

la nueva infracción las mismas consecuencias jurídicas que si aquella primera condena no hubiera existido.

En lo sucesivo y ante supuestos análogos deberá V. E. mantener el mismo criterio que el sustentado en el caso consultado.

Madrid, 2 de diciembre de 1975.

#### CONSULTA N.º 1/1976

##### INTERPRETACION DEL ARTICULO 350 DEL CODIGO PENAL

Consulta V. I. el alcance que ha de tener el comiso en un delito de juegos ilícitos, por el que se sigue procedimiento penal en uno de los Juzgados de esa Capital.

El supuesto de hecho central es que, por el Presidente de una entidad de recreo, constituida en Sociedad Anónima, se pactó con un equipo profesional de jugadores, la cesión de un local de esa Sociedad, para dedicarlo de forma habitual a la práctica de un juego de azar, recibiendo a cambio una cantidad diaria, oscilante entre 30.000 y 95.000 pesetas, y cuyo total llegó, durante el tiempo en que la actividad ilícita se mantuvo, hasta 7.230.000 pesetas; posteriormente, ahora por el dueño de los locales comerciales que albergaron a otra entidad recreativa, se pactó con el mismo equipo de jugadores el establecimiento en uno de sus locales de una mesa de "banca francesa", recibiendo aquél a cambio 25.000 pesetas diarias, por el tiempo que va del 20 de octubre al 28 de noviembre de 1975. En el primero de estos casos se conoce el destino, si no de todo sí de parte del dinero recibido por el Presidente de la Sociedad Anónima, que se empleó en asegurar las fianzas judiciales exigidas para su libertad provisional al equipo de jugadores, ajenos a la Sociedad; otra parte en muebles, enseres y mejoras de instalaciones de la Sociedad y en subvencionar cenas, que se ofrecían a los accionistas a menor precio de su costo real. En el segundo de los casos no ha podido determinarse judicialmente el destino de las sumas recibidas por el procesado, propietario de los locales cedidos para la ilícita actividad del juego perseguido en aquel procedimiento penal.

La cuestión planteada por V. I. es si el comiso que define el artículo 350 del Código penal, ha de limitarse sólo "al dinero localizado y a disposición" o si puede extenderse a la totalidad del dinero percibido por los cedentes del local, a los efectos con él adquiridos, e incluso, en el supuesto del caso segundo en que ese dinero no ha podido localizarse, a su importe determinado, haciéndolo efectivo sobre otros bienes del reo en forma sustitutiva; la opinión de V. I. se inclina por esta última alternativa por diversos argumentos que expone, y entre los que destacan por su mayor peso, el constituir un enriquecimiento injusto, tratarse de una pena, y razones de prevención penal y equidad, pues de otro modo las ganancias del delito podían ser superiores a la pena a sufrir, que V. I. señala como arresto mayor en el caso más grave y la correspondiente a una simple falta en otros.

Para resolver la consulta formulada por V. I. es preciso concretar primeramente varios extremos que plantea el comiso establecido en el artículo 350 sobre "el dinero, los efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego":

a) El primero es el de su posible concurrencia con el precepto general que en el artículo 48 señala los efectos de la pena accesoria de “pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”, y si el artículo 350 (y eventualmente, el 602, número 6.º) constituyen un desarrollo o aplicación concreta de la regla general del artículo 48, o por el contrario, revisten el carácter de una norma específica que, por su especialidad, priva y deroga, en el supuesto concreto del delito de juegos ilícitos, a la norma general, según el principio resolutorio del concurso de normas “*lex specialis derogat legi generali*”.

Los antecedentes históricos del artículo 350 conducen a esta última solución. En efecto, el precepto se introduce en el Código penal de 1848, cuyo artículo 260, siguiendo el modelo del Código penal francés, ordenaba el comiso de “el dinero y efectos puestos en juego, los muebles de la habitación y los instrumentos, objeto y útiles destinados al juego o rifa”. El comiso tenía un carácter más amplio que en el precepto general, pues abarcaba no sólo, como en aquél, a los instrumentos y efectos *que provinieren* del delito, sino también al dinero que, aún no proviniendo del delito, se destinara a él, y a los útiles y objetos que, no siendo instrumentos del delito (de ahí su cita aparte), tuvieran aquel destino. En la fórmula de 1848 (conservada en la reforma de 1850) se extiende el comiso a los muebles del local o habitación, extensión que desaparece en la reforma de 1870, iniciándose así una corriente restrictiva de esa modalidad específica del comiso, que todavía conserva, sin embargo, una ampliación a elementos no citados en el artículo 48.

