

CONSTITUCIONALIDAD, NATURALEZA JURÍDICA Y LÍMITES DEL COMISO EN COSTA RICA

Prof. Msc. Rosaura Chinchilla Calderón

Profesora de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

RESUMEN: El comiso, aunque es catalogado doctrinalmente como una confiscación particular, especial o propia, no contraviene la prohibición constitucional, habida cuenta que de un estudio histórico de la Carta Magna se desprende que el constituyente aludía a la proscripción de la confiscación general. Dicho instituto en Costa Rica se ubica bajo la denominación de ‘consecuencias civiles del delito’ y es tratado de esa manera en la jurisprudencia nacional. No obstante, no es esa su verdadera naturaleza jurídica (a partir de los efectos que el legislador le da) pues de ser así requeriría gestión de parte y nunca un pronunciamiento de oficio. Tampoco es una pena accesoria ni una medida de seguridad, sino una consecuencia *sui géneris* o mixta. Es necesario efectuar una reforma legal para permitirlo en supuestos diferentes al dictado de una sentencia condenatoria, único caso previsto en la normativa, aunque la jurisprudencia haya sido menos estricta al respecto, violando el principio de legalidad.

PALABRAS CLAVE: Confiscación; comiso; decomiso; extinción del dominio; delito; pena accesoria; consecuencia civil; medida de seguridad; reparación; legalidad; proporcionalidad; análisis histórico.

ABSTRACT: The confiscation, although it is doctrinally classified as particular, special or proper, does not infringe the constitutional prohibition, given that the historical study of the Constitution shows that the constituent referred to the proscription of general confiscation. The concept in Costa Rica is located under the denomination of “civil consequences of crime” and is treated in this way by national legal decisions. However, this is not its true legal nature (from the effects

that the legislator gives it) because if it is treated like that it would require party management and never a judicial request. It is neither an accessory penalty nor a security measure, but more of a sui generis or mixed consequence. It is necessary to make a legal reform to allow it in different postulations to those state in a condemnatory judgment, the only case foreseen in the legislation, even though the legal precedents has have been less strict about it, violating the principle of legality.

KEYWORDS: Confiscation, seizure, forfeiture, asset forfeiture, crime, additional penalty, civil consequence, security measure, repair, legality, proportionality, historical analysis.

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 25 de octubre de 2013.

Con ocasión de una de las múltiples reformas a la Ley de Tránsito que hemos sufrido en los últimos años, específicamente la operada a través de la ley número 8626 publicada el 24 de diciembre de 2008, se incorporó al Código Penal el delito de conducción bajo los efectos del licor, un tipo penal previsto como doloso, sancionado con pena de prisión e inhabilitación para la conducción de automotores. Al insertarse en la parte especial de la normativa, vía jurisprudencial se estimó que era procedente aplicar el comiso del vehículo, por ser ésta una norma general e imperativa, lo que fue avalado por algunos órganos de impugnación quienes, pese a señalar que era una sanción desproporcionada, consideraban que ese control solo podía efectuarlo la Sala Constitucional.⁹⁵² Con

952 Ver, por ejemplo, el voto del Tribunal de Casación Penal de San Ramón, Sección Segunda, número 2010-302. No comparto esa afirmación porque el juez ordinario tiene la obligación de aplicar directamente el Derecho de la Constitución. La misma Sala Constitucional, en otras oportunidades, ha considerado que el tema de la proporcionalidad del comiso, o la forma de interpretar las normas que lo regulan, es un aspecto que atañe a los jueces ordinarios y que es ajeno a las competencias constitucionales específicas. Así, ante una consulta judicial formulada, el órgano constitucional refirió: "...lo que se somete a conocimiento de esta Sala es si, en

motivo de esa discusión,⁹⁵³ el Tribunal que integraba tuvo ocasión de pronunciarse, sobre lo que se consideró era una sanción violatoria del principio de legalidad (por ser introducida por vía analógica y producto de una interpretación extensiva) y, adicionalmente, desproporcionada.⁹⁵⁴

No obstante, lo que interesa rescatar con este artículo son las consideraciones en torno a la constitucionalidad, la naturaleza jurídica y los efectos *sui géneris* que le atribuye el legislador costarricense al comiso y que se desarrollaron en esos pronunciamientos, los que aquí se retoman.

Así, se pretende contestar a las interrogantes: ¿Es el comiso una pena confiscatoria prohibida por la Carta Magna? ¿Cuál es su naturaleza jurídica? ¿Es, en verdad, una consecuencia civil del delito como ha sido tratada jurisprudencialmente? De serlo, entonces... ¿se requiere que el Estado plantee

determinados supuestos, la aplicación irrestricta de los artículos 83 y 87 de la Ley Sobre Estupefacientes Sustancias Sicotrópicas Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, que no hacen distinción alguna en cuanto al comiso de los bienes provenientes o utilizados en la actividad del narcotráfico, podría implicar una desproporcional pena de confiscación, violando las garantías previstas en los artículos 40 de la Constitución Política y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los consultantes aducen que ello podría suceder cuando se presenten al mismo tiempo las siguientes circunstancias: que el sujeto directamente afectado por el comiso lo sea una persona de escasos recursos económicos; que el objeto del comiso lo sea una casa de habitación de interés social; que dicho inmueble constituya el único bien inmueble inscrito a nombre de dicha persona. La Sala observa que (...) **las dudas de los Jueces no están relacionadas con la constitucionalidad de las normas en sí mismas, sino con su interpretación y aplicación en determinados casos, lo cual, excede el objeto de una consulta de constitucionalidad. La interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto es una tarea que claramente corresponde a la Jurisdicción Ordinaria en el marco de su competencia**, lo que ha sido reiterado por esta Sala, por ejemplo en la sentencia N.2004-5008 de las 14:46 horas del 12 de mayo del 2004. Por lo anterior, la consulta resulta inadmisibile, en razón del objeto" (voto número 2009-6833, el destacado es suplido).

⁹⁵³ Que, en la actualidad, carece de sentido habida cuenta que, mediante otra reforma a la Ley de Tránsito, esta vez mediante ley N° 9078 del 04 de octubre de 2012, se modificó expresamente el numeral 110, agregando un párrafo segundo que establece que no cabe el citado comiso en conducción temeraria.

⁹⁵⁴ Cfr. Tribunal de Casación Penal de San José, votos números 2010-1009 y 2010-1494 (redactados por la suscrita y con voto concurrente de la jueza García Vargas y el juez Salinas Durán.

una demanda civil para hacerlo efectivo? ¿opera en esta materia el principio dispositivo civil y de congruencia?

1.- CONSTITUCIONALIDAD DEL COMISO COMO INSTITUTO GENERAL

El comiso es una institución regulada en el artículo 110 del Código Penal⁹⁵⁵ que, inserta en el Libro Primero (disposiciones Generales), Título VII (Consecuencias civiles del hecho punible), sección única, refiere: *"El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros."* Por su parte, el artículo 40 de la Carta Magna señala, en lo que interesa, que *"Nadie será sometido a (...) la pena de confiscación."* Es cierto que si se sigue una definición meramente gramatical, 'comiso' tendría que equipararse a 'confiscación', pues el Diccionario de la Lengua Española⁹⁵⁶ le da a esa palabra dicho tratamiento por derivar, ambas, del latín *"commisum"* que significa, justamente, confiscación. Sin embargo, para aludir al tema de la constitucionalidad general del comiso, no debe perderse de vista la evolución histórica de las figuras, pues la definición literal no resulta adecuada habida cuenta que, inclusive, se equipara, también, al decomiso, con lo que se pierden los linderos que la dogmática procesal, penal y constitucional occidentales ha

⁹⁵⁵ También está previsto en normas especiales como la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo (artículos 87 a 92), en la Ley de armas y explosivos (artículos 83 y 84), en la Ley de conservación de la vida silvestre (artículos 90 a 100) y en la Ley forestal (artículo 65). A pesar de la norma general del artículo 110 del Código Penal, el legislador estableció específicamente que el hecho allí previsto implicaba el comiso (declaratoria que habría de estimarse innecesaria si se considera que hay un artículo previsto con carácter general, supuestamente para todo el ordenamiento jurídico-penal, lo que abona la tesis de que esa norma debe aplicarse a los casos surgidos a partir de un contexto determinado y no a situaciones ni siquiera previstas cuando fue creado).

