



## EL DECOMISO DE LAS GANACIAS DE LA CORRUPCIÓN<sup>1</sup>

**Isidoro Blanco Cordero**

Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Alicante; Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)

### Área de Direito

Penal; Internacional.

### RESUMO

A prática de determinados delitos, especialmente daqueles ligados ao fenômeno criminal da corrupção, gera, normalmente, benefícios econômicos para os envolvidos. Para privar os corruptos de tais ganhos de origem delitiva, o instrumento de maior eficácia é o confisco. Contudo, há uma dificuldade para se aplicar o termo ganhos na prática, pois possui significado muito difuso, sendo um conceito jurídico de limites incertos. A questão tem alcance tão amplo que é discutida na jurisprudência de alguns países, como Estados Unidos, Alemanha e Itália. Este debate gira em torno de dois princípios: princípio de ganhos líquidos e princípio de ganhos brutos. Numa tentativa de buscar uma aplicação justa e proporcional de um desses princípios, tribunais e parlamentos nacionais vêm se pronunciando a fim de elucidar a matéria.

### PALAVRAS-CHAVE

Corrupção. Confisco. Ganhos brutos. Ganhos líquidos. Direito comparado.

### ABSTRACT

The commission of certain crimes, particularly those connected with the criminal phenomenon of corruption, typically generates economical benefits to those involved. In order to deprive them of such gains, the most effective instrument is confiscation. However, the use of the term gains is very intricate, given that it has a very diffuse meaning, being a legal concept of unclear boundaries. The issue has a range so wide that it has been discussed in the jurisprudence of some countries such as United States, Germany and Italy. The debate revolves around two principles: net earnings and gross profits. As an attempt to seek for a fair and proportional application of these principles, courts and parliaments have pronounced themselves so to shed light on the matter.

### KEYWORDS

Corruption. Confiscation. Gross earnings. Net gains. Comparative law.

### RESUMEN

La práctica de determinados delitos, especialmente los vinculados al fenómeno delictivo de la corrupción, genera por lo general, beneficios económicos para los involucrados. Para privar al corrupto de las ganancias de origen delictivo, el instrumento de mayor eficacia es el decomiso. Sin embargo, es difícil aplicar el término ganancia en la práctica, ya que tiene un significado muy difuso y se basa en un concepto jurídico de límites inciertos. La cuestión es tan amplia que es discutida en la jurisprudencia de algunos países, como Estados Unidos, Alemania e Italia. Este debate gira en torno a dos principios: el principio de las ganancias netas y el principio de las ganancias brutas. En un intento de buscar una aplicación justa y proporcional de estos principios, los tribunales y los parlamentos están trabajando con vistas a dilucidar la cuestión.

### Palabras-clave

Corrupción. Decomiso. Ganancias brutas. Ganancias netas. Derecho comparado.

## Sumário

1. Introducción. 2. Ganancias decomisables: brutas o netas. 2.1. El principio de ganancias brutas. 2.1.1. Argumentos a favor del principio de ganancias brutas. 2.1.2. Críticas al principio de de ganancias brutas. 2.2. El principio de ganancias netas. 3. La situación en el Derecho comparado. 3.1. La situación en Estados Unidos de América. De las ganancias brutas a las netas, y vuelta. El asunto United States v. Santos de 2008. 3.2. Italia: el principio de ganancias netas matizado. 3.3. Alemania. Principio de ganancias brutas. 3.3.1. *Contexto de la discusión*. 3.3.2. La Sentencia del Tribunal Supremo alemán BGH Urt. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05. 3.3.3. La decisión del Tribunal Supremo alemán: BGH 5 StR 224/09, Auto de 27 de enero de 2010: principio de ganancias netas. 4. Opinión personal. 4.1. El comiso de ganancias en los instrumentos internacionales: ganancias brutas. 4.2. Distinción entre contratos delictivos y contratos lícitos obtenidos de manera delictiva. 4.3. Las ganancias brutas en los delitos económicos y de corrupción.

## 1. INTRODUCCIÓN

La *corrupción* constituye un fenómeno criminal orientado a la obtención de beneficios económicos mediante el uso desviado del poder por quien ejerce funciones públicas (hoy día se extiende también al ámbito privado). Una de las herramientas más indicadas para hacer frente a este fenómeno es el decomiso. Precisamente el decomiso de las ganancias constituye un instrumento de enorme eficacia para privar a los corruptos de sus ganancias de origen delictivo. Por ello esta institución ha evolucionado de forma vertiginosa, y ha alcanzado una capacidad expansiva sin precedentes.

Los casos de corrupción en los que más bienes están involucrados son aquellos en los que empresas (normalmente del ámbito de la construcción) obtienen la *adjudicación de contratos* para la ejecución de obras públicas mediante el pago de comisiones ilegales a personas al servicio de las Administraciones públicas. Estas personas se conciertan con representantes de las empresas a fin de obtener beneficios económicos cobrando comisiones a aquellas que finalmente obtienen la adjudicación de la ejecución de las obras que promueve la correspondiente Administración pública. Habitualmente los empleados públicos se comprometen a ejercer su influencia en las decisiones del organismo público contratante, para que se adjudique el contrato público a cambio del pago de la comisión. La empresa adjudicataria de las obras se compromete por su parte a pagar una comisión por un valor resultante de aplicar un porcentaje al precio de la oferta base propuesta.

Normalmente la legislación penal de los Estados autoriza el *comiso de las ganancias* procedentes del delito, cumpliendo así con los instrumentos

internacionales en la materia. Ahora bien, el significado del término ganancias tiene unos contornos muy difusos, que dificultan enormemente su aplicación en los casos de corrupción descritos. La determinación del objeto de comiso es una de las cuestiones más complejas y de mayor actualidad. El amplio alcance que tiene este problema se observa en la jurisprudencia más reciente de algunos países, especialmente Estados Unidos, Alemania e Italia. El debate gira en torno a si las ganancias decomisables son los ingresos brutos obtenidos del delito de corrupción, o exclusivamente las ganancias netas, esto es, la cantidad resultante de descontar de los ingresos brutos las inversiones realizadas por el delincuente para cometer el delito.

## **2. GANANCIAS DECOMISABLES: BRUTAS O NETAS**

La determinación de qué ha de entenderse por ganancias es, como venimos diciendo, un tema discutido a nivel del Derecho comparado. Y es que el término ganancias es un concepto jurídico de límites inciertos, cuya indeterminación hace problemática su aplicación en la práctica. La discusión en esta materia gira en torno a dos principios: el principio de ganancias netas y el de ganancias brutas.

De acuerdo con el *principio de ganancias netas* solo puede ser decomisado lo obtenido del delito, una vez que se ha descontado lo que el delincuente ha invertido en la realización del mismo (método del descuento). Desde esta perspectiva, se han de decomisar solo las ganancias netas, entendidas como los ingresos brutos de la actividad ilegal menos los gastos demostrables<sup>2</sup>. Por lo tanto, si un narcotraficante adquiere una partida de droga por una cantidad de 1.000, y cuando la vende obtiene 3.000, las ganancias obtenidas serán de 2.000. Se llega a esta solución descontando de los ingresos brutos obtenidos del delito (3.000) lo invertido en su ejecución (1.000).

De acuerdo con el *principio de ganancias brutas*, son decomisables todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo invertido en su ejecución. Razones de justicia (y de prevención general), dicen sus partidarios, justifican este principio, porque quien comete un delito corre a sabiendas con el riesgo de perder lo invertido en su realización. Además, se argumenta que el principio de ganancias netas ralentizaría enormemente la labor de la justicia, obligando a los jueces a realizar difíciles cálculos con el fin de garantizar que el culpable del delito no pierda lo que invirtió en su ejecución.

Finalmente, se alega que el beneficio no le pertenece al delincuente, pues el delito no constituye un título legítimo para la adquisición de la propiedad o de otros derechos sobre un bien. Por eso, lo obtenido del delito es de origen ilícito y el delincuente no tiene ningún derecho sobre el mismo, de manera que no puede beneficiarse del descuento de lo invertido.

## 2.1. El principio de ganancias brutas

### 2.1.1. Argumentos a favor del principio de ganancias brutas

A favor de la adopción de *principio de ganancias brutas* se esgrimen una serie de argumentos que pasamos a listar a continuación.

1. En primer lugar, son argumentos de "*justicia*" los que se esgrimen a favor de este principio<sup>3</sup>. Lo justo es que quien comete un delito no pueda enriquecerse de él y, además, debe asumir el riesgo de perder los bienes invertidos en su comisión<sup>4</sup>. No se entiende por qué este riesgo debe recaer sobre el Estado y por qué el Estado debería correr el riesgo de paralizar su actividad dirigida a la privación del producto del crimen por aplicación del *principio de ganancias netas*, garantizando al culpable que no perderá lo que invirtió en la realización del delito. No se trata tanto de una cuestión de oportunidad práctica (no obstaculizar la actividad del juez con cálculos difíciles), sino también de una cuestión de justicia y de legalidad: quién comete un delito no tiene que obtener ganancias de él. El beneficio del delito *no le pertenece a él*, en cuanto que el delito no representa en ningún ordenamiento un título legítimo para la adquisición de la propiedad o de otros derechos sobre un bien, y, por lo tanto, el culpable no puede beneficiarse de las pérdidas tenidas por la realización del delito con algo a lo que no tiene derecho y en cuanto que son bienes de origen ilícito, deben ser decomisados por el Estado.

2. En segundo lugar se alude al argumento del *carácter disuasorio* del comiso o mejor, de prevención general. Un aspecto esencial del decomiso es su carácter disuasorio, persigue desincentivar la comisión de delito garantizando que el delincuente no va a obtener ganancias del mismo. Optar por el principio de ganancias netas supone asegurar en todo momento al delincuente que va a

recuperar todo lo invertido en la comisión del delito (salvo que sean considerados instrumentos), privándole exclusivamente de los beneficios netos obtenidos, en caso de haberlos. El delincuente, en un cálculo coste-beneficio, se arriesgará a cometer delitos invirtiendo su patrimonio en la ejecución de los mismos, porque no va a tener ningún coste económico para él.

Del principio de ganancias brutas, dicen sus partidarios, no se deriva que se transforme la naturaleza del comiso, dejando de ser un instrumento de compensación (de reintegración) y convirtiéndose en una *pena*. En tanto en cuanto se decomisa exclusivamente aquello que se ha probado que constituye el beneficio del delito, no se privan o restringen los derechos del delincuente (su patrimonio); se priva exclusivamente de una cosa que no le pertenece, sobre la cual no puede reivindicar ningún derecho.

