

EL COMISO EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS¹

Patricia Faraldo Cabana

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de combatir eficazmente la criminalidad organizada, y en especial el narcotráfico, ha hecho que se considere con nuevo interés el comiso “como arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias, y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial”². El valor del comiso como mecanismo de lucha contra esta delincuencia, ya afirmado por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, ha sido ampliamente aceptado a nivel internacional, extendiéndose su uso a otros muchos delitos no relacionados con drogas. Y es que toda forma de delincuencia con motivación económica se presta al comiso.

Al estudio del comiso de bienes procedentes del narcotráfico se dedicarán las siguientes páginas, con la advertencia de que partimos en todo caso de la regulación general aplicable a todo tipo de delitos, para centrarnos en un momento posterior en las particularidades que presenta en relación con los delitos de tráfico de drogas.

En el Derecho penal español existen tres normas que hacen referencia al comiso y son aplicables en materia de narcotráfico. Aparte del precepto recogido en el art.127 del Código penal de 1995 (en adelante CP), que contiene la regulación general del comiso, existe una norma en el art.5 de la LO 12/ 1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, que establece una regulación específica en los casos de contrabando. Sin embargo, el precepto más importante a la luz del tema que nos ocupa es el nuevo art.374 que, siguiendo la tónica establecida por el CP 1944/ 73, hoy derogado, amplía considerablemente el ámbito de aplicación del comiso en materia de tráfico de drogas. No obstante, este precepto se basa fundamentalmente en el art.127, lo que hace posible un estudio conjunto que ponga en cuestión, contemporáneamente, la necesidad de creación de un precepto específico en el ámbito del tráfico de drogas y determine los principios que han de regir las relaciones entre los diversos preceptos.

¹ La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada por la DGICYT al Proyecto “Derecho penal de la empresa” (PB96-1080), del que es Investigador principal Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de A Coruña.

² NACIONES UNIDAS: **Prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional**. “Revista internacional de política criminal” núms.41 y 42, 1993, pág.15.

2. LA REGULACIÓN GENERAL DEL COMISO: EL ART. 127

En el CP de 1995 se prevé con carácter general para todo delito o falta dolosos la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se hayan ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar³ (art.127, incluido en el Título VI, “de las consecuencias accesorias”).

La ardua discusión doctrinal suscitada en torno a la cuestión de la naturaleza jurídica del comiso ha sido resuelta adecuadamente por el legislador de 1995: no se trata ni de una pena accesoria, como se establecía en el CP derogado⁴, ni de una medida de seguridad, según sostenían algunos autores⁵, pero tampoco de una medida de naturaleza civil, como afirmaba un sector doctrinal⁶; antes bien, estamos ante una consecuencia accesoria del delito⁷, lo que permite que su aplicación al sujeto que habiendo realizado una acción típica y antijurídica es declarado exento de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad, o al cual se le aplique una causa de levantamiento o de exclusión de la pena. Y es que la regulación anterior del comiso, que lo trataba formalmente como una pena accesoria, suponía, por una parte, que no era aplicable a los exentos de responsabilidad criminal por concurrir en ellos una causa de inculpabilidad⁸, ya que la pena se fundamenta en la culpabilidad, de modo que no puede imponerse pena sin culpabilidad; por otro lado, el carácter personalísimo de la pena obligaba a limitar la aplicación del comiso al sujeto responsable de la infracción penal y, por tanto, sólo tenía

³ Los artículos correspondientes del Proyecto de Código penal (en adelante PCP) de 1992 se limitaban a reproducir el texto del art.48 del CP recientemente derogado, mientras que la regulación actual encuentra su origen en el PCP de 1994. Sobre los antecedentes legislativos, vid. ampliamente, REEG, A. R.: **Comentario al artículo 344 bis e) del Código Penal**. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): **Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XIII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)**. Madrid, 1990, págs.444 y siguientes.

⁴ Vid. por todos, REEG: **Comentario**, cit. pág.446.

⁵ Vid. la amplia bibliografía favorable a esta tesis que aporta MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: **Comiso**. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): **Comentarios a la Legislación penal. Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando**. Madrid, 1984, pág.414, nota núm.3.

Sobre los inconvenientes que suponía esta concepción del comiso a la hora de su aplicación práctica, vid. por todos GRACIA MARTÍN, L.: **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. Barcelona, 1986, pág.98; del mismo autor en GRACIA MARTÍN, L. (coord.): **Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español**. Valencia, 1996, págs.445 y siguiente; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: **La pena de comiso en el Proyecto de Código penal**. “ADPCP” II, 1981, págs.616 y siguientes.

⁶ Señalaba MANZANARES SAMANIEGO: **La pena de comiso**, cit. pág.620, que “la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una “medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial”, por emplear palabras de Maurach, o, si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito”. Se trataría, en consecuencia, más que de una medida propia del Derecho penal, de “una medida de Derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, también llamado enriquecimiento injusto”, según indicaba GRACIA MARTÍN: **Responsabilidad de directivos**, cit. pág.101.

⁷ Y es que esto, como afirma LUZÓN PEÑA, D. M.: **El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia**. “Jueces para la Democracia” núm.14, 3/ 1991, pág.58, “es más correcto que considerarlas penas o medidas de seguridad... dada su conexión con la pena y su sentido preventivo, no es correcto calificarlas de medidas administrativas, sino como una tercera clase de sanciones penales”. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG, S./ MUÑOZ CONDE, F.: **Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal**. “CPC” núm.18, 1982, pág.613, quienes consideran el comiso como una consecuencia *sui generis* del delito que se ha de prever en un Capítulo separado, en el incluyen también la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos. Vid. también GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T.S. (coord): **Comentarios al Código Penal de 1995. I**. Valencia, 1996, págs. 656 y siguiente.

⁸ Así, GRACIA MARTÍN: **Responsabilidad de directivos**, cit. págs.96 y siguiente; MANZANARES SAMANIEGO: **La pena de comiso**, pág.617; del mismo autor: **Notas**, cit. marg.521.

lugar con respecto a instrumentos y efectos de su pertenencia, pero en ningún caso cuando dichos instrumentos o efectos eran propiedad de un tercero no responsable del delito⁹.