⁹⁵⁶ Emitido por Real Academia Española, 22ava. Edición, cfr.: <http://buscon.rae.es/drae/>.

venido estableciendo para instituciones que, en el derecho actual, resultan completamente diferentes, por tener naturaleza y efectos distintos. De allí que sea necesario desentrañar el sentido histórico de la figura de la confiscación proscrita constitucionalmente. De dicha labor se desprende que el actual artículo 40 constitucional, que fue introducido a la Carta Magna sin mayores discusiones sobre este aspecto,⁹⁵⁷ es similar al que existía en otras constituciones precedentes nacionales e, incluso, a una regulación constitucional que, infructuosamente, se intentó hacer en vez de la Carta Magna que nos rige. En retrospectiva,⁹⁵⁸ entonces se tiene que en ese fallido Proyecto de Constitución, presentado por la Junta Fundadora de la Segunda República, revelador de la voluntad socio-histórica de la época, el artículo 58 disponía "*Se prohíbe la confiscación, salvo el comiso que establecen las leyes penales*" es decir, se establecía una diferencia entre ambas instituciones, distinción esa que no es casual, sino que provenía de otros textos constitucionales, pues la Constitución Política de 1917, en el artículo 24 regulaba el tema indicando: "*... Toda pena es personal. No se aplicará tormento, ni penas infamantes, ni confiscación de bienes. Esto último no impedirá el comiso de los instrumentos u objetos del delito.*" Una fórmula menos explícita contempló la Constitución de 1871, en su artículo 24 que mencionó, simplemente, que "*Se prohíbe el uso del tormento y la pena de confiscación*" redacción que, a su vez, era muy similar a la contenida en las Constituciones costarricenses de 1869⁹⁵⁹ y 1859.⁹⁶⁰ No obstante, desde esta fecha hacia atrás, los constituyentes nacionales sí se preocuparon por delinear las características

⁹⁵⁷ Cfr.: actas de la Asamblea Nacional Constituyente N° 111, art. 3, tomo II, pág 534; N° 170, art. 2, tomo III, pág. 501 y N° 179, art. 4, tomo III, pág. 608 consultadas a partir de las referencias efectuadas por FALLAS VEGA, Elena; LINKIMER BEDOYA, Lihanny y RAMÍREZ ALTAMARINO, Marina. *Constitución Política de la República de Costa Rica, anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional*. IJSA, San José, 3ª edición, 2005, pág. 407.

⁹⁵⁸ Se sigue, para este desarrollo histórico, la obra editada por OBREGÓN QUESADA, Clotilde. *Las constituciones de Costa Rica*. Editorial U.C.R., San José, Volúmenes I a V, 1ª edición, 2007.

⁹⁵⁹ Cfr. artículo 129 "...Se prohíbe el uso de... la pena de confiscación."

⁹⁶⁰ Cfr. artículo 20: "...son prohibidas las penas de confiscación y azotes..."

básicas de la figura que estaban proscribiendo. Es así como la Constitución reformada de 1848, en su artículo 110, señalaba: *"Ningún delito se castigará con pena de confiscación; mas esto no comprende los comisos, ni las multas que la ley impone"* en tanto que la Constitución Política de 1847, en su artículo 154 dispuso: *"Queda abolida toda confiscación de bienes, y solo podrá tener lugar en el único caso de asegurar los derechos de tercero"* y la Constitución Política del Estado de Costa Rica del 09 de abril de 1844, estableció en su artículo 30: *"Ningún delito, cualquiera que sea su naturaleza, podrá ser castigado con la pena de confiscación total o parcial de bienes, ni a pretexto de indemnización de gastos y perjuicios, salvo los derechos de tercero."* Mientras tanto, la Ley de Bases y Garantías del 08 de marzo de 1841, en su artículo 2.2.10 señaló: *"Todos los costarricenses (...) tienen derecho (...) para que no se les imponga confiscación total de bienes por pena..."* y la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, del 21 de enero de 1825, en su artículo 106, se refirió así a la figura: *"En ningún caso habrá embargo de bienes, a no ser en aquella parte en que el delito lleve consigo responsabilidad pecuniaria."* Por último, tanto en el Primer como en el Segundo Pacto Social Fundamental Interino de la Provincia de Costa Rica de, respectivamente, el 01 de diciembre de 1821 y el 10 de enero de 1822, el tema fue tratado en el artículo 304 de cada uno de los textos fundamentales de la misma forma: *"Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes"* y, para concluir este recuento histórico, si se analiza la Constitución Política de la Monarquía Española, también llamada Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812, que obviamente rigió en el territorio nacional antes del proceso independentista, se comprende la matriz de aquellas referencias, pues el numeral 304 señalaba: *"Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes."*

Es claro, entonces, que a través de la historia nacional existió una doble preocupación del constituyente: por un lado por mantener la proscripción de la confiscación y, por el otro, por diferenciar la figura de otras, como el comiso, las multas o el embargo llegándose, inclusive, a aludir a confiscación general o parcial que, conforme se dirá, es una distinción impropia, pues genera confusión,

que la doctrina hace para establecer los efectos e identificar la figura prohibida de la permitida. A partir de la Constitución de Cádiz, la doctrina, principalmente española, se ha encargado de rastrear el fundamento de la proscripción y sus raíces en el derecho romano-germánico o continental-europeo del que, evidentemente, se nutre toda nuestra legislación, lo que es necesario citar, *in extenso*, para comprender la realidad actual:

"El comiso que se recoge actualmente en el Código Penal ha quedado completamente desvinculado de la antigua pena de la confiscación general de bienes. Esta pena, abolida actualmente de los ordenamientos jurídicos modernos, encuentra su origen en el Derecho romano. La forma más habitual de confiscación de bienes en el Derecho penal romano fue la denominada publicatio bonorum, consistente en la apropiación de todos los bienes pertenecientes a quienes habían sido condenados a la pena capital, la cual comprendía no sólo la pena de muerte, sino también la pena de exilio como sustitutiva de ésta. La publicatio era una consecuencia accesoria o necesaria, no una verdadera pena, de forma que no se hacía preciso dejar constancia de su imposición en la sentencia condenatoria. Posteriormente, y dada la desproporción de esta medida, que lógicamente afectaba asimismo a los herederos del inculpado, se fue limitando, permitiéndose que el condenado y su familia retuviesen una parte del patrimonio, para cubrir su desplazamiento al exilio, en su caso, así como su futura subsistencia. En la Edad Media, la pena de confiscación de bienes no sólo mantuvo el protagonismo que alcanzó durante la época romana, al ser una de las penas que en mayor medida se utilizaron para reprimir los delitos de especial gravedad, sino que, además, se convirtió en un instrumento de extraordinaria importancia puesto al servicio de los monarcas a través del cual pretendían hacer valer su autoridad, proteger el orden que ellos mismos establecían y debilitar a sus adversarios políticos. En el Derecho Penal del Antiguo Régimen, la confiscación fue creciendo en protagonismo al aparecer como uno de los principales medios de financiación de la Monarquía. Su irrogación ya no se limitó a los autores de los más graves delitos como en otras épocas, sino que se impuso incluso para delitos de escasa lesividad social. Ahora bien, con el objeto

*de sacar el máximo rendimiento del condenado, la confiscación se reservó fundamentalmente para personas de alta capacidad patrimonial, hasta el extremo de que si recaía esta pena sobre un individuo de escasa solvencia económica, era sustituida por una pena corporal o el envío a galeras. Con el advenimiento de la Ilustración se pidió generalizadamente su abolición (...) Fue en 1812, en el proceso constituyente gaditano, donde, pese al freno de las opiniones de los tradicionalistas, la pena de confiscación general de bienes se consiguió desterrar definitivamente de nuestro ordenamiento jurídico (español), aunque en la práctica los jueces la habían dejado de aplicar bastante tiempo antes. Ninguno de los Códigos penales ulteriormente promulgados dan cobijo entre sus preceptos a esta sanción penal.*⁹⁶¹

Nótese cómo, a partir de 1812, se suprime la figura del Ordenamiento Jurídico español y, con ello, de nuestro derecho, al punto de ser recogida la prohibición en la casi totalidad de textos constitucionales que se han sucedido, a la par de la proscripción de malos tratos, azotes, la regulación de la pena de muerte, del extrañamiento y de lo que luego llegó a denominarse la prohibición de la tortura, lo que evidencia la intención de racionalizar el poder sancionador del Estado.

Ese marco histórico-constitucional nos permite comprender la regulación legal que se ha hecho del comiso en los diferentes códigos represivos que ha tenido el país. Así, en el Código General de Carrillo de 1841, el artículo 883, previsto dentro del tema de la sentencia del proceso criminal, posibilitaba el comiso de las armas, instrumentos o utensilios con los que se cometió el delito y de los efectos derivados de este. Igual posibilidad se mantuvo en el numeral 39 del Código Penal de 1880; en los artículos 80 inciso 3 y 141 del Código Penal de 1918; en los numerales 67 inciso 4 y 70 del Código Penal de 1924 y en el artículo 121 del Código Penal de 1941, aunque estas legislaciones expresamente le dieron el trato de pena accesoria y estipularon que no era

⁹⁶¹ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 6-8.

extensible a terceros y, salvo que se tratara de objetos en sí mismos ilícitos, sólo se podía decretar mediante sentencia condenatoria.⁹⁶²

En síntesis, al margen de que las Constituciones, en la que cada uno de esos códigos penales se enmarcan, establecieran alguna salvedad para precisar que la confiscación no afectara el comiso en materia penal, el legislador penal siempre mantuvo la regulación de la figura, previéndolo como ajena a la prohibición constitucional, por recaer sobre objetos específicos y delineando algunos de los rasgos con que se aplica en la actualidad en nuestro medio: no puede afectar a terceros, a menos que se le haya respetado el debido proceso o se trate de objetos prohibidos y puede decretarse, en muchos casos, aunque no se haya establecido la responsabilidad penal del acusado ni se dicte sentencia condenatoria.