#### 2.1.2. Críticas al principio de de ganancias brutas

Particularmente un sector de la doctrina alemana ha criticado la sustitución de *principio de ganancias netas por el principio de ganancias brutas*, porque así se estaría transformado el comiso en una verdadera pena<sup>5</sup>. Se reprocha al principio de ganancias brutas que es contrario al fundamento del comiso de ganancias, que deja de ser una consecuencia accesoria que persigue anular el enriquecimiento ilícito, y se convierte en una auténtica pena. El comiso de todos los ingresos obtenidos del delito, incluidos los gastos realizados por el sujeto para su comisión, va más allá de la mera neutralización del enriquecimiento ilícito. Supone un menoscabo del patrimonio lícito del delincuente que no ha supuesto un incremento del mismo. Precisamente el comiso de ganancias persigue evitar el enriquecimiento por parte del delincuente, sin que la comisión del delito suponga una merma del patrimonio lícito del que dispone antes de la comisión del delito. Este, si acaso, podrá ser objeto de otras consecuencias jurídicas, tales como la multa<sup>6</sup>.

También se han esgrimido argumentos en contra de la crítica basada en las *dificultades de prueba* que genera el criterio de las ganancias netas. Los problemas de cálculo del neto no son superiores a los que genera la averiguación del

patrimonio del sujeto a la hora de fijar la cuota diaria de la multa<sup>7</sup>. Asimismo se alega que facilitar la prueba de las ganancias brutas no debe suponer una limitación de garantías ni de derechos<sup>8</sup>.

Finalmente, en contra del argumento de justicia –y legalidad- a favor del principio de ganancias brutas se alega lo *injusto* del mismo, dado que la pérdida de lo gastado en la comisión del delito supone una disminución del patrimonio legal que no constituye un enriquecimiento ilícito del delincuente<sup>9</sup>.

## 2.2. El principio de ganancias netas

Se dice que el principio de ganancias netas es el que mejor se ajusta a los *finés del comiso de ganancias*, neutralizar el enriquecimiento ilícito obtenido del delito. Precisamente el comiso de ganancias persigue evitar el enriquecimiento por parte del delincuente, sin que la comisión del delito suponga una merma del patrimonio lícito del que dispone antes de la comisión del delito<sup>10</sup>.

La aplicación del principio de ganancias netas plantea indiscutiblemente problemas de *prueba* y dificultades de contabilidad ligadas al *cálculo de los gastos* que han de deducirse de los ingresos obtenidos del delito. Recaerá sobre la acusación y la fiscalía una carga excesiva, ya que tendrá que demostrar que los bienes derivados de un delito constituyen exclusivamente los beneficios netos del negocio ilegal, y no los ingresos totales brutos<sup>11</sup>. Y las dificultades se incrementan dado que las empresas criminales no suelen mantener registros completos y exactos de contabilidad, que van a ser necesarios para acreditar que la actividad delictiva ha sido rentable y ha generado beneficios<sup>12</sup>. Pero incluso aunque lleven contabilidad, el recurso a las ganancias netas va a incentivar a los delincuentes que llevan libros de contabilidad a falsificarlos, ya que al disimular el éxito de su operación se van a reducir las posibilidades de decomiso de los bienes<sup>13</sup>. La fiscalía va a estar obligada a probar que una particular empresa delictiva de un acusado es rentable<sup>14</sup>. Ello puede obligar a los tribunales a desarrollar una especie de “teoría de la contabilidad” para los negocios ilegales, a fin de determinar qué constituyen gastos y qué beneficios, pues no existen principios contables generalmente aceptados para las empresas criminales<sup>15</sup>. A falta de criterios contables, la prueba de los gastos originados por el delito corre el riesgo de estar ligada a conjeturas y revelarse totalmente especulativa. Además va a obligar al juez a realizar difíciles

cálculos para garantizar que el acusado no va a perder más de la cuantía obtenida del delito. Ello puede ir contra el carácter disuasorio de esta institución, pues si se garantiza al delincuente que sólo va a perder las ganancias netas obtenidas del delito se elevan las probabilidades de que proceda a la comisión del delito, porque si no obtiene nada, nada de lo invertido va a perder.

Se ha respondido a esto que la dificultad del cálculo del neto obtenido no es exclusiva de esta materia sino propia de la determinación de todos los ingresos obtenidos del delito. Asimismo se alega que facilitar la prueba de las ganancias brutas no debe suponer una limitación de garantías ni de derechos<sup>16</sup>. Esta dificultad no puede ser una razón suficiente para prescindir del principio de ganancias netas. Por eso, sería necesario proporcionar a los Tribunales los medios suficientes para realizar tales investigaciones patrimoniales<sup>17</sup>.

Asimismo, se dice que las dificultades prácticas descritas son exageradas y cuentan con la especulación pura. Los delincuentes económicos suelen mantener una contabilidad detallada de sus empresas. Por lo que los tribunales no tendrían que desarrollar una teoría de la contabilidad nueva, ya que determinar los beneficios deduciendo los gastos de los ingresos brutos siguen los mismos principios básicos de contabilidad tanto si el negocio es legal como ilegal.

### **3. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

Expuesto el contexto del debate, procede examinar la legislación y la práctica de algunos países en los que el tema ha sido objeto de reciente controversia. Una panorámica del *Derecho comparado* nos permitirá ver las distintas opciones asumidas tanto por la legislación como, sobre todo, por la jurisprudencia. Los Tribunales Supremos de Italia y Alemania han tenido que terciar en la polémica en casos relativos a la corrupción. También el Tribunal Supremo de los Estados Unidos lo ha hecho, aunque no en el contexto de la corrupción, sino del blanqueo de capitales. Con todo, dado el interés de lo indicado por éste último Tribunal, procedemos a hacer una exposición de sus conclusiones.

### 3.1. La situación en Estados Unidos de América. De las ganancias brutas a las netas, y vuelta. El asunto *United States v. Santos* de 2008

En Estados Unidos el problema aquí examinado se ha planteado en el contexto del delito de blanqueo de capitales. En este país la Ley sobre blanqueo de capitales de 1986 (*Money Laundering Control Act*) castiga la conducta de realizar o intentar realizar una transacción financiera con los productos (*proceeds*) de una actividad ilícita de las que se especifican en la ley. Objeto material del delito de blanqueo son, por lo tanto, los "productos" de una actividad ilícita. Hasta el año 2008 los Tribunales federales de los Estados Unidos han venido interpretando el término "productos" como comprensivo de las *ganancias brutas*<sup>18</sup>.

La interpretación de este término sufrió un brusco giro en el año 2008, en relación con un asunto de blanqueo de capitales resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos denominado *United States v. Santos*<sup>19</sup>. El condenado había gestionado en Indiana durante más de dos décadas un *negocio de lotería ilegal*. Los jugadores hacían sus apuestas en bares y restaurantes mediante la entrega de dinero a corredores de apuestas. Los corredores cobraban una comisión sobre las apuestas, y luego entregaban el dinero a "recolectores", que, a su vez, enviaban el dinero al señor Santos. Este utilizó parte del dinero de las apuestas para pagar los sueldos de sus recolectores y para abonar los premios a los ganadores de la lotería. Estos pagos a los corredores, recolectores y ganadores fueron considerados como delito de blanqueo de capitales porque constituían una transacción financiera realizada con productos de una actividad ilegal, en este caso el juego ilegal. Santos fue condenado a 60 meses de prisión por el delito de juego ilegal y a 210 meses por tres delitos de blanqueo de capitales<sup>20</sup>. La cuestión jurídica consistía en determinar si las cantidades con las que pagaba a los empleados y jugadores constituían "productos" de una conducta criminal en el sentido de la legislación contra el blanqueo de capitales. La condena de Santos por blanqueo de capitales se basó en que el término "productos" significa ingresos brutos, y no meras ganancias netas. En la apelación, Santos cuestionó su condena argumentando que el término "productos" carecía de definición en el Derecho positivo y, por ello, debía beneficiarse de la ambigüedad del término mediante una interpretación más favorable<sup>21</sup>.

Los jueces del Tribunal Supremo se mostraron muy divididos, y la decisión se adoptó por una mayoría de cinco jueces a favor y cuatro en contra. En el seno del dividido Tribunal se defendieron tres opiniones sobre el significado del término "productos". a) Cuatro jueces se mostraron partidarios de una interpretación favorable al acusado, afirmando que el término "productos" significa *ganancias netas* en todos los casos de blanqueo de capitales<sup>22</sup>. b) Otros cuatro jueces tenían una opinión totalmente opuesta, y consideraban que los "productos" incluyen el importe total de lo obtenido del delito, esto es las *ganancias brutas* del delito<sup>23</sup>. c) Por último, el juez *Stevens* consideró que el significado del término productos variaba en función de los delitos: para algunos delitos se aplica el principio de ganancias netas y para otros el de las brutas<sup>24</sup>. Finalmente este juez se mostró favorable a la primera de las posturas, y a dar una interpretación favorable para el reo. En definitiva, la mayoría del Tribunal concluyó que el término "productos" es ambiguo, y que el respeto del principio *rule of lenity (regla de lenidad)*<sup>25</sup> obliga a interpretarlo de la manera más favorable para el reo, esto es, en el sentido de *ganancias netas*<sup>26</sup>.

Las *críticas* a la decisión del Tribunal Supremo no se han hecho esperar. a) En primer lugar, impone una carga probatoria excesiva a los fiscales para demostrar los beneficios netos. Ya no basta con acreditar los ingresos brutos, sino que se van a ver obligados a realizar la labor de descontar de los ingresos obtenidos del delito, los gastos realizados en su ejecución<sup>27</sup>. Ello en ocasiones puede ser extremadamente complicado, porque como bien señaló el juez *Scalia*, puede que no se puedan identificar los beneficios obtenidos de las operaciones realizadas durante el curso de la comisión de un delito<sup>28</sup>. Como es bien sabido, los delincuentes no llevan libros de contabilidad de sus operaciones delictivas, por lo que los problemas de prueba son evidentes. b) Asimismo constituye una interpretación restrictiva que va a afectar a otras disposiciones sobre el delito de blanqueo de capitales, y también sobre el comiso. c) Por último, se alega que esta interpretación limita la aplicación del delito de blanqueo de capitales a delitos previos que generan beneficios ilícitos, dejando al margen otros delitos que pueden cometerse recurriendo a fondos de origen legal (financiación del terrorismo cuando los fondos proceden de una fuente lícita)<sup>29</sup>.

