

LA REGULACIÓN DEL COMISO EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS COMISOS ESPECÍFICOS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS, BLANQUEO DE BIENES Y CONTRABANDO

(Artículo publicado en la *Revista Peruana de Ciencias Penales* núm.20, 2008, págs.139 a 186)

Patricia Faraldo Cabana
Profesora titular de Derecho penal
Universidade da Coruña

Sumario: I. Introducción. II. La regulación general del comiso. III. Los comisos específicos. 1. El comiso específico en los delitos de tráfico de drogas. 2. El comiso específico en los delitos de blanqueo de bienes. 3. El comiso específico en los delitos de contrabando.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de combatir eficazmente la criminalidad organizada, y en especial el narcotráfico y el blanqueo de bienes, ha hecho que desde hace unos años 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"¹. El valor del comiso como mecanismo de lucha contra esta delincuencia, afirmado inicialmente por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988², ha sido ampliamente aceptado a nivel internacional³, extendiéndose su uso a otros muchos

¹ 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, p. 15.

² En su preámbulo señala que las partes están "decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad", propósito, a su vez, recogido también en el preámbulo de la Ley Orgánica (en adelante, LO) 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal español en materia de tráfico ilegal de drogas, que apunta que "se ha abierto paso ya en el contexto internacional la convicción de que tras las conductas delictivas relacionadas con el mundo de la droga, no existe sino la realización de un gran negocio económico", estableciéndose como medio apropiado de lucha contra esta criminalidad "la reducción y eliminación de los beneficios económicos".

³ El art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la criminalidad transnacional organizada, de 12 de diciembre de 2000, se dedica al comiso del producto de todos los delitos que abarca, mientras que el art. 13 regula la cooperación internacional para fines de comiso. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, abierta a la firma en la Conferencia Política de Alto Nivel celebrada en Mérida (México) del 9 al 11 de diciembre de 2003, regula el comiso bajo principios semejantes en su art. 31. En el marco del Consejo de Europa, destaca el Convenio de Varsovia, de 16 de mayo de 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, que recoge el anterior Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Por su parte, la Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado, insiste en la importancia del embargo, comiso y confiscación de las ganancias procedentes del delito como medio de lucha contra esta delincuencia. En la Unión Europea son de particular relevancia, por un lado, la Acción Común 98/699/JAI, de 3 de

delitos no relacionados con drogas. Y es que toda forma de delincuencia con motivación económica se presta al comiso. A ello se añade que las enormes posibilidades ofrecidas por la actual estructura financiera mundial han favorecido la proliferación de comportamientos que aspiran a introducir en el tráfico económico legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinados delitos, es decir, que pretenden el blanqueo⁴ de los bienes procedentes del narcotráfico, pero también de todo tipo de conductas delictivas especialmente lucrativas. Estamos ante un fenómeno de alcance internacional, ya que tanto los delitos de los que provienen los bienes como las actividades blanqueadoras no se circunscriben, por regla general, a un único país, sino que traspasan las fronteras nacionales⁵. Esta constatación ha dado lugar tanto a la aprobación de medidas legislativas por parte de los países afectados, como también a la adopción de iniciativas a nivel internacional con la finalidad de impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados, así como la coordinación de las actividades de lucha contra el blanqueo. El sector penal del Ordenamiento jurídico español no ha permanecido al margen de esta tendencia, introduciendo en el Código penal de 1995 el delito de blanqueo de bienes procedentes de la comisión de un delito y modificando profundamente la regulación del comiso por medio de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

Al estudio del comiso se dedicarán las siguientes páginas, con la advertencia de que parto en todo caso de la regulación general, aplicable a todo tipo de delitos, para centrarme posteriormente en las particularidades que presenta en relación con los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando. En el Derecho penal español existen cuatro normas que hacen referencia al comiso. Aparte del art. 127 CP, que contiene la regulación general del

diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; por otro, la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al mismo tema, que sustituye a la Acción Común; más recientemente, la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, sobre ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas; 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; y la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

Detalles sobre estos y otros instrumentos internacionales pueden encontrarse en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ministerio del Interior/ Dykinson, Madrid, 2005, pp. 171-176.