Es evidente que la figura del comiso, tal y como está regulada en nuestro derecho positivo, si bien guarda algunas relaciones con la figura de la confiscación (el Estado asume la titularidad de bienes de terceros), está muy lejos de mantener el carácter que tuvo dicha sanción, que era una medida general, aplicable a todos los bienes del condenado, en tanto que el comiso procede únicamente sobre aquellos que indica la norma, es decir, sobre los bienes con los que se comete el delito o aquellos otros provenientes o que sean provecho de la comisión del ilícito penal, según la actual fórmula del artículo 110

⁹⁶² Cfr.: HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006, págs. 36-37 y *Código General. República de Costa Rica*. Imprenta de Wynkoop, Nueva York, 1858. Parte III, pág. 92; Biblioteca de Derecho vigente de Costa Rica. *Código Penal, 1914*. Tipografía Lehmann, San José, pág. 19; *Código Penal de 1918*. Colección de leyes de Costa Rica, II Semestre, 1918, pág. 678; *Código Penal de la República de Costa Rica, 1924*. Edición ordenada por Aquiles Acosta. Imprenta María V. de Lines, San José, pág. 18 y *Código Penal y Código de Policía*. Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1965, págs. 41-42.

del Código Penal que, al momento de promulgarse, no tuvo ninguna dificultad interpretativa y no fue especialmente comentada.⁹⁶³

A partir de estas consideraciones genealógicas, la doctrina ha distinguido diversos tipos de confiscación:

1. La **general-total**, que es la que procede sobre todos los bienes y que guarda estrecha relación con la figura histórica prohibida por la mayoría de los constituyentes hispanoamericanos;
2. La **general-parcial**, que afecta a una cuota del patrimonio y
3. La **particular, especial o propia**, que es solo sobre determinados bienes que pueden ser medios o instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*); objetos del delito (*objectum sceleris*), efectos del delito (*producta sceleris*) o ganancias provenientes del delito.
4. Adicional a ello se alude, también, al comiso **impropio**, de **reemplazo** o de **valor equivalente**, según el cual aquellas medidas se sustituyen por el comiso de bienes en los que se transformaron las ganancias, efectos o instrumentos del delito o en otros bienes de valor equivalente a los que, siendo instrumentos, efectos o ganancias del delito, fueron enajenados o gravados por su titular antes de decretarse la medida.
5. El **comiso ampliado** que recae sobre instrumentos u objetos del delito, sus efectos y ganancias, pero se produce ante la inexistencia de una declaración judicial de responsabilidad penal en contra de persona alguna, ya sea por exención de pena o porque se extinguió la acción

⁹⁶³ Cfr.: Asamblea Legislativa. *Código Penal: adicionado con la exposición de motivos y el dictamen afirmativo*. Alcance N° 120 a La Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970, Imprenta Nacional, pág. 32.

penal.⁹⁶⁴

Los y las estudiosos de la materia han señalado que la prohibición de confiscación, alude a la general y no a la especial o particular. Así se manifiestan, en su orden, autores españoles, argentinos y colombianos que comentan normas similares a la nuestra:

–"...determinados autores han querido ver en la figura del comiso un descendiente directo de la arcaica sanción confiscatoria. Sin embargo, a pesar de que en ambos casos se afecta a bienes pertenecientes al patrimonio del inculpado, a diferencia de la pena de confiscación de bienes, el comiso que se contempla actualmente en nuestro Código Penal se limita a hacerse con aquello que se ha obtenido o que se ha utilizado ilícitamente. Por consiguiente, éste implica únicamente la pérdida definitiva de aquellos objetos y ventajas

⁹⁶⁴ Sobre el tema cfr.: AGUADO CORREA, Teresa. *La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04, 2003; CARDENAL MURILLO, Alfonso. *El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas*. En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 11, 1993, págs. 277-298; CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004; CUELLAR, Bernal. *El comiso frente al Nuevo Código Penal*. En: *Derecho Penal y Criminología*. Colombia, N° 15, set-dic. Vol. 4, 1981, págs. 183-192; GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias accesorias*. En: AAVV. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 559-574; HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La pena de comiso en el proyecto de Código Penal*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. España, Fascículos 1-2-3, enero-diciembre, Vol. 34, 1981, págs. 613-652; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Las penas patrimoniales en el Código penal español*. Tras la Ley Orgánica 8/1983, editorial Bosch, Barcelona, 1983, p. 251; NEIRA RIZZO, José. *La confiscación*. En: *Revista jurídica online*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad de Guayaquil. Versión electrónica en: <http://www.revistajuridicaonline.com>; RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, págs. 64-70 y 86-90; VERVALE, J.A.E. *Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?* En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf.

pecuniarias derivadas de la realización de una infracción delictiva, constituyendo en su caso una confiscación de carácter individual o especial."⁹⁶⁵

–"…*dado el carácter pecuniario de esta pena, debe ser cuidadosamente distinguida de la confiscación prohibida constitucionalmente, esencialmente a partir del carácter general de esta última, a diferencia de la especialidad propia del decomiso {denominación que se le da en Argentina al instituto que nos atañe}, que siempre debe recaer sobre cosas en particular. Por supuesto que el decomiso sería inconstitucional si no respetase la regla de humanidad y mínima irracionalidad y, por tanto, en el caso concreto deviniese una pena de confiscación.*"⁹⁶⁶

–"A pesar de que la raíz etimológica del comiso es el vocablo latino *comissum*, que significa confiscación, los ordenamientos constitucionales han proscrito esta forma de punición (...) Conviene recordar que ya en el derecho romano se encontraba prevista la confiscación como privación de todo o parte del patrimonio, tanto por la comunidad como por vía de pena, y en no pocas ocasiones fue empleada con el propósito preferente de conseguir apoderarse de los bienes del penado para enriquecer al estado. Desde su aplicación en el derecho penal la confiscación era una pena accesoria que se imponía junto con las penas principales de *perduellón*, *relegación* y *venta como esclavo de un individuo que antes fue libre* o *sentencias de muerte, condena a las minas* o *entrega a una escuela de gimnasia*. Justiniano llegó a prohibir la confiscación total en general y la dejó subsistente para los delitos contra el Estado. En las antiguas leyes la confiscación se continuó aplicando siguiendo al derecho romano y se abolió en casi todas las legislaciones a partir del siglo XVIII, con el argumento de considerar que la apropiación oficial del patrimonio de una persona sin causa de procedimiento legal y por la vía de simple aprehensión era una pena

⁹⁶⁵ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 8.

⁹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 943.

injusta, inhumana y aberrante. En tal sentido, y para el caso colombiano (...) durante el régimen colonial rigió el sistema jurídico punitivo español, cuya fuente se sitúa en las Siete Partidas, en las que se consagraban cuatro penas mayores y tres penas menores, siendo una de las primeras el destierro con ocupación de todos los bienes. Con el advenimiento de la independencia, la confiscación - entendida como la privación de todos los bienes que conforman el patrimonio de una persona- fue prohibida como una manera de proteger la propiedad privada de la arbitrariedad del poder estatal, pero dejando a salvo la posibilidad de establecer otro tipo de medidas o sanciones de contenido patrimonial (...) la pobreza del lenguaje jurídico fue la que llevó a que en las primeras codificaciones se denominara confiscación a cualquier sanción del delito que significara un traslado de bienes particulares al estado, como la multa o el comiso, recibiendo todas ellas el nombre impropio de confiscaciones especiales. No obstante (...) lo que fue proscrito por considerarse un ejercicio abusivo de la potestad punitiva del estado fue la denominada confiscación general o a título universal, en cuya virtud se privaba al delincuente de la totalidad o de una cuota parte de su patrimonio económico, pero que nunca han sido prohibidas esas llamadas confiscaciones especiales, en atención a que el reconocimiento de la propiedad privada en las democracias liberales no ha conducido al exceso de afirmar que la pena no pueda, en ningún caso, restringir derechos de contenido patrimonial."⁹⁶⁷

En Costa Rica, se ha seguido una posición similar:

-"La idea de universalidad que caracteriza a la confiscación general, no se encuentra jamás en la especial, y si bien en ambos casos se opera una verdadera transferencia de propiedad en beneficio del Estado, no deben confundirse. El comiso es también confiscación, pero especial, de naturaleza y efectos diversos a los de la confiscación general. Recae sobre determinados

⁹⁶⁷ RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, págs 30-32.

