

# La pena de comiso en el proyecto de Código penal

Por JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO,  
Magistrado, Letrado del Ministerio de Justicia y Profesor  
Adjunto de Derecho Penal

SUMARIO: I. Incorrecta consideración de pena.—II. Particular referencia al comiso de la ganancia.—III. Nuestra alternativa al Proyecto. IV. Análisis de la normativa del Proyecto: A) Denominación. B) El comiso en las faltas. C) La proporcionalidad. D) El comiso en las infracciones culposas. E) Objeto del comiso: a) Los instrumentos. b) Los efectos provinientes de la infracción criminal. F) Pertenencia de la cosa y efecto del comiso.

## I.—INCORRECTA CONSIDERACION DE PENA

El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», el 17 de enero de 1980, acepta y desarrolla la sanción de comiso siguiendo en líneas generales a los Códigos de 1822, 1870, 1932 y 1944. Su elaboración rápida y poco permeable (1) puede explicar que la problemática del comiso no parezca haber recibido todas las atenciones deseables.

El comiso español continúa siendo una pena accesoria, sin que la Exposición de Motivos del Proyecto o su Memoria Explicativa de-

---

(1) El coloquio compostelano sobre "La reforma penal penitenciaria" (10, 11 y 12 de abril de 1980), fue pródigo en tales críticas, como puede verse en el libro que recoge las ponencias, editado bajo aquella denominación por la propia Universidad. Así, ORTEGO COSTALES, *El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, págs. 137 y 53; RODRÍGUEZ DEVESA, *Inobservancia de los principios básicos...*, pág. 153; y BERISTAIN IPIÑA, *El Proyecto de Código Penal de 1980...*, pág. 327, si bien éste resume su opinión en la frase "sin culpa de nadie, el Proyecto no alcanza la línea de flotación".

diquen palabra alguna a la defensa de tal naturaleza. Es cierto que al legislador corresponde pronunciarse dentro de un ordenamiento determinado, pero sin olvidar cuál sea la naturaleza material de la sanción, cuáles sus características y cuáles sus ventajas o inconvenientes para ser utilizada de una u otra forma. En ese sentido, sencillo resulta observar que el comiso no cumple con las exigencias mínimas que debe llenar toda pena.

Si, según la propia Exposición de Motivos, «el nuevo Código concibe la pena como un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido», se está reafirmando un principio elemental, pero inaplicable al comiso, porque se tropieza con el obstáculo insalvable de la individualización. Quien, de entre los varios responsables criminales, aporta los instrumentos, tal vez no merezca, en el marco de la culpabilidad, esta pena complementaria. Si su culpabilidad hubiere aumentado por el uso de lo que es de su propiedad, su evaluación correcta debería hacerse —como razonan los autores del Proyecto Alternativo alemán— dentro de la individualización de la pena principal y no acudiendo al comiso (2). De otro lado, el comiso parcial de una cosa terminaría en un condominio inviable, con lo que falta de raíz algo que debe ofrecer cualquier pena: la divisibilidad. El dilema no admite soluciones intermedias. Sólo caben el comiso sin limitaciones o la simple renuncia al mismo.

El anterior planteamiento se traduce en inseguridad jurídica y en el riesgo de resoluciones injustas, en sí y comparativamente. Quien comete desacato contra un guardia urbano amenazando atropellarle con un lujoso Mercedes puede recibir mejor trato que quien insinúa algo parecido desde el sillín de una bicicleta. Es más probable que se prescinda del comiso en el primer caso que en el segundo. Queda, naturalmente, la posibilidad de acoger el comiso preceptivo y sin excepciones, tal y como ha sido tradicional en España y se mantiene en el Proyecto, pero tal concepción —de la que nos ocuparemos con mayor amplitud en otro momento— produce efectos aún más censurables.

Sucede que el comiso como pena se aviene mal con el presupuesto de culpabilidad. La Exposición de Motivos del Proyecto entiende que «el Código consagra la rotunda declaración de que no hay pena sin culpabilidad», y añade que para dar efectividad a la misma se han excluido todos los supuestos de responsabilidad objetiva, suprimiendo los preceptos de carácter general en los que anida el «*versari in re illicita*» y eliminando los delitos calificados por el resultado. Nosotros nos preguntamos si la pena de comiso no rompe la relación con la culpabilidad y da vida a unos delitos que pudiéramos denominar «cualificados por sus instrumentos» (o por sus efectos o provecho reportado).

El comiso arrastra históricamente un componente mítico a cuyo tenor procede acordar la destrucción, o al menos la pérdida, de cuan-

(2) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Allg. Teil 2 Aufl., Tübingen 1969, págs. 175 y 176.

tos objetos ajenos a la víctima o a terceros se han visto envueltos en la acción criminal. Desde esta perspectiva se comprende mejor su proclividad a una individualización objetivada por su relación con el delito, es decir, tan ajena al principio de culpabilidad como al de peligrosidad. Precisamente la gratuidad del comiso de cosas no peligrosas ha servido de base a la nueva regulación de esta figura en sus formas más genuinas —comiso de instrumentos y de los objetos producidos por el delito— dentro del nuevo Código austríaco. Ahora la *Einziehung* requiere la peligrosidad de la cosa (artículo 26). La exigencia de peligrosidad en los «instrumenta» o «producta sceleris» a decomisar —que son los objetos sobre los que recae la «*Einziehung*» alemana y austríaca— apoya en principio la consideración de dicho comiso como medida de seguridad.

Los autores italianos, glosando su Derecho positivo, en el que el comiso aparece como medida de seguridad patrimonial, son muy explícitos. Manzini entiende que se trata de «una medida de seguridad que tiene en común con todas las otras el fin de prevenir las infracciones, pero que, a diferencia de éstas, tiende a eliminar cosas peligrosas por sí mismas o que se vinculan con un hecho determinado previsto por la Ley como delito, más que a hacer inocho o readaptar socialmente al autor de la infracción» (3). Frosali abunda en que el comiso es la única medida de seguridad directamente ordenada por la peligrosidad de la cosa, si bien de manera indirecta se llegue a la peligrosidad personal (4). De forma similar se expresa Bertiol, para quien «la confiscación se ejerce materialmente sobre las cosas, pero no hay que olvidar que éstas se consideran peligrosas sólo en cuanto pueden mantener vivos en el sujeto la idea y el recuerdo del delito, de modo que hacen probable, si no se las aleja, la perpetración de nuevas infracciones», pues «la peligrosidad pasa de las cosas al sujeto» (5).

Pese a la relativa despreocupación doctrinal por el comiso en España, y pese a su constante consideración legal de pena (con la única excepción del Código de 1928), Saldaña advirtió en su día que todas las penas accesorias o complementos de pena, entre los que expresamente mencionaba la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito, deberían ser medidas (6). Hoy, Puig Peña parece sustentar igual criterio, calificando al comiso de pseudopena, ya que su verdadera naturaleza sería la de medida de seguridad (7).

Si bien la valoración del comiso como medida de seguridad constituye un avance frente a su consideración de pena, no se ha detenido ahí la evolución jurídicopenal. Las opiniones de los autores italianos

(3) MANZINI, *Instituzioni de Diritto Penale Italiano*, vol. I, Parte generale, 9.<sup>a</sup> ed., Padova 1958, pág. 251.

(4) FROSALI, *Sistema Penale Italiano*, Parte 1.<sup>a</sup>, t. III, Turín 1958, pág. 582.

(5) BETTIOL, *Derecho Penal, Parte General*. Versión castellana de la 4.<sup>a</sup> ed., por José León Pagano, Librería Temis, Bogotá 1965, pág. 797.

(6) SALDAÑA, *La reforma del Código Penal*, Madrid 1920, pág. 128.

(7) PUIG PEÑA, *Comiso*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. IV, pág. 455.

reproducidas más arriba reconocían que el comiso se dirigía primordialmente a la eliminación de la peligrosidad de las cosas. Florián extrae la debida consecuencia cuando afirma que no sólo el comiso, sino toda la categoría de medidas de seguridad patrimoniales es aberrante, ya que los fines de mejoría y reeducación propios de las medidas de seguridad sólo se alcanzan mediante medidas personales en sentido estricto (8). Se vuelve así, en cierta manera, al comiso necesario y absoluto que Stoos defendía —no como pena, sino como medida policial— para poner fin a la peligrosidad inherente a la naturaleza de algunas cosas, por razones de sanidad pública (alimentos y bebidas adulterados, animales con enfermedades, etc.), morales (como, por ejemplo, determinadas publicaciones), mercantiles (monedas y pesas falsas) o de seguridad ciudadana (armas prohibidas, escritos subversivos, instrumentos para el robo, etc.) (9). Modernamente, las doctrinas francesa y belga distinguen también entre la confiscación (o comiso) pena, sujeta a los principios de legalidad y personalidad, y una medida de policía con igual nombre, cuyo fin «no es tanto castigar a un culpable como retirar de la circulación las cosas peligrosas, por lo que en realidad se trata de una medida de seguridad» (10).

Dejando ahora la cuestión terminológica —la denominación de medida de policía no parece de recibo dentro del Código penal, aunque de hecho no falten en el mismo medidas de policía o administrativas impuestas judicialmente (así, el cierre de establecimientos en los delitos relativos a la prostitución)—, es lo cierto que la observación de Florián apunta a una tercera vía. El comiso de los «instrumenta» y «producta sceleris» que representen objetivamente un peligro no constituye medida de seguridad en sentido estricto, porque no tiende «a corregir al delincuente, a eliminarlo o a quitarle las posibilidades de delinquir» (11). No parece que la peligrosidad del reo disminuya sensiblemente por el comiso, aparte de que para nada sirve en cuanto a la readaptación del supuesto peligroso (curación, educación y corrección) o su segregación física (medidas de seguridad «strictu sensu»). De un lado, pocas veces la pérdida de un instrumento para delinquir será de sustitución difícil. De otro, cabe que el reo carezca de toda proyección futura de peligrosidad, pese a la que pueda ofrecer la cosa aprehendida.

Entendemos, pues, que el comiso de los instrumentos y productos del delito constituye una medida «sui generis», cuya imposición ha de

(8) FLORIAN, *Parte Generale del Diritto Penale*, Milano 1934, número 758.

(9) STOOS, *Zur Natur der Vermögenstrafen*, Bern 1878, págs. 32 y sigs.

(10) BOUZAT Y PINATEL, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, t. I, 12.<sup>a</sup> ed., París 1970, págs. 476-7. MERLE Y VITÚ, *Traité de Droit Criminel*, París 1967, págs. 554-5. *Les Nouvelles Corpus Iuris Belgici-Droit Penal*, t. I, vol. I, Bruselles 1956, págs. 177-8. BRAAS, *Precis de Droit Penal*, 30.<sup>a</sup> ed., 1946, págs. 224-5.

(11) Esas son las finalidades de las medidas de seguridad según la resolución del X Congreso Penitenciario Internacional de Praga. Ver *Actas*, vol. I b, pág. 45.

limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa (12). Regulado así, podrá acordarse no solamente cuando haya culpables, sino también —y en esto coincide con las medidas de seguridad— cuando la acción típicamente antijurídica sea cometida por quien no aporte el posterior elemento de la culpabilidad (13). Estos últimos supuestos no encuentran solución fácil en el ordenamiento actual, como no lo encontrarán si prospera el Proyecto. O se devuelven los objetos, o se ponen a disposición de otras autoridades (lo que no tendrá sentido si la cosa no es intrínsecamente peligrosa)... o quedan en los archivos judiciales, esperando una resolución que no llegará nunca. Igual coincidencia con las medidas de seguridad se produce respecto a su posible aplicación frente a las personas jurídicas (14).

El Derecho positivo se mueve en la línea que nosotros apuntamos. Lógicamente, los viejos Códigos, anteriores al concepto de medidas de seguridad, recogieron el comiso en su arsenal de penas, y la inercia no ha dejado de jugar su papel. El ejemplo español es revelador. El comiso como pena llega desde el Código de 1822 hasta nuestros días. Sobre todo a partir del Código de 1848 puede afirmarse que nada ha cambiado, como corresponde a una evolución general de pequeños retoques, sólo alterada durante la breve vigencia del Código de 1928 (15). En éste, precisamente en el que escapa de aquella inercia centenaria, «el comiso de los instrumentos o efectos del delito o falta» se recoge como novena medida de seguridad en la relación de su artículo 90. Pese a ello, poco o nada se modifica en contenido y efectos (arts. 91-3.º, 134, 135 y 136). Su desarrollo coincide casi literalmente con el del comiso como pena en los textos anteriores y posteriores. Tiene carácter imperativo, sin conexión alguna con la peligrosidad de la cosa o del reo.

El comiso aparece en el Código italiano de 1930 como medida de seguridad patrimonial (16), junto a la caución de buena conducta (artículo 240), y con el nombre de confiscación especial, también como medida de seguridad patrimonial, en el Código de Defensa Social cu-

---

(12) MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso*, "Rev. de Estudios Penitenciarios", núm. 216-219, 1977, pág. 35.

(13) Ver el art. 74 (2) 1 y (3) del nuevo Código de la República Federal de Alemania, y el art. 26 (3) del nuevo Código de Austria.

(14) Cabría, además, decomisar cosas pertenecientes a quienes no son responsables criminales, como sucede en la nueva Parte General del Código penal alemán (art. 74 a) y en el nuevo Código austriaco (artículo 26,2), sin olvidar la interpretación suiza a los arts. 58 y 59 de su Código penal.