Los *problemas de aplicación* de esta sorprendente interpretación no se han hecho esperar, dando lugar a interpretaciones distintas en los Tribunales federales<sup>30</sup>.

a) Así, algunos tribunales federales han interpretado restrictivamente la doctrina *Santos*, entendiendo que sólo se aplica a los *delitos de juego ilegal*. En este sentido, en el caso *U.S. v. Prince*<sup>31</sup> el acusado, propietario de empresas de terapia física, fue declarado culpable de varios delitos de blanqueo de capitales por haber realizado transacciones con los “productos” de delitos de fraude a los seguros médicos. La defensa alegaba que si se aplicaba la doctrina *Santos*, el acusado debería ser absuelto de algunos delitos de blanqueo porque sus pagos a las empresas de facturación y al personal constituyen parte de los gastos de operación de las clínicas, por lo tanto dinero empleado en la ejecución del delito. El tribunal no estuvo de acuerdo y declaró que la doctrina *Santos* se aplicaba limitadamente a los casos de juego ilegal y, por lo tanto, no afectaba a la definición del producto en caso fraudes a los seguros médicos<sup>32</sup>.

b) Por el contrario, otros tribunales federales han mantenido que la doctrina *Santos* se aplica a las actividades ilegales que no sean juegos de azar ilegales<sup>33</sup>. En una de las primeras sentencias en las que se aplicó la doctrina *Santos*, el tribunal anuló una condena por blanqueo de capitales impuesta a un médico acusado de defraudar al seguro médico, con el fundamento de que el dinero empleado para el pago de los gastos del negocio (alquiler de edificios y el equipo y suministros dentales) no constituía producto del delito<sup>34</sup>. Asimismo en el caso *Hedlund*, un sujeto que cultivaba marihuana había sido condenado por un delito de blanqueo de capitales porque había empleado una parte de las ganancias de la cosecha para pagar la hipoteca del inmueble utilizado para el cultivo de marihuana<sup>35</sup>. El tribunal anuló la condena por blanqueo de capitales por considerar el pago de hipoteca un gasto del negocio delictivo, y por lo tanto no constitutivo de producto del delito. Del mismo modo, en el asunto *Lee* se valoró que las cantidades aplicadas al alquiler, servicios y salarios de los empleados pagados por una empresa dedicada a la prostitución constitutiva de delito no podían justificar una condena separada por delito de blanqueo de capitales<sup>36</sup>.

Todo esto generó un estado de opinión que exigía una actuación legislativa inmediata para aclarar el significado del término "productos"<sup>37</sup>. En mayo de 2009, aproximadamente 11 meses después de la decisión del caso *Santos*, el presidente Obama firmó la *Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009* (FERA), una ley integral contra el fraude, que ha supuesto una respuesta del legislativo estadounidense a la decisión del TS en el caso *Santos*<sup>38</sup>. FERA ha modificado la normativa sobre el blanqueo de capitales definiendo explícitamente el término "productos" como cualquier propiedad derivada u obtenida o retenida, directa o indirectamente, a través de algún tipo de actividad ilegal, incluyendo los *ingresos brutos* de dicha actividad. En definitiva, el legislador se ha posicionado expresamente a favor del principio de *ganancias brutas*.

### 3.2. Italia: el principio de ganancias netas matizado

En Italia el comiso penal se regula en el Código Penal y en numerosas leyes especiales.

El Código penal contiene una regulación general en el art. 240, y otras específicas en materia de asociación mafiosa (el art. 416 bis, 7, CP), del delito de usura (art. 644 CP) o de los delitos de corrupción y de estafa agravada (art. 322-ter CP). La regulación general se encuentra, como decimos, en el art.240 del código penal, que prevé dos tipos: facultativo y obligatorio. a) El facultativo puede ser ordenado por el juez en el caso de condena, y puede recaer sobre los bienes que sirven o han sido destinadas a cometer el delito y sobre los bienes que constituyan el producto o el beneficio del delito. b) El obligatorio se ha de ordenar siempre por el juez respecto de los bienes que constituyen el precio del delito, y respecto de aquellos cuya fabricación, uso, porte, detención o alienación constituye delito, incluso si no ha habido condena<sup>39</sup>. Las leyes especiales son muy numerosas y se refieren al tema de las drogas, del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, etc.

El problema de las ganancias a decomisar se ha planteado en relación con una norma especial: el *Decreto Legislativo nº 231 de 8 de junio de 2001*, relativo a la disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones, incluso privadas, con personalidad jurídica<sup>40</sup>. El art. 19 regula el comiso cuando se exige responsabilidad penal a las personas jurídicas, que en caso de sentencia condenatoria recaerá siempre sobre el precio o el beneficio (*profitto*) del delito, dejando a salvo los derechos de los terceros de

buena fe. Se regula asimismo el comiso por el valor equivalente. La legislación italiana no define qué debe entenderse por beneficio (*profitto*), lo que ha motivado que la jurisprudencia italiana haya dado a dicho término interpretaciones distintas en función de su naturaleza jurídica: en algunos delitos constituye un elemento del tipo, en otros casos es un elemento de un tipo agravado, y también se utiliza para aludir al objeto del comiso<sup>41</sup>.

Recientemente las Secciones Unidas (*Sezioni Unite*)<sup>42</sup> del Tribunal de Casación italiano<sup>43</sup> se han pronunciado sobre el mencionado art. 19 de dicho Decreto legislativo<sup>44</sup>.

Los hechos eran los siguientes. Se adjudicó a algunas sociedades anónimas, integrantes de una Asociación Temporal de Empresas (ATI), el contrato del servicio de eliminación de los residuos sólidos urbanos en Campania. Dichas sociedades estaban siendo investigadas por ilícitos administrativos del artículo. 24 del Decreto Legislativo nº. 231/2001 en relación con los delitos de los artículos 110, 640, párrafos 1 y 2, n 1, CP, que se imputaban a los altos directivos de las empresas. En particular, según la hipótesis de la acusación, las personas físicas que se encontraban en posiciones privilegiadas en las sociedades investigadas, habían realizado conductas fraudulentas tanto en la fase de la adjudicación del contrato (utilizando artificios documentales diseñados para acreditar la posesión de requisitos en realidad inexistentes), como durante la ejecución de los contratos (mediante la ocultación artificial de sus incumplimientos: la falta de producción de compost conforme a los indicadores de calidad acordados, la no obtención de energía a partir de residuos sólidos urbanos, la asignación de subcontratos expresamente prohibida para la entrega de los materiales procesados y para la gestión de los vertederos, la falta o diferente construcción de algunas de las instalaciones). El Tribunal de Nápoles dispuso el embargo preventivo de unos 750 millones de euros para garantizar el futuro comiso por valor equivalente del beneficio del delito. Esta valoración de los posibles beneficios del delito se basaba en una serie de indicios: las cantidades recibidas por la eliminación de los residuos, los documentos representativos de créditos ciertos, líquidos y exigibles contra la administración y todavía no cobrados, el valor de las obras en la construcción de la incineradora de residuos, los gastos realizados por la administración para la eliminación de residuos, las cantidades anticipadas por la administración para la construcción de las instalaciones, etc... Parecía adoptarse así el principio de ganancias brutas, en la medida en que podrían ser decomisados todos los bienes obtenidos del delito, sin descuentos. La decisión fue impugnada por las empresas investigadas mediante un recurso de casación asignado a la sección II del Tribunal de Casación, para que procediera a interpretar el concepto de beneficio (*profitto*) decomisible en virtud del artículo. 19 Decreto Legislativo nº. 231/2001. El argumento fundamental se basaba en que en una anterior sentencia de 23 de junio 2006, nº 32.627 de la sección VI,

el Tribunal de Casación lo había interpretado como ganancias netas.

Las Secciones Unidas repasan los variados y diferentes significados que se atribuyen al término beneficios en diversos preceptos del Código penal, y concluyen que en el ordenamiento italiano coexisten numerosas y diferentes definiciones. *Descarta* tanto el principio de ganancias netas como el de ganancias brutas. a) Pese a la denunciada falta de certeza de los límites del concepto, no hay elementos suficientes para excluir la aplicación del principio de ganancias netas. Sin embargo, la opción por este principio sería incompatible con la función compensatoria que el comiso está llamado a cumplir, lo que supondría que el Estado debería asumir el riesgo de fracaso económico del delito, y estando obligado a garantizar que el delincuente no sufra pérdidas económicas por la comisión del delito. b) Por otra parte, no acoge el principio de ganancias brutas por los efectos inevitablemente distorsionadores que comporta. Su aplicación supondría dar un tratamiento excesivamente gravoso a las empresas, que podría provocar la interrupción de sus actividades, con los consiguientes efectos negativos sobre terceros ajenos al delito.

Recurre por ello a una definición prudente de “beneficio” que, sin coincidir con los principios de ganancias netas o brutas, podría considerarse un criterio de *ganancias netas atemperado*. Deja claro, con todo, que este criterio no está ausente de aspectos problemáticos. Distingue entre lo que denomina “contrato delictivo” (*reato contratto*) y “delito en el contrato” (*reato in contratto*). a) En el primero de ellos la ley define como delito únicamente la conclusión de un contrato, con independencia de su ejecución. En este caso, siguen las Secciones Unidas, es evidente que se produce una identificación del delito con el negocio jurídico (“contrato delictivo”), y este último resulta totalmente contaminado por la ilicitud. De ello se deriva que el beneficio obtenido es consecuencia inmediata y directa del delito y, por tanto, sometido al comiso. b) Si, por el contrario, el comportamiento penalmente relevante no coincide con la conclusión del contrato en sí, sino que incide únicamente en la fase de formación de la voluntad contractual o en la de la ejecución del programa contractual (“delito en el contrato”), es posible diferenciar aspectos lícitos en la relación, por lo que el contrato es absolutamente lícito y válido *inter partes* (aunque posiblemente anulable de acuerdo con lo dispuesto en

el Código civil). Por ello, el correspondiente beneficio obtenido por el delincuente puede no estar directamente relacionado con la conducta sancionada penalmente. La concreción del concepto de beneficio y, por lo tanto, la eventual deducción de los costes se puede modular en función de si el delito puede ser reconducible a una u otra categoría. Así, la ilicitud integral del contrato delictivo justificaría la privación de todo lo obtenido por el delito, sin descuentos. Por el contrario, si existe un delito en el contrato, se pueden individualizar aspectos legales en el sinalagma contractual que, en consecuencia, podrían originar costes relativos a actividades legítimas y, como tales, descontables. En estos casos, por lo tanto, existe la necesidad de diferenciar, con base en investigaciones específicas y concretas, el beneficio económico derivado directamente del delito (beneficio decomisible), y la correspondiente recepción de un beneficio a cambio de una prestación lícita, incluso si se trata de un negocio que tiene génesis delictiva (beneficios no decomisables).