*bienes (...) Respetar los derechos que sobre tales bienes tengan el ofendido o terceros. No alcanza el patrimonio de la familia del responsable (...) Conciliando el artículo 40 de la Constitución Política con el numeral 110 del Código Penal, podemos decir que la pena de confiscación que prohíbe el primero, es aquella general (...) Por lo tanto, no alcanza al comiso como especie de confiscación y el artículo 110 del Código Penal, no puede argüirse de inconstitucional.*⁹⁶⁸

A lo anterior podría contra-argumentarse indicando que la Constitución prohíbe la confiscación, sin hacer distinción entre la general o la especial, por lo que incluye ambas y que al ser el comiso una confiscación particular, está comprendida dentro de la prohibición constituyente. No obstante, ello desconocería la evolución histórica de las instituciones, pues al momento en que el constituyente estableció la norma de comentario (y que luego pasó sucesivamente a otras Cartas Magnas hasta llegar a la actual) la confiscación siempre tuvo un carácter general y solo luego de ello es que se generan especificaciones, ya sea como medida preventiva (decomiso) o como medida especial (comiso). Ese sentido histórico se exige en la interpretación de cualquier disposición normativa: "*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas*" (artículo 10 en relación con el 14 ambos del Código Civil), por supuesto con las limitaciones que, adicionalmente, imponen los principios *pro libertatis* y de legalidad que surgen en materia penal y procesal penal.⁹⁶⁹

Dado que de la evolución histórica se desprende que cuando el constituyente prohibió la "confiscación" siempre tuvo en mente aludir a la

⁹⁶⁸ ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Editorial Juricentro. San José, 1984, págs. 363-364. En los mismos términos: HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006, págs. 20-21.

⁹⁶⁹ Artículos 1 y 2 del Código Penal y 1 y 2 del Código Procesal Penal.

desposesión generalizada de bienes, presentes y futuros, del condenado o su familia a cargo del Estado, característica que no tiene el comiso previsto en la normativa penal costarricense, pues el artículo 110 del Código Penal y otros establecidos en normas especiales⁹⁷⁰ solo regulan la confiscación especial propia (o comiso), sin que se prevea nada respecto del comiso impropio, de reemplazo o de valor equivalente, no hay razón alguna para cuestionar la legitimidad constitucional del comiso, desde que la comprensión evolutiva de las instituciones enerva cualquier duda que pudiera surgir sobre el acople de la norma general autorizante de dicha medida (artículo 110 del Código Penal) con el numeral 40 constitucional.

2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISO: EFECTOS Y REQUISITOS

Establecida la constitucionalidad general del comiso, es preciso hacer una serie de ponderaciones adicionales alusivas a la naturaleza jurídica de la figura del comiso, pues de ella pueden derivarse una serie de consecuencias, a veces contrapuestas entre sí. Lo primero que debe decirse es, si se quiere, una verdad de Perogrullo, a saber que la naturaleza jurídica de un instituto no depende de la ubicación que este tenga en una normativa particular, sino de la esfera jurídica en la que se producen sus efectos.⁹⁷¹ Si bastara lo primero, la operación sería simplemente verificatoria y llevaría a concluir que el comiso es una consecuencia civil del delito porque, en Costa Rica, se ubica en una sección del Código Penal

970 Cfr.: Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, *actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo*: artículos 87 a 92; *Ley de armas y explosivos*: artículos 83 y 84; *Ley de conservación de la vida silvestre*: artículos 90 a 100; *Ley forestal*: artículo 65; *Ley contra la delincuencia organizada*: artículo 34, 49 y 54; *Ley de Pesca y Acuicultura*: artículo 134; *Ley de Juegos*: artículo 7; *Ley de Rifas y Loterías*: artículo 8; *Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual*: artículos 17 y 41 y *Ley General de Salud*: artículos 359 a 361.

971 En igual sentido véase CERESO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general, tomo I*, Editorial Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1996, pág. 183; CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 32.

así titulada. Pero el tema no es tan sencillo porque, de aceptarse esa premisa falsa, ello implicaría concluir, por ejemplo, que como la reparación civil en el proceso penal se rige por el principio dispositivo, no podría ordenarse el comiso de oficio sino que se requeriría demanda previa de quien resulte titular de la acción civil en representación del Estado (que sería la Procuraduría General de la República o el Ministerio Público si le es delegada), nada de lo cual se aviene con, inclusive, el carácter imperativo de las normas legales que regulan el tema.⁹⁷² Así las cosas, el abordaje simplista no satisface. La naturaleza jurídica del comiso ha sido uno de los temas de mayor discusión dogmática. Las respuestas que se han intentado dar en derecho comparado, si bien pueden constituir un indicador importante para dilucidar la interrogante en Costa Rica, no son incontrovertibles para nuestro sistema, pues es conveniente recordar que la naturaleza jurídica tampoco se puede forzar o "transplantar" de un ordenamiento jurídico a otro, sino que depende de la regulación actual de los efectos que se le atribuyen en nuestro ordenamiento actual que, si bien pueden coincidir con los que operen en derecho comparado, no necesariamente siempre es así, sino que es viable que también tengan características específicas, todo lo cual debe valorarse antes de adoptar una posición.

Así las cosas, lo primero que debe hacerse para determinar la naturaleza jurídica del comiso es establecer las características, efectos y supuestos en los que procede. Conforme al artículo 110 citado, el comiso requiere, para su procedencia:

2.1 Que se esté investigando un delito, no una falta o contravención, esto así porque el numeral inicia indicando "*Todo delito*" y esa expresión, en sentido restrictivo,⁹⁷³ sólo puede entenderse como referido a los hechos calificados como tales por el legislador (Libro II del Código Penal o leyes especiales) quien hizo la

⁹⁷² Ver los artículos 102 inciso 3 y 110 del Código Penal y 367 y 480 del Código Procesal Penal, entre otros.

⁹⁷³ Conforme al numeral 2 del Código Procesal Penal, que deriva del principio de legalidad, base del Estado de Derecho.

distinción con las faltas que tienen una ubicación diversa en el cuerpo normativo (Libro III);

2.2 Que ese delito sea doloso. Esto no lo indica expresamente la norma, pero señala que lo que se pierde son los instrumentos con los que se cometió el ilícito y las cosas provenientes de su realización. Los autores de la materia, han referido, a nuestro modo de ver conforme a una interpretación restrictiva acorde con el principio de legalidad, que el carácter doloso de la medida se extrae de la previsión de "instrumentos" que contempla la ley, pues éstos: "...para la generalidad de la doctrina son los que se han empleado 'intencionalmente' para cometer el delito (...) con lo cual quedan excluidos, por supuesto, los (...) de un delito culposo"⁹⁷⁴;

2.3 Resultaría aplicable, en principio, a cualquier delito doloso, por tratarse de un instituto regulado en la parte general del Código Penal, la cual se caracteriza, precisamente, por incidir en los tipos penales codificados o de leyes especiales;

2.4 Puede afectar a terceros siempre que se les dé parte en el proceso. Esto no lo establece la norma que, de interpretarse aisladamente, conduciría a que se obviara este requisito que dimana de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y que coloca al Derecho de la Constitución como lo que es, sustento del resto de la jerarquía normativa. El principio del debido proceso comprende, entre otros, el derecho de defensa y de contradictorio, que, para ser efectivos, requieren la comunicación del proceso o de la medida a las personas afectadas;⁹⁷⁵

⁹⁷⁴ CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Astrea, 3ª edición, Buenos Aires, pág. 519. En igual sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 1ª edición, 2005, pág. 734; RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, pág. 59 y 64 y otros citados en HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006, págs. 70-73.

⁹⁷⁵ Ver, al respecto, los votos número 712-2006 de la Sala Tercera y 637-2010 del Tribunal de Casación Penal de San José.

2.5 El comiso no afecta los derechos del ofendido o de terceros de buena fe, sino que éstos predominan por sobre el interés estatal;⁹⁷⁶

2.6 Los efectos surgen del delito, por lo que normativamente se prevé que se dicte el comiso ante sentencia condenatoria.⁹⁷⁷ ¿'Delito' ha de entenderse como hecho típico, antijurídico y culpable o como la estipulación abstracta de ilicitud referida por el legislador? Partiendo de un escrupuloso respeto al principio de legalidad, considero que sí, que se requiere de una sentencia condenatoria, es decir, la declaratoria de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible pues, a falta de alguno de esos componentes, no hay "delito". No obstante, la jurisprudencia nacional, en términos generales, lo ha entendido como previsión legislativa, sin declaración concreta de responsabilidad, al punto que ha previsto la posibilidad del comiso con desestimaciones, archivos fiscales, sentencias de sobreseimiento definitivo, aún por prescripción de la acción penal, absolutorias, con medidas alternas como conciliaciones, suspensiones del proceso a prueba, reparación integral del daño y pago de multa, entre otros. Es cierto que hay casos en que socialmente puede ser necesario el comiso sin necesidad de que haya delito (por ejemplo de objetos por sí mismos ilícitos en que no se individualice el autor, la acción esté prescrita, etc.) pero, entonces, debe hacerse la reforma legal correspondiente para modificar la terminología legal;⁹⁷⁸

2.7 Carece de indemnización, pues surge ante una ilicitud previa, de modo que es una excepción a la imposibilidad estatal de asumir el dominio de la propiedad sin pagar el valor del bien (artículo 45 de la Constitución Política);

⁹⁷⁶ En tal sentido, los votos del Tribunal de Casación Penal de San José, números 2000-76, 2000-323, 2003-383 y 2004-101 y los de la Sala Tercera, números 512-2001 y 1273-2005, entre otros.

⁹⁷⁷ Ver el artículo 367 del Código Procesal Penal.

⁹⁷⁸ Ver el recuento de votos que hace HERRERA FONSECA, Rodrigo. El comiso de bienes. IJSA, San José, 1ª edición, 2006, págs. 230-263.