En el CP de 1995 el comiso es una consecuencia accesoria cuyo fundamento no es ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal del sujeto activo, sino la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales en el caso del comiso de los efectos e instrumentos del delito, y el enriquecimiento injusto o el mantenimiento de una situación patrimonial ilícita en el supuesto del comiso de las ganancias. Ahora bien, sigue siendo imposible aplicar el comiso cuando el sujeto activo es una persona exenta de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad. En efecto, el art.127 señala que “toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo” el comiso, lo que obliga a afirmar que es necesario que al sujeto se le haya impuesto una pena¹⁰, es decir, que haya realizado una conducta culpable, dado que sin culpabilidad no puede imponerse ninguna pena. De esta forma, como ha puesto de relieve GRACIA MARTÍN¹¹, “aun cuando el instrumento utilizado por el autor sea un objeto peligroso y exista la probabilidad de que sea utilizado en el futuro para cometer nuevos delitos, no podrá ser objeto de comiso, según el art.127 CP, si el autor del hecho... es un sujeto incapaz de culpabilidad, pues en tal caso no se le habrá podido imponer ninguna pena”. Tampoco podrá decretarse el comiso en los supuestos en que el sujeto queda exento de pena por la aplicación de una causa de levantamiento o de exclusión de la pena, o cuando se aplica una causa de extinción de la responsabilidad criminal, por ej. por muerte del acusado¹² antes de la condena¹³. Estas consecuencias disfuncionales que se derivan de la vinculación del comiso a la pena podrían haberse evitado si la imposición del comiso se hubiese ligado a la simple perpetración del delito en abstracto, con independencia de que diese lugar o no a la imposición de una sanción penal¹⁴.

La regulación del comiso en el art.127 plantea, por otro lado, el problema inverso. El comiso es, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, una medida de potestativa utilización por los Jueces o Tribunales una vez que han sido probados en juicio los presupuestos que le sirven de base, es decir, la previa comisión de un delito o falta dolosos de los que provienen efectos, o en cuya ejecución se han utilizado instrumentos o se han obtenido ganancias¹⁵. En nuestra opinión, sin embargo, estamos ante una medida de imposición obligatoria una vez que han sido probados los presupuestos

⁹ En este sentido, señalando las lagunas de punibilidad que se producían, GRACIA MARTÍN: **Responsabilidad de directivos**, cit. pág.97; MANZANARES SAMANIEGO: **Notas**, cit. marg.521, criticando la corriente jurisprudencial que, sin apoyo legal, decretaba el comiso de cosas de ignorado propietario.

¹⁰ Como señalan, entre otros, GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**, cit. pág.657; o SALAS CARCELLER, A.: **Consecuencias accesorias**. “CDJ” XXIV, 1996, pág.328, poniendo de relieve las incongruencias a que ello conduce.

¹¹ En GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. págs.447 y siguiente. Vid. también PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): **Comentarios al nuevo Código penal**. Pamplona, 1996, cit. pág.612.

¹² En este sentido, cfr. PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.612.

¹³ Puntualizando que la muerte sobrevinida a la condena no impide la ejecución del comiso, ya que en estos casos la pena ha sido formalmente impuesta, aunque no pueda ejecutarse, cfr. GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**, cit. pág.657.

¹⁴ Como propone, entre otros, SALAS CARCELLER: **Consecuencias accesorias**, cit. pág.329.

¹⁵ Así, vid. PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.611, quien alega a su favor el art.79, alegando que del tenor literal de dicho precepto cabe deducir que sólo son de preceptiva aplicación las penas accesorias y no las consecuencias accesorias. El art.79 señala que “siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias, condenarán también expresamente al reo a estas últimas”. Sin embargo, creemos que el art.79 se refiere únicamente a que la condena a la pena accesoria debe hacerse de manera expresa en la sentencia, lo que no tiene relación con que se trate o no de medidas de aplicación potestativa.

que le sirven de base, presupuestos que, por supuesto, pueden y deben ser objeto de contradicción durante el proceso. Cuando nuestros Tribunales señalan que el comiso es una medida potestativa, aluden, en la mayoría de los casos, a que el Juez o Tribunal podrá decretarla o no en atención al principio de proporcionalidad entre el valor del objeto decomisado y la naturaleza y gravedad del delito cometido¹⁶, principio que veremos más adelante, pero no discuten que la aplicación del comiso sea obligatorio una vez probados sus presupuestos, entre los cuales se encuentra la proporcionalidad¹⁷. Podría alegarse que esta tesis amplía en exceso las posibilidades de aplicación de esta consecuencia accesoria. Cabe, no obstante, una interpretación teleológica que restrinja la aplicación del comiso a los supuestos en que la cosa sea peligrosa y exista la probabilidad de que sea utilizada en el futuro en la comisión de nuevos delitos¹⁸. Pero en cualquier caso sigue siendo necesaria la petición expresa (no una mera petición genérica) en el juicio, ya que las partes han de debatir la existencia de los presupuestos que le sirven de base¹⁹, razón por la cual también la sentencia condenatoria ha de explicar el razonamiento que ha servido de fundamento a la decisión de decretar el comiso en relación a determinados bienes, debiendo imponerlo expresamente.

El comiso ha de ser solicitado expresamente por las partes acusadoras, sin que se pueda entender cumplido este requisito por una mera petición genérica de imposición de consecuencias accesorias²⁰. Y ello puesto que el titular de los bienes cuyo comiso se solicita debe tener la posibilidad de ser parte y defenderse en juicio, asimilándose su posición a la del tercero responsable civil (arts.615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim), dándosele traslado de las calificaciones de las partes acusadoras para que formule la que interese a su defensa. Además, tendrá derecho a abogado y procurador si no los tiene (art.652 LECrim). En resumen, los presupuestos que dan lugar al comiso pueden y deben someterse al principio de contradicción en el juicio oral, ya que cualquier otra postura supondría, en palabras del Tribunal Constitucional, un "olvido de la profunda significación que tiene en nuestro sistema procesal penal constitucional el principio acusatorio como una de las manifestaciones más relevantes de la proscripción de toda indefensión proclamada en el artículo 24. 1 CE"²¹.

Y en cualquier caso, toda persona directamente afectada por un comiso ordenado por la autoridad judicial, en cuanto titular o propietaria de los bienes decomisados, tiene derecho a impugnar en la forma permitida por las leyes de procedimiento la correspondiente decisión judicial decretando el comiso, ejercitando los recursos pertinentes aunque no haya intervenido como parte en el proceso de que se trate, ya que otra

¹⁶ Vid. muy claramente la STS 28 abril 1997 (Ar.3375).

¹⁷ Vid. por ejemplo la STS 10 febrero 1997 (Ar.718).

¹⁸ Así, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. págs.448 y siguiente; o PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.610, aludiendo al principio de proporcionalidad.

¹⁹ Cfr. GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**, cit. pág.658; PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. págs.616 y siguiente. Vid. la STS 20 enero 1997 (Ar.820), que resuelve un caso de comiso de bienes de terceros no oídos en la causa, resolviendo el Tribunal Supremo anular la sentencia de instancia sólo en lo relativo al comiso, para que se sigan los trámites procesales que se detallan en los fundamentos jurídicos de la sentencia casacional.

²⁰ Como señalan taxativamente, entre otras, las SSTS 29 noviembre 1995 (Ar.8958), 7 (Ar.803) y 22 febrero (Ar.1553), 28 marzo (Ar.2464), 13 julio (Ar.5611), 31 octubre (Ar.7682) y 17 diciembre 1996 (Ar.9178), 20 enero (Ar.187), 24 (Ar.3615) y 28 abril (Ar.3375) y 30 mayo 1997 (Ar.4445), y la STC 92/ 1997, de 8 mayo, basándose todavía en la naturaleza de pena accesoria que tenía el comiso en el CP 1944/ 73.