Es el carácter distinto del comiso del artículo 350 el que le da especialidad frente a la norma general del artículo 48. Según el artículo 350 no sólo deben ser objeto de comiso los efectos o “*producta sceleris*” del delito, esto es, no sólo el dinero que sea ganancia del juego cae en comiso, sino que se extiende también al dinero que siendo de origen lícito y propiedad legítima de los jugadores, *se destine a ser arriesgado en el juego*, comiso este último que no procedería a la sola luz de lo dispuesto en el artículo 48 del Código penal.

Por eso la duda que plantea la doctrina, y a que V. I. alude en su consulta, sobre si procede el comiso tan sólo del dinero que se ocupe sobre la mesa del juego, o si puede extenderse al hallado en los bolsillos de los jugadores, ha de resolverse en concordancia con la “*ratio legis*” del citado artículo 350: en principio, sólo el dinero que se halla sobre la mesa está inequívocamente destinado al juego, y procede decomisarlo, mientras el que porta el jugador como de su pertenencia, no sabemos si se emplearía en el juego o si el jugador desistiría de arriesgarlo al perder el jugado inicialmente. Por eso, mientras la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1951 (dictada en materia de faltas e interpretando el término “*enseres*” que utilizaba el artículo 602, número 6.º, del Código penal de 1944, posteriormente reformado para darle la actual redacción) consideró procedente tan sólo el comiso del dinero que se hallaba sobre la mesa, el Auto (que no sentencia, como cita V. I.) de 4 de diciembre de 1961, extendió tal comiso al dinero *procedente del juego* e inmediatamente ocupado al jugador. Pero nótese que es esa clara procedencia o ganancia en el juego lo que provoca el comiso, pues de no poder llegarse a determinar como una realidad ese origen, no

procede aplicar tal pena accesoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1967).

Vemos, pues, que en el artículo 350 el comiso se presenta como una pena especial y específica, de contenido distinto a la general de los artículos 27 y 48, especificidad que viene dada por el teleologismo de las cosas que deben caer en comiso y que es su *destino* al juego, con lo que no sólo los “instrumenta sceleris” y los “producta sceleris” caerán en comiso, como ocurriría con la simple aplicación del artículo 48, sino también lo que no siendo instrumento del delito o efecto del delito, estaba en alguna forma destinado a ser empleado en el delito (“dinero... y útiles destinados al juego”).

Esto tiene especial importancia en el caso de autos en que las sumas dinerarias se entregaban a los cedentes de los locales a cambio del uso de los mismos. Esas entregas, que, cuando menos en el segundo de los supuestos planteados, es claramente precio del arriendo, por su carácter periódico y fijo (en el otro supuesto, aunque parece tener igual naturaleza, deja V. I. impreciso ese punto) no guardan relación con la existencia de utilidad o falta de utilidad del juego prohibido (otra cosa sería si se pagara un porcentaje de las ganancias). Podría algún día no ganar la banca y habría igualmente de pagar lo estipulado. No es “producta delicti”, sino “pretium delicti”, ya que constituye el precio por el que el dueño o el que tenía el dominio de hecho del local (el Presidente de la S. A.) presta su cooperación al delito, pero no es necesariamente producto o efecto del delito, y mucho menos dinero “destinado al juego”.