2.8 Es una medida de orden público, por lo que no se requiere instancia de parte sino que puede dictarse de oficio;

2.9 Como medida surgida del poder de imperio del Estado, requiere estar prevista en la ley,⁹⁷⁹ emitirse en forma motivada o fundamentada y habiendo existido demostración previa del vínculo o nexo entre el objeto y el hecho delictivo, por lo que no se trata de una responsabilidad objetiva;⁹⁸⁰

2.10 Rigen principios como la presunción de inocencia, el debido proceso y el derecho de defensa, por lo que la carga probatoria le incumbe al Estado;

2.11 En Costa Rica no se regula normativamente el comiso de los bienes usados en la fase preparatoria del *iter criminis*, que no llega a ser ejecutiva;

2.12 El destino de los bienes, una vez obtenido su dominio por el Estado, está expresamente fijado por ley.⁹⁸¹

A partir de similares consideraciones, en el derecho comparado se ha tratado de explicar la figura en comentario indicando que se trata de una **pena accesoria**, una **medida de seguridad**, una **consecuencia civil del delito** o bien una **consecuencia jurídica *sui géneris* del delito** (aquí se incluye a quienes la estiman tercera clase de sanción en el derecho penal junto con las penas y las medidas de seguridad pero, en realidad, sería una cuarta vía, pues ya la reparación se ha aceptado como la tercera). Analizaremos cada una de esas opciones:

Comiso como pena accesoria: Se ha dicho que el comiso es una pena accesoria.⁹⁸² No obstante, la principal crítica que se ha efectuado al otorgamiento

⁹⁷⁹ Sala Tercera, voto número 1217-1999.

⁹⁸⁰ Sala Tercera, voto número 505-99.

⁹⁸¹ Cfr.: Ley de distribución de bienes confiscados o caídos en comiso, su reglamento y manual.

⁹⁸² En tal sentido los votos del Tribunal de Casación Penal de Cartago, números 2010-236 y 2010-265.

de esta naturaleza jurídica es que el comiso no responde al fin esencial de la sanción aceptado por nuestro constituyente y legislador que es la prevención especial positiva o resocialización⁹⁸³ en tanto se aviene más con funciones retributivas o de prevención general negativa.⁹⁸⁴ El comiso tampoco respondería, desde esta perspectiva, al principio de culpabilidad, que no solo requiere de la culpabilidad para imponer una sanción (por lo que no podría decretarse ante la inexistencia de pena principal ni ante supuestos en que el autor no es sancionado, aunque hubiese un injusto penal) sino que considera, además, que el reproche es graduable, lo que choca con el carácter rígido de la figura. Asimismo, de ser pena, violentaría el principio referente a su carácter personalísimo, ya que el comiso cabe aún contra terceros, siempre y cuando se les dé audiencia en el proceso respectivo y los bienes, con su consentimiento, hayan sido usados en la comisión de delitos:

–"Los problemas que planteaba esta regulación del comiso se derivaban precisamente de su configuración formal como una auténtica pena. La pena tiene su fundamento en la culpabilidad, de modo que no puede imponerse pena sin culpabilidad. De ahí se derivan las siguientes consecuencias en relación con la aplicación del comiso. Por una parte sólo podría ser aplicado al sujeto que hubiera obrado culpablemente, pero no a quien, habiendo realizado una acción típica y antijurídica, fuera no obstante declarado exento de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad, por ejemplo por tratarse de un inimputable. Pero, por otro lado y además, como del principio de culpabilidad se deriva necesariamente el carácter personalísimo de la pena, únicamente cabría aplicar la pena de comiso al sujeto responsable de la infracción penal y, por tanto, sólo con respecto a instrumentos y efectos del delito pertenecientes a él, pero no con respecto a los instrumentos que, habiendo sido utilizados por el culpable para la

⁹⁸³ Artículos 51 del Código Penal y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁸⁴ Así lo acepta, incluso, el Tribunal de Casación Penal de Cartago en los votos números 2010-236. y 2010-265 al definirlo como una sanción penal accesoria con una finalidad de prevención general.

*comisión del delito, fueran sin embargo propiedad de un tercero no responsable del delito (...) El fundamento y finalidad del comiso (...) pueden ser (...) independientes de la cuestión de la titularidad de los objetos decomisables."*⁹⁸⁵

*–"...el comiso no responde a ninguno de los fines de la pena, pues no se prevé ni como amenaza destinada a disuadir de la comisión de delitos ni tampoco como castigo merecido por el delito."*⁹⁸⁶

El comiso tampoco está previsto, como pena accesoria, en el artículo 50.2 del Código Penal, que regula como tales solo la inhabilitación especial definida en el numeral 58 *ibídem* como la privación o restricción de uno o más derechos allí establecidos. Esta objeción es tanto sistemática (en cuanto a la ubicación de la figura), como de cara a principios constitucionales, pues chocaría con el principio de legalidad al extralimitar el catálogo de penas accesorias que expresamente contempla el Código Penal y las regulaciones que a ellas le son propias. Podría superarse la dificultad refiriendo que hay una ley previa que lo dispone para todos los delitos (artículo 110 del Código Penal); que hay otras normas especiales que lo señalan como penas (por ejemplo la Ley de conservación de la vida silvestre) y que la figura contempla la privación de un derecho: la propiedad. No obstante, el mismo numeral 58 del Código Penal refiere que las penas accesorias previstas como tales por el legislador tienen un plazo, que es el mismo de la inhabilitación absoluta y que va de 6 meses a 12 años (artículo 57), lo cual es incompatible con la pérdida de la titularidad del bien, que es definitiva. Asimismo, contra toda pena, principal o accesoria, cabe la posibilidad de plantear revisión, lo que la Sala Constitucional ha señalado como incompatible con la cosa juzgada que deriva del comiso.⁹⁸⁷ Por último, no debe

⁹⁸⁵ Cfr: GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias accesorias*. En: AAVV. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 559-560.

⁹⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002, pág 748.

⁹⁸⁷ Ver voto número 2001-8565, vinculante *erga omnes* al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

olvidarse que, conforme al artículo 110 del Código Penal: "*...la ponderación del comiso se hará a partir de que estén satisfechas las responsabilidades civiles dimanantes del delito (...) indudablemente si el comiso mantuviera el carácter de pena no sería admisible que la imposición de la pena pendiera de la satisfacción de la responsabilidad civil.*"⁹⁸⁸ Entonces, o el comiso no es una pena accesoria o, si lo fuera, sería inconstitucional por violar los citados preceptos, por lo que se hace necesario evaluar otras posibilidades.

El comiso como medida de seguridad: A partir de esos cuestionamientos, la doctrina señaló que, en realidad, no se trataba de que la medida fuera inconstitucional sino que no debía verse como una pena y, al intentar darle una explicación, se pensó que su naturaleza era la de ser una medida de seguridad, con lo que se superaba la objeción de que respondiera a un principio de culpabilidad pues este escapa a las medidas de seguridad cuyo fundamento es, más bien, la peligrosidad del sujeto activo. Comiso y medidas de seguridad tenían en común, además, el responder más a criterios de prevención especial, asumidos en instrumentos internacionales, que a los de prevención general. Pero nuevamente arreciaron las críticas. Primero, porque la peligrosidad en las medidas de seguridad surge ante la existencia de un injusto que puede no estar presente en el comiso, que se basa en una presunta peligrosidad objetiva de la cosa *per se* (en el caso de instrumentos usados para la comisión del delito y en particular de algunos tipos de ellos, como las armas). Además, porque esta explicación no sorteó el carácter personalísimo que también tienen las medidas de seguridad y que escapa a la figura del comiso:

–"Lo primero que debe advertirse es que el comiso (...) no tiene tampoco la naturaleza de una medida de seguridad (...) Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto, puesta de manifiesto por la previa comisión de uno o varios hechos típicos y antijurídicos (...) También las

⁹⁸⁸QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delicto*. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 45, 47.

medidas de seguridad tienen un carácter personalísimo, en el sentido de que sólo pueden ser aplicadas al sujeto en que se haya apreciado la peligrosidad criminal. Las medidas de seguridad se orientan exclusivamente en la prevención especial, es decir, a la producción de determinados efectos resocializadores o inoculizadores en el autor peligroso para evitar que cometa delitos en el futuro. El comiso, en cambio, se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la cosa y se orienta (...) a impedir que aquella sea utilizada en el futuro para la comisión de nuevos delitos, y no sólo por el autor sino también por otros sujetos. Ahora bien, la peligrosidad objetiva de la cosa y la probabilidad de su utilización en el futuro para la comisión de nuevos delitos, no lleva aparejada necesariamente la peligrosidad criminal del autor que la utilizó para cometer el delito, en cuyo caso no podría ser decomisada si se atribuyera al comiso la naturaleza de una medida de seguridad. Pero es que aun cuando el sujeto fuera peligroso, el comiso de unos objetos difícilmente podría ser una medida adecuada para eliminar la peligrosidad, dado que no siempre será apta para cumplir los fines de reeducación, de curación o de inoculación propios de las medidas de seguridad. Finalmente, si el comiso tuviera la naturaleza de una medida de seguridad, entonces no cabría tampoco aplicarlo con respecto a objetos pertenecientes a un tercero que, por no haber realizado ningún hecho típico y antijurídico, no pudiera ser declarado criminalmente peligroso...⁹⁸⁹

Además, en el derecho penal costarricense, la Sala Constitucional declaró inconstitucionales las medidas de seguridad para imputables, dejando solo las medidas de seguridad curativas⁹⁹⁰ y el comiso, la mayor parte de las veces, va anexo a una declaratoria de sanción de imputables y no es mencionado como medida de seguridad⁹⁹¹ que también se rigen por el principio de tipicidad y la

⁹⁸⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias accesorias*. En: AAVV. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 561.