En el caso enjuiciado relativo a la adjudicación de un contrato público para cuya consecución se han empleado engaños y falsedades, las Secciones Unidas argumentan que el contratante que ha cumplido en parte sus obligaciones contractuales, mantiene el derecho a la retribución correspondiente de las mismas, ya que la prestación correctamente realizada *"interrumpe cualquier nexo causal con la conducta ilícita"*. Por lo tanto, *la retribución de una prestación regularmente cumplida por parte del obligado y aceptada por la contraparte, que no conlleva ninguna concreta utilidad, no puede constituir un componente del beneficio del delito, porque encuentra un título legítimo en la fisiológica dinámica contractual y no puede ser considerada sine causa o sine iure*. Las Secciones Unidas enuncian así el siguiente principio jurídico: *el beneficio del delito en el embargo preventivo dirigido a asegurar el comiso está constituido por la ventaja económica de derivación causal inmediata y directa del delito, y se concreta en el neto de la utilidad efectiva eventualmente obtenida del perjudicado en el ámbito de la relación sinalagmática con la sociedad.*

### 3.3. Alemania. Principio de ganancias brutas

En Alemania el tema ha sido objeto de intenso debate doctrinal y jurisprudencial, alcanzando un gran nivel de desarrollo teórico. Por ello, abordamos con algo más de profundidad la discusión en este país.

#### 3.3.1. Contexto de la discusión

El problema del objeto y la cuantía a decomisar se plantea en Alemania como consecuencia de la introducción en su ordenamiento jurídico del *principio de ganancias brutas*. En el año 1992 se modificó la regulación del comiso en ese país contenida en el § 73 StGB<sup>45</sup>, de manera que el término “ganancias” (*Vermögensvorteil*, ventaja o beneficio patrimonial) fue sustituido por el de la obtención de “algo” (“*etwas*” o “*Wert des aus der Tat erlangten*”), siendo dicho “algo” el objeto del comiso. La jurisprudencia alemana, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, interpreta este cambio legislativo en el sentido de rechazo del principio de ganancias netas e incorporación en la legislación penal del de ganancias brutas<sup>46</sup>. Esto significa que son decomisables todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo que se ha invertido en su ejecución (método este del descuento que se ha de utilizar de seguir el principio de ganancias netas). La opción por el principio de ganancias brutas es objeto de críticas<sup>47</sup>, considerando algunos que no es obligada según el tenor literal de la ley y otros que es necesario introducir límites a la hora de proceder a su aplicación<sup>48</sup>.

El tema ha sido analizado por la *jurisprudencia alemana* en dos sentencias pronunciadas en los últimos cinco años. El primero de los casos es del año 2005, consistente en la adjudicación por medio de comportamientos corruptos de un contrato administrativo. Se trata del conocido caso del escándalo de la basura de Colonia, relativo a la construcción de una planta de incineración de residuos para el tratamiento térmico de las basuras, y por la que se pagaron comisiones ilegales. La segunda es del presente año 2010, en un caso sobre abuso de información privilegiada. Ambas sentencias proceden de dos salas distintas del Tribunal

Supremo alemán, por lo que lo más probable es que sea necesario un acuerdo del pleno.

### 3.3.2. La Sentencia del Tribunal Supremo alemán BGH Urt. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05

Los hechos, de forma resumida, consisten en el pago de sobornos a determinadas personas para que se adjudique a una empresa un contrato público para la construcción de una planta incineradora de basuras. La empresa procedió a construir dicha planta incineradora, y tras su construcción (que generó pérdidas) se descubrió la trama corrupta y se procedió a su enjuiciamiento. Al margen de los problemas de *calificación jurídica* de los hechos, la cuestión central, que ha dado lugar a análisis exhaustivos de la doctrina especializada, es la determinación de los bienes que pueden ser objeto de comiso cuando se trata de la adjudicación de contratos de obras públicas. Al hilo de este caso se han propuesto en Alemania básicamente tres interpretaciones que examinamos a continuación.

a) Interpretación amplia: comiso de la cuantía total de la adjudicación del contrato administrativo. Una aplicación extrema del *principio de ganancias brutas* en el caso que analizamos lleva a considerar objeto del comiso el valor total de lo obtenido por el corrupto, esto es, el *valor de la adjudicación* (*Werklohnthese*). De acuerdo con esta interpretación, la cuantía total del valor de la adjudicación del contrato, que incluye evidentemente el dinero ingresado por la ejecución del mismo, se ha de considerar como la ganancia obtenida del delito, en el escándalo de la planta de incineración de residuos de Colonia el volumen de la adjudicación por valor de 792 millones DM. En este sentido se pronuncia el *Oberlandesgericht (OLG) Köln*, que examinó el caso objeto de estudio, y que entiende que la ganancia obtenida es la adjudicación del contrato para la construcción de la planta de incineración de residuos y en consecuencia los pagos por la ejecución de los trabajos en cuantía total de 792 millones DM<sup>49</sup>. Esta misma opinión es también defendida por el Ministerio fiscal<sup>50</sup>. Las críticas a esta postura se centran en su carácter *desproporcionado*, ya que puede colocar a la empresa en una situación de insolvencia e incluso llevar a su cierre<sup>51</sup>. Este escenario puede afectar también al patrimonio de terceras empresas que han sido subcontratadas por la empresa

principal, y que pueden resultar perjudicadas si ésta se descapitaliza por aplicación del comiso, generando un efecto en cadena del que sólo resulta beneficiada la Administración pública. Es más, dado que las cantidades pagadas por la adjudicación del contrato se consideran ganancias, y por lo tanto están contaminadas, podría extenderse el comiso a los pagos recibidos por las empresas subcontratadas, a no ser que demuestren su buena fe (que en algunos casos puede ser difícil si son filiales de la empresa principal)<sup>52</sup>. Asimismo se rechaza que en el caso de las obras públicas el comiso del precio total implique que los costes de la adjudicación fluyan de nuevo a las arcas públicas, lo que va a producir un *enriquecimiento de la Administración*. De esta manera la Administración resulta remunerada por la corrupción de sus funcionarios, y le van a salir gratis las obras públicas<sup>53</sup> (quizás se va a producir un cambio de adscripción patrimonial, en función de la concreta Administración [estatal, autonómica o local] a la que se asignen los bienes decomisados).

b) *La interpretación restrictiva: comiso de las comisiones ilegales*. La segunda opinión, más restringida, considera que el objeto del comiso son las “*posibilidades de obtener la adjudicación al margen de los criterios de contratación*” o, dicho de otro modo, el *valor de la “manipulación del proceso de contratación”*, que en el caso del escándalo de Colonia es el dinero pagado por la adjudicación del contrato, esto es, 24 millones DM<sup>54</sup>. La tesis estricta de la manipulación *limita el valor económico* de la ganancia obtenida por el acto corrupto a los 24 millones DM pagados en forma de comisiones ilegales. Contra ella se han vertido algunas críticas, porque esta tesis supone afirmar que el único que obtiene ganancias susceptibles de ser decomisadas es el empleado público corrupto, y no la empresa corruptora. Esta conclusión no es convincente, si se tiene en cuenta que lo que persigue la empresa corruptora es obtener beneficios económicos, y lo habitual es que la ejecución del contrato público genere tales beneficios.

c) Una tercera opinión, intermedia entre las otras dos, considera decomisible la *ventaja económica derivada de la obtención de la adjudicación del contrato*. El problema es determinar cómo se valora dicha ventaja económica, y si han de tenerse en cuenta otros beneficios indirectos generados por la obtención de la

adjudicación. En el año 1999 *Husberg*<sup>55</sup> propuso como solución (entre otras que este autor criticaba) el decomiso de *todas las ganancias* con el fin de que el autor se quede sin ningún beneficio, pero que ello no le genere pérdidas. Con ello se pretende que tras el comiso de las ganancias solo permanezca en el patrimonio de la empresa corruptora el precio de coste de la ejecución del contrato. La ganancia que ha de decomisarse se calcula restando a los pagos obtenidos por el autor los gastos realizados para la ejecución del contrato. Por otro lado, *Sedemund*<sup>56</sup> opina que lo que obtiene la empresa corruptora es un contrato sinalagmático. A su juicio, la *ganancia obtenida* no es el valor que se va a pagar por la ejecución de la obra, sino el *derecho a la ejecución de un contrato* y las ganancias que espera obtener la empresa. Obtiene un contrato sinalagmático, esto es, un contrato bilateral con prestaciones recíprocas. Cada una de las partes está obligada a una prestación, el contrato engendra dos obligaciones contrapuestas. Entre las dos obligaciones y las dos prestaciones existe un nexo lógico denominado reciprocidad (que implica interdependencia entre ellas), de manera que cada parte no está obligada a su propia prestación, sin que sea debida la prestación de la otra. Pues bien, las prestaciones y obligaciones a que obliga el contrato adjudicado, y que surgen en el mismo momento, son, por un lado, la obligación del corruptor de ejecutar los trabajos que exige el contrato y, por otro, la obligación de la Administración de pagar por ellos. Dice *Sedemund* que a efectos del comiso no es correcto atender sólo al valor del coste de la ejecución de dicho contrato, esto es, a los pagos o precio de los trabajos a que obliga. Pues con ello se abarca sólo una parte de lo obtenido de ese contrato sinalagmático que implica prestaciones recíprocas. Esta parte no se puede separar civilmente de la contraprestación acordada. Pues solo se puede exigir la ejecución del contrato en su totalidad. Los *gastos no deducibles* (principio de ganancias brutas) son los pagos de las *comisiones ilícitas*, se hayan pagado directamente o indirectamente a través de una empresa pantalla. Estos se realizan en el marco de una acción antijurídica para la obtención de un derecho a la ejecución de un contrato (y las contraprestaciones correspondientes)<sup>57</sup>. Cuando se trata de la adjudicación de un contrato esto significa que desde una perspectiva económica son decomisables no los pagos o el precio de ejecución de la obra, sino el *derecho a la ejecución* del mismo y por lo tanto las ganancias que se espera obtener<sup>58</sup>.