(15) El comiso de los instrumentos o efectos del delito tendría la consideración de medidas de seguridad según el núm. 8 de la Base 7.<sup>a</sup> para el Libro I del Código penal, en la Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal, publicado en el núm. 11 de "Cuadernos Informativos", Ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), diciembre de 1972.

(16) El vigente Código penal italiano prevé una confiscación facultativa de los instrumentos, productos y provecho del delito, no sujeta a peligrosidad alguna, pero a renglón seguido establece una presunción absoluta de peligrosidad del objeto, lo que desemboca en el comiso obligatorio cuando se trate del precio del delito o de cosas cuya fabricación, uso, retención o enajenación constituye delito.

hano de 1936 (arts. 51, 52 y 590), que lo aplica tanto a las personas naturales como a las jurídicas. Igualmente es medida de seguridad en el Código penal griego de 1950 (art. 76).

La autonomía frente a las medidas de seguridad se inició con el Código suizo de 1937, en el que bajo la denominación de «otras medidas» se ubican, además de este comiso y del relativo a la ganancia («Verfall»), la caución, el destino a favor del perjudicado y la publicación de la sentencia. El Código islandés de 1940, que no contiene otras penas que la privación de libertad y la multa, se ocupa en un capítulo, el VII, «de las medidas de seguridad, de la pérdida de derechos políticos y de la confiscación». Algo similar ocurre con el Código penal sueco de 1965, cuya Tercera Parte, dedicada a las sanciones, comprende un Capítulo XXXVI, «De la confiscación y de otras consecuencias judiciales especiales de las infracciones».

Particular importancia ofrece el Derecho alemán. Su viejo Código penal incluyó el comiso de instrumentos y productos entre sus penas (arts. 40 y sigs.), mientras que el de las ganancias («Verfall») sólo se mencionaba en el articulado de la Parte Especial (art. 335). Tras la 2.ª Ley de Reforma de 1969, la nueva Parte General dedica la Sección 3.ª a las consecuencias jurídicas del hecho («Rechtsfolgen der Tat»), pero con tratamiento separado para la pena (Título I), las medidas de seguridad y mejora (Título VI), y las dos formas de «Verfall» y «Einziehung» (conjuntamente en el Título VII). También el Proyecto Alternativo de 1966 mantuvo tal criterio, si bien ello se debiera al deseo de no romper la correlación con el Proyecto Oficial de 1962, pues los autores del Proyecto Alternativo no dudaron en calificar la «Einziehung» de medida de seguridad (pero no así al «Verfall»).

Por lo que hace al Derecho austríaco, antes del Código de 1974 no concedía a los Tribunales, con carácter general, la posibilidad de decomisar «instrumenta» o «producta» del delito. La nueva normativa, aunque coloca la correspondiente «Einziehung» —como el «Verfall» o comiso de la ganancia— bajo la rúbrica de «Penas y medidas preventivas», hace girar aquel comiso sobre la peligrosidad, imponiéndose sólo si «de acuerdo con la especial naturaleza de los objetos parece indicado para prevenir la comisión de acciones punibles» (artículo 26, pfo. 1.º), con lo que se evidencia su carácter de medida preventiva. Esta expresión, más amplia que la de medida de seguridad, bien puede abarcar las medidas «sui generis». Piénsese que la «Einziehung» austríaca dispone que «los objetos, sobre los que ostenten derechos personas no participantes en la acción, sólo pueden ser decomisados, si la persona en cuestión no ofrece garantías de que los objetos no serán utilizados para la comisión de acciones criminales» (artículo 26, pfo. 2.º). Con otras palabras, cabe el comiso de objetos pertenecientes a terceros, aunque no sean responsables penalmente ni hayan participado siquiera en el desarrollo de la conducta criminal.

## II.—PARTICULAR REFERENCIA AL COMISO DE LA GANANCIA

Consideración especial merecen la autonomía y naturaleza del comiso de las ventajas patrimoniales conseguidas a través del delito. A esta figura nos hemos referido en líneas anteriores, utilizando la expresión germana «Verfall», para diferenciarla del comiso de los «instrumenta» y «producta sceleris», que los alemanes denominan «Einziehung».

La distinción es importante y se recoge en los Códigos alemán, suizo y austríaco. La nueva Parte General del Código penal alemán y el texto austríaco de 23 de enero de 1974 contienen sin duda las normativas más modernas y cuidadas sobre el comiso. Bien dentro de «Otras medidas» (Código suizo), bien como «Consecuencias jurídicas del hecho», pero sin confusión con las penas y las medidas de seguridad y mejora (nueva Parte General del Código de la República Federal de Alemania), bien dentro de las «Medidas preventivas» (nuevo Código austríaco), el tratamiento del comiso de la ganancia, aunque paralelo al de los instrumentos y efectos del delito, ofrece rasgos propios. La «Einziehung» y el «Verfall» coinciden en no ser penas ni medidas de seguridad en sentido estricto. Frente a esos dos grupos de sanciones, ambas modalidades de comiso aparecen como medidas «sui generis», lo que se refleja en los tres ordenamientos citados, pero la regulación separada de los dos comisos pone también de manifiesto las dificultades para reducirlos a un común denominador.

El párrafo 1.º del art. 59 del Código suizo ordena el «Verfall», a favor del Estado, de los «regalos y otros donativos» (17) destinados a promover o recompensar una acción punible. Thormann, Overbeck y Schwander identifican el objeto de este comiso con el salario del delincuente o «Verbrecherlohn» (18).

En el artículo 73 de la nueva Parte General del Código penal alemán, el «Verfall» se refiere a la ventaja patrimonial o «Vermögensvorteil» obtenida «por» el hecho o «de» el hecho. La expresión de «ventaja patrimonial» fue propuesta por el Proyecto Alternativo (artículo 83), para unificar, evitando problemas, los conceptos de «Entgelt» y «Gewinn», de hondas raíces en el Derecho germano y mantenidos aún en el Proyecto oficial de 1962 (art. 109). Cabría traducir «Entgelt» por ventaja patrimonial recibida como contraprestación, vg., la dádiva en el cohecho; y «Gewinn», por provecho o ganancia logrados directamente gracias a la acción criminal, al final de cuyo desarrollo se sitúa, así el valor de lo estafado. Estas precisiones, largamente estudiadas y analizadas por los juristas alemanes, contrastan

(17) «Geschenke» y «Zuwendungen».

(18) THORMANN Y OVERBECK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Aug. Teil, Zürich 1946, pág. 207. SCHWANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, 2. Aufl, Zürich 1964, pág. 279.

con la vaga fórmula tradicional española y la escasa preocupación que ha suscitado en la generalidad de nuestros juristas.

En el artículo 20, párrafo 1.º, del nuevo Código austríaco, dispone el «Verfall» del «regalo u otro donativo (19) de valor pecuniario que el autor haya recibido por la acción criminal antes o después de la misma...».

Lo característico de este comiso es su objeto, que, como ganancia o provecho económico, no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna. Tal característica se une a los argumentos que hemos empleado para rechazar que el comiso de los instrumentos o productos del delito pueda considerarse pena o medida de seguridad. Aquí, en la ganancia, no se aprecia siquiera una peligrosidad objetiva capaz de contaminar al poseedor de la cosa. Por ello hemos entendido que la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una «medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial», por emplear las palabras de Maurach (20), o, si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito (21).

Curiosamente, el Código penal tipo latinoamericano, pese a ocuparse, en secciones separadas, de las penas y de las medidas de seguridad (las A y B del Título III de la Parte General, dedicada a las sanciones), incluye el comiso, sin darle tal nombre, en el Título IV, es decir, dentro de la responsabilidad civil derivada del delito. Su artículo 97 dispone: «El delito determina la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ello tenga el ofendido tercero». Parece como si el comiso de la ganancia hubiera arrastrado al de los instrumentos y productos. La unificación se hace sobre el primero (22).

Volviendo a las diferencias sustanciales inherentes a un comiso y otro, no se reducen aquéllas a la ausencia de peligrosidad de la ganancia. Cuando se opera en la línea del enriquecimiento injusto —y no en la de prevención del peligro— nada impide acudir en su caso, sin limitación alguna, al comiso de segundo grado, es decir, sobre un objeto que ha sustituido al primero, pero sin que haya desaparecido el lucro que se pretende anular (piénsese en la compra de algo con el metálico recibido). Cabe incluso acudir a lo que los alemanes denomi-

---

(19) Los mismos vocablos que en el Código suizo: “Geschenk” y “Zuwendung”.

(20) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 4 Aufl., Karlsruhe 1971, pág. 817.

(21) MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso...*, pág. 35.

(22) QUINTANO RIPOLLÉS escribe, refiriéndose a la normativa española: “El comiso no parece ser otra cosa que una consecuencia civil y procesal del dolo, sin finalidad punitiva, ni siquiera cautelar, puesto que bien claro se deduce de la disposición comentada (art. 48), que la venta, caso de licitud, aprovecha en definitiva al propio condenado, sirviendo al descargo de sus obligaciones civiles”. *Comentarios al Código Penal*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1966, pág. 340.



nan «Verfall des Wertersatzes», o «comiso de una cantidad de dinero que corresponde al valor de lo conseguido», (art. 73 a), cuando resulten imposibles los comisos de aquellos objetos concretos. En realidad se trata de un comiso impropio, de contenido no real, sino obligatorio, como sanción pecuniaria que, a diferencia de la multa, carece de arresto subsidiario. Igual posibilidad de acudir a una suma en metálico contiene el artículo 20, pfo. 2 del Código austríaco, si bien, con mayor acierto, ya no se habla de «comiso de una cantidad de dinero», sino de «pago de una cantidad de dinero».

Obsérvese, por último, que es precisamente la ubicación de este comiso en el marco del Derecho civil la que mejor se aviene con la aplicación de su producto al pago de las responsabilidades extrapenales del reo. Si el comiso es una pena, como en el vigente Código penal español y en el Proyecto, no se entiende por qué su contenido afflictivo ha de decantarse o alterarse según la capacidad de pago que el condenado tenga para satisfacer determinadas deudas (arts. 48 y 111 del Código, y 61 y 128 del Proyecto). La regulación del Proyecto, aunque en este punto supera a la del Código, tampoco pone fin a la anomalía (23).

### III.—NUESTRA ALTERNATIVA GLOBAL AL PROYECTO

La normativa del comiso es en el Proyecto tan censurable como en el Código vigente. Ni el comiso puede ser pena —al menos, pena accesoria de imposición preceptiva e indiscriminada—, ni su problemática cabe en un solo artículo. No basta que el Proyecto divida en dos un artículo que proviene de 1848, y los proponga ahora como 66 y 61. Es preciso reconocer una naturaleza «sui generis» al comiso de los instrumentos y efectos del delito, por un lado, y al de la ganancia, por otro, y actuar en consecuencia. La exigencia mínima sería la consideración de medida de seguridad para el primero de tales supuestos. En tal caso podría forzarse —a efectos sistemáticos y como mal menor— la ubicación del segundo supuesto, aproximándola al primero. Los ejemplos suizo, alemán y austríaco señalan el camino a seguir.

El comiso de los «instrumenta» y «producta sceleris» debiera recaer tan sólo sobre sujetos peligrosos, mientras que el de la ganancia sería transformable en una simple obligación de pago, evitándose así el premio a quien se desprende de la cosa o la oculta diligentemente. Presupuesto del comiso sería la acción antijurídica, sin necesidad de acudir a la culpabilidad, y se detallarían los requisitos precisos para llegar incluso al comiso de lo perteneciente a terceros o a personas jurídicas.

---

(23) Ver infra el apartado «Pertenencia de la cosa y efecto del comiso».

Esa construcción de nueva planta serviría tal vez de revulsivo contra la inercia que ha hecho del comiso una pena devaluada. Se repite el fenómeno de lo que sucede con las inhabilitaciones y suspensiones, o con la caución. A la desidia del legislador se ha unido la de los tratadistas, la de los mismos reos y, como consecuencia de esta última, la de la propia jurisprudencia, escasísima y fragmentaria. Ante la falta de una normativa satisfactoria, los Tribunales de instancia suelen buscar soluciones justas y rápidas, sin entrar en razonamientos. Por esta vía se resuelven —por activa o por pasiva— cuantos problemas ha dejado en el aire el legislador: proporcionalidad, renuncia al comiso, el comiso en las infracciones culposas, referencia temporal del dominio, etcétera.

Se ha llegado a tal extremo que con frecuencia los fallos precinden del vocablo «comiso», recurriéndose al ya clásico «dese a los efectos intervenidos el destino legal». Por rechazable que sea la fórmula, tiene la ventaja práctica de soslayar las mil oscuridades que rodean esta materia. Es fácil relativamente —a salvo los delitos culposos— identificar los «instrumentos», pero no ocurre igual con los «efectos provinientes», que es expresión vaga, capaz de comprender junto a los «producta sceleris» en sentido estricto, los «scelere quaesita», el «fructus sceleris», los objetos de la infracción, las dádivas, y aun los medios de prueba, y hasta cierto punto, otros objetos relacionados con el hecho criminal. Volveremos sobre este particular al exponer nuestra alternativa subsidiaria para el caso de que en el Proyecto se mantuviera el comiso como pena.