⁹⁹⁰ Ver artículo 98 incisos 3, 4 y 5 y votos números 88-92 y 1588-98 de la Sala Constitucional.

⁹⁹¹ Artículos 101 y 102 del Código Penal.

prohibición de creación por analogía,⁹⁹² a más de que tienen, también, la posibilidad de cese,⁹⁹³ incompatible con el comiso. Ante ello, se planteó otra opción.

El comiso como consecuencia civil o medida reparadora derivada del delito: La Sala Constitucional se ha referido a la figura desde esta perspectiva: *"el comiso es una de las consecuencias civiles del hecho punible, junto con la restitución y la reparación e indemnización de daños y perjuicios."*⁹⁹⁴ No obstante, en forma técnica, el comiso no puede considerarse que sea una consecuencia civil. Primero porque, como se dijo, en Costa Rica se puede decretar oficiosamente, lo que es ajeno al principio dispositivo y de congruencia de lo civil. Segundo, porque no tiene carácter reparador, restitutivo o indemnizatorio, al punto que el artículo 103 del Código Penal lo enumera ajeno a esos fines, que son propios de las consecuencias derivadas de delito. Tercero, porque *"La responsabilidad civil ex delicto constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, lo que explica que no haya obstáculo a que su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. Y si bien el delito, respecto del nacimiento de esta responsabilidad, es un presupuesto necesario, no lo es suficiente, pues se requiere además la producción de un daño, elemento imprescindible para el nacimiento de toda responsabilidad civil, se encuentre o no tipificado en el Código penal el hecho que lo ocasionó,"*⁹⁹⁵ sin que sea posible plantear, en la vía civil, un reclamo aislado por comiso. Además, porque *"La responsabilidad civil se trasmite a los herederos (...) pero eso no puede sostenerse igualmente respecto de los herederos del responsable del hecho. En los casos del*

⁹⁹² Artículos 97 y 2 del Código Penal.

⁹⁹³ Cfr. Artículos 100 del Código Penal y 478 del Código Procesal Penal.

⁹⁹⁴ Así en el voto número 2001-8565. En igual sentido al Tribunal Constitucional se ha pronunciado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, encargada de la casación penal (ver, por ejemplo y entre otros, el voto número 787-2006).

⁹⁹⁵ CERZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 29.

*fallecimiento del acusado o procesado sin que se haya llegado a acordar el comiso no es posible aplicar...*⁹⁹⁶ A ello agrega la doctrina nacional que sus efectos no son de derecho privado sino a favor del Estado, a pesar de que Costa Rica no siguiera las recomendaciones discutidas en la elaboración del Código Penal tipo para América Latina y colocara la figura dentro de las consecuencias civiles.

Esto, como se dijo, no afecta su naturaleza jurídica real y lo que cabe derivar es que la disposición fue erróneamente ubicada, sin que eso incida en sus efectos, concluyéndose que *"el comiso no puede ser un efecto de las responsabilidades civiles ex delicto, en su esencia no está el ser una sanción civil."*⁹⁹⁷ A partir de estas reflexiones se planteó otra posibilidad.

El comiso como un acto complejo, una consecuencia accesoria, jurídica, mixta o sui géneris del delito: Hay consecuencias derivadas del delito que lo son por disposición de ley, sin participar de la naturaleza de aquellas figuras. En el derecho costarricense se ubican como tales el tema de la condena en costas a la parte vencida;⁹⁹⁸ la publicación de la sentencia en delitos contra el honor;⁹⁹⁹ la reconstrucción, supresión, reforma, restitución o rectificación registral derivada de la falsedad de instrumentos públicos;¹⁰⁰⁰ la inscripción de cierto tipo de resoluciones¹⁰⁰¹ y el comiso. Así se ha regulado en países como Alemania y España y lo acepta la mayoría de la doctrina, aunque sin concordar

⁹⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delictio*. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 46.

⁹⁹⁷ ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Editorial Juricentro, San José, 1984, pág. 376.

⁹⁹⁸ Artículo 267 del Código Procesal Penal.

⁹⁹⁹ Artículo 155 del Código Penal.

¹⁰⁰⁰ Artículo 483 del Código Procesal Penal.

¹⁰⁰¹ Artículos 30 incisos j y k, 25 párrafo primero, 36 párrafos noveno y décimo del Código Procesal Penal y Ley del Registro y Archivo Judiciales.

sobre el nombre idóneo a usar, pero dejando claro que no participa de las características de los institutos señalados en acápites anteriores:

→"...Henao Ospina critica las posiciones unitarias (...) señalando que (...) el comiso es un fenómeno de naturaleza compleja con un alcance funcional muy amplio, pues no solamente cumple tarea de pena, sino también las de restitución, compensación, policivas y de aseguramiento, e inclusive procesales de tipo probatorio y cautelar (...) En el mismo sentido, Henao Osa y Velásquez Velásquez son del parecer de la naturaleza compleja del comiso (...) Reyes Echandía (...) González Navarro plantea el carácter mixto de la institución (...) En contraste con las penas o las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias son actos coercitivos o sanciones de naturaleza propia, vinculados legalmente a la imposición de una pena por un delito o falta dolosos o pueden vincularse con ella mediante el pronunciamiento judicial en determinados casos. Así, la ubicación del comiso (...) como consecuencia accesoria implica que su fundamento no es la culpabilidad ni la peligrosidad del sujeto activo del delito."¹⁰⁰²

Inclusive, nuestra legislación surge del Código Penal tipo para América Latina, en donde se discutió ampliamente el tema de la naturaleza jurídica y correcta ubicación del comiso: *"Finalmente privó la opinión de situar el comiso con un carácter penal, más no como una pena, y fuera de las consecuencias civiles del hecho punible, desechándose la idea de este fenómeno como una medida de carácter procesal (...) Uno de los acuerdos de la Cuarta Reunión Plenaria celebrada en Caracas, Venezuela del 20 al 30 de enero de 1969, el N° 89, fue el de incluir un texto sobre el comiso, pero en el entendido de que no tenía el carácter de pena ni de efecto de la responsabilidad civil (...) ¿Por qué entonces a la hora de ordenar la normativa de ese Código se incluyó (...) el*

¹⁰⁰² RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, págs. 59-60 y 62.

*comiso bajo el Título (...) relativo a la 'Responsabilidad civil derivada del delito'?*¹⁰⁰³

El comiso costarricense es, simplemente, una consecuencia señalada por el legislador para el delito (para cierto tipo de delitos, según se dijo) que, aunque tiene rasgos penales (legalidad, carga de la prueba, inocencia, nexos con el hecho), civiles (procede contra terceros) y administrativos (coercitividad y oficiosidad estatal), no se ajusta con precisión a ninguno de ellos y, por eso, no le pueden ser aplicables principios propios de la pena (como la culpabilidad o temporalidad), de las medidas de seguridad (como la personalidad) o de la reparación (como el dispositivo). De allí que resulte válido que el legislador lo regule para aplicarse oficiosamente, estableciendo la pérdida de titularidad como definitiva, etc. No obstante, ello no significa que, como medida privativa de derechos que al fin y al cabo es, no esté sometida a principios como el de legalidad y de proporcionalidad que son propios, inclusive, de cualquier materia sancionatoria, inclusive en el área del derecho administrativo, por ser los únicos limitadores del poder de imperio del Estado, tal y como se abordará con mayor detalle enseguida.

3.- LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL COMISO

Descartando (por esa naturaleza jurídica y por la constitucionalidad aquí asumida) otras posibles críticas que pueda tener el comiso si se parte desde aquellas perspectivas, es lo cierto que su imposición no está exenta de regirse, como cualquier acto de la Administración Pública en que se aplica el poder de imperio, por los principios de legalidad y de proporcionalidad.