⁴ En las siguientes páginas haré uso del término "blanqueo", pese a las críticas que ha suscitado por parte de algunos autores que lo consideran un "neologismo", en palabras de VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Vol. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1461, "más propio de la jerga periodística que de un Código Penal", como señala BAJO FERNÁNDEZ, M., "Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos", en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 146. Lo utilizaré por dos razones fundamentales: la primera, porque ha recibido el respaldo que supone su uso en el lenguaje comunitario, como demuestra el texto en español de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, y la segunda, porque también es el término escogido por el legislador español a la hora de redactar el Código penal de 1995.

⁵ Es una afirmación habitual en la doctrina. Vid. por todos SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., "Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española", *Cuadernos de Política Criminal* núm.58, 1996, pp. 125-126.

comiso, y de los arts. 301 y 302 CP, que contienen la regulación específica del comiso en el blanqueo de bienes, con remisión al art. 374 CP, el cual, siguiendo la tónica establecida por el Código penal de 1944/73, amplía considerablemente el ámbito de aplicación del comiso en materia de tráfico de drogas, 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.

También existe una regulación específica del comiso en los delitos contra la seguridad del tráfico, en concreto en el delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás, pero se limita a indicar que “el vehículo a motor o el ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el artículo anterior, se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código” (art. 385 CP), por lo que se aludirá a ella en el marco de este último precepto, que le es aplicable a todos los efectos. Por último, el art. 431 CP, aplicable a los delitos de cohecho y tráfico de influencias, dispone que “las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso”, declaración que, a diferencia de la que se realiza en los delitos contra la seguridad del tráfico, no resulta redundante, como veremos.

II. LA REGULACIÓN GENERAL DEL COMISO

Pues bien, en el Código penal 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 bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar (art. 127.1 CP, incluido en el Título VI, que lleva por rúbrica "De las consecuencias accesorias")⁶.

La ardua discusión doctrinal suscitada en torno a la cuestión de la naturaleza jurídica del comiso ha sido resuelta por el legislador de 1995: no se trata ni de una pena, como se establecía en el anterior Código penal⁷ y siguen manteniendo hoy en día algunos autores⁸, ni de una medida de seguridad, según sostenían otros⁹, pero tampoco de una medida de naturaleza civil o administrativa, como afirmaba un sector doctrinal¹⁰; antes bien, estamos ante una consecuencia

⁶ Sobre los antecedentes legislativos, vid. ampliamente, CERESO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004, pp. 17-21; 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)*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 444 ss.

⁷ Vid. por todos, REEG, A. R., "Comentario", cit., p. 446.

⁸ Por ej., BACIGALUPO, S., *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 87.

⁹ Vid. la amplia bibliografía de partidarios de esta tesis que aporta MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comiso. Artículo 5", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando*, Edersa, Madrid, 1984, p. 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*, Bosch, Barcelona, 1986, pág.98; el mismo autor en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 540-542; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "La pena de comiso en el Proyecto de Código penal", *ADPCP II*, 1981, pp. 616 ss.

¹⁰ Señalaba MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "La pena de comiso", cit., p. 620, que "la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una "medida de no tolerancia de una ilícita

accesoria del delito¹¹, lo que permite su aplicación tanto al sujeto que habiendo realizado una acción típica y antijurídica es declarado exento de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad, como a quien se le aplique una causa de levantamiento o de exclusión de la pena, pasando por los terceros no responsables penalmente por el delito cometido.

La regulación del comiso en el Código penal de 1944/73, que lo configuraba formalmente como una pena accesoria, suponía, por una parte, que no era aplicable a los exentos de responsabilidad criminal¹², 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 lugar con respecto a bienes, medios, instrumentos y efectos de su pertenencia, pero en ningún caso cuando dichos objetos eran propiedad de un tercero no responsable del

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, L., *Responsabilidad de directivos*, cit., p. 101; el mismo autor en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., p. 552. También mantiene esta posición CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 33.