#### IV.—ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DEL PROYECTO

Una crítica mínima de la normativa propuesta ha de aceptar la consideración de pena que el Proyecto atribuye al comiso. Luego habrá de examinarse si el desarrollo es congruente con ese punto de partida y si en esa línea se han registrado avances o retrocesos frente a los textos vigentes.

##### A) DENOMINACIÓN

El nuevo artículo 59, al declarar que «son penas accesorias la interdicción civil y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito o falta» arrastra un defecto que se remonta a 1848. Todos los Códigos desde entonces —con la excepción del de 1928 (art. 90-9.º)— insisten en la doble referencia a «la pérdida o comiso» (artículos 24 del Código 1848-50, 26 del Código de 1870 y 27 en los Códigos de 1932 y 1944), si bien en realidad la pérdida sea el efecto del comi-

so (24). En los artículos de la Parte Especial —así en los artículos 213, 350, 393 y 602 del Código vigente— sólo se emplea la palabra comiso. La confusión se mantiene, por el contrario, en los artículos —uno en cada Código— dedicados a la imposición y contenido de esta pena (59 del Código de 1848-50, 63 del Código de 1870, y 48 de los Códigos de 1932 y 1944): Toda pena que se impusiere por un delito «llevará consigo la pérdida» de sus efectos e instrumentos, añadiéndose a renglón seguido que «los unos y los otros serán decomisados».

Los autores del Proyecto parecen haber reparado en la incorrección apuntada. Al descomponer en dos el artículo 48 del Código vigente las redacciones mejoran. Según el nuevo artículo 66: «Toda pena que se impusiere por delito o falta dará lugar al comiso...». Antes, en el artículo 61, se lee: «El comiso producirá la pérdida de los efectos o instrumentos del delito». Nosotros pedimos dar un paso más, el definitivo, y marginar del nuevo artículo 59 la referencia a la pérdida, dejando únicamente, junto a la interdicción civil, el comiso.

## B) EL COMISO EN LAS FALTAS

Dado que el artículo 48 del vigente Código relaciona la accesoriadad del comiso con la imposición de una pena principal por delito, el comiso en las faltas sólo es posible de acuerdo con el artículo 602. A su tenor,

«Caerán siempre en comiso:

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

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

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

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

5.º Las medidas o pesos falsos.

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

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

Entendemos que en el núm. 1 se presume el destino instrumental de las armas en determinadas circunstancias. Los números 2 y 5 recogen ejemplos de «producta sceleris». Los números 3, 4 y 7 afectan más bien a «instrumenta sceleris» para la comisión de estafas. Y el número 6 emplea una fórmula amplia, que pudiera comprender tam-

(24) MANZANARES SAMANIEGO, *Sugerencias para una nueva Parte General de Código Penal español*, "Documentación Jurídica", núm. 19, 1978, págs. 778-9.

bién cosas sólo «relacionadas» con el delito, en línea con las previsiones del artículo 350.

Con buen criterio, el Proyecto deja sin sucesor este artículo 602, y traslada el comiso en las faltas a la Parte General (arts. 59, 61 y 66). Lástima que esta novedad no venga acompañada del deseable respeto al principio de proporcionalidad. Ya es grave que en nuestro ordenamiento—a diferencia de otros, como el alemán o el austriaco—el comiso por delito sea de imposición imperativa, sin correctivos o matizaciones, pero cuando tal rigidez se lleva con carácter general al terreno de las faltas, las consecuencias pueden ser monstruosas. No olvidemos que el Código de 1944 supuso por su parte un retroceso frente al de 1932. El texto republicano reflejaba una mayor sensibilidad jurídica. Pese a que en su artículo 597 acogía el criterio de lista, disponía en su artículo 598 que «el comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresadas en el artículo anterior, lo decretarán los Tribunales a su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias» (25).

La extensión generalizada de esta pena a las faltas exige también una determinación más clara de los «efectos» decomisables.

### C) LA PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad entre la pena de comiso, de un lado, y la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del reo, de otro, debe respetarse en lo posible, tanto si se trata de delitos como de faltas. Las generosas previsiones del artículo 598 del Código de 1932 podrían extenderse a toda clase de infracciones, dejando a los Tribunales un prudente arbitrio. Otra solución, quizá más acertada, sería la de facultar expresamente a los Tribunales para prescindir de la imposición del comiso cuando su efectos no guardaran proporción con la conducta criminal, es decir, cuando representaran para el afectado una severidad excesiva. Se trata del régimen seguido por la nueva Parte General del Código alemán para ambas modalidades de comiso, «Verfall» (art. 73 c) y «Einziehung» (art. 74 b), pese a que en dicho ordenamiento no presenten la naturaleza de pena.

Obsérvese además que, aun si el comiso es considerado pena, no hay obstáculo para limitarlo—al menos por lo que hace a los «instrumenta» y «producta sceleris»—a aquellas cosas que ofrezcan alguna especial peligrosidad. De esta forma no serían decomisables los objetos de fácil adquisición en el comercio. Cabría igualmente un comiso que sólo afectara a una parte de la cosa, aquella de la que dimanara el peligro; o sustituir tal sanción por la pura inutilización en cuanto signifique riesgo, pero sin alterar la titularidad dominical.

Lo que resulta difícil es el fraccionamiento de la propiedad, que desembocaría en condominios absurdos, únicamente soslayables si el comiso parcial de la cosa se sustituyera por una pena obligacional.

La simplificación condiciona de hecho el problema, convirtiéndolo

(25) MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso*, pág. 68.

en un dilema, en el que o se decomisa la cosa en su totalidad o se renuncia por completo a la sanción. Esa elección es la que postulamos para que los Tribunales puedan paliar los resultados injustos, sea cual fuere la modalidad de comiso en que se presenten (26).

#### D) EL COMISO EN LAS INFRACCIONES CULPOSAS

La cuestión se centra en los instrumentos, quedando en un segundo término el comiso de los productos o, en palabras del Proyecto, de los efectos que de la infracción provinieren.

Para averiguar lo que sea un instrumento del delito resulta inevitable salir extramuros de los textos penales, como corresponde al examen de un concepto metajurídico. Así nos encontramos con que en países cuyos ordenamientos no distinguen entre delitos dolosos y culposos a la hora de regular el comiso, son los propios comentantes quienes marcan las diferencias. En Bélgica los autores y la jurisprudencia coinciden en que, «pese a los términos absolutamente generales del artículo 43 del Código penal (27), los delitos involuntarios no permiten la confiscación especial» pues se exige una ordenación en la mecánica criminal, «lo que conlleva la idea de una voluntad criminal positiva» (28). Similar es la situación en Argentina. Por una parte, el artículo 23 del Código penal, que tampoco encierra distinción alguna. Por otra, la posición de la mejor doctrina. R. C. Núñez, después de recordar que «son instrumentos del delito los objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito», pero no «los objetos utilizados únicamente en los actos preparatorios del delito o después de consumir éste para asegurar o aprovechar el resultado», añade que «en los delitos culposos no existen instrumentos del delito, aunque sí instrumentos del acto imprudente, imperito o antirreglamentario» (29). En igual línea, Soler niega que pueda considerarse instrumento al automóvil con el que se produce un homicidio culposo (30).

Por lo que hace a España, sostiene Córdoba que el artículo 48 del Código vigente —«toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida...»— no refiere la preordenación instrumen-

(26) El art. 213 del Código de 1944 incorporó un precepto, procedente de la Ley de Seguridad, que ampliaba el comiso a las imprentas por medio de las cuales se cometieran determinados delitos. Curiosamente, ese comiso tiene carácter facultativo cuando se trata de imprenta no clandestina. Recientemente, la posibilidad de prescindir del comiso en casos de desproporción con la gravedad de la infracción ha sido recogida en el art. 7.º del Proyecto de Ley sobre modificación de la legislación vigente de contrabando y regulación de delito e infracciones administrativas en la materia.

(27) Art. 43 del Código belga: «La confiscación especial será pronunciada siempre para el crimen o delito. Sólo se dictará en casos de falta cuando así lo determine la Ley».

(28) *Les Nouvelles*, págs. 179-180.

(29) R. C. NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Córdoba-Buenos Aires 1972, págs. 360-1.

(30) S. SOLER, *Derecho Penal argentino*, t. II, Buenos Aires 1973, pág. 398.

tal a un resultado típico, sino a la ejecución del delito, debiendo tenerse en cuenta que «también los delitos culposos requieren la existencia de una voluntad, aunque no dirigida al resultado típico» (31). Coincide así con la opinión de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en cuya Memoria de 1969, resolviendo la consulta núm. 6 de 1968, se afirma que el comiso es pena accesoria «sin distinción entre delitos dolosos o cometidos por imprudencia» (32). Esta posición es la que también se ha impuesto en Italia, saliendo al paso de su silencio legal.

Para nosotros, la exégesis del artículo 48 permite, y exige, el comiso de los efectos provenientes del delito culposo, en los rarísimos casos en que tales efectos existan, entendidos —según creemos— como «producta sceleris». Ahora bien, en el problema fundamental, el de los «instrumenta», nos alineamos con las doctrinas belgas y argentina. Pensamos que la instrumentación recogida en el repetido artículo carece de sentido en la infracción culposa, porque encierra necesariamente una relación intencional con el resultado (33). A mayor abundamiento esta interpretación —respetuosa con el texto legal— evita hasta cierto punto que la vulneración del principio de proporcionalidad se extienda como mancha de aceite desde las infracciones de dolo directo hasta las imprudencias leves. Esa generalización a las infracciones culposas podría poner en entredicho otro principio, el de la legalidad de las penas, por recogerse en el Código un comiso de ignorado contenido real. Ciertamente todas las penas ofrecen una cierta indeterminación a nivel legal, pero en el comiso instrumental culposo la imprecisión es casi absoluta.

En la normativa del Proyecto el problema se agrava por la generalización del comiso en las faltas, algunas de las cuales (artículos 661, 667, 668) se castigan en su forma culposa. De otro lado, el catálogo cerrado de «crimina culposa» constituye un elemento positivo. Con todo, no parece oportuno dejar en manos de interpretaciones discutibles, o discutidas, el logro de una solución justa. Sin duda, nuestra propuesta de acatamiento mínimo del principio de proporcionalidad, permitiendo a los Tribunales prescindir del comiso en los casos extremos, como se expuso en el epígrafe anterior, es válida igualmente respecto a las infracciones culposas. Si aquélla no fuera aceptada, convendría llevar al nuevo texto la correspondiente restricción expresa, excluyendo el comiso respecto a las infracciones culposas, al menos en cuanto a los instrumentos. Nada se opone tampoco a la coexistencia de ambas previsiones. Es lo que ocurre en la normativa alemana sobre la Einziehung (art. 74 de la nueva Parte General del Código penal). Para seguir ese ejemplo bastaría sustituir en el párrafo 1.º del artículo 61 del Proyecto la expresión «del delito o falta» por la de «infracción penal dolosa».

(31) CÓRDOBA y otros, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Barcelona 1972, pág. 197.

(32) Conviene recordar que, resolviendo esa misma consulta, la Fiscalía del Tribunal Supremo se inclina por negar a los vehículos de motor la condición legal de instrumentos de delito, sea éste doloso o culposo.

(33) MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso*, págs. 42 y 43.

## E) OBJETO DEL COMISO

Objeto del comiso continúan siendo en el Proyecto «los efectos que de ellos (delitos o faltas) provinieren» y «los instrumentos con que se hubieren ejecutado» (artículo 66). Si la primera referencia ofrece contornos relativamente claros, no sucede igual con la segunda, que bien merece una reconsideración.

a) *Los instrumentos*

Se trata de un concepto bien acuñado, aunque con algunas discrepancias exegeticas. Recogido en la casi totalidad de los ordenamientos que aceptan el comiso, su ya mencionada naturaleza metajurídica ha permitido una interpretación sin fronteras.

Los franceses ponen como ejemplo las armas con las que se ha cometido un delito de caza o pesca (art. 378 del Código rural galo), incluidos los vehículos utilizados con tal fin (34). Los belgas entienden que el texto del artículo 42 de su Código penal —«cosas que han servido o estaban destinadas a cometerla» (la infracción)— comprende la escala utilizada para robar, las llaves falsas y ganzúas, los punzones y sellos de contraste empleados para fabricar monedas, etcétera (35).

Los alemanes citan entre los «instrumenta sceleris» los utensilios para fabricar monedas, y añaden los casos más interesantes entre los resueltos por la jurisprudencia: el coche empleado para transportar el botín, la moto con que se lleva hasta el lugar apartado a la víctima de una violación, el turismo con que se huye tras el accidente, y los medios de transporte del encubridor real, entre otros (36). El Código alemán, tanto en su viejo artículo 40 como en el 74 de su nueva Parte General, prevé para sus infracciones el comiso de «los objetos... que han sido utilizados o destinados a su ejecución o preparación». Similar es la situación en Suiza, cuyo Código (art. 58, pf. 1) hace girar el comiso sobre los «objetos que han servido o estaban destinados a la ejecución de una acción punible».

Los italianos se inclinan igualmente por la fórmula descriptiva. Según el artículo 240 de su vigente Código penal son decomisables «las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer un delito». Como ejemplos recoge la doctrina el dinero, las armas, las materias primas, los productos químicos y los útiles para el robo (37).

(34) BOUZAT Y PINATEL, *Traité...*, págs. 475-6. MERLE Y VITÚ, *Traité...*, págs. 554-5.

(35) *Les Nouvelles*, págs. 180 y sigs.