²¹ Fundamento jurídico 31 de la STC 123/ 1995, de 18 de julio, que resuelve en consecuencia otorgar el amparo solicitado por el propietario de los bienes decomisados, sin que el comiso hubiese sido sometido a debate contradictorio en el curso del procedimiento.

solución supondría desconocer las exigencias inherentes a la interdicción de toda indefensión, proclamada en el art.24. 1 de la Constitución española (en adelante CE)²².

Ya por cuanto se refiere a la aplicación del comiso a los efectos, instrumentos y ganancias pertenientes a un tercero no responsable del delito que, como veíamos, no era posible de acuerdo con el art.48 del CP derogado, en la actualidad sigue estando vetada siempre que pertenezcan “a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente”. Aumentan las posibilidades de decretar el comiso, ya que en el tercero deben concurrir dos circunstancias para que pueda evitar la imposición de esta consecuencia accesoria: debe actuar de buena fe²³ y ha de haber adquirido legalmente los objetos decomisables. Esta alusión a la adquisición legal ha sido duramente criticada por la doctrina, que entiende que “mezcla las exigencias subjetivas con la problemática civilista de los modos de adquirir el dominio”²⁴, amén de que su ausencia en la regulación del comiso específico en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas puede dar lugar a situaciones ciertamente injustas. En cualquier caso, debe negarse rotundamente que el precepto tolere el comiso de los bienes cuya procedencia lícita no haya podido ser demostrada por el propietario, si no se ha probado tampoco su procedencia ilícita, ya que ello constituiría una violación flagrante del principio de presunción de inocencia²⁵. Téngase en cuenta, no obstante, que a nivel internacional se ha propuesto la inversión de la carga de la prueba, lo que se pretende que no sea incompatible con la presunción de inocencia ni con la obligación de la acusación pública de probar la culpabilidad, ya que ha de tratarse de una presunción impugnabile²⁶.

No existe buena fe cuando el tercero ha adquirido los efectos, instrumentos o ganancias con conocimiento de su origen delictivo o bien de manera imprudente, puesto que por las circunstancias de la adquisición hubiera podido prever la posibilidad del origen delictivo²⁷. Tampoco hay buena fe cuando el tercero ha facilitado culposamente la ejecución del delito proporcionando el instrumento comisivo²⁸. Hemos visto que, en cualquier caso, la buena fe se presume, no pudiendo desvirtuarse esta presunción mediante simples sospechas como la existencia de convivencia o de una natural, pero no demostrada, comunidad de intereses entre el responsable del delito y el tercero²⁹. En el supuesto de que se demuestre la inexistencia de buena fe el tercero puede ser condenado como autor de un delito de receptación del art.298, e incluso de un delito de blanqueo de bienes de los arts.301 y siguientes, por supuesto siempre que se den los requisitos de los respectivos tipos delictivos.

²² En este sentido, vid. por todas la STS 20 enero 1997 (Ar.820), ya citada.

²³ A nuestro juicio la buena fe ha de presumirse, debiendo exigirse una actividad probatoria mínima para desvirtuar esta presunción. Y en ningún caso es aceptable una inversión de la carga de la prueba, como teme que se produzca MANZANARES SAMANIEGO: **Notas**, cit. marg.522. Vid. la postura de GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. pág.449, quien afirma que por tercero de buena fe debe entenderse “únicamente al propietario de los instrumentos o efectos del delito legalmente adquiridos cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos”.

²⁴ MANZANARES SAMANIEGO: **Notas**, cit. marg.533.

²⁵ Cfr. GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. pág.662.

²⁶ Vid. el art.5 sección 70 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, y NACIONES UNIDAS: **Prevención**, cit. pág.17.

²⁷ En este sentido, por todos, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. pág.454. Vid. también, por todas, la STS 20 enero 1997 (Ar.820).

²⁸ MANZANARES SAMANIEGO: **Notas**, cit. marg.533.

²⁹ En este sentido, cfr. PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.614. Vid. de nuevo la STS 20 enero 1997 (Ar.820), ya citada en repetidas ocasiones.

Cuando en la actuación del tercero no ha existido dolo ni imprudencia no cabrá decretar el comiso de la ganancia. En este caso hay que distinguir, en nuestra opinión, dos situaciones diversas: si el tercero ha adquirido el objeto constitutivo de la ganancia por título oneroso, el comiso debe aplicarse sobre la contraprestación entregada al responsable del delito, ya que se trata de una transformación más de la ganancia. Ahora bien, si el tercero ha adquirido el objeto constitutivo de la ganancia por título lucrativo, su adquisición no deja de dar lugar a un enriquecimiento injusto por el hecho de que haya actuado de buena fe, de manera que cabría plantearse la aplicación del art.122³⁰, regulador de una figura de responsabilidad civil basada en el enriquecimiento sin causa³¹. Ahora bien, el art.122 no menciona las ganancias, sino que hace referencia a los efectos del delito, lo que puede plantear problemas si no se acepta un entendimiento amplio de este concepto que permita comprender también las ganancias obtenidas³². Pero aun en caso de no aceptarse este entendimiento amplio sería aplicable la regulación general del enriquecimiento sin causa en el Código civil (en adelante, Cc).

En los casos de titularidad compartida entre el tercero y el responsable del delito puede decretarse el comiso parcial de los bienes. Conviene recordar aquí que existe una presunción legal de que los bienes existentes en el matrimonio son gananciales mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (art.1361 Cc).

En lo referente al destino de los efectos, instrumentos y ganancias decomisados, señala el mismo art.127 que “se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

Así pues, los bienes de lícito comercio se venden, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado, expresión que se ha de entender en sentido estricto como alusiva a la que se regula en los arts.109 y siguientes del CP, excluyéndose, por tanto, que el producto de la venta pueda aplicarse a pagar la multa proporcional que se le imponga al sujeto activo³³ o las costas procesales que le correspondan.

En segundo lugar, en este ámbito surge la cuestión de si procede la imputación de los beneficios de la venta siempre o sólo en los casos de insolvencia del penado. El tenor del art.127 aboga en favor de la primera solución, puesto que no limita la imputación a los casos de insolvencia del penado. Con el CP anterior algún autor había puesto de relieve que la *ratio* sistemática y teleológica del comiso conducía a una interpretación restrictiva, de forma que únicamente procedía el pago de las responsabilidades en los casos de insolvencia, ya que de otra forma el comiso perdería su carácter punitivo³⁴. La nueva regulación del comiso como consecuencia accesoria priva de apoyo a esta interpretación.

³⁰ Como propone, entre otros, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. pág.455.