¹¹ 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, p. 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"; también en LUZÓN PEÑA, D.-M., "Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales", en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y otros (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 545 ss. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG, S./ MUÑOZ CONDE, F., "Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal* núm.18, 1982, p. 613, quienes consideran el comiso como una consecuencia "sui generis" del delito que se ha de prever en un Capítulo separado, en el que incluyen también la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos. Vid. también FERNÁNDEZ PANTOJA, P., "De las consecuencias accesorias", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 945-946; de la misma autora, "Artículo 127", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 987-992; GALLEGO SOLER, J.-I., *Los delitos de tráfico de drogas. II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 281-282; GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., pp. 656-657; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 352; RAMÓN RIBAS, E., "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria", *Estudios Penales y Criminológicos XXIV*, 2002-2003, *pássim*; del mismo autor, "La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?", en FARALDO CABANA, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 219 ss; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada*, cit., p. 179.

¹² Así, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 25; GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos*, cit., pp. 96-97; el mismo autor en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., pp. 540-542; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "La pena de comiso", p. 617; del mismo autor, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", *Actualidad Penal* 1997-1, marg.521.

delito¹³. El primer defecto señalado, que se mantuvo en la redacción original del art. 127 CP, pues a pesar de configurarse como una consecuencia accesoria era imposible aplicarla a los exentos de responsabilidad criminal, al ir asociada siempre a una pena, se ha corregido por medio de la LO 15/2003, que introduce un apartado 3º en el art. 127 CP. Por lo demás, tratándose de una pena accesoria era imposible aplicarla a terceros ajenos al delito, lo que daba lugar a una importante laguna, por ej. al no poder imponerse en los casos de comisión de un delito a través de una persona jurídica con instrumentos que pertenecían exclusivamente a ésta, ya que la persona jurídica es un tercero respecto del responsable del delito, o cuando los instrumentos pertenecían a una persona física penalmente irresponsable¹⁴.

El comiso es una medida de naturaleza penal¹⁵, 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 ganancias¹⁶. Además, ya es posible aplicar el comiso aunque el sujeto activo sea una persona exenta de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad. En efecto, aunque el art. 127 CP sigue señalando que "toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo" el comiso, lo que obligaría a afirmar que es necesario que al sujeto se le haya impuesto una pena¹⁷, es decir, que haya realizado una conducta culpable, dado que sin culpabilidad no puede imponerse ninguna pena, en la actualidad el párrafo tercero del art. 127 CP añade que "el juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial

¹³ En este sentido, señalando las lagunas de punibilidad que se producían, GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos*, cit., p. 97; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Notas", cit., marg.521, criticando la corriente jurisprudencial que, sin apoyo legal, decretaba el comiso de cosas de ignorado propietario.

¹⁴ Así, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., pp. 559-560.

¹⁵ Sobre esta calificación y sus consecuencias, vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 25-30; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El comiso", *La Ley* 2002-3, pp. 1566-1567.

¹⁶ Cfr. entre otros CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 34; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., p. 40; GRACIA MARTÍN, L. (dir.), *Lecciones*, 4ª ed., cit., p. 497; PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal", *Actualidad Penal* 2003, margs.985-986; RAMÓN RIBAS, E., "La respuesta", cit., pp. 225 ss. Extensamente sobre la peligrosidad objetiva del bien como presupuesto del comiso, vid. RAMÓN RIBAS, E., "La transformación jurídica", cit., pp. 546 ss.

¹⁷ Como correctamente señalaban, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., p. 44; GALLEGOS SOLER, J.-I., *Los delitos de tráfico de drogas. II*, cit., pp. 283-284; GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 657; o SALAS CARCELLER, A., "Consecuencias accesorias", *Cuadernos de Derecho Judicial XXIV*, 1996, p. 328, poniendo de relieve las incongruencias a que ello conducía. Como había puesto de relieve GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 447-448, "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". Vid. también PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 612.

ilícita". Al poder evitar en estos casos la vinculación del comiso a la pena se evitan las consecuencias disfuncionales de esa vinculación¹⁸. También 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 acusado antes de la sentencia firme de condena¹⁹, o prescripción del delito²⁰.