A) En cuanto a la **legalidad**, el comiso no puede ser una medida que se adopte por vía de interpretación y menos a partir de una norma emitida en un contexto socio-histórico diverso al que nos rige en la actualidad pues, por ello,

¹⁰⁰³ ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Editorial Juricentro, San José, 1984, págs. 369-370.

se vulneraría el principio de legalidad. En cuanto a la necesidad de norma hay que llevar la atención que las actuales leyes de tipo general, solo lo habilitan para delitos (artículo 110 del Código Penal) y mediante sentencia condenatoria (artículo 367 del Código Procesal Penal) por lo que, si se precisa para otro tipo de pronunciamientos se requiere reforma legal. Por otra parte, ya se ha dicho que el comiso, en el contexto histórico en que se emitió la norma general que lo regula, estuvo pensado para delitos dolosos y de resultado. Cualquier otra tipología delictual (delitos culposos o de peligro abstracto) implica que deba establecerse una norma especial que lo prevea (como ha sucedido con la Ley de Armas, por ejemplo), sin que, ante la ausencia de una norma semejante, pueda hacerse una interpretación extensiva. Sobre este tema se ha pronunciado el penalista y criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien señala que el principio de legalidad no se limita, como suele estimarse, a que exista una ley estricta, formal y escrita, sino que, en lo que atañe a la característica de que esa ley sea previa, ha de tenerse en cuenta el "principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido" según el cual:

*"La ley es un texto. Todo texto tiene un contexto, tanto discursivo como social. **El ámbito de lo legalmente prohibido varía aunque el texto permanezca idéntico, porque el contexto cambia continuamente,** puesto que cualquier producto de la actividad del discurso humano deriva su forma y significado de la situación social en que aparece el habla (...) **El cambio de contexto discursivo acarrea problemas que son más graves cuando los generan cambios en el contexto social, cultural o tecnológico (...)** Pero el problema se complica cuando, **debido a uno de esos cambios, el texto aparece abarcando un ámbito de prohibición inusitadamente amplio (...)** En estos casos **se debe tomar en cuenta el contexto cultural del texto legal,** y cuando se comprueba un fenómeno de inusitada extensión prohibitiva, **se impone una reducción histórica.** La legalidad es un principio que sirve para garantizar la limitación del ámbito de programación criminalizante legislativa, y no se puede revertir su sentido convirtiéndolo en un argumento de extensión inusitada y nunca prevista en el contexto originario del texto, cuyo efecto es conceder un espacio selectivo*

*de criminalización que alcanza los límites máximos de arbitrariedad (...) El respeto histórico al ámbito real de lo prohibido se impone en la legalidad porque, **de lo contrario, la simple omisión de las agencias políticas extendería de modo inaudito las prohibiciones punitivas: lo punitivo es un ámbito que deben planificar y aumentar las agencias políticas mediante la ley, y la omisión de estas frente a cambios significativos de contexto cultural o tecnológico constituye una renuncia a su función, que no es constitucionalmente admisible. La criminalización primaria se establece por acción de las agencias políticas y no por sus omisiones.**"¹⁰⁰⁴*

El Código Penal de 1973 reguló el comiso para, según se dijo, delitos dolosos. En el momento en que se redactó ese articulado, la mayoría de los delitos dolosos eran de resultado o lesión o de mera actividad. Muy pocas fueron las normas de peligro abstracto que contempló esa normativa, pues estos se conceptualizaban como excepcionales, dado que significaban punir hechos en un estadio anticipado a aquel en que tradicionalmente debía hacerse (actos ejecutivos y no preparatorios en el llamado *iter criminis*). Ese panorama ha variado en la política criminal costarricense y, desde entonces, son muchas las leyes especiales emitidas con delitos de esa naturaleza. En aplicación de los artículos 10 y 14 del Código Civil, que obligan a considerar los antecedentes históricos en la interpretación normativa y son aplicables a todas las materias, esa omisión es un elemento que debe tenerse en cuenta. En el contexto histórico en que se emite el artículo 110 del Código Penal (1970) la discusión en torno al comiso se circunscribió a los delitos dolosos de resultado, de peligro concreto, de mera actividad y a muy pocas situaciones de peligro abstracto. Inclusive, en España, partiendo de ordenamientos jurídicos similares, es decir que poseen una norma en la parte general del Código Penal que autoriza el comiso y la introducción, mucho tiempo después, la previsión de un delito de peligro como la conducción temeraria con desprecio para la vida de los demás (artículo 384 del

¹⁰⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 113; el destacado es suplido.

Código Penal) se incorporó, junto a esa ley, una norma expresa indicando: "El vehículo a motor o el ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el artículo anterior, se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código"¹⁰⁰⁵ distinción que resultaría inútil si se considerara que bastara la introducción del tipo en el marco general de normas anteriores, debiendo agregarse que, en aquel país, el tipo penal de conducción bajo los efectos del licor implica un peligro concreto, pues no basta conducir con licor sino que esa situación debe afectar concretamente la capacidad de manejar.

B) Además, la medida debe ser ponderada a partir del principio de **proporcionalidad**. El comiso no puede, ni debe, aplicarse automáticamente, sin considerar otros factores propios del caso. En el derecho comparado no hay, a la fecha, ninguna discusión que niegue la posibilidad de que ese principio de proporcionalidad se use como parámetro de medición al momento de decidir el tema del comiso. Señalan algunos autores:

*-"El criterio de proporcionalidad había sido propuesto por la doctrina para resolver los casos más frecuentes de comiso de instrumentos del delito: el de los vehículos de motor. En efecto, aunque en ciertos supuestos pueda estar justificado, parece notoriamente disfuncional cuando se trata de delitos imprudentes de tráfico. Precisamente por ello, la Fiscalía del TS (Circular 6/1968) vino entendiendo que una interpretación restrictiva de lo que debe entenderse por instrumento obliga a no considerar como tal a los vehículos de motor. Sin embargo, en los delitos contra la seguridad del tráfico tal exclusión puede operar muy difícilmente. De ahí la inevitabilidad del recurso al criterio de proporcionalidad."*¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁵ Cfr: GRACIA MARTÍN, Luis. Las consecuencias accesorias. En: AAVV. Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 558.

¹⁰⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas, Madrid, 3ª edición, 1996, pág. 216.

*–"...el comiso (...) guarda estrecha analogía con estas consecuencias penales; en tal virtud, le son de aplicación los mismos principios jurídico-constitucionales que rigen las sanciones penales. Tales principios son: legalidad (...) y proporcionalidad y las garantías procesales de principio acusatorio, presunción de inocencia, derecho de defensa e individualización de la consecuencia."*¹⁰⁰⁷

–"...tanto en el comiso de los instrumentos como en el de los efectos, en el momento de decretarse la medida debe considerarse la proporcionalidad de la misma respecto de aquellos que sean de lícito comercio, de manera que el juez puede llegar a abstenerse de decretarla o hacerlo parcialmente si considera que ella es desproporcionada, especialmente cuando se trata de un desequilibrio notorio entre el valor del instrumento y la significación penal del hecho, para evitar que el comiso llegue a superar en aflicción a la propia pena. Es claro que el juicio de proporcionalidad no resulta aplicable como regla general en relación con el provecho económico obtenido de la realización del delito ya que el comiso de los beneficios ilícitos obtenidos por el autor, con independencia de su valor, precisamente cobija la ventaja material obtenida en forma antijurídica (...) Así, pues, los requisitos para la aplicación del principio de proporcionalidad son dos: que no se trate de las ganancias ni de los instrumentos y efectos del delito de comercio ilícito, y que se cumpla alternativamente una de las tres condiciones siguientes: a) que el valor de los bienes no guarde proporción con la naturaleza de la infracción penal, b) que el valor no guarde relación con la gravedad del delito, c) que se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles. Para establecer si se dan las condiciones a) o b) debe atenderse la clase de bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la infracción dolosa, la forma de ataque o puesta en peligro del mismo, el mayor o menor grado de reproche que se

¹⁰⁰⁷ RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, pág. 62 citando a Cloclán Montalvo, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Dykinson, Madrid, 2001, 28-30.

atribuya al autor y los daños materiales y morales producidos por el hecho punible..."¹⁰⁰⁸

Comentando el artículo 127 del Código Penal español, que posee una redacción imperativa similar a la de nuestro artículo 110 pues señala *"Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos (...) y de los instrumentos con que se haya ejecutado..."* (el destacado no es del original), se dice: *"La necesidad y proporcionalidad del comiso no tienen nada que ver con el antiguo automatismo con el que, por voluntad legal, se tenía que decretar. En cambio, de acuerdo con la actual regulación del comiso, su aplicación, en cuanto consecuencia accesoria, no es preceptiva, a diferencia de lo que ocurre con las penas accesorias (...) La modificación de naturaleza (...) obliga a justificar y explicar la proporcionalidad entre el alcance del comiso y el hecho y sus efectos..."*¹⁰⁰⁹ y es el mismo criterio que mantiene la doctrina y la jurisprudencia nacional:

–"...es otro principio, el de Proporcionalidad, el que nos da los lineamientos a seguir en su aplicación práctica, pues al tratarse de una pena (sic) sumamente drástica cuyo fin es la tranquilidad pública, llega a afectar el patrimonio de un particular con un destino específico que es el estado, pero no de forma ilimitada, sino atendiendo a la gravedad del hecho respecto al tipo, naturaleza, procedencia, uso y valor del bien a comisar. Al estar delimitado por ley su uso en el Derecho Penal, le corresponde al juzgador valorar la procedencia del comiso de acuerdo a las variadas circunstancias de cada caso, para que no implique una medida confiscatoria desproporcionada respecto al hecho ilícito que se cometió con los bienes usados para delinquir (...) Sin olvidar que existen bienes que de forma obligatoria entran en comiso, independientemente de su valor o

¹⁰⁰⁸ RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, págs. 79-80.

¹⁰⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delicto*. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 45, 47.