(36) FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen 1931, pág. 75. BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht*, Allg. Teil, Bielefeld, 3. Aufl., 1964, pág. 613. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg., Teil, 2. Aufl., Berlín 1972, págs. 598-9. MAURACH, *ob. cit.*, págs. 820-1.

(37) MANZINI, *Diritto Penale Italiano*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino 1943, pág. 329. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires 1960, pág. 577.

En realidad el texto español, como el de otros Códigos de nuestro ámbito jurídico, no se limita a emplear la palabra «instrumentos», sino que los sitúa expresamente en una dinámica de ejecución. Nada aconseja modificar la tradicional redacción española, perfectamente homologable en el Derecho comparado. Los problemas que plantea no son propiamente suyos, sino que proceden de la insuficiencia con que se regulan los restantes comisos, es decir, los que recaen sobre efectos provinientes del delito.

Ferrer Sama define los instrumentos del delito como los «elementos materiales de que se haya valido (el autor) para su ejecución» (38). Quintano pone los habituales ejemplos (arma, ganzúa, llave, disfraz, etcétera) (39), como hace Córdoba (armas en la producción de muerte o lesiones, útiles para el robo, instalaciones montadas para engañar o estafar, etc.), aunque este último añade como característica común la de tratarse de «medios empleados para la comisión del mismo» (delito) (40).

Puig Peña da la nota discrepante cuando —sin las correspondientes citas— afirma que también considera la doctrina como «instrumenta sceleris» todo aquello que constituye precio del delito, es decir, el dinero o cualquiera otra utilidad material que una persona entregue a otra en «pactum sicaris» (41). La falta de previsiones expresas para el comiso de la ganancia —a diferencia de lo que sucede en los derechos germánicos— repercute en esta forzada interpretación instrumental. Algo parecido ocurre en Francia, si bien allí la tendencia sea incluir el precio del delito dentro del producto del mismo, lo que entendemos solución más acertada.

Nuestro Tribunal Supremo ha oscilado entre la interpretación generosa de la Sentencia de 10 de octubre de 1973 (Aranzadi 3663), en el denominado caso Trujillo, y la restrictiva de la Sentencia de 31 de igual mes y año (Aranzadi 4007), para la que sólo deben decomisarse «los predeterminados para el quehacer deseado delictual», los previstos en el tipo penal, que «suponen el medio necesario de ejecución más característica», evitando ampliar onerosamente esta pena.

## b) *Los efectos provinientes de la infracción criminal*

Es aquí donde resultaría oportuno romper la trayectoria seguida por nuestros Códigos y mantenida en el Proyecto. La redacción tradicional peca de ambigua y confusa, con el consiguiente peligro contra la seguridad jurídica. De otro lado, esa misma vaguedad se ha traducido en muy variadas opiniones sobre su contenido, y creemos ha contribuido eficazmente al abandono que en nuestro Derecho aplicado ofrece cuanto afecta al comiso. Frente a la nítida normativa alema-

(38) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, 1947, t. II, página 229.

(39) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 341.

(40) CÓRDOBA y otros, *Comentarios...*, t. II, pág. 196.

(41) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 455.



na, con su triple proyección del comiso: instrumentos, productos y ganancia —las dos primeras como *Einziehung*, y la tercera como *Verfall*—, la expresión española aparece como un cajón de sastre en el que casi todo cabe. En cierta manera, incluso los instrumentos provienen del delito, por cuanto sólo la comisión de un delito concreto y su persecución les otorga relevancia penal.

Individualizados por su mención especial los «instrumenta sceleris», continúan siendo muchos —y a su vez de contornos borrosos— los conceptos que entran o pueden entrar en la categoría de efectos provenientes del delito: «producta sceleris», «scelere quaesita», «fructus sceleris», objeto del delito, cuerpo del delito, ganancia, provecho, precio del delito, dádivas, presentes, piezas de convicción, pruebas materiales. La terminología se enriquece con aportaciones de los comisos recogidos en la Parte especial del Código, de la nueva regulación del favorecimiento personal y real (art. 515 del Proyecto) y de la legislación procesal.

La doctrina española coincide en que provienen del delito los «producta sceleris» en sentido estricto, *vg.*, los documentos o monedas falsificados, y los comestibles adulterados. Hasta aquí puede hablarse —como de los «instrumenta»— de una noción extrajurídica cuyo correcto entendimiento carece de límites territoriales. Recordemos que *Manzini* cita entre los productos del delito los objetos creados, transformados o adulterados mediante la propia infracción, así la moneda falsa, el esqueleto preparado de un cadáver o la harina mezclada con polvo mineral (42). Las discrepancias comienzan a partir de ese núcleo de aceptación común, y lógicamente las dificultades para delimitar el concepto de «producta sceleris» se multiplican cuando pasamos al de objetos provenientes del delito, dentro de los cuales los productos sólo representan una parte.

En Alemania, advierte *Frank* que, a diferencia de los «producta sceleris» no son decomisables los «scelere quaesita», es decir, lo obtenido mediante la conducta criminal, sea de manera directa (los «scelere quaesita» en sentido estricto, como el botín del hurto o el animal cazado), sea de modo indirecto, a través de un «productus sceleris» (el denominado «fructus sceleris», como, por ejemplo, lo comprado con dinero falso o con el recibido por el receptor al revender la cosa); añadiendo que tampoco constituyen «producta» los simples medios de prueba, tanto si se refiere a la realización del delito como a sus beneficios (así, los diarios y libros de comercio) (43). *Maurach* excluye de los «producta» el objeto del delito (*vg.*, los explosivos y armas poseídos sin licencia, o los automóviles sin permiso de circulación), y lo que denomina «*erlangte Gegenstände*», es decir, lo conseguido mediante la acción criminal (*vg.*, el botín en los delitos contra la propiedad, el animal cazado o lo ganado en el juego ilícito) (44). Los

---

(42) MANZINI, *Diritto...*, págs. 329-30.

(43) FRANK, *Das Strafgesetzbuch...*, pág. 74.

(44) MAURACH, *ob. cit.*, pág. 821.

autores suizos se sitúan en la misma línea e incluyen entre los «producta» la mercancía adulterada y el dinero falso (45).

Obsérvese que las normativas italiana, de un lado, y suiza y alemana de otro, favorecen la interpretación restrictiva de lo que sean los productos del delito, y eso porque en los tres ordenamientos —con uno u otro nombre— el comiso tiene una triple proyección, sobre los instrumentos, sobre los productos y sobre el provecho o ganancia.

El panorama se ensombrece cuando la proyección sólo tiene dos términos: los instrumentos y los efectos provinientes del delito. En Argentina, cuyo Código penal ofrece en su artículo 22 una regulación sustancialmente idéntica a la española, R. C. Núñez y Soler rechazan el comiso de lo que el delincuente obtiene a través de los «producta» en sentido estricto, y Fontán sostiene que el comiso del producto de la enajenación es inadmisibile de «lege data», como contraria al texto legal. El mismo R. C. Núñez considera que el botín del robo es un «producta sceleris», si bien su comiso resulta inviable por pertenecer a tercero. Igual exclusión del comiso del botín sostiene Soler, pero sin explicar su postura.

Si el panorama argentino tiende en general a una equiparación entre los «producta sceleris» y los objetos provinientes del delito, el español muestra mayor diversidad. Córdoba ha defendido dicha equivalencia, escribiendo que los efectos en cuestión son los objetos «producidos» por el delito, de forma que «no merecen la consideración de efectos provinientes del delito, por no corresponder a la noción expuesta, aquellas cosas que representan el objeto de la infracción» (46). A igual conclusión hemos llegado nosotros, acudiendo además a un argumento derivado del artículo 393 del vigente Código, cuya existencia pone de relieve cómo ni las dádivas ni los presentes serían decomisables en el marco del artículo 48. No se trataría de una redundancia superflua, sino de extender el objeto del comiso. Lo mismo ocurría en el Código alemán hasta 1969, o sea, hasta que el comiso de la ganancia, recogido sólo en la Parte Especial y de manera fragmentaria, pasó a ubicarse como «Verfall» en la Parte General, junto a la «Einzziehung».

Sin embargo, la posición contraria ha venido siendo mantenida desde el pasado siglo, quizá por una atención menor —o poco afortunada— a ese Derecho comparado que hubiera permitido centrar mejor la problemática. Según Groizard «la palabra efectos del delito tiene un sentido lato, en ella están comprendidos los objetos que forman el delito y los producidos por el mismo» (47). La Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1889 sostiene, en relación con la consulta núm. 20 de la Fiscalía de Gerona, que «los efectos sustraídos» son efectos provinientes del delito (48). Modernamente, Puig

(45) THORMANN Y OVERBEK, *ob. cit.*, pág. 207.

(46) CÓRDOBA y otros, *Comentarios...*, t. II, pág. 196.

(47) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, t. II, pág. 308.

(48) No es clara la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre este particular. Con todo, véase la Sentencia de 15 de noviembre de 1971 (Aranzadi 4596).

Peña coloca junto a los objetos creados transformados o adulterados por la infracción —«producta sceleris» propiamente dichos—, «todas aquellas cosas que entran en el patrimonio del ofensor, constituyendo un enriquecimiento ilícito a costa del empobrecimiento de la persona que resulta perjudicada por la infracción», y aun añade que «todo esto, bien en el caso de que el aumento del patrimonio activo se verifique por la entrada de la misma cosa o efectos del delito, que por la entrada de aquellos otros que ha conseguido el culpable por permuta o con dinero procedente de la infracción (49). Olvida este autor que el Derecho italiano, en el que parece inspirarse, prevé junto al comiso de los instrumentos y productos el del provecho, lo que no ocurre en nuestro Derecho positivo.

Precisamente la fórmula italiana es la que proponemos de «*lege ferenda*» para mejorar la normativa del Proyecto. Para nosotros los efectos provenientes del delito sólo comprende con seguridad los «*producta*» en sentido estricto, tal y como aparecen en la doctrina alemana. Las ganancias o provecho deberán ser mencionadas expresamente junto a los instrumentos y productos como en el artículo 240 del Código italiano. El artículo 66 del Proyecto podría quedar así: «Toda pena que se impusiere por delito o falta llevará consigo el comiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, y el de las cosas que fueren su producto o provecho» (50). Suprimiendo por innecesario y perturbador al artículo 393 del Código vigente (art. 481 del Proyecto), y tal vez también el 350 (387 del Proyecto), y desaparecido sin sucesor el viejo artículo 602, la redacción que sugerimos permitiría reconducir el tema de los objeto decomisables al marco de los Derechos alemán, suizo e italiano, evitando confusiones entre las cosas que efectivamente constituyen instrumento, producto o provecho del delito y aquellas otras cuya simple «relación» con la infracción criminal queda fuera de tales calificaciones.

#### F) PERTENENCIA DE LA COSA Y EFECTO DEL COMISO

Si el comiso es pena, resulta inevitable la exclusión del comiso cuando las cosas pertenecen a tercero. El Proyecto, en el párrafo 1.º de su artículo 61, se refiere a «un tercero no responsable de la infracción», con lo que sigue a los Códigos anteriores. Podría precisarse más, pero no hace falta. El «responsable de la infracción» ha de entenderse como responsable criminal, pues al responsable civil no se le imponen penas. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, cuya

(49) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, págs. 456-7.

(50) Por razones de exposición no queremos reflejar aquí la posible restricción a las infracciones dolosas. El precepto habría de completarse, además, con otro que reconociera el principio de proporcionalidad.

Sentencia de 20 de junio de 1963 (Aranzadi 3016) rechaza el comiso de lo que pertenece a una sociedad responsable civil subsidiaria (51).

El repetido párrafo 1.º del artículo 61 del Proyecto señala que «el comiso producirá la pérdida de los efectos o instrumentos...». No debiera haber dudas sobre el efecto fundamental del comiso —transmisión directa de la propiedad de la cosa a favor del Estado— pero es lo cierto que nuestros Códigos, como el Proyecto, no son muy explícitos, ni en cuanto al efecto real —y no obligacional, a diferencia de la multa— ni en cuanto al momento de la traslación de propiedad ni, en consecuencia, respecto al elemento temporal de la pertenencia.

Aunque se suele aceptar la transmisión «ipso iure» al Estado desde la firmeza de la sentencia, quizá conviniera completar el nuevo texto. La citada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1963 subraya que la pérdida del dominio se constituye como «efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo», pero la de 15 de noviembre de 1971 (Aranzadi 4596), relativa a un cohecho, declara que «el mencionado comiso recaerá sobre el total (de las dádivas)... una vez que sean aprehendidas dichas cantidades en trámite de ejecución de sentencia, si las ocupadas hasta ahora fueren insuficientes al respecto», lo que ya no es tan claro.

Sin llegar a las extensas previsiones alemanas en los nuevos artículos 73 d y 74 e de su Código penal, o a las del artículo 58 del Código suizo, el artículo 1.º del Proyecto podría redactarse así: «El comiso producirá la pérdida, a favor del Estado y desde la firmeza de la sentencia, de los efectos e instrumentos del delito o falta».

En cualquier caso, la referencia de la pertenencia a un tercero debe desaparecer de este párrafo y trasladarse al artículo 66. El artículo 48 del Código vigente recoge, como sus precedentes, no sólo la imposición del comiso como pena accesorias, sino también su contenido y efecto. El Proyecto fracciona aquel precepto, situando una parte, el artículo 61, en la Sección 5.ª del Capítulo I del Título III del Libro I, bajo la rúbrica «De las penas accesorias», y la otra, el artículo 66, en la Sección 6.ª «De las penas que llevan consigo otras accesorias», pero la decisión no ha sido afortunada.