La regulación del comiso en el art. 127 CP plantea otro problema. El comiso es, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias²¹, una medida de potestativa utilización por los Jueces o Tribunales. De acuerdo con esta opinión, el comiso se configura como una

¹⁸ Como proponía en su día, entre otros, SALAS CARCELLER, A., "Consecuencias accesorias", cit., p. 329. Ahora bien, apunta PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación", cit., marg.987, que "al afirmar que el comiso podría decretarse aun cuando no se imponga pena "a alguna persona", parece darse a entender que no existe una auténtica pérdida de vinculación entre comiso e imposición efectiva de una pena, sino que únicamente en aquellos casos en que exista una pluralidad de autores, o autor/es más partícipe/s, cabría aplicar el comiso aunque no todos los intervinientes en el delito resultasen penados, pero verificándose siempre, al menos, la imposición de una condena a uno de ellos. Si el legislador quería excluir totalmente el requisito de imposición de pena como presupuesto de aplicación del comiso, debería decir que tal medida se decretará aunque no se imponga pena a persona alguna, esto es, a nadie...". Gramaticalmente el razonamiento es impecable. Desde un punto de vista sistemático, no obstante, hay que apuntar que si ese fuera el entendimiento correcto de la reforma, lo cierto es que no supondría cambiar nada respecto de lo que ya había, por lo que para dotar de sentido al nuevo texto no queda otra opción que entender que se soluciona el problema apuntado desvinculando la imposición del comiso y de la pena. En este sentido vid. RAMÓN RIBAS, E., "La respuesta", cit., pp. 230-231. También ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 584-585; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?", *La Ley* 2007-1, pp. 1673-1674.

¹⁹ Ampliamente, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso", cit., pp. 1674-1675. 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, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 657. Antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 15/2003, la STS de 24-2-2003 (Ar.2510) había afirmado en el FJ 9º la imposibilidad de decomisar bienes cuando el sujeto fallece antes de la sentencia.

²⁰ Señala PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación", cit., marg.988, que en el caso de extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito tampoco es posible imponer el comiso, pues "si ya no va a existir ni juicio ni sentencia, tampoco podrá decretarse el comiso". En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 355. Puntualiza, no obstante, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso", cit., pp. 1675-1676, con razón, que "cuando la prescripción sea alegada, al menos, en una fase avanzada del juicio oral, podrá llegar el Juez o el Tribunal a la convicción de que el acusado ha realizado una conducta típica y antijurídica. En este caso, no debería existir inconveniente para que en la sentencia, además de pronunciarse sobre la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito, el órgano jurisdiccional decretara el comiso de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción penal, o, en su defecto, el de otros bienes por un valor equivalente". En el mismo sentido, DELGADO LÓPEZ, L. M., "El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas", en CIMÁS GIMÉNEZ, M. C. (Dir.), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Manuales de Formación Continuada 37-3006, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 332-333.

²¹ Cfr. entre otras las SSTS de 20-1-1997 (Ar.820) y 28-4-1997 (Ar.3375). Vid. también la SAP

medida de imposición potestativa 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 preparación o ejecución se han utilizado bienes, medios o instrumentos o se han obtenido ganancias²². En mi opinión, sin embargo, estamos ante una medida de imposición obligatoria una vez que han sido probados todos los presupuestos que le sirven de base, entre los que se encuentra la proporcionalidad de la medida, que, por supuesto, pueden y deben ser objeto de contradicción durante el proceso²³.

Podría alegarse que esta tesis amplía en exceso los supuestos de aplicación de esta consecuencia accesoria. Cabe, no obstante, una interpretación teleológica que restrinja la aplicación del comiso de efectos e instrumentos a los casos en que la cosa sea peligrosa y exista la probabilidad de que sea utilizada en el futuro en la comisión de nuevos delitos²⁴.