Tomando como referencia la opinión de *Sedemund*, el Tribunal Supremo alemán (*BGH*), en su sentencia de 2 de diciembre de 2005, fija lo que se ha de decomisar en el caso de la construcción de la planta incineradora de basuras de Colonia. A su juicio, la ganancia obtenida mediante el pago de comisiones ilegales no es el precio acordado por la adjudicación, sino el valor total del negocio del contrato en el momento de la adjudicación; este abarca a) la ganancia que se calcula obtener, y b) los eventuales beneficios económicos adicionales que genere. Explica el *BGH* que el comiso debe tener en cuenta como imagen especular las ganancias que ha obtenido el autor del hecho; se precisa según esto una *relación directa o relación de inmediatez* entre el hecho y la ganancia (*Unmittelbarkeitsbeziehung*). Este es un dato muy importante que ha sido destacado por algún autor al comentar esta sentencia<sup>59</sup>. De acuerdo con este criterio de la inmediatez, sólo son objeto del comiso aquellos bienes que se obtienen del delito, aquellos que fluyen al autor directamente de la realización del tipo en cualquier fase de la ejecución del hecho<sup>60</sup>. Es evidente que el principio de inmediatez excluye de las ganancias directas del hecho el precio pagado por la ejecución de los trabajos. Pues el pago de la ejecución del contrato se hace con posterioridad a que ingrese el contrato adjudicado en el patrimonio de la empresa, las comisiones ilegales constituyen por tanto ventajas indirectas y no directas.

a) Pues bien, a juicio del *BGH* lo directamente obtenido del delito por la empresa es la *adjudicación del contrato*, y no los pagos convenidos para la ejecución del mismo, que ya no se habrían obtenido directamente del “hecho”. Penalmente manchada está sólo la clase y la forma en la que se ha obtenido la adjudicación del contrato, no la ejecución del mismo. El *valor económico* de lo obtenido en el momento de la adjudicación del contrato se determina en función de las *ganancias esperadas*. Un indicio especialmente fuerte de ellas es el margen de beneficio que ha influido en el corruptor a la hora de proceder al cálculo del precio de la adjudicación (normalmente un porcentaje de dicho precio). Si faltan indicios también puede servir como fundamento para el cálculo el de las ganancias generadas normalmente en la rama o sector de que se trate (el § 73b StGB permite que se pueda proceder a la valoración o estimación de la cuantía de lo obtenido). Con el

beneficio que se espera obtener se abarca suficientemente el valor económico de la adjudicación del contrato lograda mediante el pago de comisiones ilegales.

b) En algunos casos pueden existir indicios de la obtención de *ventajas económicas adicionales* de la adjudicación del contrato. Se trata de otras ventajas indirectas, como por ejemplo la posibilidad concreta de concluir posteriores contratos de mantenimiento de la planta construida o de otro negocio de construcción, la posibilidad de obtener otras adjudicaciones para plantas similares, el aumento del valor económico del nombre comercial de la empresa por la obtención de una adjudicación prestigiosa, la evitación de pérdidas por la utilización de las capacidades disponibles o la mejora de la posición en el mercado mediante la eliminación de competidores. Si existen suficientes indicios de la obtención de tales ventajas adicionales, se puede valorar su cuantía en la medida en que las circunstancias ofrezcan para ello fundamentos sólidos. En su caso, se puede proceder a la consulta de peritos. Un *indicio* importante para la determinación de tal valor sobre las ganancias calculadas de una adjudicación puede ser, entre otros, *el precio que está dispuesto a pagar el corruptor al corrupto*. En efecto, la suma pagada en concepto de comisiones ilegales será un indicio importante del “precio de mercado” del contrato adjudicado y también de las ganancias calculadas, sobre todo si el corruptor aporta por sí mismo la cuantía del soborno y no –como en este caso- encareciendo el precio del contrato de forma pactada con los corruptos.

Si el valor de la adjudicación obtenida mediante el pago de sobornos se conoce en el momento de la adjudicación, el *principio de ganancias brutas* impide que se descuenten los gastos de trámite para la obtención de la adjudicación del contrato (especialmente las comisiones ilegales pagadas).

La opinión del Tribunal Supremo alemán ha sido *criticada*<sup>61</sup> por parte de la doctrina. Se argumenta que, en contra de lo dispuesto en la propia norma penal, parece asumir el principio de ganancias netas. Por eso, los reproches se dirigen precisamente a señalar su contrariedad con el principio de ganancias brutas previsto en el Código penal alemán<sup>62</sup>.

3.3.3. La decisión del Tribunal Supremo alemán: BGH 5 StR 224/09, Auto de 27 de enero de 2010: principio de ganancias netas

Recientemente una nueva decisión del Tribunal Supremo alemán vuelve a referirse a este tema en el contexto de un delito de *abuso de información privilegiada*<sup>63</sup>. Los hechos, resumidamente, tienen como intervinientes a los directivos de una empresa que tienen conocimiento de que ésta va a tener pérdidas, y sin comunicárselo a nadie pese a estar obligados a ello, proceden a la venta de sus acciones en la misma, obteniendo ganancias de la operación. La cuestión nuevamente es determinar la cuantía a decomisar, esto es, si han de ser objeto de decomiso todos los bienes implicados en la operación, y por lo tanto la totalidad del precio de la venta de las acciones, o solamente las ganancias netas efectivamente obtenidas, con descuento de lo invertido en la operación. El Tribunal inferior había considerado que, de acuerdo con el principio de ganancias brutas, era decomisible la totalidad del dinero de la venta de las acciones.

a) De acuerdo con el Tribunal Supremo alemán, el decomiso debe recaer sobre los bienes que el delincuente ha obtenido del delito. El primer paso, por lo tanto, es comprobar si realmente ha obtenido algún bien del delito, y para ello no desempeña ningún papel el principio de ganancias brutas. Una vez que se ha acreditado que el autor ha obtenido alguna ganancia, dispone este principio que para la determinación de la cuantía a decomisar no se han de descontar los gastos. La concreción de la ganancia sometida a decomiso precisa, según el Tribunal, proceder a una distinción que se asemeja mucho a la asumida por el Tribunal de Casación italiano: a) si el negocio del que se obtienen las ganancias es ilegal *per se* (por ejemplo, el tráfico de drogas), el decomiso puede recaer sobre la totalidad del valor de lo obtenido. b) Si, en cambio, solo se prohíbe penalmente la clase y forma en la que se consiguió el negocio jurídico, lo obtenido del delito en el sentido del § 73 párrafo 1 frase 1 del Código Penal son las ganancias especiales obtenidas de él (por lo tanto, las ganancias netas).

b) Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, entiende el Tribunal que los acusados han obtenido directamente del delito exclusivamente las ganancias especiales que se han derivado de él. Y las ganancias especiales consisten en el valor de la depreciación del precio de las acciones sufrida por los participantes en el mercado que no fueron informados de circunstancias (negativas) relevantes

para el valor de las acciones (que es en lo que se ha incrementado el valor de las acciones de los autores del delito). Las acciones han sido adquiridas por los acusados a través de un negocio jurídico legal. No han sido obtenidas del delito ni proceden de él. Por ello, su valor se mantiene inalterado incluso aunque se aplique el principio de ganancias brutas. Esto significa que todos los gastos relacionados con la acción típica (como las comisiones o los intereses de los créditos solicitados) no pueden reducir lo obtenido, (si acaso, lo que en este caso queda excluido, pueden tenerse en cuenta si se aplica la cláusula de proporcionalidad del § 73 c StGB).

Las *críticas* no se han hecho esperar. Se opone a este Auto que, al igual que la anterior sentencia del Tribunal Supremo alemán, contradice el principio de ganancias brutas previsto en la ley, y parece acoger el principio de *ganancias netas*, al menos en casos de corrupción y de abuso de información privilegiada. Se reprocha igualmente la aparente postura del TS alemán de que sólo están prohibidos los supuestos de abuso de información privilegiada en los que se obtienen ganancias, algo que no es así. El abuso de información privilegiada está prohibido aunque no se obtengan beneficios del mismo. Por último, se critica que la aplicación del principio de ganancias netas genera importantes dificultades de prueba, y obliga a realizar difíciles (y en ocasiones hipotéticos) cálculos sobre las ganancias que ha generado el delito<sup>64</sup>.

#### **4. OPINIÓN PERSONAL**

##### **4.1. El comiso de ganancias en los instrumentos internacionales: ganancias brutas**

El problema de los bienes a decomisar constituye, como hemos visto, uno de los temas de más candente actualidad tanto en el debate teórico como en la práctica judicial. Los más altos tribunales de algunos países, así como los parlamentos nacionales, se han tenido que pronunciar para arrojar luz sobre la materia. Consideramos que la concreción de los criterios para resolver la cuestión requiere, como paso previo, examinar lo que disponen las *normas internacionales*, que deben

ser respetadas por todos los Estados que las hayan ratificado. En el contexto de las Naciones Unidas los convenios sobre drogas<sup>65</sup>, crimen organizado<sup>66</sup> y corrupción<sup>67</sup> utilizan el término *productos* para referirse al objeto del decomiso. Constituyen productos, según estos convenios, *los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito*. Parece, como indican algunos jueces de los Tribunales Supremos<sup>68</sup>, que los Convenios de Naciones Unidas optan por asignar un significado muy amplio al concepto de productos, claramente dirigido a asumir el principio de ganancias brutas.

En la misma línea, y en el marco del Consejo de Europa, el *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo*, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, define el «producto» como *“todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito”*. El informe explicativo del Convenio<sup>69</sup> expone que se debatió en el seno del Comité de expertos que elaboró el Convenio (en este caso en su versión de 1990) si la expresión “provecho económico” comprende las ganancias brutas o sólo las netas. Quedó claro que existen diferencias entre las distintas legislaciones nacionales, e incluso dentro de las legislaciones nacionales en función de las categorías de delitos. En cualquier caso, se expresó que tales diferencias no deben obstaculizar la cooperación internacional. Y se acordó que en el caso del tráfico de drogas, el valor pagado por la adquisición de las drogas no debería descontarse de las ganancias, siendo considerado en todo caso producto del delito<sup>70</sup>.

En definitiva, el término productos a nivel internacional es lo suficientemente amplio para comprender las *ganancias brutas*.

#### **4.2. Distinción entre contratos delictivos y contratos lícitos obtenidos de manera delictiva**

El recurso al principio de ganancias brutas, con todo, puede ser objeto de modulaciones. En primer lugar, para poder proceder al decomiso de ganancias es necesario que el sujeto *haya obtenido algo del delito*. Es imprescindible distinguir entre la inversión de bienes lícitos para la comisión del delito y lo obtenido o derivado del delito. El asesino que invierte una cantidad de dinero en la

adquisición de un arma para cometer el hecho ha de perder el arma por ser un instrumento del delito, y no ganancia pues realmente no obtiene nada del mismo. El narcotraficante que invierte el dinero en la adquisición de la droga, si no la vende se le decomisará la misma como objeto del delito, y si la vende lo obtenido del delito será el precio de venta.

En segundo lugar, el comiso de ganancias requiere, en todo caso, evitar cualquier automatismo a la hora de aplicar el principio de ganancias brutas, respetando el *principio de proporcionalidad* entre las ganancias obtenidas y lo invertido en la ejecución del delito.

En tercer lugar, coincido parcialmente con las tendencias más recientes expresadas por los Tribunales Supremos de Italia y Alemania, sobre la necesidad de hacer una distinción a la hora de concretar las ganancias sujetas a decomiso. Y la misma tiene que basarse en la *descripción de la conducta punible que hace la norma penal*, la cual nos permitirá apreciar si los bienes en posesión de quien ha cometido un delito constituyen o no ganancias del mismo.

a) Si la norma penal sanciona el *contrato o negocio jurídico en sí*, esto es, si la conducta típica consiste en la conclusión de un determinado contrato, éste se convierte en ilícito en su totalidad. Por ello, el carácter delictivo del contrato delictivo justifica la privación de todo lo obtenido por el delito, sin descuentos.