Según el proyectado artículo 66: «Toda pena que se impusiere por delito o falta dará lugar al comiso de los efectos que de ellos provinieren y de los instrumentos con que se hubieren ejecutado».

Y según el párrafo 1.º del propuesto artículo 61: «El comiso producirá la pérdida de los efectos e instrumentos del delito o falta, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable de la infracción».

Basta, pues, un poco de atención, para percibir que no es cierto que «toda pena que se impusiere por delito o falta dará lugar al comiso»

(51) La Sentencia del Tribunal Supremo de 1977 (Aranzadi 2271) es terminante en cuanto a que no cabe comiso frente al absuelto. En contra, Puig Peña, para quien la expresión legal se refiere a «persona extraña a la infracción», y no lo es ni el responsable civil subsidiario ni aquél que de modo ilícito coopera con su conducta a la producción del resultado, aun cuando la acción u omisión no sea, en el caso concreto, punible.

de los efectos e instrumentos que de ellos proviniere (artículo 66), si bien luego la pérdida se condicione a su no pertenencia a un tercero (art. 61, 1.º). Lo correcto es trasladar dicho requisito al art. 66, pues la pena accesoria de comiso empieza por no imponerse sobre objetos pertenecientes a terceros no responsables de la infracción. Si aquí no hay pérdida es porque antes no hubo siquiera comiso.

El párrafo 2.º del artículo 61 del Proyecto no ofrece reparos acerca de su ubicación y su texto es, en líneas generales, aceptable. Se insiste en la distinción según las cosas decomisadas sean o no de lícito comercio, para, en el primer supuesto, venderlas, y en el segundo darles el destino previsto en los Reglamentos o, subsidiariamente, inutilizarlas. Naturalmente que con el régimen establecido no se excluye la posibilidad de que los objetos de ilícito comercio puedan conservar un cierto valor económico, tanto si se acude a los Reglamentos como si una inutilización parcial consigue marginar la mácula de ilicitud, pero salir al paso de éste y otros problemas implicaría desbordar el corto espacio que parece haber sido destinado a la regulación del comiso en el Código penal.

Por lo demás, se introducen ahora algunas modificaciones en cuanto a la posibilidad de destinar el producto de la venta a cubrir las responsabilidades del penado. En los Códigos de 1870, 1932 y 1944 tales responsabilidades carecen de adjetivación, mientras que en el Código de 1928 (art. 136) se las califica de «civiles». En el Proyecto se trata de «responsabilidades pecuniarias», lo que conecta directamente con la prelación de pagos del nuevo artículo 128, que, situado bajo la rúbrica del «cumplimiento de las responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias», sustituye al vigente artículo 111. Aunque la nueva redacción no haga otra cosa que abundar en lo ya admitido por los Tribunales y la doctrina (52), algo se ha ganado en claridad.

Mayores aplausos merece otra novedad en esta materia: la exigencia expresa de que el penado a cuyas responsabilidades pecuniarias se aplique el producto de lo decomisado sea insolvente. Es la misma conclusión ya defendida por nosotros en la normativa todavía vigente, coincidiendo así con el Fiscal del Tribunal Supremo (Memoria de 1974, consulta 7 de 1973). Para el Ministerio Público la satisfacción de las responsabilidades del penado mediante el producto de la venta de la

(52) La doctrina se inclinó por seguir el orden del vigente art. 111, entendiéndose que las responsabilidades a que alude el art. 48 son todas las enumeradas como pecuniarias en aquél. Así, PACHECO, *El Código Penal*, 5.ª ed., t. I, Madrid 1881, pág. 347. VIADA, *Código Penal de 1870*, t. I, Madrid 1980, pág. 439. GROIZARD, *El Código Penal...*, t. II, pág. 308. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 341. CÓRDOBA y otros, *Comentarios...*, t. II, pág. 201. De otra opinión parece FERRER SAMA (*Comentarios...*, t. II, pág. 229), para quien el producto de la venta sirve para descargar al reo de sus obligaciones civiles. SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA estiman que con lo obtenido del comiso no se debe pagar la multa, ni de esa causa, ni de ninguna otra, para evitar que una persona se cubra con ella (*Compendio de Derecho Procesal civil y penal*, t. IV, vol. 3.º, pág. 978).

cosa en comiso cabría «sólo supletoriamente y a falta de bienes de otro orden suficientes en el patrimonio de aquél». A nuestro entender, el carácter de pena del comiso y la propia idea de retribución condicionan la exégesis, debiendo evitarse en lo posible que ese destino anómalo del valor de lo decomisado produzca un efecto de cortocircuito mediante el que se desvanezca el daño patrimonial que esta sanción representa. Si se trata de un reo solvente, el sacrificio del comiso —o si se prefiere, de su contenido afflictivo— en aras de los intereses de los acreedores del condenado, pecaría de gratuito.

Con todo, la opinión expuesta no es, de «lege data», pacífica. A la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1963 (Aranzadi 3016), en la línea de nuestra tesis, siguió, en sentido contrario, la de 24 de septiembre de 1968 (Aranzadi 3684). Por lo que hace a la doctrina, Córdoba escribe que la repetida aplicación «debe tener lugar en cuanto el comiso haya sido dispuesto y existen unas tales responsabilidades».

Mencionemos, por último, un pequeño retoque, mediante el cual el párrafo 2.º del nuevo artículo 61 dispone de manera explícita —aunque quizá innecesaria— que el sobrante de aquellas aplicaciones ingrese en el Tesoro Público.

# Aproximación numérica a la problemática del arbitrio judicial en materia penal

LUIS FERNANDO MANZANEQUE,

*Doctor en Derecho del Departamento de Derecho penal  
de la Universidad de Granada*

La existencia de un Proyecto de Código penal, como es el de 1980, que tan profundas modificaciones introduce en la normativa vigente, y muy especialmente en las consecuencias jurídicas del delito, nos ha llevado a preguntarnos qué criterios se han seguido al redactar el Proyecto, en uno de los problemas clave y no siempre bien resuelto, a nuestro entender, de la ciencia del Derecho penal: nos referimos al que plantea el Arbitrio Judicial del Juez Penal.

Es indudable que una de las modificaciones que más resaltan, y que ha sido mejor acogida por los penalistas, es la reducción que han sufrido las penas, especialmente las privativas de libertad. Lo que no es fácil decir es el criterio seguido en relación con el Arbitrio Judicial (si es que se ha seguido alguno determinado) si exceptuamos algunos supuestos (1), no muchos, en que este se manifiesta de forma clara. La opinión general se inclina por considerar que éste ha sido potenciado (ya veremos más adelante que, en muchos casos, esto no es cierto) a pesar que nada se dice a este respecto en la exposición de motivos (2), y de que no se dan razones suficientes para poder afirmarlo así.

Nosotros creemos que lo que en realidad sucede es que aún no se ha dado con el «instrumento» que de forma eficaz y objetiva nos permita determinar exactamente lo que «es» el Arbitrio Judicial en materia penal y las modificaciones, en sentido positivo o negativo, que sufre cuando es promulgada una nueva normativa. El problema del arbitrio adolece de imprecisión y vaguedad. Es necesario encontrar un procedimiento que, de forma clara y exacta, nos muestre inequívocamente su contenido y extensión.

---

(1) Como pueden ser los del art. 78, núms. 2 y 3.

(2) De forma distinta se procedió en el Código de 1932 (véase *Código Penal de 1932*, de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Manuales Reus*, pág. 183), o en la Exposición del Código de 1928, en el que textualmente se dice: "De ahí las diversas manifestaciones del arbitrio judicial, que se otorga y amplía en gran medida con relación a la extensión en que ahora podía realizarse".

Nos importa señalar que, de momento, dejaremos aparte los problemas que plantea la interpretación y el concepto que de ésta y del Derecho mantienen determinadas corrientes jurídicas (3), y las implicaciones que dichas doctrinas suponen en el campo del arbitrio. Tampoco entraremos en el estudio de los tipos llamados abiertos, por contener elementos normativos, o en aquellos otros que, por incluir cláusulas como la del artículo 533, dan tal amplitud al arbitrio del juez que pueden ser atentatorios a la seguridad jurídica, aunque muchas veces respeten, formalmente, el principio de legalidad. Tales artículos deben desaparecer, en lo posible, en todo código bien redactado.

El objeto de nuestro trabajo es la determinación numérica del arbitrio judicial en las escalas penales y en algunos tipos de delito (4): concretamente en los delitos contra la vida humana, que daremos a título de ejemplo.

Es claro, a nuestro modo de ver, que si el arbitrio judicial viene determinado por la posibilidad que tiene el juez penal de moverse —dentro de las facultades que le concede la ley— entre ciertos límites en el momento de imponer la pena, y que estando estos límites determinados numéricamente, es la ciencia de los números, la matemática, la única que puede proporcionar una solución satisfactoria, dándole una objetividad y exactitud de la que hasta ahora carecía (5).

Eligiendo el supuesto más sencillo —los casos que contemple el núm. 4 del art. 61 del Código vigente y art. 78, núm. 1 del Proyecto— (6) en los que el juez puede moverse, en el momento de imposición de la pena, en toda la extensión de la misma, vemos que el arbitrio, hablando en términos *absolutos*, vendría determinado por la siguiente escala:

(3) “Movimiento de Derecho Libre” y “La Jurisprudencia de Intereses”, entre otras. Para estas doctrinas, así como para las posturas mantenidas por autores como Recasens Siches, Jiménez de Asúa, etc., y la evolución histórica del problema del arbitrio, véase el excelente trabajo del profesor FERNÁNDEZ ALBOR, *Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales*, en “Estudios Penales”, Homenaje a J. Pereda, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965.

(4) Un estudio completo de los problemas que se plantean con las formas imperfectas de aparición, los grados de participación y el juego de las circunstancias, está siendo elaborado y esperamos poder publicarlo en corto plazo.

(5) “Los métodos matemáticos pueden aplicarse siempre que determinados atributos numéricos o espaciales aparecen asociados a los fenómenos, es decir, cuando los objetos pueden ser localizados por puntos del espacio y los hechos pueden ser descritos por medio de propiedades capaces de expresión o representación numérica” (los subrayados son nuestros). R. G. D. ALLEN, *Análisis Matemático para Economistas*, Aguilar, 1971, pág. 4.

(6) Un precepto semejante —151, núm. 1— se recogía en el Código de 1928; desaparece en el Código de la II República (1932) (a pesar de las protestas que hace Jiménez de Asúa de su deseo de aumentar el arbitrio penal), y se restablece de nuevo en el Código de 1944, en plena dictadura de Franco.



|                                 |                     |
|---------------------------------|---------------------|
| Reclusión mayor ... ..          | 10 años             |
| Reclusión menor ... ..          | 8 años              |
| Presidio y prisión mayor ... .. | 6 años              |
| Presidio y prisión menor ... .. | 5,5 años            |
| Arresto mayor ... ..            | 0,41 años (5 meses) |
| Arresto menor ... ..            | 0,08 años (1 mes)   |

Tenemos una escala descendente que nada nos dice del arbitrio en términos reales, ya que los 8 años, por ejemplo, de la reclusión menor, comprendidos entre 12 años y 1 día (pena mínima) y 20 (pena máxima), suponen menos arbitrio que si esa misma cantidad (8 años) estuviese comprendida en una pena imaginaria que fuese de 1 a 8 años (el juez podría imponer hasta 8 veces la pena mínima); o, por el contrario, supondría mucho mayor arbitrio que en otra pena (también imaginaria y absurda, que tomamos como hipótesis de trabajo) que tuviese una extensión de 90 a 98 años (el juez únicamente podría aplicar el 8 por 100 de la extensión de la pena mínima), siendo así que el *intervalo* comprendido entre la pena mínima y la máxima es siempre el mismo: 8 años. Vemos, pues, que lo que hemos llamado arbitrio *absoluto*, al no estar relacionado con los límites mínimo y máximo de las penas entre las que está comprendido, es ineficaz para medir la capacidad del juez, es decir, su *arbitrio real* en el momento de imposición de la pena.

El arbitrio *real*, como puede deducirse lógicamente del ejemplo expuesto, tiene *cierta relación* con los límites mínimo y máximo de la pena; y nuestro trabajo va a consistir en determinar cuál es exactamente esa relación, y qué aplicación podemos darle en nuestra ciencia.

El problema surge de inmediato si comparamos un mismo tipo, el homicidio por ejemplo, en dos textos legales: Código vigente y Proyecto de 1980. En el primero la pena es de reclusión menor, intervalo = 8 años; en el segundo la pena es de 8 a 15 años, intervalo = 7 (7). Los redactores del Proyecto, con buen criterio, han disminuido la pena. Pero, ¿qué ha sucedido con el arbitrio judicial?, ¿se ha aumentado o se ha disminuido?, ¿qué criterios se han seguido?, o lo que también es posible, ¿no se ha seguido ningún criterio? (8).

(7) El arbitrio absoluto es menor en el Proyecto que en el Código, sin embargo a simple vista se nota que el juez tiene más posibilidades de "movimiento" (de arbitrio real) que en el Código.