³¹ Art.122: “El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

³² Como proponían, en relación con el art.108 del anterior CP, idéntico al actual art.122, CÓRDOBA RODA en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: **Comentarios al Código penal. II**. Barcelona, 1976, pág.603; o GRACIA MARTÍN: **Responsabilidad de directivos**, cit. pág.102.

³³ Recordemos que con el CP anterior existía una ardua polémica doctrinal en este punto, ya que el art.48 señalaba que el producto de la venta se aplicaría “a cubrir las responsabilidades del penado”, de forma que un sector doctrinal incluía el pago de la multa, mientras que otro, más correctamente, lo negaba, por entender que lo que se pretendía era evitar posibles perjuicios de terceros debido a una disminución del patrimonio del penado por la ejecución del comiso. En este sentido, por todos, MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: **Las penas patrimoniales**. “DJ” núms.37/ 40, vol.I, 1983, pág.287; REEG: **Comentarios**, cit. pág.450.

³⁴ En este sentido, cfr. REEG: **Comentario**, cit. págs.450 y siguiente.

Si las responsabilidades civiles ya estuvieran satisfechas, el producto de la venta de los bienes de lícito comercio se destinará al Tesoro Público³⁵.

En el caso de que los bienes no sean de lícito comercio, el art.127 supedita su destino a lo que establezcan los reglamentos al respecto y, en caso de que no exista una previsión específica, señala que se procederá a su inutilización. A este respecto, el Real Decreto 2783/ 1976, de 15 de octubre, sobre Conservación y Destino de Piezas de Convicción en materia de Depósitos Judiciales señala en sus arts.2 y 4 que si no existe norma legal que imponga un destino determinado, ni tampoco se hubiese dispuesto en la sentencia, se observarán las reglas siguientes:

a) Las piezas de convicción consistentes en armas blancas, objetos contundentes, ganzúas, llaves falsas y otros objetos semejantes, pasarán al Museo Criminal si tuvieren interés criminológico. En caso contrario se inutilizarán.

b) Las armas de fuego y los objetos de ilícito comercio que hubieren sido intervenidos, sean propiedad del delincuente o de un tercero, recibirán el destino que determinen los distintos reglamentos, según su naturaleza.

c) Los demás objetos, salvo los que sean propiedad del delincuente, se devolverán a su propietario. Si éste no fuere conocido, se ignora su paradero o no compareciere para hacerse cargo de los mismos después de emplazado al efecto, serán vendidos en pública subasta una vez transcurridos dos y tres años, respectivamente, desde la fecha de la ocupación o del llamamiento del interesado, ingresándose su importe en el Tesoro Público, previa detracción de costas judiciales si procediere, a no ser que carecieren de valor, en cuyo caso, acreditada su inutilidad y oído el Ministerio Fiscal, se destruirán.

El art.127 describe una serie de objetos decomisables. En primer lugar, se mencionan los efectos provenientes del delito (*producta scaeleris*), noción en la que sólo cabe incluir los objetos cuya existencia o naturaleza actual es debida a la comisión del delito³⁶, es decir, aquellos que hayan sido producidos por la acción delictiva, pero no las ganancias ni los objetos a que se refiere el delito en sí, como serían los estupefacientes vendidos³⁷. En lo relativo a los delitos de narcotráfico son efectos las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que hayan sido cultivados, elaborados, adulterados, manipulados o mezclados entre sí³⁸.

Del concepto de efectos suelen excluirse las cosas que constituyan el objeto material del delito³⁹. Esta exclusión es lógica cuando el objeto material pertenece a la víctima, como ocurre en los delitos de apoderamiento patrimonial, pero no tanto cuando es propiedad del propio sujeto activo o de otros responsables de la infracción criminal, como ocurre en el transporte de drogas o en el delito de contrabando⁴⁰. Y en efec-

³⁵ En este sentido, GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**. cit. pág.662.

³⁶ Cfr. GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. pág.450; REEG: **Comentario**, cit. pág.447.

³⁷ Esta posición restrictiva es mayoritaria en la jurisprudencia y en la doctrina. Cfr., entre otros, GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**. cit. pág.659; REEG: **Comentario**, cit. pág.447; SALAS CARCELLER: **Consecuencias accesorias**. cit. pág.330.

³⁸ Cfr. REEG: **Comentario**, cit. pág.447.

³⁹ Se trata de una posición mayoritaria en la doctrina. Vid. por todos, GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**. cit. pág.659; MANZANARES SAMANIEGO: **Las penas patrimoniales**. cit. pág.266; REEG: **Comentario**, cit. pág.447. En contra, sin embargo, PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.613.

⁴⁰ Como señalan GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. págs.450 y siguiente; o GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**. cit. pág.659.

to, el legislador se ha visto obligado a excepcionar esta regla general en la regulación del comiso en el ámbito de los delitos de narcotráfico⁴¹.

Se alude, en segundo lugar, a los instrumentos con que se haya ejecutado el delito (*instrumenta scaeleris*). La cuestión referente al ámbito de los instrumentos utilizados en la comisión del delito sólo presenta problemas en la medida en que se entienda que debe exigirse que dichos instrumentos estén dirigidos a la comisión de ese mismo delito⁴². En el ámbito del tráfico de drogas es, como veremos detalladamente más adelante, de gran importancia resolver si es posible el comiso de los vehículos utilizados para el transporte de la droga. La jurisprudencia exige una relación preordenada de medio a fin y la idoneidad del vehículo para la ejecución del delito, sin cuya concurrencia niega toda posibilidad de comiso⁴³, sin que estas exigencias puedan derogarse en relación a otros instrumentos, aunque estén expresamente citados en una regulación específica como ocurre en el art.374, que cita “los vehículos, buques, aeronaves”, si bien es cierto que dichos medios de transporte suelen ser calificados por los Tribunales como auxiliares eficaces del tráfico de drogas y, por tanto, decomisables⁴⁴.

Por el contrario, no ha planteado nunca duda alguna el comiso de los instrumentos utilizados en la elaboración de las drogas o de los instrumentos auxiliares para la venta, como puede ser una balanza de precisión.

El fundamento del comiso de los instrumentos del delito es la peligrosidad objetiva de la cosa⁴⁵, es decir, la probabilidad de comisión de nuevos hechos delictivos derivada de la posesión de dichos instrumentos por determinadas personas. El comiso tiene aquí un carácter de aseguramiento de la colectividad frente a este peligro de que las cosas sean utilizadas nuevamente en la comisión de delitos⁴⁶. De acuerdo con este fundamento, no cabe duda que el comiso ha de ser independiente de la cuestión de la titularidad de los objetos decomisables⁴⁷, como ocurre en la regulación actual que, acertadamente, le ha privado de la naturaleza jurídico-formal de pena.

De acuerdo con el art.128, “cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”. Estamos ante una aplicación del principio de proporcionalidad⁴⁸ cuya previsión expresa en el texto legal había sido unánimemente reclamada por la doctrina⁴⁹, siendo introducida por

⁴¹ Según apunta GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I, cit. pág.659.

