buena fe una contraprestación –dinero, por ejemplo–, nos encontramos ante la transformación de la ganancia original, por lo que debe aplicarse el comiso de ganancias del apartado 1 del art. 127 –(...) *cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*–, sin necesidad de acudir a la modalidad de comiso en estudio⁷³. Ahora bien, es posible que la transmisión de la ganancia a un tercero de buena fe no conlleve contraprestación alguna para el autor del delito, como ocurre por ejemplo en los supuestos de regalos o donaciones. Tenemos entonces que quien ha obtenido la ganancia a través de su conducta antijurídica, ni la tiene ya ni ha recibido nada por ella –no cabe, por tanto, el comiso de ganancias del apartado 1 del Código penal–, y a quien la tiene no se le puede decomisar por tratarse de un tercero de buena fe no responsable del delito. Es aquí donde debe entrar en juego precisamente el comiso de otros bienes pertenecientes al que ha realizado la conducta antijurídica por un valor equivalente al de la ganancia original. La aplicación de esta clase de comiso a supuestos como éste es coherente, creemos, con el fundamento y fin a ella asignados. La ganancia original derivada de la conducta delictiva ha supuesto en el autor un enriquecimiento ilícito, del que ha dispuesto libre y voluntariamente transmitiéndola a un tercero. El supuesto es distinto al analizado anteriormente, pues cuando la ganancia constituye el objeto de la responsabilidad civil *ex delicto*, el bien no ha dejado de pertenecer al tercero de buena fe y la transmisión fáctica de la cosa viene impuesta por los preceptos del Có-

72. Véanse GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, p. 506; y el mismo, *Tratado*, p. 570.

73. El § 73 a del Código penal alemán, por el contrario, permite sustituir el comiso de la transformación de la ganancia –por ejemplo, de lo obtenido por su venta, destrucción, etc. (§ 73, II, 2)– por el comiso de un valor equivalente, figura esta homóloga a la que estamos analizando. Sobre esta posibilidad que ofrece la regulación alemana, véanse SCHMIDT, W., *Strafgesetzbuch*, § 73 a, nn. mm. 8 y 9 (pp. 37 y 38); ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 73 a, n. m. 7 (p. 970); y TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 73 a, n. m. 6 (p. 627).

digo penal que regulan la responsabilidad civil derivada del delito. En estos otros casos, sin embargo, la transmisión de la ganancia al tercero de buena fe se ha llevado a cabo a través de un acto libre y voluntario. Se nos podría reprochar que el enriquecimiento originado por la conducta antijurídica, al transmitirlo a un tercero de buena fe, ya ha desaparecido del patrimonio del sujeto, por lo que ya no es necesario un comiso, como el de otros bienes por un valor equivalente, que persigue precisamente la neutralización de ese enriquecimiento. No hay que olvidar, sin embargo, el importante dato de que la transmisión realizada por el sujeto es libre y voluntaria, supone un acto de voluntad sobre su patrimonio, y que de no haber existido esa ganancia, tal acto de disposición habría afectado a su patrimonio preexistente, aminorándolo en una cuantía equivalente a la ganancia transmitida. Es el valor de esta cuantía –en metálico u otros bienes⁷⁴– lo que debe ser objeto de la modalidad de comiso en estudio, eliminando con su aplicación un enriquecimiento consistente en la no salida del patrimonio del sujeto –ahorro, por tanto– de una parte de sus bienes equivalente al valor de la ganancia transmitida⁷⁵.

Una argumentación semejante sirve para defender la aplicación del comiso de otros bienes por un valor equivalente cuando la ganancia derivada de la realización de un ilícito penal doloso ha sido consumida por el sujeto. La utilización de la ganancia ilícita –por ejemplo, del beneficio económico obtenido explotando la prostitución de otra persona– en el disfrute de unas largas vacaciones, ha evitado que el sujeto tenga que dedicar otra parte de su patrimonio a sufragar una actividad de la que ha disfrutado. Se ha eludido, con ello, un desembolso, un gasto, que habría tenido lugar si no hubiese existido la ganancia ilícita. Con la aplicación del comiso de otros bienes por un valor equivalente al coste de esas vacaciones se elimina el ahorro generado con la utilización de la ganancia ilícita, satisfaciendo de este modo el fin perseguido con esta figura de comiso.

Supuesto distinto es aquel en el que el juez tiene constancia de que un sujeto ha obtenido ilícitamente una ga-

nancia pero se desconoce su concreto emplazamiento por haberla éste ocultado. La imposibilidad de decomisar las ganancias originales a que se refiere el apartado 2 del art. 127, viene determinada en este caso por el desconocimiento por parte del juez del lugar concreto donde aquéllas se encuentran, una vez, eso sí, de haberse probado su obtención por el autor o partícipe de la conducta típica y antijurídica. También aquí está justificada la aplicación de la modalidad de comiso en estudio⁷⁶.

Finalmente, aunque sin pretender agotar todos los supuestos, el comiso de otros bienes por un valor equivalente, como se ha dicho, no solo ocupa el lugar del comiso de ganancias cuando éste no puede cumplir el fin que tiene asignado, sino que, además, lo completa en los casos en que sólo puede alcanzar parcialmente su finalidad. Por ello, en nuestra opinión, es posible la aplicación conjunta de ambas modalidades –la del comiso de ganancias y la del comiso de otros bienes por un valor equivalente– en aquellos supuestos en los que el comiso de ganancias sólo puede eliminar el enriquecimiento ilícito de un manera parcial, como ocurre, por ejemplo, cuando el sujeto ha regalado a un tercero de buena fe, ha consumido o ha ocultado parte de las ganancias ilícitamente obtenidas⁷⁷. La modalidad de comiso en estudio recaerá aquí sobre otros bienes del sujeto por un valor equivalente al de la parte de la ganancia regalada, consumida u ocultada.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T., *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.