(8) El cambio de situación política no implica, necesariamente, un cambio en orden a conceder mayor o menor arbitrio judicial. Ya vimos (nota 2.<sup>a</sup>) que así sucedió en los regímenes de Primo de Rivera y la II República, en que ambos legisladores querían (o al menos así lo decían) conceder un mayor arbitrio.

Es curioso observar que históricamente el problema se plantea en la antítesis de estos dos conceptos: Seguridad jurídica y arbitrio judicial (lo que también sucede en la actualidad), y que, paradójicamente, ideologías de signo opuesto han optado por seguir la misma tendencia: conce-

Es obvio que en términos *absoluto* el arbitrio se ha reducido; antes el valor del intervalo era = 8 (en el Código), en el Proyecto se hace = 7. No obstante, se puede intuir que esto no es cierto; un intervalo de 7 años en relación con los límites mínimo y máximo (8-15) no es menor; en términos reales, que otro de 8 en relación con los límites 12-20 (9) de la reclusión menor. La única posibilidad de que el arbitrio permanezca igual al aumentar o disminuir los límites mínimo y máximo de la pena es que estos nuevos límites permanezcan proporcionales a los anteriores. Con esto no estamos haciendo un juicio de valor respecto a que el arbitrio deba permanecer igual, aumentar o disminuir. Simplemente queremos decir que para que permanezca igual, los límites mínimo y máximo de la nueva pena han de ser *proporcionales* a los de la anterior, de esta forma relacionaremos dichos límites con el *intervalo* comprendido entre los mismos.

En términos generales podemos decir que el *arbitrio real* viene determinado por la razón existente entre la pena máxima y la mínima que pueda ser impuesta en cada uno de los tipos (o en cada una de las penas de la escala del art. 27).

Llamando *Ar* al arbitrio real, *Pmx.* a la pena máxima y *Pmn.* a la mínima, podemos representar algebraicamente lo antes dicho por la siguiente fórmula  $\frac{Pmx}{Pmn} = \frac{Pmx}{Pmn} = Ar$  o lo que es lo mismo

$$Ar = \frac{Pmx}{Pmn}$$

Aplicando la fórmula obtenida a la escala de penas del artículo 27 en relación con el artículo 30, obtendremos el siguiente cuadro de valores del arbitrio *real* en cada una de las penas:

|                                 |           |
|---------------------------------|-----------|
| Reclusión mayor ... ..          | Ar = 1,5  |
| Reclusión menor ... ..          | Ar = 1,66 |
| Presidio y prisión mayor ... .. | Ar = 2    |
| Presidio y prisión menor ... .. | Ar = 12   |
| Arresto mayor ... ..            | Ar = 6    |
| Arresto menor ... ..            | Ar = 30   |

Estos valores son abstractos y homogéneos (no hacen referencia a días o meses, etc.) y por tanto pueden ser utilizados (comparándolos por ejemplo) de forma sencilla y rápida.

Un breve análisis de la fórmula  $Ar = f \left( \frac{Pmx}{Pmn} \right)$  y de las conse-

der un mayor arbitrio. A mayor abundamiento véase lo que dice, en relación con la Alemania nazi e Inglaterra, el profesor FERNÁNDEZ ALBOR en la obra citada, págs. 1 y ss.

(9) Hemos omitido el *día* —doce años y un día de las penas del Código para hacer las operaciones más sencillas. El error, de haberlo, sería despreciable.

cuencias obtenidas de la aplicación de la misma, nos da los siguientes resultados:

1.º El límite más bajo del arbitrio real (Ar) sería = 1, supuesto en el que el numerador y el denominador de la fórmula fuesen iguales. Este sería el caso de una pena absolutamente determinada, o el de la pena de muerte si se impone como pena única (ver gráfico núm. 1) (10).

2.º Los arbitrios reales van creciendo conforme las penas son más leves (exceptuando el presidio y la prisión menor, de los que luego hablaremos), lo que es natural dado que al ser menor la pena el problema de la seguridad jurídica y las posibles injusticias que el arbitrio puede conllevar, se ve disminuido (gráfico núm 1).

3.º Si el denominador se hiciera 0 (o mejor aún: tendiese a 0) el juez tendría la posibilidad de imponer o no imponer pena alguna según su voluntad —no en función de la acción antijurídica y de la culpabilidad del sujeto—, lo que supondría el máximo posible de arbitrio (poder) por parte del juez. Matemáticamente no tendría sentido, si utilizáramos únicamente los números racionales: ya que no hay ningún número que multiplicado por cero nos de el

numerador (la fórmula sería  $Ar = \frac{Pmx}{0}$ ). Tendríamos que recurrir

a ampliar el campo con los números irracionales y aceptar el convenio de que en la anterior fórmula  $Ar = infinito$ , lo que no deja de ser clarificador, incluso terminológicamente: habría que admitir que otorgar tal poder de decisión al juez sería tanto como darle un poder *infinito e irracional*.

4.º No se sigue un desarrollo progresivo en el Código. El presidio y la prisión menor tienen un  $Ar = 12$  desproporcionado con los demás, especialmente con el arresto mayor ( $Ar = 6$ ) que por ir detrás en la escala, es decir, por ser pena más leve, debería tener un  $Ar$  mayor, o, al menos, igual que los presidio-prisión menores (11).

(10) La idea de la representación gráfica de los números  $Ar$  se debe a mi buen amigo el Dr. Ingeniero de Montes don Eduardo Rojas Valero, a quien desde aquí doy las gracias por su sugerencia.

(11) Hubiese sido más racional cualquiera de estas dos soluciones:  
Primera:

|                       |                        |         |
|-----------------------|------------------------|---------|
| Arresto menor .....   | 1 día a 30 días .....  | Ar = 30 |
| " mayor .....         | 1 mes a 6 meses .....  | Ar = 6  |
| P. y P. menores ..... | 6 meses a 3 años ..... | Ar = 6  |
| " mayores .....       | 3 años a 12 años ..... | Ar = 4  |

Segunda:

|                       |                        |         |
|-----------------------|------------------------|---------|
| Arresto menor .....   | 1 día a 30 días .....  | Ar = 30 |
| " mayor .....         | 1 mes a 12 meses ..... | Ar = 12 |
| P. y P. menores ..... | 1 año a 6 años .....   | Ar = 6  |
| " mayores .....       | 6 años a 12 años ..... | Ar = 2  |

Una posible explicación para que se altere el orden de menos a más el arbitrio (siguiendo el establecido por el Código de reclusión mayor a

5.º El máximo de arbitrio corresponde al arresto menor ( $Ar = 30$ ), reforzado por lo establecido en el artículo 601.

Una vez en posesión del «instrumento» que nos permite determinar con exactitud el valor del arbitrio real, vamos a examinar comparativamente las escalas de penas del Código y del Proyecto (12), en base a lo dicho en la disposición transitoria núm. 7 del mismo.

|                         | Ar   |  | Ar   |
|-------------------------|------|--|------|
| Reclusión mayor ... ..  | 1,5  | 15 a 20 años ... ..                          | 1,33 |
| Reclusión menor ... ..  | 1,66 | 8 a 15 años ... ..                           | 1,87 |
| Presidio y p. mayor ... | 2    | 3 a 8 años ... ..                            | 2,66 |
| Presidio y p. menor ... | 12   | 0,5 a 3 años ... ..                          | 6    |
| Arresto mayor ... ..    | 6    | 6 a 24 fines semana<br>(12 a 48 días) ... .. | 4    |
| Arresto menor ... ..    | 30   | 1 a 6 fines semana<br>(2 a 12 días) ... ..   | 6    |

Mediante una simple operación aritmética podemos hallar los porcentajes en que ha sido aumentado o disminuido el arbitrio real:

|   |          |                    |
|---|----------|--------------------|
| Reclusión mayor, se reduce el arbitrio al           | 86,66 %  | baja en un 11,34 % |
| Reclusión menor, se aumenta el arbitrio al          | 112,65 % | sube en un 12,65 % |
| Presidio y prisión mayor, se aumenta el arbitrio al | 133 %    | sube en un 33 %    |

arresto menor) en la escala de penas del art. 17, nos pareció, en un principio, que era debido a que la pena de prisión es la que se impone en el art. 565 a la imprudencia temeraria, y el mismo legislador muestra su deseo de dar mayor extensión al arbitrio, en esta forma de comisión del delito, cuando en el párrafo 3.º del mismo exime a los jueces de la obligación de sujetarse a las reglas del art. 61.

Sin embargo, este argumento queda anulado por el párrafo 2.º del citado art., donde se castiga la simple imprudencia con infracción de reglamentos con pena de arresto mayor ( $Ar = 6$ ), lo que implica restringir el arbitrio real a su mitad, en relación con la prisión menor, cuando racionalmente debería ser al contrario, tratándose de dos formas comisivas por imprudencia y más leve la segunda que la primera. (Véanse los gráficos 3, 4 y 5).

(12) A fin de hacer homogéneas las cantidades arrestos fin de semana y días, hemos hecho el cómputo con arreglo a lo establecido en el art. 42, párrafo 2.º, del Proyecto.

La pena menos grave, de 6 a 24 fines de semana, debería de aumentarse en su límite máximo a 36 fines de semana (= 72 días, con arreglo al art. antes citado), de esta forma se reduciría el vacío que ahora existe entre los 24 fines de semana (= 48 días) y los 6 meses de la pena anterior (= 180 días), aumentando el arbitrio para hacerlo igual, por lo menos, a la pena precedente (art. 67 del Proyecto).

|  |         |                    |
|--|---------|--------------------|
| Presidio y prisión menor, se reduce el arbitrio al | 50 %    | baja en un 50 %    |
| Arresto mayor, se reduce el arbitrio al            | 66,66 % | baja en un 33,34 % |
| Arresto menor, se reduce el arbitrio al            | 20 %    | baja en un 80 %    |

*Resumiendo:* De las seis penas comparadas, el arbitrio judicial aumenta en el Proyecto en dos ocasiones (reclusión menor y presidio y prisión mayores), y disminuye en cuatro, es decir, en las restantes; siendo importante señalar las reducciones que se producen en los presidio y prisión menores y en el arresto menor, de un 50 por 100 y un 80 por 100 respectivamente (gráfico núm. 6).

A título de ejemplo vamos a aplicar la técnica (el instrumento) antes expuesto a los tipos de los capítulos I y II del título I, del libro II del Proyecto de Código penal, comparándolos con los correspondientes del Código vigente, es decir: a los delitos contra la vida humana. (De los delitos contra la vida humana dependiente sólo tomaremos los tipos de aborto consentido y aborto sin consentimiento de la mujer).

Partimos del supuesto de delito consumado, autor y no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

*Homicidio.*—Arts. 155 y 407 respectivamente.

|                 |           |
|-----------------|-----------|
| Proyecto ... .. | Ar = 1,87 |
| Código ... ..   | Ar = 1,66 |

Procediendo de la forma anteriormente expuesta:

La extensión del arbitrio en el Código es el 88,77 por 100 en relación con el del Proyecto, lo que supone que:

El arbitrio en el Proyecto se *aumenta* en un 11,23 por 100.

*Parricidio-asesinato.*—Arts. 156, 157 y 405, 406 respectivamente.

|                 |          |
|-----------------|----------|
| Proyecto ... .. | Ar = 1,3 |
| Código ... ..   | Ar = 1,5 |

---

(13) Esta sensible disminución del arbitrio y, en consecuencia, de la más justa individualización de la pena, en delitos como el asesinato en los que una sola circunstancia la premeditación, por ejemplo— ya los cualifica; o el parricidio —la muerte de un bisabuelo con el que puede no tenerse vínculos afectivos de ninguna clase— podría ser corregida imponiendo a este tipo de delitos la pena de 14 (en lugar de 15) a 20 años, dando así mayor margen al arbitrio judicial, que pasaría a ser Ar = 1,42, reduciéndose en relación con el Código en un 5,3 por 100 solamente. El hecho de que el intervalo comprendido entre los 14 y 15 años fuese común para el homicidio y el parricidio-asesinato no creemos que sea un inconveniente, más aún, pensamos que es de desear porque se ajustaría más a la realidad y podría ser mejor individualizada la pena. Piénsese que en muchas ocasiones puede ser menos culpable un parricidio o un asesinato en el que se aprecie una atenuante, que un homicidio con una agravante.

La extensión del arbitrio en el Proyecto es el 86,66 por 100 en relación con el del Código, lo que supone:

El arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 13,34 por 100 (13).

*Infanticidio*.—Arts. 159 y 410 respectivamente.

|                 |           |
|-----------------|-----------|
| Proyecto ... .. | Ar = 2,66 |
| Código ... ..   | Ar = 12   |

La extensión del arbitrio real en el Proyecto es el 22,16 por 100 en relación con el que tiene en el código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 77,84 por 100.

*Auxilio e inducción al suicidio*.—Arts. 160, párrafo 1.º y 409, párrafo 1.º.

|                 |        |
|-----------------|--------|
| Proyecto ... .. | Ar = 2 |
| Código ... ..   | Ar = 2 |

El Arbitrio *permanece igual*.

*Aborto sin consentimiento*.—Arts. 161, núm 1, y 411, núm. 1.

|                 |        |
|-----------------|--------|
| Proyecto ... .. | Ar = 2 |
| Código ... ..   | Ar = 2 |

El Arbitrio *permanece igual*.

*Aborto con consentimiento*.

|                 |         |
|-----------------|---------|
| Proyecto ... .. | Ar = 6  |
| Código ... ..   | Ar = 12 |

La extensión del Ar en el Proyecto es el 50 por 100 en relación con el Código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 50 por 100.