⁴² Vid. extensamente MANZANARES SAMANIEGO: **El comiso**, cit. págs.416 y siguientes. Esta cuestión ha tenido especial relieve en el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, pero también en materia de tráfico de drogas, ya que existe una línea jurisprudencial que defiende una interpretación restrictiva del comiso de los vehículos en los casos en que no son utilizados para la ejecución sino con posterioridad a la misma, para mayor comodidad en el transporte de lo sustraído.

⁴³ Vid. la STS 28 marzo 1996 (Ar.2464).

⁴⁴ Más ampliamente, vid. *infra*.

⁴⁵ Por todos, GRACIA MARTÍN: **Responsabilidad de directivos**, cit. págs.96 y siguientes; del mismo autor en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. págs.440 y siguiente; MANZANARES SAMANIEGO: **Las penas patrimoniales**, cit. págs.255 y siguientes; del mismo autor: **La pena de comiso**, cit. págs.613 y siguientes, y 616 y siguiente.

⁴⁶ Así, GRACIA MARTÍN, L.: **Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal**, “AP” 1993, págs.607 y siguiente; del mismo autor en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. págs.440 y siguiente.

⁴⁷ Así, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. págs.444 y siguiente.

⁴⁸ Como señala GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): **Las consecuencias**, cit. pág.451.

⁴⁹ Cfr. entre otros, PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. págs.618 y siguiente.

primera vez en el art.48 del anterior CP mediante la LO 8/ 1983, de 25 de junio. El art.128 contiene además la única excepción legalmente prevista a la obligación que pesa sobre Jueces y Tribunales de imponer el comiso junto con la pena que corresponda por la comisión de un delito o falta dolosos.

Una de las novedades más importantes introducidas por el art.127 es la expresa regulación del comiso de la ganancia, que no estaba contemplado en el art.48 del anterior CP. De acuerdo con el art.127, el comiso se extiende a “las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”. Muchos delitos producen un provecho o beneficio para los partícipes o para terceros que no puede entenderse incluido en los efectos del delito, salvo que se utilice un concepto amplio que no ha encontrado acogida en la doctrina.

El fundamento del comiso de la ganancia no coincide con el de los instrumentos y efectos provenientes del delito. Antes al contrario, “lo característico de este comiso es su objeto que, como ganancia o provecho económico, no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna... no se aprecia siquiera una peligrosidad objetiva capaz de contaminar al poseedor de la cosa”⁵⁰. Y es que el fundamento del comiso de la ganancia radica, no en la peligrosidad objetiva, sino en el principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto⁵¹.

Dado el fundamento de este comiso, su aplicación debería exigir como presupuesto únicamente la prueba de que el delito produjo determinados beneficios o un provecho para los partícipes o terceros, y que tales beneficios constituyen un enriquecimiento injusto. Es decir, bastaría con probar la procedencia ilícita del dinero⁵². Sin embargo, el art.127 sólo puede ser aplicado en el supuesto de que se haya impuesto realmente una pena por el delito cometido, lo que, como hemos visto antes, presupone la culpabilidad del autor del hecho. De nuevo nos hallamos ante una laguna de punibilidad en el supuesto de sujetos activos exentos de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad⁵³, o a los que no se impone la pena por concurrir una causa de levantamiento o una causa de exclusión de la misma.

Se admite el comiso de segundo grado o sustitutivo, es decir, el que recae sobre un objeto que ha sustituido al primero⁵⁴. En cualquier caso, en el proceso ha de probarse fehacientemente la procedencia delictiva de las ganancias, ya que la falta de certeza impedirá que puedan ser objeto de comiso.

Para terminar, señalemos que el comiso sólo procede en relación con delitos o faltas dolosos. Se reduce su ámbito de aplicación en comparación con lo establecido en el CP anterior, lo que, sin dejar de ser loable⁵⁵, produce en el ámbito delincencial que nos afecta algunos resultados disfuncionales: baste señalar que será imposible decretar el comiso en el supuesto de un blanqueo imprudente de bienes.

⁵⁰ MANZANARES SAMANIEGO: *La pena de comiso*, cit. pág.620; del mismo autor: *Las penas patrimoniales*, cit. pág.256.

⁵¹ Vid. en este sentido, GRACIA MARTÍN: *Responsabilidad de directivos*, cit. págs.100 y siguiente; del mismo autor: *Instrumentos*, cit. pág.607; del mismo autor en GRACIA MARTÍN (coord.): *Las consecuencias*, cit. págs.439 y siguiente, y 452 y siguiente; MANZANARES SAMANIEGO: *La pena de comiso*, cit. pág.620; del mismo autor: *Las penas patrimoniales*, cit. pág.256;

⁵² Prueba que se exige siempre. Vid. las SSTs 22 febrero (Ar.1553), 4 octubre (Ar.7830) y 9 diciembre 1996 (Ar.8778).

⁵³ Vid. GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN (coord.): *Las consecuencias*, cit. págs.453 y siguiente, quien, después de analizar las disposiciones sobre responsabilidad civil, concluye que no es posible cubrir dicha laguna de ningún modo.

⁵⁴ Cfr. GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. pág.661.

⁵⁵ Los efectos o instrumentos de un delito imprudente no han podido ser ordenados consciente y voluntariamente a la comisión de la infracción penal, por lo que no se justifica su comiso.

3. EL COMISO ESPECÍFICO EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS: EL ART. 374

Hemos visto ya que existe una regulación general del comiso en el art.127, aplicable a todos los delitos y, por tanto, también a los de narcotráfico.

Pero siguiendo el antecedente sentado por el CP derogado (vid. el art.344 *bis e*), introducido por la LO 1/ 1988, de 24 de marzo⁵⁶), dentro de los delitos de tráfico de drogas aparece un precepto específicamente dedicado al comiso de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art.371 (que sanciona el tráfico de precursores), los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos de narcotráfico, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

La primera cuestión que suscita la existencia de dos preceptos dedicados al comiso de los efectos y de las ganancias provenientes del delito, así como de los instrumentos con que se ha ejecutado, es la que hace referencia a la necesidad de un norma específica en materia de tráfico de drogas.

En efecto, hemos visto ya que, en relación con los delitos de tráfico de drogas, la única laguna que produce la aplicación de la regulación general del comiso consiste en no poder considerar efecto del delito ni, por tanto, bien decomisable al objeto material del mismo, lo que, como decíamos, tiene su lógica en el caso de que el mismo pertenezca a la víctima, pero carece completamente de ella cuando el objeto material del delito pertenece a los responsables de la infracción criminal. El comiso de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que venían decretando los Jueces y Tribunales carecía en rigor de cobertura legal hasta la LO 8/ 1992⁵⁷. Era posible, eso sí, apartar las drogas no decomisables de la circulación decretando su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito o su destrucción, en aplicación del art.338 en relación con el art.334 LECrim⁵⁸. El art.374 CP ha cubierto esta importante laguna al mencionar específicamente entre los objetos decomisables “las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, así como los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art.371⁵⁹. Esta alusión expresa a los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art.371 era también necesaria, ya que, como sucede con la droga y el delito de tráfico, se trata del objeto material del delito de tráfico de precursores⁶⁰.