- Si alguien contrata a un asesino a sueldo, la cantidad entregada constituirá la ganancia decomisible porque el negocio jurídico es ilícito.
- Lo mismo ocurre en el tráfico de drogas, quien vende droga realiza un negocio ilícito, por lo que es decomisible todo lo que obtiene de la venta.
- Complicado es el caso del abuso de información privilegiada<sup>71</sup>. Coincido en este caso con *Vogel*<sup>72</sup> en que el delito castiga normalmente usar la información privilegiada para negociar valores que supongan algún beneficio. Dicho negocio es ilícito porque lo prohíbe la norma penal, por lo que deberán poderse decomisar todos los bienes obtenidos, esto es, el precio de compraventa de las acciones, sin descontar la parte invertida por quienes abusan de la información.
- Y todavía más difícil es determinar las ganancias decomisables en el caso del delito de estafa. Normalmente los Códigos penales castigan no sólo la

forma engañosa de concluir un negocio jurídico, sino también el propio negocio jurídico en el que el sujeto pasivo realiza un acto de disposición patrimonial que le causa un perjuicio. Por ello, parece que el negocio jurídico en sí es constitutivo de delito y se han de decomisar las ganancias brutas, sin descuentos<sup>73</sup>.

b) Si lo que se sanciona penalmente no es el contrato como tal, sino que lo delictivo se refiere a la *fase de formación de la voluntad contractual*, afectando a la clase y forma en la que se concluye el contrato, lo obtenido no van a ser las ganancias del contrato, sino el contrato en sí. En este caso, si bien el contrato podrá ser anulado por la existencia de causas que lo justifiquen, es posible concretar una parte del negocio jurídico que tiene aspectos lícitos, y cuyo cumplimiento no va a resultar contaminado por la ilicitud inicial. El hecho de que sea ilícita la génesis de un negocio jurídico, que implica una relación sinalagmática que se *extiende en el tiempo*, no supone obligatoriamente que todo lo que ocurra durante la ejecución del delito sea ilícito. Probablemente sea posible encontrar espacios lícitos muy alejados y ajenos a la actividad delictiva inicial. Y ello es lo que ocurre en algunos supuestos de corrupción en los que intervienen empresas

#### 4.3. Las ganancias brutas en los delitos económicos y de corrupción

Cuando se trata de delitos económicos y de corrupción en los que están implicadas personas jurídicas, normalmente empresas, se ha de aplicar también el principio de *ganancias brutas*. Ahora bien, ha de matizarse este principio tomando como punto de referencia la distinción entre gastos efectuados e imputables a una actividad lícita, deducibles de los ingresos brutos obtenidos, y los gastos incurridos en una actividad lícita, pero no descontables de los ingresos<sup>74</sup>.

Eso ocurre especialmente en los *supuestos de corrupción* en los que se adjudica un contrato público a una empresa que ha corrompido a los funcionarios que pueden adjudicarlo<sup>75</sup>. En los casos de cohecho, lo que castigan los tipos penales es la *fase de formación de la voluntad contractual*, de manera que inciden sobre la clase y forma en la que se obtiene la adjudicación del contrato. Se han de distinguir tres situaciones:

a) No se pueden deducir de los ingresos del delito las comisiones ilegales pagadas a los funcionarios públicos, porque se trata de un gasto realizado ilícitamente, dicho pago constituye por sí mismo una actividad ilícita.

b) Tampoco se podrán descontar de los gastos lícitos realizados para concluir el acuerdo corrupto, por ejemplo los gastos de viaje para pagar al funcionario, las invitaciones a restaurantes durante la negociación del acuerdo corrupto, etc. Estos últimos son gastos lícitos, realizados en pago de actividades totalmente legítimas (viajes, comidas), pero instrumentales para la comisión del delito, constituyen en definitiva instrumentos del delito no descontables.

c) Cuestión distinta es qué productos se puede decir que ha obtenido del delito la empresa corruptora. No creo que se puedan identificar con la totalidad del precio del contrato administrativo adjudicado. Lo habitual es que se trate de un contrato administrativo (si se trata de adjudicaciones de obras públicas) que vincula a la Administración correspondiente y al adjudicatario. La ganancia del delito para la empresa corruptora es precisamente la obtención de dicho contrato administrativo. Un contrato sinalagmático que genera obligaciones y prestaciones recíprocas. Lo obtenido es la adjudicación de un contrato administrativo, con los derechos que se derivan (derecho a que se ejecute la obra y derecho al pago de la misma) y las obligaciones a que compromete (obligación de ejecutar el contrato y obligación de pagar). La cuestión es si se puede decomisar esto, es decir, esa relación contractual que liga a las partes. Dicho contrato no es un bien corporal, sino una relación jurídica que como tal es difícilmente decomisible. Podrá ser objeto de anulación por vía administrativa, pero no podrá ser decomisado. Consideramos que lo decomisible será el *valor económico* de dicha relación contractual que genera un enriquecimiento patrimonial. Si lo obtenido del delito no tiene valor económico no podrá ser decomisado. Esa relación jurídico-obligacional, como tal, carece de un valor económico (sí que lo tienen los trabajos a los que obliga), pero se transforma en ganancias para la empresa cuando ésta procede a ejecutar el contrato. Esa ganancia es precisamente el beneficio que obtiene la empresa con el cumplimiento del contrato, que se determina deduciendo del valor del contrato los gastos (lícitos) realizados para su ejecución (pero no las comisiones ilegales).

De hecho, en los delitos económicos y de corrupción suelen quedar documentados tales gastos lícitos en que incurre la empresa para la ejecución del contrato viciado en origen. A diferencia de lo que suele ocurrir en los delitos patrimoniales, en los casos de corrupción y de delitos económicos en los que están implicadas empresas se encuentra habitualmente documentación contable con detalles de los gastos lícitos en los que se incurre. De aquí puede extraerse una imagen clara de los gastos lícitos descontables y de los productos obtenidos del

delito<sup>76</sup>. Disponiendo de la contabilidad, se puede recurrir a los conceptos contables para concretar los productos del delito obtenidos por la empresa, que normalmente vendrá determinada por el *beneficio de explotación*, que es el que se obtiene al deducir de sus ingresos o ventas los costes de explotación, esto es, los costes directamente relacionados con las ventas: personal, aprovisionamiento, amortizaciones, e incluso los impuestos, para obtener así el *beneficio neto después de impuestos*<sup>77</sup>. Los gastos que se descuentan (los gastos para la adquisición de bienes y servicios necesarios para la producción empresarial, costo de mano de obra empleada en la producción, el costo de las amortizaciones, impuestos, etc.) son costes no sólo lícitamente realizados, sino también lícitamente imputables a la actividad lícita, por lo que pueden y deben ser deducidos de las ganancias de la actividad empresarial<sup>78</sup>. En esta línea, no descontar los impuestos ya pagados de los productos decomisables daría lugar a un enriquecimiento del Estado, que obtendría dinero de los impuestos y del comiso, gravando doblemente el patrimonio del delincuente.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación titulado "Límites entre el Derecho sancionatorio y el Derecho civil: daños punitivos, sanciones resarcitorias y comiso" (DER 2009-08234), subvencionado por el Ministerio de Innovación y Tecnología, cuyo investigador principal es Manuel Gómez Tomillo.

<sup>2</sup> Como indica *Gallant*, "la moderna plaga aparece como una plaga de ganancias más que como una plaga de productos", MICHELLE GALLANT, Mary, *Money laundering and the proceeds of crime: economic crime and civil remedies*, 2005, England, pg. 2.

<sup>3</sup> Se alude también a la "legalidad", algo discutible si se tiene en cuenta cuál es la referencia del art. 127 CP, que alude a "ganancias" sin especificar si son brutas o netas. Aluden expresamente al argumento de la legalidad AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., pgs. 100, 101; BERMEJO, Mateo Germán, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, tesis doctoral disponible en <http://www.tesisenred.net/TDX-0223110-120851>, Fecha de defensa 28-01-2010, pg. 297.

<sup>4</sup> AGUADO CORREA, *El comiso*, pgs. 100, 101; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, cit., pgs. 46, 47; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, cit., pg. 297.

<sup>5</sup> Cfr., po todos, ESER, Albin, "Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? Kritische Bemerkungen zu aktuellen Reformbemühungen", Wilfried Küper (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft : *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, Jur. Verl., 1993, pgs. 833-853, pg. 844.

<sup>6</sup> Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas", cit., pgs. 171.

<sup>7</sup> ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el código penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pg. 177.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas", cit., pgs. 171.

<sup>11</sup> Así el gobierno en el caso Santos, Cfr. the Supreme Court of the United States. No. 06-1005. *United States of America, Petitioner v. Efrain Santos and Benedicto Diaz*. On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, n. 27.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, nº 28.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*, nº 29.

<sup>15</sup> *Ibidem*, nº 29 a 30.

<sup>16</sup> ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el código penal español*, cit., pg. 177.

<sup>17</sup> Así VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas", cit., pgs. 171.

<sup>18</sup> La regulación del comiso en también utiliza el término „productos“. Precisamente la jurisprudencia ha interpretado dicho término en el ámbito del comiso en el sentido de que incluye las ganancias brutas: cfr. *United States v. McHan*, 101 F.3d 1027, 1041 (4th Cir. 1996); *United States v. Simmons*, 154 F.3d 765, 770 (8th Cir. 1998). Sobre esto ver GURULÉ, Jimmy "Does "Proceeds" Really Mean "Net Profits"? The Supreme Court's Efforts to Diminish the Utility of the Federal Money Laundering Statute", *7 Ave Maria L. Rev.*, pgs. 339-390, pgs. 364 ss (2009).

<sup>19</sup> *United States v. Santos*, 128 S. Ct. 2020 (2008). Cfr. sobre este caso CASSELLA, Stefan D., "United States v. Santos: the US Supreme Court rewrites the money laundering statute", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 12 Iss: 3, 2009, pgs. 221 – 237; ENNIS, Evan, "An uncertain precedent: United States v. Santos and the possibility of a legislative remedy", *Cornell Law Review*, Vol. 95, 2009, pgs. 191-219; MAUREEN, Murphy, M., "United States v. Santos: "Proceeds" in Federal Criminal Money Laundering Statute, 18 U.S.C. Section 1956, Means "Profits," Not "Gross Receipts"", Washington, D.C.. UNT Digital Library. <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs10756/>. Accessed September 29, 2010; DICKERSON Brian/ BASKO, Klodiana, "Confusion in Defining "Proceeds" Under the Money Laundering Statute: A Survey of Circuit Opinions", *The Federal Lawyer*, June 2010, pgs. 23-51; MARGOLIS, Daniel / LEFEVER, Anne, "What Proceeds?", *242 New York Law Journal*, 12 octubre 2009; BOSS, Barry; MAY, John; SWERDLIN, Matt, "Money Laundering Defense After Santos and Regalado Cuellar", *32-SEP Champion* 12, 12 (2008), pg. 12; GONZALEZ, Carlos F./ KRUSE, Regan, "U.S. Anti-Money Laundering Laws In The Wake Of U.S. v. Santos", en *Legal Backgrounder*, November 6, 2009, pgs. 1-4.