*afectación al propietario, hay otros que deben ser sometidos a consideración con relación y conexidad al hecho delictivo, en caso que cuya pérdida supere cuantitativamente el daño ocasionado.*¹⁰¹⁰

*–"El (...) fiscal (...) interpone recurso (...) en contra de la sentencia (...) estima que el tribunal de instancia incurrió en vicio in iudicando cuando consideró que el comiso de la vivienda solicitado por el Ministerio Público no era procedente (...) El alegato no es de recibo: el comiso es una consecuencia civil del hecho punible (...) Resulta ostensible que la justiciable es una persona de escasos recursos económicos que se dedicaba a la venta de cocaína base (crack) a consumidores finales desde su vivienda situada en (...) San Rafael Abajo de Desamparados. El principio constitucional de proporcionalidad aplica no solamente a la sanción penal impuesta a quien resulte condenado por la comisión de un delito, sino también abarca a las consecuencias civiles y administrativas que se deriven de dicha pena. En este caso, dado el perfil socioeconómico de la imputada, acceder al comiso solicitado equivaldría a proceder a extender los efectos punitivos con fines claramente confiscatorios en desmedro del único patrimonio de la sentenciada, lo que vulnera ostensiblemente el principio de proporcionalidad de carácter constitucional. Distinto es el caso, de los autores y partícipes condenados por narcoactividad que cuentan con múltiples bienes muebles e inmuebles y gozan de una boyante situación financiera fruto precisamente de su ilícita actividad. En ese supuesto no cabe duda ninguna que resulta constitucionalmente proporcional adoptar la medida del comiso, puesto que la afectación al bien jurídico tutelado ha sido en mayor escala y ello se evidencia con el lucro obtenido que les ha permitido obtener los bienes que se incautan. Por lo expuesto, se declara sin lugar el recurso..."*¹⁰¹¹

¹⁰¹⁰ HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de Bienes*. San José, IJSA, 2006, págs. 65-66.

¹⁰¹¹ Sala Tercera, voto número 2004-24, 09:40 hrs. 23 de enero de 2004; González, Ramírez, Cháves, Castro y Arroyo; el destacado es suplido.

Dicho esto, cabe observar las consecuencias que la totalidad del ordenamiento jurídico le atribuye a los diferentes delitos a los que se pueda aplicar la medida y ponderar la gravedad de diferentes conductas. Esto hace, a todas luces, inadmisibles el comiso "automático", como ha pretendido aplicarse. Entonces, tanto por la pluralidad de efectos que el ordenamiento jurídico le dé a una conducta, como porque un comportamiento similar pero con efectos más graves sea tratado más benévolamente que la conducta que se compara y porque lo secundario podría ser más gravoso que lo principal, podría surgir la citada desproporcionalidad.

Inclusive la misma Sala Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre criterios interpretativos similares de la Fiscalía General de la República, que es a lo que, en definitiva, se reduce la cuestión, indicando que *"...la directriz dictada por la Fiscalía Adjunta de Alajuela, a las catorce horas treinta minutos del trece de enero del dos mil nueve, en cuanto exige la donación del vehículo al Estado, como plan reparador para acordar la suspensión del proceso a prueba, en los delitos de conducción temeraria, resulta contraria al Derecho de la Constitución, particularmente a los principios de proporcionalidad y razonabilidad..."*¹⁰¹²

CONCLUSIONES

De lo que se ha expuesto es posible extraer los siguientes corolarios:

a)- A pesar de que en nuestra Constitución Política se prohíbe la pena de confiscación, la figura del comiso, prevista tanto en la parte general del Código penal como en otras normas especiales, es constitucional, desde que a partir de una interpretación histórica se desprende que el constituyente se refería a la confiscación total o general y no a formas especiales o particulares.

¹⁰¹² Sala Constitucional, voto número 8296-10.

b)- Aunque la jurisprudencia nacional, siguiendo la ubicación de la norma general en el Código Penal, ha considerado que se trata de una consecuencia civil del delito, tal cosa no resulta correcta porque, de serlo, tendría que serle aplicable el principio dispositivo y se requeriría no solo petición para su concesión sino el planteamiento de una acción civil, lo que es incompatible con que la norma prevea su decreto aún de oficio. Tampoco puede considerarse que el comiso en Costa Rica sea ni una pena accesoria ni una medida de seguridad, como erróneamente se ha indicado, pues resulta incompatible con los fines señalados para una y otro. La naturaleza jurídica corresponde, más bien, a una consecuencia accesoria, *sui géneris* o mixta del delito.

c)- A partir del contexto histórico existente al emitirse la norma general del comiso (artículo 110 del Código Penal) y de su literalidad, en aplicación estricta del principio de legalidad, cabe concluir que dicha medida solo es procedente ante sentencia condenatoria (pues se requiere 'delito') y por delitos dolosos (no culposos) y de resultado (no de peligro abstracto, casi inexistentes al momento de la emisión de dicha normativa), de modo que, si el legislador desea variar ese estado de cosas debe emitir normas específicas sobre comiso (como lo ha venido haciendo, por ejemplo, en la legislación antidrogas) y prever que sea aplicable aún sin sentencia condenatoria, cuando el objeto sea, per se, ilícito, entre otros supuestos.

d)- Aunque las normas que regulan el comiso puedan tener una redacción imperativa, esta medida, como privativa de derechos que es, requiere que esté debidamente motivada y que se pondere a la luz del principio de proporcionalidad, sin que quepa de forma automática.

BIBLIOGRAFÍA

ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Editorial Juricentro. San José, 1984.

AGUADO CORREA, Teresa. *La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04, 2003.

CARDENAL MURILLO, Alfonso. *El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas*. En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 11, 1993.

CÁRDENAS CHINCHILLA, Carlos Eduardo. *Persecución penal del patrimonio ilícito y criminal. Pérdida de derechos sobre bienes originales o utilizados de actividades ilícitas y delictivas (extinción del dominio)*. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, San José, 2013.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004.

CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general, tomo I*, Editorial Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1996.

CLOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Dykinson, Madrid, 2001, 28-30.

CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Astrea, 3ª edición, Buenos Aires.

CUELLAR, Bernal. *El comiso frente al Nuevo Código Penal*. En: *Derecho Penal y Criminología*. Colombia, N° 15, set-dic. Vol. 4, 1981.

FALLAS VEGA, Elena; LINKIMER BEDOYA, Lihanny y RAMÍREZ ALTAMARINO, Marina. *Constitución Política de la República de Costa Rica, anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional*. IJSA, San José, 3ª edición, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias accesorias*. En: AAVV. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Las penas patrimoniales en el Código penal español*. Tras la Ley Orgánica 8/1983, editorial Bosch, Barcelona, 1983.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La pena de comiso en el proyecto de Código Penal*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. España, Fascículos 1-2-3, enero-diciembre, Vol. 34, 1981.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas, Madrid, 3ª edición, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002.

MORA SÁNCHEZ, Jeffry. *El delito de legitimación de capitales*. Isolma, San José, 1ª edición, 2013.

NEIRA RIZZO, José. *La confiscación*. En: *Revista jurídica online*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad de Guayaquil. Versión electrónica en: <http://www.revistajuridicaonline.com>.

OBREGÓN QUESADA, Clotilde. *Las constituciones de Costa Rica*. Editorial U.C.R., San José, Volúmenes I a V, 1ª edición, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delicto*. Aranzadi, Navarra, 2002.

RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007.

VERVALE, J.A.E. *Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?* En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf).

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000.

Legislación

ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Código Penal: adicionado con la exposición de motivos y el dictamen afirmativo*. Alcance N° 120 a La Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970, Imprenta Nacional.

BIBLIOTECA DE DERECHO VIGENTE DE COSTA RICA. *Código Penal, 1914*. Tipografía Lehmann, San José.

Código General. República de Costa Rica. Imprenta de Wynkoop, Nueva York, 1858. Parte III.

Código Penal de 1918. Colección de leyes de Costa Rica, II Semestre, 1918.

Código Penal de la República de Costa Rica, 1924. Edición ordenada por Aquiles Acosta. Imprenta María V. de Lines, San José.

Código Penal y Código de Policía. Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1965.

Ley contra la delincuencia organizada N° 8754.

Ley de armas y explosivos N° 7530.

Ley de conservación de la vida silvestre.

Ley de distribución de bienes confiscados o caídos en comiso, su reglamento y manual.

Ley de Juegos N° 3.

Ley de Pesca y Acuicultura N° 8436.

Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual N° 8039.

Ley de Rifas y Loterías N° 1387.

Ley forestal N° 7575.

Ley General de Salud N° 5395.

Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo N° 8204.

Jurisprudencia

Sala Constitucional, votos 2001-8565, 2009-6833 y 2010-8296.

Sala Tercera, votos 712-2006, 1273-2005, 24-2004, 512-2001, 1217-1999 y 505-99.

Tribunal de Casación Penal de Cartago, votos 2010-236 y 2010-265.

Tribunal de Casación Penal de San José, votos 2000-76, 2000-323, 2003-383 y 2004-101, 2006-787, 2010-637, 2010-1009 y 2010-1494.

Tribunal de Casación Penal de San Ramón, Sección Segunda, voto 2010-302.