Los efectos provenientes del delito se describen de forma semejante a como lo hace el art.127, así que en este aspecto la regulación específica es redundante.

Ha servido el art.374 para clarificar la cuestión planteada acerca de la posibilidad de decomisar como instrumentos del delito los medios de transporte utilizados en su comisión. El precepto menciona expresamente los vehículos, buques y aeronaves, para terminar con una cláusula de recogida en la que se incluye cualquier clase de bien o efecto que haya servido de instrumento para la comisión del delito⁶¹. Así pues, la por-

⁵⁶ Sobre este precepto, ampliamente, REEG: **Comentario**, cit. págs.455 y siguientes.

⁵⁷ Como señala MANZANARES SAMANIEGO: **Notas**, cit. marg.534.

⁵⁸ Cfr. REEG: **Comentario**, cit. pág.458.

⁵⁹ Señalando esta ampliación del comiso, cfr. MANZANARES SAMANIEGO: **Notas**, cit. marg.534; VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.1671.

⁶⁰ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO: **Notas**, cit. marg.534 y siguiente.

⁶¹ Para VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.1671, esta cláusula de recogida permite abarcar incluso bienes inmuebles.

menorización de los instrumentos decomisables no añade nada a lo que ya establece el art.127. Algún autor ha avanzado la sospecha de que la mención a los instrumentos en el comiso específico en materia de tráfico de drogas pretende evitar la aplicación del principio de proporcionalidad a los mismos⁶². Pero sólo se puede alcanzar esta meta en caso de que no se aplique el principio de proporcionalidad del art.128. Y es que, en efecto, el art.374 carece de una cláusula de proporcionalidad como la contenida en el art.128 en relación a los efectos e instrumentos del delito. No cabe duda, sin embargo, de que los principios contenidos en el art.128 son aplicables también al comiso en el ámbito del tráfico de drogas⁶³, ya que la normativa general contenida en los arts.127 y 128 es supletoria de la especial⁶⁴. Cualquier otra postura podría suponer el dotar al comiso en materia de narcotráfico de un carácter confiscatorio que pondría en duda su propia constitucionalidad.

De esta forma, y en aplicación del principio de proporcionalidad contenido en la regulación general del comiso, los Tribunales vienen negando toda posibilidad de decretar dicha medida sobre los vehículos utilizados cuando se trata de transporte de droga de escaso volumen y peso, que cualquier persona podría llevar encima sin necesitar para ello el auxilio de ningún medio de transporte, y en el vehículo en cuestión no existe ningún habitáculo ni dispositivo especialmente preparado para ocultar la droga. Si concurren estos dos datos, se considera que el uso del vehículo para el transporte de la droga no es más que un elemento accesorio en el modo de comisión del delito, no mereciendo en dicho supuesto la calificación de instrumento para la comisión del delito⁶⁵.

La referencia al comiso de las ganancias obtenidas, cualesquiera que hayan sido las transformaciones que hayan podido experimentar, resulta redundante puesto que se repite lo adelantado por el precepto general. En el CP anterior sí era necesaria esta previsión expresa del comiso de las ganancias. Y es que la novedad más importante que introdujo la regulación del art.344 *bis e*) del anterior CP fue, precisamente, la inclusión de las ganancias obtenidas por la comisión de delitos relacionados con el tráfico de drogas dentro del círculo de objetos decomisables, que no se contemplaba en el precepto general regulador del comiso (art.48)⁶⁶.

De nuevo se excluye el comiso de los bienes que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, aunque aquí, a diferencia de lo que ocurre en el art.127, no se exige que los haya adquirido legalmente, lo que suscita cierta perplejidad ya que se amplían las posibilidades de proceder al comiso de tales bienes en comparación con la regulación general del comiso⁶⁷. Como hemos visto en su momento, la buena fe se presume mientras que la adquisición legal debe ser demostrada.

En lo referente al destino de los objetos decomisados, el art.374. 3 sólo establece que “se adjudicarán al Estado”, de forma que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art.127, los de lícito comercio se venderán, aplicándose su producto a cubrir las res-

⁶² Cfr. REEG: **Comentario**, cit. págs.456.

⁶³ En este sentido, vid. también PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.620; VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES (dir.): **op. cit.** pág.1672. En relación con el CP derogado, por todos, REEG: **Comentario**, cit. págs.456 y siguiente, y 461. Asimismo, también la jurisprudencia ha puesto de relieve esta íntima relación entre la regulación general y la específica del comiso, que obliga a considerar aplicable el principio de proporcionalidad contenido en el art.128 al comiso en el ámbito del tráfico de drogas. Por todas, vid. las SSTs 10 (Ar.5954) y 18 julio (Ar.6069), y 17 diciembre 1996 (Ar.9178), y 28 abril 1997 (Ar.3375).

⁶⁴ Así, PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.622.

⁶⁵ Cfr. la STS 28 abril 1997 (Ar.3375).

⁶⁶ En este sentido, REEG: **Comentario**, cit. pág.459.

⁶⁷ Muy crítico, cfr. MANZANARES SAMANIEGO: **Notas**, cit. marg.523.

ponsabilidades civiles del penado, y los que no sean de lícito comercio recibirán el destino reglamentariamente previsto que, en el caso de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, es su entrega al Servicio de Control de Estupefacientes⁶⁸. Con ello se pretende asegurar que estas sustancias, que pueden causar daño a la salud y alcanzar un alto precio en el mercado negro, queden debidamente custodiadas, evitando que caigan en manos de terceros como consecuencia de un innecesario paso por diversas oficinas públicas. La Consulta 2/ 1986 de la Fiscalía General del Estado sobre ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes ha especificado que “serán entregados en depósito, pero a disposición judicial, en los servicios farmacéuticos dependientes de la Dirección General de Farmacia y Productos sanitarios adscritos a las Direcciones Comisionadas o Direcciones Provinciales de Sanidad y Consumo de cada Comunidad Autónoma”. Recuérdese que el art.263 *bis* LECrim contiene una autorización expresa de la entrega vigilada de drogas.

La Ley 36/ 1995, de 11 de diciembre, de creación de un fondo procedente de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos, establece en su art.5 las pautas que se deben seguir en la ejecución de comisos⁶⁹. Como fines a los que se destinará el fondo citado se establecen: los programas de prevención de las toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos; la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere la ley y la cooperación internacional en la materia. El art.3 del mismo texto legal determina los organismos e instituciones que podrán ser destinatarios y beneficiarios del producto de los bienes, efectos o instrumentos decomisados.

Ya por último, se ha de tener en cuenta también lo establecido en la Ley 3/ 1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, cuyo desarrollo reglamentario se ha producido mediante Real Decreto 865/ 1997, de 6 de junio⁷⁰.