– *La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código penal*, «Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología», número 5, 2003, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

74. A diferencia de la regulación española, en el Código penal alemán, el objeto sobre el que puede recaer el comiso de un valor equivalente (§ 73 a) queda reducido al dinero; véanse al respecto ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 73 a, n. m. 11 (p. 970); SCHMIDT, W., *Strafgesetzbuch*, § 73 a, n. m. 12 (p. 38); y HERZOG, *Nomos Kommentar*, § 73 a, n. m. 5 (p. 2).

75. Si un sujeto regala a una pareja de recién casados (pensemos que son terceros de buena fe) un coche que ha obtenido por la realización de un ilícito penal doloso, ejecuta un acto de disposición libre que, de no existir la ganancia ilícita, habría supuesto una merma de su patrimonio equivalente al valor de la misma. La utilización de la ganancia ilícita ha evitado esta merma, en otras palabras, ha supuesto un ahorro para el sujeto, a cuya eliminación debe dirigirse el comiso de otros bienes por un valor equivalente.

76. Véanse GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones...*, 3.ª edición, p. 509; el mismo, *Tratado*, p. 573; PUENTE ABA, L. M., *La nueva regulación del comiso*, p. 994; y AGUADO CORREA, T., *La regulación del comiso*, p. 5.

77. El tenor literal del apartado 2 del art. 127 –*si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior*– permite, sin que se vea violentado, esta posibilidad, pues, aunque no todos, parte de los bienes que han constituido la ganancia ilícita no han podido decomisarse.

CARDENAL MURILLO, A., *El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas*, en Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores, «Revista de Derecho Público», Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo XVII, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

CAZORLA PRIETO, S., *El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia de 29 de julio de 2002. Caso Banesto*, en Dogmática y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Ed. Comares, Granada, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de intrusismo*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998.

– *El Patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa*, en De la Cámara/Díez-Picazo, Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (en Díez Ripollés, Romeo Casabona y otros), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Títulos VII-XII y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 9.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

ESER (Schönke/Schröder), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001.

FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XLVI, Fascículo II, 1993.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P. (en Cobo del Rosal y otros), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Artículos 95 a 137, Edersa, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del Código penal*, en Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines, coordinado por Morillas Cueva, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

GALLEGO SOLER, J. I., *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 7.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica*

por delitos especiales, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1986.

– *Recensión al Curso de Derecho penal. Parte General I*, de Diego Manuel Luzón Peña, «Revista de Derecho penal y Criminología», 2.ª época, número 5, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 2000.

GRACIA MARTÍN, L. (en Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

– *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GUINARTE CABADA, G. (en Vives Antón y otros), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I (Arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

HERZOG, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, Allgemeiner Teil, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.

HORN (Rudolphi/Horn/Günther), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1, Allgemeiner Teil (§§ 38-79b), Luchterhand, 6. Auflage, 1992.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JORGE BARREIRO, A., *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), Col-lecció «Estudis jurídics», Núm. 2, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.

LACKNER/KÜHL *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II*, Derecho de Obligaciones, Volumen segundo, 2.ª edición, Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición, Revisada y puesta al día en colaboración con M.ª Dolores Fernández Rodríguez, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

LUZÓN PEÑA, D. M. y PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *Consecuencias accesorias*, «Enciclopedia penal básica», Director Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. Comares, Granada, 2002.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La pena de comiso en el proyecto de Código penal*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XXXIV, Fascículos II y III, 1981.

– *Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros*, «Actualidad Penal», número 24, 1997.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal*, «Revista Penal», número 1, 1998.

– *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª edición, Ed. Thomson-Civitas, 2005.

MOLINA BLÁZQUEZ, M.ª C. (en Molina Blázquez y otros), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *El comiso*, «La Ley», 3/2002, D-69.

PUENTE ABA, L. M., *La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal*, «Actualidad Penal», número 39, 2003.

RAMÓN RIBAS, E., *La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?*, en *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización* (Directora Patricia Faraldo Cabana), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RAMÓN RIBAS, E. (en Quintero Olivares y otros), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, 2005.

REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

REEG, A. R., *Comentario al artículo 344 bis e) del Código penal*, en *Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, «Revista de Derecho Público», Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo XII, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J. (en Quintero Olivares y otros), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, 2004.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, 3.ª edición, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

SCHÄFER, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1980.

SCHMIDT, W., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2000.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el Ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencias*, La Ley, Madrid, 2000.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Antonio del Moral García y otros), *Código Penal* (Comentarios y jurisprudencia), Tomo I, Arts. 1 a 137, Ed. Comares, Granada, 2002.

SERRANO TÁRRAGA, M.ª D., *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003.

WEIGEND, T., *Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 68, números 3-4, 1997.

ZARAGOZA AGUADO, J. A., *Memoria correspondiente al año 1991 de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas*, «Cuadernos de Política Criminal», número 50, Madrid, 1993.