Veamos también las dos formas de comisión por imprudencia de los arts. 174 (14) y 175 (15):

*Homicidio culposo grave*.—Arts. 175 y 565, párrafo 1.º.

|                 |         |
|-----------------|---------|
| Proyecto ... .. | Ar = 2  |
| Código ... ..   | Ar = 12 |

(14) Este artículo no lo incluye RUIZ VADILLO en sus *Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, nota 12, entre las formas culposas. Nosotros pensamos que no cabe dudar de que se trata de una forma de comisión por imprudencia de igual naturaleza a la del artículo 412 del Código vigente. (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. I, págs. 590 y ss. En igual sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, 8.ª ed., págs. 94 y ss.).

(15) Dejamos aparte el art. 176 por tratarse de una agravación específica, aunque es obvia la mayor extensión que da el Código al arbitrio en el párrafo 5.º del art. 565, donde faculta a los Tribunales a elevar la pena en uno o dos grados en determinados casos.

La extensión en el Proyecto es el 16,66 por 100 en relación con el Código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 83,34 por 100.

*Homicidio culposo leve* (16).—Arts. 175-1.º, 565-2.º y 586-3.º.

Proyecto ... .. Ar = 4  
Código ... .. Ar = 6

La extensión del arbitrio en el Proyecto es el 66,66 por 100 en relación con el del Código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 33,34 por 100.

*Aborto* de los arts 174 y 412, respectivamente.

Proyecto ... .. Ar = 6  
Código ... .. Ar = 12

La extensión del arbitrio en el Proyecto es el 50 por 100 en relación con el Código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 50 por 100.

*Resumiendo:*

|                                | <i>Proyecto</i><br>Ar | <i>Código</i><br>Ar |           |         |
|--------------------------------|-----------------------|---------------------|-----------|---------|
| Homicidio ... ..               | 1,87                  | 1,66                | aumenta   | 11,23 % |
| Parricidio - asesinato ... ..  | 1,3                   | 1,5                 | disminuye | 13,34 % |
| Infanticidio ... ..            | 2,66                  | 12                  | disminuye | 77,84 % |
| Aux. e induc. al suicidio ...  | 2                     | 2                   | igual     |         |
| Aborto sin consentimiento.     | 2                     | 2                   | igual     |         |
| Aborto con consentimiento.     | 6                     | 12                  | disminuye | 50 %    |
| Homicidio culposo grave ...    | 2                     | 12                  | disminuye | 83,34 % |
| Homicidio culposo leve ...     | 4                     | 6                   | disminuye | 33,34 % |
| Aborto de los arts. 179 y 412. | 6                     | 12                  | disminuye | 50 %    |

(16) Entendemos que la posibilidad que concede el Proyecto de imponer, en este supuesto, las penas de 6 meses a 2 años, o bien de 6 a 24 arrestos fin de semana (que en el peor de los casos, según el art. 42-2.º, sería de 2 a 48 días), pena esta última muy inferior a la anterior, es por tomar en consideración que al desaparecer en el Proyecto la imprudencia como cláusula general (arts. 565-3.º), y no estar tipificado en el mismo un homicidio culposo por simple imprudencia sin infracción de reglamentos, constitutivos de falta, era necesario contemplar esta última posibilidad dentro del art. 175, al tipificar la imprudencia leve; por eso asimilamos la pena de 6 meses a 2 años a la imprudencia simple con infracción de reglamentos (aunque en el Proyecto, con mejor criterio, no se habla de reglamentos, concediendo, en este sentido, un mayor arbitrio al juez), y la castigada con 6 a 24 fines de semana con la del art. 586-3.º.

De 8 supuestos estudiados:

El Arbitrio en el Código es *mayor* que en el Proyecto en 6 casos.

El Arbitrio en el Código es *igual* que en el Proyecto en 2 casos.

El Arbitrio en el Código es *menor* que en el Proyecto en 1 caso.

Lo mismo que sucedía (pág. 638) con las escalas de las penas, el Arbitrio Real en los delitos contra la vida se reduce sensiblemente. Son de señalar, por la gran disminución que implican, los delitos de infanticidio, aborto con consentimiento, homicidio culposo grave y aborto de los arts. 174 y 412, que lo hacen en un 77,84 por 100, 50 por 100, 83,34 por 100 y 50 por 100, respectivamente.

### CONCLUSIONES:

*Primera:* Es necesario fijar de forma clara y concisa qué es el Arbitrio Judicial. Nosotros distinguimos dos conceptos: 1.º Arbitrio Absoluto, o lo que es igual: el intervalo que existe entre la pena mínima y la máxima, dentro de los cuales puede moverse el Juez penal al imponer la sanción, y 2.º Arbitrio Real, que viene determinado por la relación existente entre la pena máxima y la mínima, representado algebraicamente por la fórmula  $Ar = f \left( \frac{P_{mx}}{P_{mn}} \right)$

*Segunda:* Al comparar el Código penal vigente con el Proyecto no estamos haciendo un juicio de valor, simplemente nos ha servido como punto de arranque para la determinación del Arbitrio Real y, también, para determinar cuál es la tendencia que se sigue en el Proyecto —en los delitos contra la vida— en relación con el Código.

*Tercera:* Es claro, por lo que se refiere a este tipo de delitos (contra la vida), que en el Proyecto se reduce el Arbitrio Judicial en los supuestos de delito consumado, autor y ausencia de circunstancias modificativas.

*Cuarta:* El Código de 1944 es poco afortunado a la hora de establecer las escalas de penas y, en consecuencia, en la determinación del arbitrio.

*Quinta:* El hecho de reducir las penas de privación de libertad (medida acertada del Proyecto) debe estar precedido de un estudio a fondo del problema del Arbitrio Judicial. Desde un punto de vista de Política Criminal (17) son necesarios criterios claros, no sólo generales, sino particularizando lo que debe hacerse en cada uno de los Capítulos e, incluso, de los tipos.

---

(17) Tomamos el concepto "Política Criminal" en el sentido y con la extensión que lo hace el profesor SÁINZ CANTERO, en sus *Lecciones de Derecho Penal*, t. I, Bosch, Barcelona, 1979.



*Sexta:* Al establecerse las penas deben evitarse «saltos» en el Ar, procurando hacer la escala progresiva.

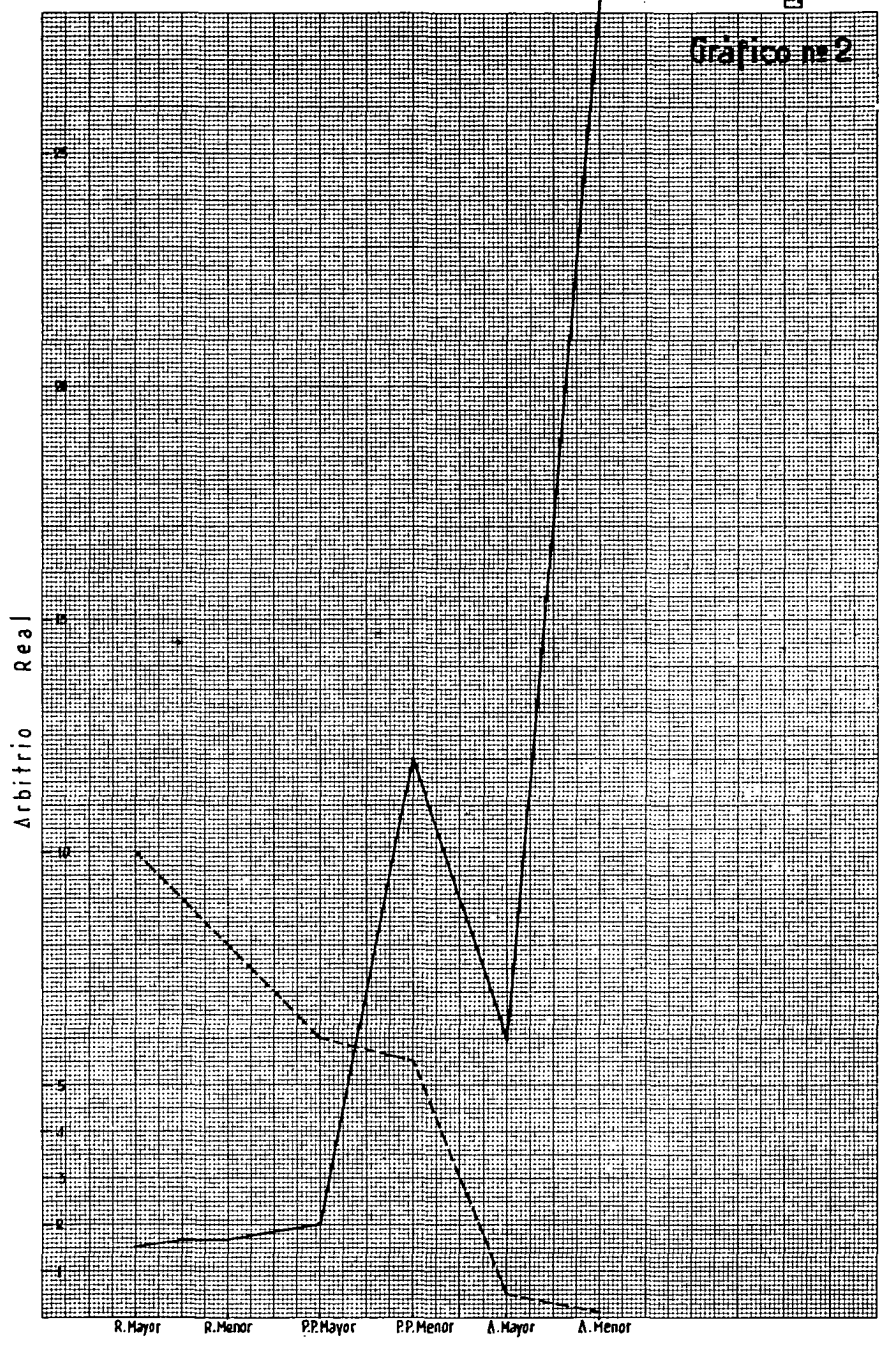
*Séptima:* Es conveniente, en determinados casos que haya espacios de tiempo comunes entre dos penas.

*Octava:* El Arbitrio Real en el Proyecto, por lo que se refiere a los delitos contra la vida, disminuye notablemente. Creemos, por el contrario, que debería ser aumentado.

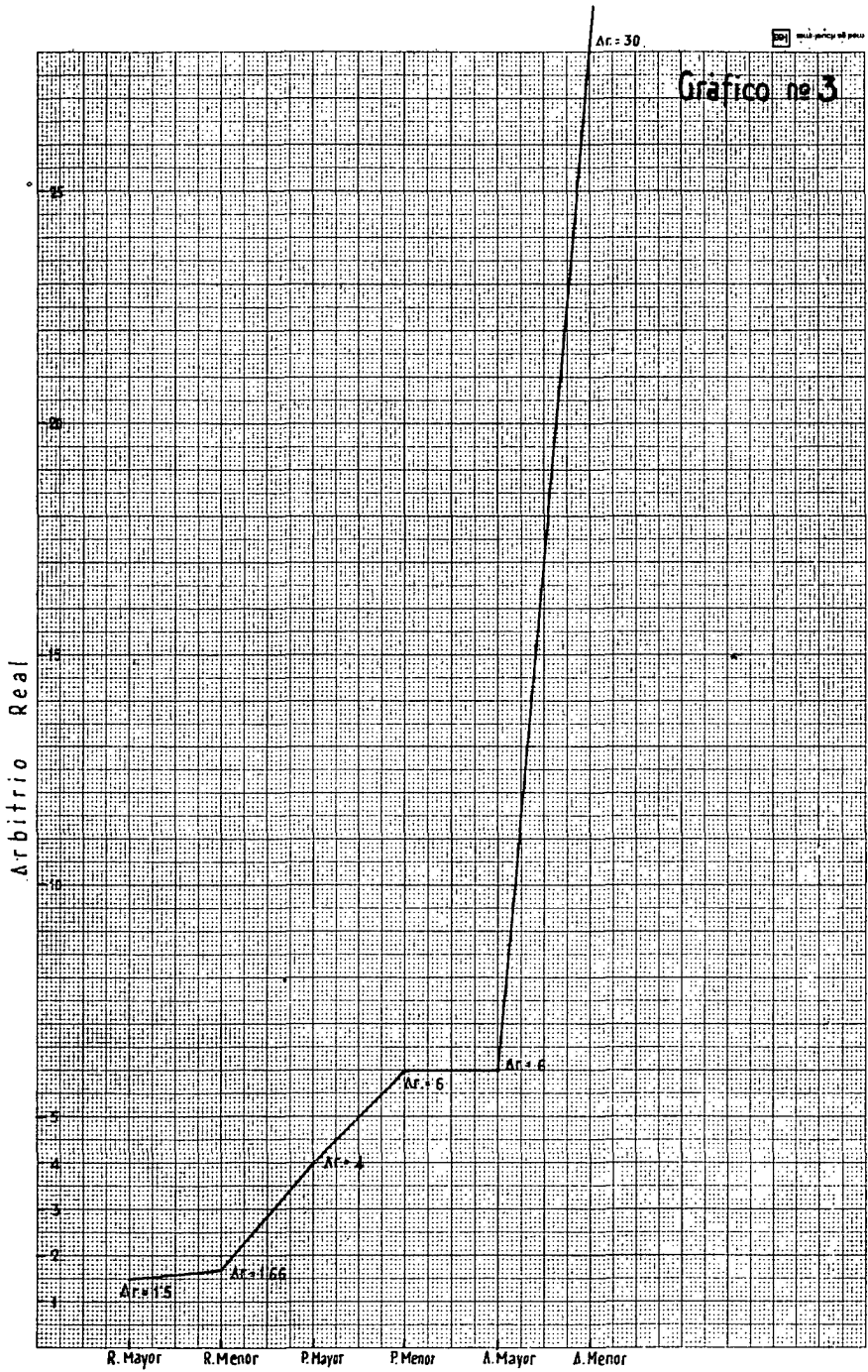
*Novena:* Es posible que en el futuro pudiera matizarse mejor la relación existente entre el arbitrio judicial y los límites en que puede imponerse la pena (podría ser una función de tipo logarítmico, exponencial, etc.); pero en cualquiera de los casos no estaría en contradicción, creemos, con lo aquí dicho.