La doctrina ha cuestionado la compatibilidad del comiso en el ámbito del tráfico de drogas y de la multa proporcional que se puede imponer en aplicación de los arts.368 a 372, ya que, en atención al art.377, para la determinación de la cuantía inicial de la multa se ha de atender al valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos que, de acuerdo con dicho precepto, “será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”. Este criterio ha suscitado innumerables interrogantes, en particular en relación con su legitimidad en el ámbito penal ya que supone una quiebra del principio de culpabilidad por el hecho propio de difícil justificación, incluso en ámbitos delictivos como el que nos ocupa, en el que el nivel de beneficios es enorme⁷¹.

⁶⁸ Art.31 de la Ley 17/ 1967, de 8 de abril.

⁶⁹ Decretada la firmeza de una sentencia derivada del enjuiciamiento de los delitos a los que se refiere la ley, el órgano judicial competente cursará la correspondiente orden de transferencia para que sean ingresadas en el Tesoro Público las cantidades oportunas especificando que el ingreso deriva del comiso. También se han de especificar, de acuerdo con lo dispuesto en el art.3. 2, que los bienes, efectos e instrumentos que, de acuerdo con lo dispuesto en el art.374, hubiesen sido utilizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o por el Servicio de Vigilancia Aduanera al ser adjudicados al Estado podrán quedar definitivamente adscritos a los mismos.

⁷⁰ Vid. el breve resumen de sus disposiciones que ofrecen GANZENMÜLLER, C./ FRIGOLA VALLINA, J./ ESCUDERO MORATALLA, J. F.: **El comiso. Examen del artículo 374 del Código Penal**. “RGD” núms.640-641, 1998, págs.95 y siguientes.

⁷¹ En sentido crítico, vid. VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. págs.1683 y siguiente.

Está acumulación del comiso y de la multa proporcional ha sido tildada de “confiscación general de bienes” desde autorizados sectores doctrinales⁷², afirmándose incluso que supone una ruptura del principio “*non bis in idem*”⁷³. Piénsese que, en conductas de tráfico a gran escala, el comiso priva al sujeto activo del montante patrimonial relacionado de cualquier modo con el delito, mientras que la multa proporcional parte del valor real de mercado de los efectos e instrumentos, pero lo que es más importante, del valor real de mercado del objeto material del delito, es decir, de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. La cuantía inicial de la que debe partir la multa proporcional puede situarse, siguiendo este criterio, en cifras desorbitadas que escapan a cualquier posible limitación en atención al principio establecido con carácter general por el art.52⁷⁴.

Como señalan VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA⁷⁵, “todo ello quizá pudiera evitarse recurriendo a la aplicación *excepcional* de los baremos relativos al precio final del producto y a la previsión futurible de ganancias, en favor de la más sensata referencia a la recompensa o ganancia efectivamente obtenida, criterio por lo demás igualmente contenido en el precepto, que pese al tono imperativo mantiene potestades de discrecionalidad judicial sobre la preferencia por uno u otro factor de valoración”. Ahora bien, la naturaleza y el fundamento de ambos institutos es diversa, ya que la multa proporcional, como pena que es, responde a los fines de prevención general y especial, mientras que el comiso, como consecuencia accesoria, se fundamenta, por un lado, en la peligrosidad objetiva de los efectos provenientes del delito o de los instrumentos utilizados en su comisión, y por otro, en la prohibición del enriquecimiento injusto. Sin embargo, el distinto fin último a que se destinan el producto de la multa proporcional y el del comiso si perjudica la satisfacción efectiva de las indemnizaciones pertinentes⁷⁶.

Y si hasta ahora hemos visto que la redacción del art.374. 1 no es especialmente afortunada, lo mismo cabe afirmar, aunque con mayor contundencia, en lo que se refiere al apartado segundo de este precepto, que introduce una previsión que no aparece en la regulación general del comiso: se autoriza a la autoridad judicial a aprehender y poner en depósito los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, desde el momento de las primeras diligencias, a fin de garantizar la efectividad del comiso. Pero no sólo esto, sino que “dicha autoridad podrá acordar asimismo que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas”. Este párrafo tiene su origen en la propuesta de modificación del art.344 *bis e*) del anterior CP realizada por la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas en la Memoria correspondiente al año 1991, que reconocía, sin embargo, que en la práctica las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado ya estaban autorizados para utili-

⁷² Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: **Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas**. Madrid, 1989, págs.108 y siguiente; REEG: **Comentario**, cit. pág.462.

⁷³ Matizando, REEG: **Comentario**, cit. págs.462 y siguiente.

⁷⁴ Este precepto señala que en aplicación de la multa proporcional “los Jueces y Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, considerando para determinar su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable”.

⁷⁵ En QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.1684.

⁷⁶ Como señalan, entre otros, VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.1672. Recordemos que los bienes y efectos decomisados se adjudican al Estado, tal y como prevé la Ley 36/ 1995, de 11 de diciembre, sobre la creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, y su dedicación exclusiva a tareas de prevención y represión del narcotráfico, así como de rehabilitación de toxicómanos.

zar tales bienes, efectos e instrumentos tomando como base legal disposiciones de la LEC y del Real Decreto de 15 octubre 1976, sobre conservación y destino de las piezas de convicción.

Estamos ante una suerte de medida cautelar previa a la sentencia condenatoria⁷⁷, que plantea un cierto número de cuestiones⁷⁸. En primer lugar, nos hallamos ante una regulación más propia del Derecho procesal penal que del Derecho penal. En segundo lugar, no queda clara la relación entre el art.374. 2, cuya aplicación queda a discreción del Juez o Tribunal, y los arts.334 y siguientes y 786. 2 a) LECrim, que regulan actuaciones similares, pero obligatorias. Y ya por último, se afirma que la deficiencia principal de este precepto radica en que no se mencionan las ganancias que, en cambio, sí forman parte del círculo de objetos decomisables⁷⁹.

En cualquier caso, el depósito de los bienes habrá de practicarse en la forma legalmente prevista en razón de la naturaleza de los bienes sobre los que recaiga, debiendo notificarse a los interesados, que serán oídos sobre el particular. Desde ese momento, los terceros pueden intervenir en el proceso, nombrando letrado y procurador si fuera necesario, para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto, tanto a su instancia como a instancia de las demás partes personadas en la causa, llegando su intervención, lógicamente, a la formulación de calificaciones provisionales o escrito de defensa, con la pertinente proposición de pruebas, bien que limitadas a la defensa exclusiva de sus derechos. A falta de una concreta previsión legal sobre el particular, pueden aplicarse por analogía las normas previstas en los arts.615 y siguientes LECrim para los supuestos de responsabilidad civil de terceras personas, formando pieza separada. Por su parte, los Tribunales de instancia podrán acordar, en su caso y también por razones de analogía, la suspensión del juicio oral y la práctica de la pertinente instrucción suplementaria para subsanar las posibles deficiencias advertidas en la fase de instrucción que afecten a la materia examinada (art.746. 6 LECrim.).