Cierto que el “precio” en cuanto tal, puede ser también objeto de comiso, como “efecto del delito” a la luz del artículo 48. Pero entonces habrá de ser interesado el comiso de esas sumas, no al amparo del artículo 350, sino alegando la aplicación supletoria del artículo 48, que debe llegar allí adonde no llega el precepto especial.

b) Plantea también la cuestión examinada, el problema de los llamados “efectos sustitutivos” del delito, esto, es aquellos bienes que han venido a sustituir por un negocio jurídico posterior, a los “producta sceleris” originales. Discute la doctrina la procedencia o improcedencia del comiso de tales efectos sustitutivos, por entender unos que el comiso sólo procede sobre los efectos que provienen directamente del delito y que no cabe multiplicar “ad infinitum” la penalidad, siguiendo la cosa a través de sus sucesivas transformaciones o transmisiones, creándose así un estado indeseable de incertidumbre; y considerando otros, que esa sucesión en cascada no es tan absoluta, ya que se rompe cuando pasa la cosa a poder de un tercero, por lo que el comiso no resulta tan indeterminado, sino que se mantiene sólo sobre la cosa que proviniendo del delito directamente o por sustitución, permanece en poder del autor, proporcionándose un lucro torticero, que el Derecho no puede consentir ni santificar, por lo que ha de proceder a privar de ella al delincuente.

Pero cualquiera que sea la solución que se dé al tema, lo que no cabe es sustituir el acto del *comiso* de los efectos delictivos por el embargo de otros bienes del penado, para cubrir la cantidad fija e inequívoca en que se sepa se ha lucrado y proceder al decomiso del producto de la venta o ejecución de esos bienes.

Esa imposibilidad surge del principio de legalidad, imperante en nuestro derecho penal, principio de legalidad que alcanza también al de *identidad de la pena*, consagrado en el artículo 81 del Código penal: "tampoco puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley o Reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto". El comiso ha de recaer sobre los propios instrumentos o efectos del delito y sobre el dinero destinado al juego, y si la investigación judicial es inhábil para localizarlos y ocuparlos, no puede ser ejecutado en una forma sustitutiva que la Ley no prevé en término alguno. No debe olvidarse que nos desenvolvemos en el ámbito de la pena y no en el civil de la reparación del hecho delictivo o reintegración de los gastos del proceso, donde sí caben formas sustitutivas para hacer efectiva la prestación debida.

c) El comiso tiene en nuestro Derecho penal, tanto en el supuesto del artículo 48, como en el del 350, la naturaleza de una *pena*. Como tal, es de carácter personal, recae sólo sobre el penado y no puede extenderse a terceros. Ello impide proceder a decomisar los "producta sceleris" cuando han pasado a poder de un tercero no responsable criminalmente del delito, sin que desaparezca ese obstáculo impeditivo por el hecho de que la transmisión se haya efectuado a título gratuito, pues esa modalidad lucrativa de participación en los efectos de un delito o falta sólo sirve para extender al tercero la responsabilidad civil, en tanto y cuanto se haya lucrado, pero no la penal. Los efectos del delito que pasen a poder de terceros podrán ser embargados para su restitución al desposeído o para hacer efectiva la indemnización civil que proceda, pero no podrán ya caer en comiso. Sobre este punto es clara la doctrina jurisprudencial. (Ss. del Tribunal Supremo 18 de febrero de 1959; 6 de abril de 1962 y 20 de junio de 1963).

Ello resuelve otro de los extremos de la consulta formulada por V. I., pues de tal doctrina resulta la imposibilidad del comiso de los efectos que, sustituyendo al dinero percibido, han pasado a integrarse en el patrimonio de la Sociedad Anónima, que es tercero no responsable penalmente del delito.

No se opone a ello el argumento aducido por V. I. de que la Sociedad y socios citados "no son extraños al delito aunque su conducta no sea punible", dado el carácter notorio de los hechos. Una de dos, o son partícipes en el delito, y como tales criminalmente responsables de él y sujetos pasivos hábiles para sufrir la pena de comiso, en cuyo caso no hay cuestión, o no son partícipes criminales del hecho ilícito, convirtiéndose así en "terceros no responsables del delito". La doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1959, antes citada, contempla precisamente un caso de conexión entre el responsable penal del delito y los terceros propietarios de los "instrumenta delicta", denegándose el comiso en cuanto estos terceros, pese a todo, son considerados como "terceros no responsables del delito".

En armonía con la anterior doctrina, la actuación del Fiscal en el caso consultado deberá ser:

1.º Respecto a las 400.000 pesetas, que han sido ofrecidas como fianza judicial para la libertad de los jugadores, determinada su procedencia delictiva, solicitará V. I. el comiso como efecto del delito, e invocando no sólo