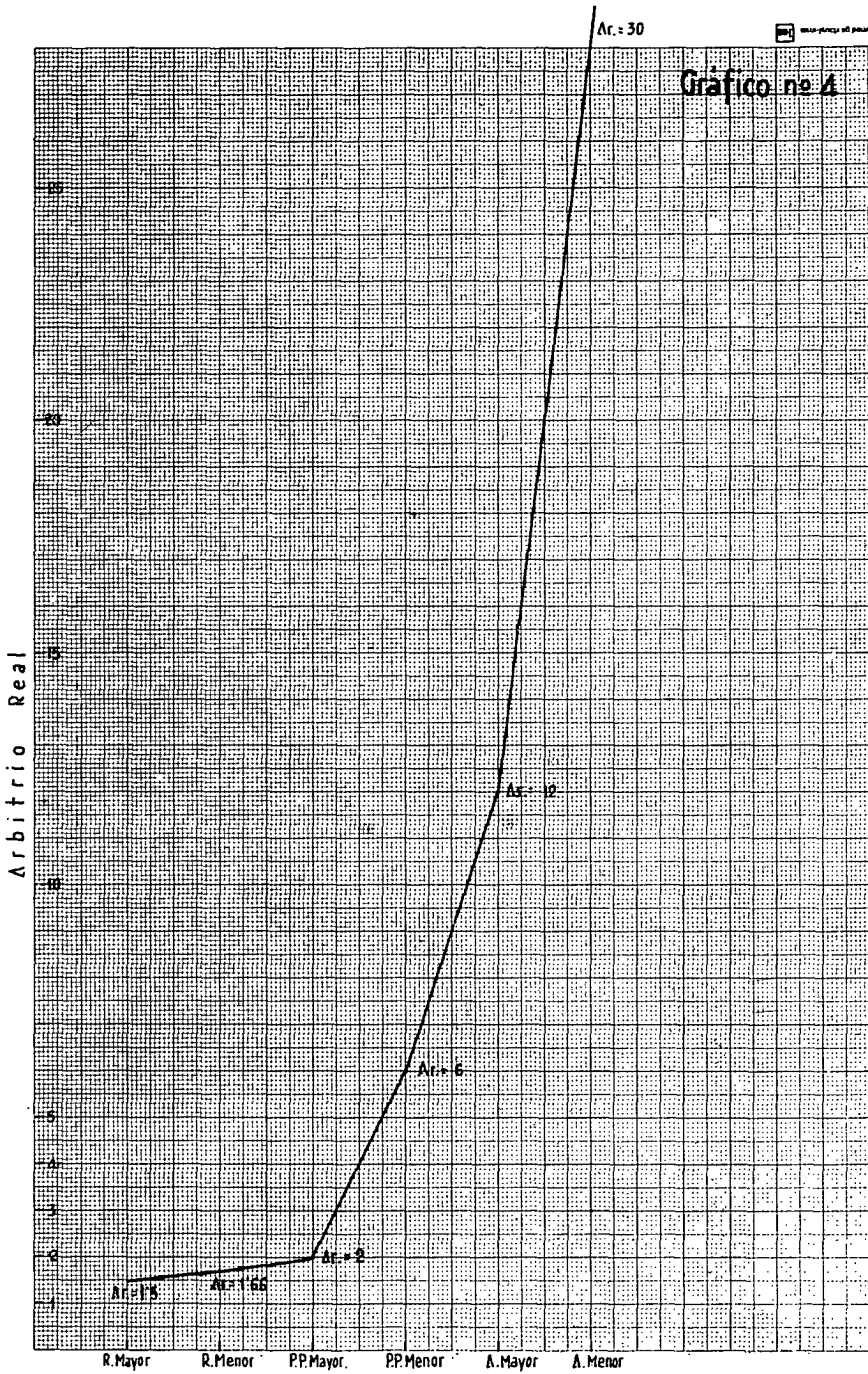
# Gráfico nº 2



La representación gráfica del arbitrio absoluto (línea de rayas) no es tan expresiva como la del arbitrio real (línea continua) de la desarmonía existente los Pre. y Pri. menores y las penas anteriores y posteriores.

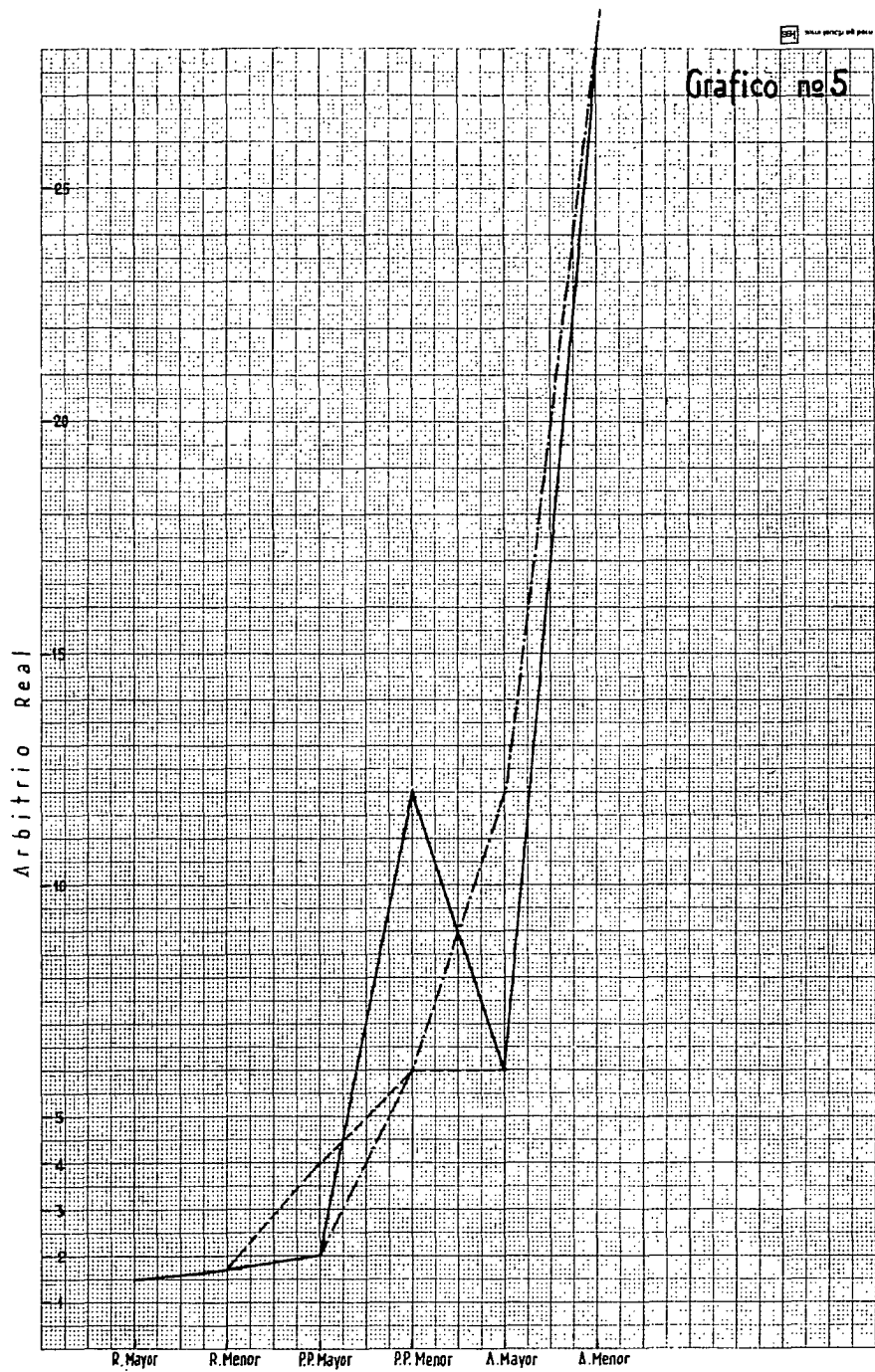


*La solución núm. 2 la estimamos más acertada. El gráfico nos muestra una curva más armónicamente progresiva.*

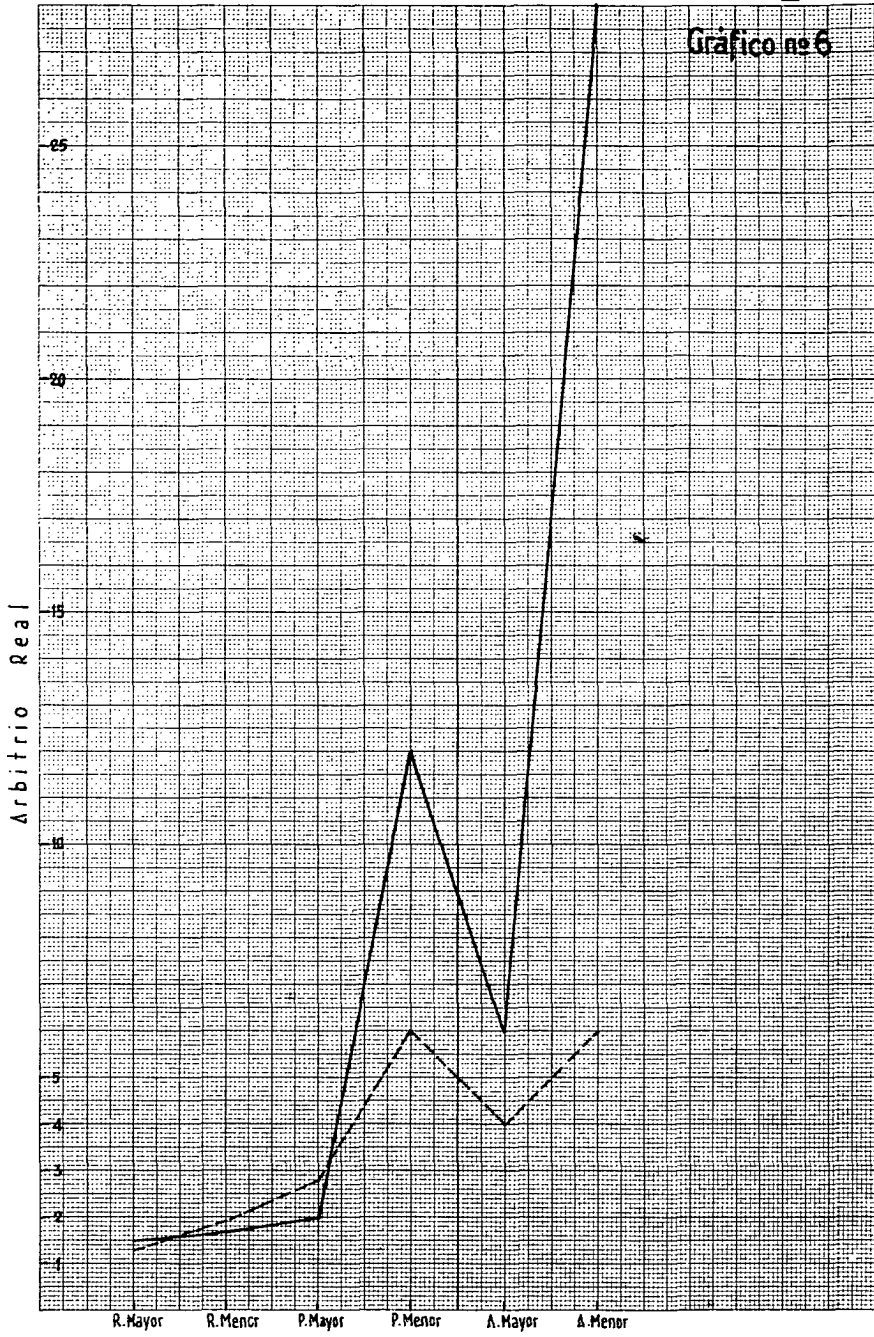


La solución núm. 2 la estimamos más acertada. El gráfico nos muestra una curva más armónicamente progresiva.

Gráfico no 5



La solución núm. 2 la estimamos más acertada. El gráfico nos muestra una curva más armónicamente progresiva.



Es de señalar que ambas líneas tienen forma de «sierra» y el mayor Ar del Código vigente que el del Proyecto de Código penal.  
 (Línea de rayas: arbitrio Real [Ar] en el Proyecto de Código penal de 1980.  
 Líneas continuas: Arbitrio Real [Ar] en el Código penal vigente.)