<sup>20</sup> Las condenas de Santos por lavado de dinero consistían en un cargo de conspiración para lavar dinero (sec. 1956(a)(1)(A)(i) and sec. 1956(h)), y dos cargos de lavado de dinero (sec. 1956(a)(1)(A)(i)).

<sup>21</sup> Ver Brief for Respondent Efrain Santos, *U.S. v. Santos*, 128 S. Ct. 2020 (2008) (No. 06-1005), 2007 WL 2406796.

<sup>22</sup> El juez Scalia, al que se unieron los jueces *Souter*, *Ginsburg* y *Thomas*. El juez *Scalia*, escribiendo en nombre de la *mayoría*, se mostró de acuerdo con el argumento de Santos. La palabra "producto" es intrínsecamente ambigua y puede significar ingresos brutos o ganancias netas. De acuerdo con lo dispuesto en la ley, el juez *Scalia* consideró que no hay ninguna razón más para pensar que "productos" se refiere a los ingresos brutos, pero tampoco la hay para entender que significa ganancias netas. Los pagos a los empleados y los ganadores no podrían caracterizarse como constitutivos de ganancias del juego ilegal. El juez parece así mostrar su preocupación de que la ley sobre de blanqueo de capitales podría ser objeto de abuso por los fiscales. A su juicio, la aplicación del principio de ganancias brutas al delito de blanqueo de capitales convertiría automáticamente toda violación de la ley de juego en un delito de blanqueo, ya que el pago a un jugador que gana un premio constituye una transacción que implica "ingresos" de la operación criminal. Surgiría aquí un problema de solapamiento (*merger problem*) entre estos tipos penales. Los operadores de lotería ilegal, que habitualmente se arriesgan a penas de hasta cinco años de prisión por cargos de juego, se enfrentarían a una pena adicional de veinte años por el blanqueo de dinero. La fiscalía podría utilizar la acusación más grave por blanqueo de dinero como herramienta de intimidación para inducir a un acuerdo con el fiscal, por un delito menor. Esto, entiendo, hace referencia a la posible vulneración del principio *ne bis in idem*, al ser objeto de castigo doble la misma conducta.

<sup>23</sup> Cfr. el voto particular del juez *Alito*, al que se unieron los jueces *Roberts*, *Kennedy* y *Breyer*. La *opinión minoritaria*, encabezada por el juez *Alito*, realizó una interpretación textual del texto de la Sección 1956 (a). En su opinión, considerando que la primera definición del término "productos" comprende la cantidad total obtenida del delito. Sin embargo, puesto que el término "producto" tiene "más de un significado", el juez *Alito* no escatima ningún esfuerzo de interpretación y se pregunta qué significa el término productos en el marco de la costumbre o habitualmente en el contexto del blanqueo de capitales. Otras leyes sobre blanqueo de capitales de los Estados federados, indica *Alito*, atribuyen al término productos el significado de la cantidad total implicada en la transacción, al igual que hacen los tratados internacionales. Lo hacen así, sigue el juez *Alito*, porque esa definición sirve a dos objetivos de las leyes sobre el blanqueo de dinero: disuadir la

actividad delictiva y prevenir el crecimiento de las empresas criminales. Por el contrario, la construcción más restrictiva de la opinión mayoritaria del los "productos" excluiría una conducta que no fuese rentable incluso cuando las empresas responsables de la conducta fueran generalmente exitosas y plantearía difíciles problemas de prueba. Por lo tanto, la opinión minoritaria llega a la conclusión, de que el término "productos" significa *ingresos brutos* y no ganancias netas. No acepta la postura del juez *Stevens*, pues considera que el significado de la palabra productos no ha de variar dependiendo de la naturaleza de la actividad ilegal que produce los fondos blanqueados. Por último, el juez *Alito* rechaza las preocupaciones de los otros jueces acerca del problema del solapamiento (*merger problem*), considerándolo fuera de lugar. Entiende que dicho problema concursal es en realidad una cuestión a resolver en sede de sentencia, y que se produce en sólo un subconjunto de casos de lavado de dinero.

<sup>24</sup> El juez *Stevens* presentó un voto particular en la sentencia. El juez puso de manifiesto que el término "producto" contenido en la ley contra el blanqueo de capitales se aplica a una lista amplia y variada de delitos que enumera, entre otros, tráfico de drogas, asesinato, cohecho, fraudes, financiación del terrorismo, delitos contra el medio ambiente, delitos contra los seguros médicos. A su juicio, el legislador podría haber dispuesto que el término "productos" debería tener un significado cuando se refiere a algunas actividades ilegales especificadas y otro significado distinto cuando se refiere a las demás, pero no lo hizo. Si bien los antecedentes legislativos del § 1956 dejan claro que la voluntad del Congreso era que el término "productos" comprendiera las ganancias brutas procedentes de la venta de contrabando y de las ventas de los sindicatos del crimen organizado, el Juez *Stevens* manifiesta que la historia legislativa no arroja luz sobre cómo identificar el "producto" de otras actividades ilícitas, incluido el funcionamiento de un negocio de apuestas ilegales. Reconoció que el término "productos" puede interpretarse como comprensivo de las ganancias brutas o de las ganancias netas derivadas de un delito de juego ilegal, pero se posicionó a favor de la interpretación más restrictiva del término. A su juicio, la interpretación del término "productos" como ganancias brutas en el contexto de un delito de juego ilegal permitiría a la fiscalía acusar por blanqueo de capitales por el mero pago de los gastos del negocio de las apuestas ilegales. Tal resultado sería injusto porque las penas por del delito de blanqueo son mucho más severas que las previstas para el delito de juego ilegal. A la vista de la falta de antecedentes legislativos sobre la definición de "productos" cuando se trata de un delito de juego ilegal y del hecho de estar convencido de que la voluntad del Congreso no podía ser que el mero pago de los gastos propios de la empresa de apuestas fuese constitutivo de un delito de blanqueo de capitales que incrementaría notablemente la pena, el juez *Stevens* estuvo de acuerdo con el juez *Scalia* en que debía aplicarse la regla de lenidad (*rule of lenity*).

<sup>25</sup> Así lo traduce ALCARAZ VARÓ, Enrique "El jurista como traductor y el traductor como jurista", en *Lliçons inaugurals de Traducció i Interpretació a la Universitat Pompeu Fabra 1992-93 / 2003-04. Facultat de Traducció i Interpretació*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, abril del 2004, pgs. 129-147, pg. 137.

<sup>26</sup> *United States v. Santos*, 128 S. Ct. 2020 (2008).

<sup>27</sup> GURULÉ, "Does 'Proceeds' Really Mean 'Net Profits'? The Supreme Court's Efforts to Diminish the Utility of the Federal Money Laundering Statute", *cit.*, pgs. 341-42.

<sup>28</sup> *Ibidem*, 342-342.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pg. 342.

<sup>30</sup> Sobre esto, cfr. GONZALEZ, KRUSE, "U.S. Anti-Money Laundering Laws In The Wake Of U.S. v. Santos", *cit.*, pgs. 1-4.

<sup>31</sup> *U.S. v. Prince*, 627 F. Supp. 2d 863, 864-65 (W.D. Tenn. 2008).

<sup>32</sup> En esta línea, otras sentencias han considerado que la doctrina *Santos* no se aplica cuando los delitos previos constituyen fraude bancario, malversación de fondos, y la venta de un barco a cambio de dinero procedente del tráfico de drogas. Por ejemplo, *U.S. v. Kratt*, 579 F.3d 558, 563-64 (6th Cir. 2009) (fraude bancario y solicitud falsa de un préstamo); *Kenemore v. U.S.*, 5:08cv104, 2008 WL 4965948, at \*6 (E.D. Tex. Nov. 17, 2008) (malversación); *U.S. v. Demarest*, 570 F.3d 1232, 1242 (11th Cir. 2009) (venta de un barco a agentes encubiertos que se hacen pasar por traficantes de droga).

<sup>33</sup> Ver GONZALEZ/KRUSE, "U.S. Anti-Money Laundering Laws In The Wake Of U.S. v. Santos", *cit.*, pgs. 1-4.

<sup>34</sup> *United States v. Shelburne*, F. Supp. 3d, 2008 WL 2588057, \*4-5 (W.D. Va. Jul. 1, 2008). En la misma línea, en un caso sobre el supuesto robo de fondos del gobierno, el acusado poco después de la decisión *Santos*, presentó una moción previa al juicio para ser absuelto por el delito de blanqueo de capitales. El tribunal señaló que el sobreseimiento no era posible en aquel momento procesal,

pero que en el momento del juicio, el fiscal debería acreditar si los beneficios del delito se correspondían con todo o parte del dinero obtenido por el acusado. *United States v. Thompson*, 2008 WL 2514090, \*2 (E.D. Tenn. Jun. 19, 2008).

<sup>35</sup> *U.S. v. Hedlund*, CR-06-346-DLJ, 2008 WL 4183958, at \*5 (N.D. Cal. Sept. 9, 2008).

<sup>36</sup> *U.S. v. Lee*, 558 F.3d 638, 643 (7th Cir. 2009).

<sup>37</sup> GURULÉ, "Does 'Proceeds' Really Mean 'Net Profits'? The Supreme Court's Efforts to Diminish the Utility of the Federal Money Laundering Statute", *cit.*, pgs. 388/389; ENNIS, "An uncertain precedent: *United States v. Santos* and the possibility of a legislative remedy", *cit.*, pgs. 209 ss

<sup>38</sup> Sobre esta ley en materia de comiso, *cfr.* MOORES, Eric, "Reforming the Civil Asset Forfeiture Reform Act", *Arizona Law Review*, Vol. 51, 2009, pgs.777-803

<sup>39</sup> *Cfr.* ALFONSO, Roberto, "Instrumentos para contrarrestar la criminalidad organizada: la confiscación de los patrimonios ilícitos en el procedimiento penal y en el procedimiento preventivo", *Revista General de Derecho Penal. Apuntes de derecho comparado*, N.º 3 mayo 2005.

<sup>40</sup> Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 "Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300".