En todo caso, sigue siendo necesaria la petición expresa (no una mera petición genérica) en el juicio, con referencia a objetos concretos, ya que las partes han de poder debatir la existencia de los presupuestos que le sirven de base²⁵, razón por la cual también la sentencia

de Jaén de 14-3-1996 (ARP 1996\233).

²² Así, vid. PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 611, quien alega a su favor el art. 79 CP, apuntando 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 CP 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, en mi opinión el art. 79 CP 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. También MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias*, cit., p. 353, si bien en la p. 354 señala que el comiso "es una consecuencia postdelictual de aplicación automática".

²³ En este sentido, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El comiso", cit., p. 1564.

²⁴ Así, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., pp. 563-564; o PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 610, aludiendo al principio de proporcionalidad. Parece que también CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., pp. 55-56. En contra, apoyándose en el carácter imperativo de los verbos empleados en la regulación del comiso, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El comiso", cit., p. 1565.

²⁵ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., pp. 72-73; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 32-33; GALLEGO SOLER, J.-I., *Los delitos de tráfico de drogas. II*, cit., pp. 285 ss; GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 658; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El comiso", cit., p. 1565; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias*, cit., p. 353; PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 616-617. También la Circular 2/2005, de 12 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, apartado V.6.

Vid. la STS de 20-1-1997 (Ar.187), que analiza 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. En el mismo sentido, negando que se pueda aplicar el comiso por tratarse de una cuestión que no fue introducida en el proceso en su momento, la STS de 28-10-1993 (RJ 1993\7984), que incluso niega el comiso cuando se hizo una petición genérica de comiso de los instrumentos del delito, por no haber precisado de qué objetos se trataba; igualmente, las SSTS de 29-11-1995 (Ar.8958) y 13-10-1997 (Ar.7710), y las SSAP de Granada de 17-10-1996 (ARP 1996\772), y de Córdoba de 10-11-2001 (ARP 2002\63), entre

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 expresamente²⁶. De no hacerse así, la sentencia es nula por violación del art. 24 CE.

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. Tendrá derecho a abogado y procurador si no los tiene (art. 652 LECrim). Cuestión distinta es si ejerce o no su derecho. Si decide no hacerlo, no puede alegar posteriormente indefensión²⁷. Tampoco existe indefensión cuando, habiéndose solicitado el comiso por un delito, se condena por otro homogéneo, pues lo que importa es que los efectos provengan de la comisión de una infracción y que el comiso se haya solicitado expresamente²⁸.

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 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)²⁹.

Ya por cuanto se refiere a la aplicación del comiso a los efectos, instrumentos, bienes y ganancias pertenecientes a un tercero no responsable del delito que, como veíamos, no era posible de acuerdo con el art. 48 CP 1944/73, en la actualidad sigue estando vetada siempre que pertenezcan "a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente". En el tercero deben concurrir dos circunstancias para que pueda evitar la imposición de esta consecuencia accesoria: debe actuar de buena fe³⁰ y haber adquirido otras.

Ahora bien, otra línea jurisprudencial entiende que no se quiebra el principio acusatorio cuando se decreta el comiso sin ser previamente pedido, ya que acompaña necesariamente a una pena. Cfr. la STS de 13-10-1997 (Ar.7018).

²⁶ En la doctrina, por todos, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., p. 31. En la jurisprudencia, vid. la STS de 7-11-1991 (Ar.7969), que no impone el comiso porque el Tribunal omitió en su día este pronunciamiento, entendiendo el Tribunal Supremo que no ha lugar a mantenerlo sobre la base de una especie de presunción.

²⁷ Así, la STS de 30-5-2007, FJ 20º, donde se señala que "lo esencial no es que haya sido parte en el procedimiento sino que haya tenido la oportunidad de serlo, lo importante es que el órgano jurisdiccional concediera al titular de los bienes objeto del comiso, la oportunidad para contradecir y defenderse".

²⁸ Así, la SAP de Madrid de 11-7-2003 (ARP 2003\783), en un caso en que se acusaba por delito relativo a la propiedad intelectual pero se condenó por delito contra la propiedad industrial, imponiéndose el comiso.