Por cuanto se refiere a la utilización provisional de los bienes, efectos o instrumentos decomisados por la Policía judicial, mientras se sustancia el procedimiento, ha de señalarse que aunque puede facilitar el que se consigan mejores resultados en la lucha contra el narcotráfico⁸⁰, supone una equiparación del acusado con el condenado al no exigirse que haya recaído sentencia firme para poder autorizar esta utilización⁸¹. Y esta crítica no se sortea simplemente afirmando que si se demuestra la inocencia del acusado, habiendo sido sus bienes utilizados, éste tendría derecho a una indemnización por los daños y perjuicios en caso de que éstos hubieran sufrido algún deterioro o menoscabo.

En fin, como resumen de lo dicho baste señalar que la regulación específica del comiso que hemos analizado responde a la observación de que el tráfico de drogas existe en la medida en que constituye una fuente de enormes beneficios, razón por la cual es necesario privar a las personas que se dedican a dicha actividad del provecho patri-

⁷⁷ Cfr. VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. págs.1672 y siguiente.

⁷⁸ En su exposición seguimos a REEG: **Comentario**, cit. pág.464.

⁷⁹ REEG: **Comentario**, cit. pág.464.

⁸⁰ Como se afirmó durante la tramitación parlamentaria, en la que se puso de manifiesto que la introducción de esta medida constituía un acierto porque en algunos casos los delincuentes cuentan con medios más eficaces que la propia policía.

⁸¹ En este sentido, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: **La última reforma del Código penal en materia de drogas**. "RGD" núm.583, 1993, pág.2729.

monial que han obtenido a través de ella, con lo que se consigue también impedir que los capitales ilícitamente obtenidos sean destinados a alimentar el mismo ciclo delictivo que los produjo⁸².

4. EL COMISO ESPECÍFICO EN EL ÁMBITO DE LA LO 12/1995, DE 12 DE DICIEMBRE, DE REPRESIÓN DEL CONTRABANDO: EL ART. 5

El art.5 de la LO 12/ 1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, regula el comiso en este ámbito, que también es de gran relevancia para el tráfico de drogas. A continuación se describen las características más importantes de este precepto, así como los puntos en que se distingue de los arts.127 y 374 del CP de 1995.

Hasta 1982 el comiso constituía en este ámbito una sanción administrativa⁸³. La LO 7/ 1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando, le atribuyó la naturaleza jurídica de pena, en consonancia con el comiso regulado en el art.48 del CP 1944/ 73 que, como sabemos, era también una pena accesoria. Consecuencia de esta caracterización del comiso en la LO 7/ 1982 fue, como ocurrió con el regulado por el CP, que sólo podía imponerse cuando el sujeto activo había sido condenado a una pena, pero no en otro caso, y que únicamente cabía decomisar los bienes que no pertenecieran a un tercero de buena fe no responsable del delito⁸⁴.

En cuanto a los objetos decomisables, el art.5 de la LO 12/ 1995 efectúa una enumeración muy amplia que cabe clasificar en tres grupos⁸⁵:

a) el objeto material del delito: se mencionan expresamente “las mercancías que constituyan el objeto del delito” (letra a);

b) los instrumentos del delito, es decir, “los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos” (letra b), y “los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en éste, y el Juez o el Tribunal competente estimen que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando” (letra c), así como “cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito” (letra e);

c) “las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar” (letra d).

Como cabe observar, y a diferencia de lo que ocurre con el comiso previsto en el art. 127, se alude expresamente como objeto del comiso al objeto material del delito que,

⁸² En este sentido, cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: **Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/ 1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas**. “ADPCP” 1993, pág.617.

⁸³ Cfr. art.27 de la Ley de Contrabando, en la versión del Decreto 2166/ 1964, de 16 de julio, que la adaptaba a la Ley General Tributaria.

⁸⁴ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: **Comiso**. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): **Comentarios a la Legislación penal. Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando**. Madrid, 1984, pág.416; REEG: **Comentario**, cit. págs.452 y siguiente.

⁸⁵ Seguimos la exposición de REEG: **Comentario**, cit. págs.453 y siguiente.

en el caso de contrabando de drogas estará constituido por las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Recordemos que esta mención específica al objeto material se efectúa también en el caso del comiso específico en el ámbito del tráfico de drogas.

La mención a los instrumentos del delito es enormemente comprensiva⁸⁶. Es de destacar que la cláusula de proporcionalidad se limita aquí al comiso de los instrumentos del delito que consistan en medios de transporte⁸⁷. Por cuanto se refiere a este aspecto, debe señalarse que el CP es supletorio de lo previsto en la LO 12/ 1995, de Represión del Contrabando (disposición final primera), así que la cláusula de proporcionalidad ha de aplicarse tanto a los efectos como a los instrumentos del delito, aunque si se trata de medios de transporte los términos de la comparación son el valor del medio de transporte y el importe de las mercancías objeto de contrabando, mientras que en general dichos términos serán el valor de los efectos o instrumentos y la naturaleza o gravedad de la infracción penal⁸⁸.

De acuerdo con el art.5. 3, “no se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe”. Como cabe observar, se exigen dos requisitos: que sean de lícito comercio y que hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe. Téngase en cuenta que el CP no distingue entre géneros de lícito comercio y géneros prohibidos, de forma que se introduce aquí una importante diferencia que, sin embargo, es poco relevante cuando hablamos de contrabando de drogas, ya que en este supuesto, y con la excepción, quizás, del contrabando de algunos precursores, estaremos siempre ante géneros prohibidos que no pueden ser adquiridos de buena fe por un tercero. Ahora bien, si no estamos hablando del objeto material del delito sino de los efectos e instrumentos, se establece un claro límite a la efectividad del comiso, ya que en el supuesto de que se trate de efectos e instrumentos de lícito comercio que hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe no podrán ser decomisados.

Y ya para finalizar, cabe preguntarse qué ocurre cuando estamos ante un contrabando de drogas. Nos encontramos ante un concurso de normas relativas al comiso que puede resolverse con la aplicación de la normativa contenida en la LO 12/ 1995, de Represión del Contrabando, como ley especial, siendo supletorio el art.374 del CP, y supletorio de éste, a su vez, el art.127, que contiene la regulación general del comiso.

⁸⁶ Vid. críticamente, con razón, MANZANARES SAMANIEGO: **Comiso**. cit. pág.424.

⁸⁷ Sobre las perplejidades que ha suscitado esta contraposición entre lo previsto en la regulación general del comiso y en esta regulación específica, vid. ampliamente MANZANARES SAMANIEGO: **Comiso**. cit. págs.425 y siguiente.

⁸⁸ MANZANARES SAMANIEGO: **Comiso**. cit. pág.428, afirma que el criterio seguido en el CP se puede extender al delito de contrabando siempre que favorezca al reo.