<sup>41</sup> EPIDENDIO, Tomaso E., "La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti. Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio 2008 (c.c. 27 marzo 2008), n. 26654 - Pres. Gemelli - Rel. Milo - P.g. De Sandro (diff.) - Ric. Impregilo e altri", en *Diritto penale e processo*, N. 10/2008, pgs. 1263-1281, pg. 1270, ampliamente lo explica en la nota 23.

<sup>42</sup> Las Secciones Unidas constituyen una sala del Tribunal de Casación Italiano que adopta acuerdos para unificar la doctrina jurisprudencial sobre cuestiones discutidas (similares a los acuerdos no Jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español).

<sup>43</sup> Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio 2008 (c.c. 27 marzo 2008), n. 26654.

<sup>44</sup> *Cfr.* MONGILLO, Vincenzo, "La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 4 - Ottobre-Dicembre 2008 pgs. 1758- 1788; LORENZETTO, Elisa, "Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 4 - Ottobre-Dicembre 2008 pgs. 1788- 1799; BELLINA, Matteo, "La confisca del profitto a carico dell'ente: una sanzione "polidimensionale"", *Cassazione penale*, Vol. 49, Nº. 12, 2009, pgs. 4836-4846; EPIDENDIO, "La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti. Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio 2008 (c.c. 27 marzo 2008), n. 26654 - Pres. Gemelli - Rel. Milo - P.g. De Sandro (diff.) - Ric. Impregilo e altri", *cit.*, pgs. 1263-1281; ROSSETTI, Andrea "La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti. Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio 2008 (c.c. 27 marzo 2008), n. 26654 - Pres. Gemelli - Rel. Milo - P.g. De Sandro (diff.) - Ric. Impregilo e altri", en *Diritto penale e processo*, N. 10/2008, pgs. 1281-1289; DAVIDE, Salvatore, *La confisca del profitto*, Università degli Studi di Milano - Bicocca. SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE. Curriculum in Diritto penale e Criminologia. Ciclo - a.a. 2008/2009

<sup>45</sup> El 7 de marzo de 1992 entró en vigor la "Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze" de 28 de febrero de 1992(BGBl. I S. 372).

<sup>46</sup> *Cfr.* un análisis de la jurisprudencia del BGH en HOHN, Kristian "Die Bestimmung des erlangten Etwas i.S.d. § 73 StGB durch den BGH", en *Wistra*, Heft 9, 2003, pgs. 321-327.

<sup>47</sup> Sobre las críticas y la doctrina al respecto, *cfr.* RÖNNAU, Thomas, *Vermögensabschöpfung in der Praxis*, München, 2003, nm. 189.

<sup>48</sup> Así lo indica KUDLICH, Hans, "Die Anordnung des Verfalls (§§ 73ff. StGB) bei verbotenem Insiderhandel nach § 38i.V.m. § 14 WpHG", en *Wistra*, Hef 4, 2007, pgs. 121-127, pg. 121, con ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>49</sup> *Oberlandesgericht Köln*, 08.08.2003, 2 Ws 433/03 08. 2. Strafsenat, § 29 ss. Esta parece ser también la opinión del *OLG Thürigen*, *Beschl. Vom 27. Juli 2004 - 1 Ws 234 - 236/04*, en *Wistra* 3/2005, pgs. 114 ss.

<sup>50</sup> Así lo apunta HOHN, Kristian, "Abschöpfung der Steigerung des Firmenwerts als Bruttowerterersatzverfall? Anmerkungen zu BGH Urt. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05", en *Wistra* 2006, pgs. 321-325, pg. 321.

<sup>51</sup> En este sentido HUSBERG, Walter, *Verfall bei Bestechungsdelikten - Eine Untersuchung über die Voraussetzungen und Auswirkungen der Verfallsanordnung gemäß §§ 73 ff. StGB unter besonderer Berücksichtigung des lucrum ex crimine bei den Bestechungsdelikten*, Aachen, 1999, pg. 174; SALIGER, Frank, "Kick-Back, 'PPP', Verfall - Korruptionsbekämpfung im 'Kölner Müllfall'", en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 47, 2006, pgs. 3377-3381, pg. 3381; WEHNERT, Anne/MOSIEK,

Marcus, "Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers", en *Der Strafverteidiger (StV)*, 2005, pgs. 568-576, pg. 574.

<sup>52</sup> En sentido similar WEHNERT/MOSIEK, "Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers", *cit.*, pg. 575. Consideran estos autores que esta tesis es contraria al derecho vigente en Alemania, y también al principio de ganancias brutas.

<sup>53</sup> Cfr. HUSBERG, *Verfall bei Bestechungsdelikten*, *cit.*, pg. 174.

<sup>54</sup> Cfr. HOHN, "Die Bestimmung des erlangten Etwas i.S.d. § 73 StGB durch den BGH", *cit.*, pg. 323.

<sup>55</sup> Cfr. HUSBERG, *Verfall bei Bestechungsdelikten*, *cit.*, pg. 175.

<sup>56</sup> Cfr. SEDEMUND, Jan, "Der Verfall von Unternehmensvermögen bei Schmiergeldzahlungen durch die Geschäftsleitung von Organgesellschaften", en *Der Betrieb*, 07.02.2003, Heft 06, pgs. 323-329, pg. 326.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pg. 327.

<sup>58</sup> Este resultado tiene sentido, dice aquel autor, pues aunque la ejecución del contrato genere pérdidas, existe un interés económico en su ejecución (como veremos a continuación, por el prestigio que da a la empresa) y se ha de decretar el comiso, en la medida en que la ejecución del contrato administrativo tenga para el corruptor un valor mensurable. Por ejemplo, puede ocurrir que dicho contrato deficitario genere *beneficios en la competencia* susceptibles de valoración, el fortalecimiento de la posición de la empresa en el mercado, la expulsión y correspondiente supresión de competidores o simplemente la posibilidad de mantener operaciones comerciales para evitar costes por la inactividad (o baja actividad) de la empresa. Incluso la obtención de contratos prestigiosos puede servir de publicidad para la empresa y mejorar su situación económica, *cfr.* SEDEMUND, "Der Verfall von Unternehmensvermögen bei Schmiergeldzahlungen durch die Geschäftsleitung von Organgesellschaften", *cit.*, pg. 328. *Otros autores alemanes* (al igual que el TS alemán) se han adherido a esta opinión; así WEHNERT/MOSIEK, "Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers", *cit.*, pg. 574.

<sup>59</sup> Cfr. SALIGER, "Kick-Back, 'PPP', Verfall - Korruptionsbekämpfung im 'Kölner Müllfall'", *cit.*, pgs. 3380/1.

<sup>60</sup> La exigencia de una relación de inmediatez entre el hecho y la ventaja como elemento no descrito del § 73.1 inciso 1º StGB se deriva, por un lado, de que el comiso ha de tener como imagen especular las ventajas patrimoniales obtenidas y, por otro, de la necesidad de distinguir y delimitar totalmente entre las ganancias obtenidas de forma directa y las ventajas indirectas (utilidades, subrogados) a las que alude el § 73.2 StGB. *Ibidem*.

<sup>61</sup> Con todo, se muestra conforme a la decisión del BGH, HERZOG, Felix, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch (StGB), Kommentar*, 2 Bde., Hrsg. v. Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann u. Hans-Ullrich Paeffgen, 3. Aufl., 2010, Band 1, § 73, nm. 17.

<sup>62</sup> Esta es la crítica que se deduce de la exposición de HOHN, Kristian, "Abschöpfung der Steigerung des Firmenwerts als Bruttowertersatzverfall? Anmerkungen zu BGH Urt. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05", *cit.*, pg. 323-324; También SALIGER, "Kick-Back, 'PPP', Verfall - Korruptionsbekämpfung im 'Kölner Müllfall'", *cit.*, pgs. 3380 ss; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch: StGB und Nebengesetze Kommentar*, 57. Auflage 2010, § 73, nm. 11.

<sup>63</sup> VOGEL, Joachim, "Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 27.01.2010, Az.: 5 StR 224/09 (Insidergeschäfte)", *Juristenzeitung*, 2010, Heft 7, pgs. 370 - 372.

<sup>64</sup> Crítico con la sentencia VOGEL, "Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 27.01.2010, Az.: 5 StR 224/09 (Insidergeschäfte)", *cit.*, pg. 372.

<sup>65</sup> Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988.

<sup>66</sup> La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

<sup>67</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

<sup>68</sup> De acuerdo con el Juez *Alito* del Tribunal Supremo de los EE.UU, el convenio no limita el concepto de productos a los beneficios o ganancias ilícitas, sino que comprende las ganancias brutas *Santos*, 128 S. Ct.

<sup>69</sup> *Explanatory Report. Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism* (CETS No. 198), nº 32.

<sup>70</sup> Más restrictiva me parece la *Decisión marco 2005/212/JAI* del Consejo de 24 de febrero de 2005, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito* cuyo art. 1 define el término productos como "todo beneficio económico derivado de una infracción penal". Estos beneficios pueden consistir en cualquier clase de bienes, entendidos a su vez como "los bienes

---

de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes". A mi juicio es una definición restrictiva porque emplea el término beneficio económico, el cual, como ya se ha visto, puede ser objeto de interpretaciones diversas. Esto puede abrir la puerta a interpretaciones restrictivas que limiten el alcance del comiso sólo a las ganancias netas (beneficios). Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, DO L 68 de 15.3.2005.

<sup>71</sup> Este problema ya se lo plantea GURULÉ, "Does "Proceeds" Really Mean "Net Profits"? The Supreme Court's Efforts to Diminish the Utility of the Federal Money Laundering Statute", *cit.*, pg. 340, cuando advierte de que en un caso de abuso de información privilegiada el acusado puede argumentar que sólo podrían constituir productos a efectos del blanqueo de capitales las ganancias de la compraventa de las acciones (con exclusión de los fondos utilizados para adquirirlas los valores).

<sup>72</sup> Cfr. VOGEL, "Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 27.01.2010, Az.: 5 StR 224/09 (Insidergeschäfte)", *cit.*, pg. 372.

<sup>73</sup> Con todo, en los casos en los que el negocio jurídico implica prestaciones recíprocas cuya ejecución se extiende en el tiempo, quizás se pueda alegar que existen aspectos lícitos en dicha relación duradera.

<sup>74</sup> EPIDENDIO, "La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti. Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio 2008 (c.c. 27 marzo 2008), n. 26654 - Pres. Gemelli - Rel. Milo - P.g. De Sandro (diff.) - Ric. Impregilo e altri", *cit.*, pgs. 1279-1280.

<sup>75</sup> Ampliamente nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos", en *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 27, 2007, pgs. 39-75.

<sup>76</sup> EPIDENDIO, "La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti. Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio 2008 (c.c. 27 marzo 2008), n. 26654 - Pres. Gemelli - Rel. Milo - P.g. De Sandro (diff.) - Ric. Impregilo e altri", *cit.*, pg. 1280.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.