²⁹ En este sentido, vid. por todas la STS de 20-1-1997 (Ar.187).

³⁰ 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, J. L., "Notas", cit., marg.522. Vid. la postura de GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., p. 564, 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". Critica la amplia protección que se otorga al tercero de

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"³¹, amén de que su ausencia en la regulación del comiso específico de los delitos de tráfico de drogas e, indirectamente, de blanqueo de bienes, puede dar lugar a situaciones ciertamente injustas.

En cualquier caso, debe negarse rotundamente que el precepto tolere el comiso de bienes cuya procedencia lícita no haya podido ser demostrada por el propietario, ya que ello constituiría una violación flagrante del principio de presunción de inocencia³².

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 impugnable³³.

No existe buena fe cuando el tercero ha adquirido los efectos, instrumentos o ganancias con conocimiento de su origen delictivo, o bien cuando por las circunstancias de la adquisición hubiera podido y debido prever la posibilidad del origen delictivo³⁴. Tampoco hay buena fe cuando el tercero ha facilitado culposamente la ejecución del delito proporcionando el instrumento comisivo³⁵, ni cuando conoce las actividades delictivas del responsable y sabe que utiliza recursos procedentes de la comisión de delitos para adquirir bienes³⁶. 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 tercero³⁷. En el supuesto de que se demuestre la inexistencia de buena fe, el tercero puede ser condenado como autor de un delito de receptación (art. 298 CP), e incluso de un delito de blanqueo de bienes (arts. 301 y siguientes CP), siempre que se den los requisitos de los respectivos tipos delictivos.

Cuando en la actuación del tercero no ha existido mala fe no es posible decretar el comiso³⁸. En este caso hay que distinguir, en mi opinión, dos situaciones diversas: si el tercero

buena fe incluso en los casos en los que el comiso se fundamenta en la peligrosidad objetiva de las cosas, con razón, AGUADO CORREA, T., *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000, p. 51.

³¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Notas", cit., marg.533.

³² Cfr. GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 662.

³³ Vid. el art. 5 sección 7ª de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, y NACIONES UNIDAS, "Prevención", cit., p. 17.

³⁴ En este sentido, por todos, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias*, cit., p. 454. En contra vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 58, quien considera inconveniente realizar una interpretación extensiva, apuntando que "la afección excepcional del comiso a terceras personas hace recomendable exigir unas garantías rigurosas, que en este supuesto se concretan en el conocimiento directo de que los bienes que poseen proceden o fueron utilizados en unos delitos concretos".

³⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Notas", cit. marg.533.

³⁶ En este sentido, la STS de 15-7-2003 (Ar.5386).

³⁷ En este sentido, cfr. PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit. p. 614. Vid. la STS de 20-1-1997 (Colex 56).

³⁸ En mi opinión, esta regla no tiene excepciones, ni siquiera en el caso del art. 431 CP, respecto del cual se ha apuntado en alguna ocasión que su razón de ser radica en el uso de la

de buena fe 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. 122 CP³⁹, regulador de una figura de responsabilidad civil basada en el enriquecimiento sin causa⁴⁰. Ahora bien, el art. 122 CP 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 obtenidas⁴¹. Pero aun en caso de no aceptarse este entendimiento amplio sería aplicable la regulación general del enriquecimiento sin causa en el Código civil⁴².

En los casos de titularidad compartida entre el tercero de buena fe y el responsable del delito sólo puede decretarse el comiso parcial de los bienes, salvo que se demuestre que se dan los requisitos necesarios para acordar el comiso de la totalidad⁴³.

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 C.c.).

En lo referente al destino de los efectos, instrumentos, bienes y ganancias decomisados, señala el mismo art. 127 CP que "se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa 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 CP, excluyéndose, por tanto, que el producto de la venta pueda aplicarse a pagar la multa proporcional que se le imponga al

expresión "en todo caso", que indicaría que no es preciso que la dádiva, presente o regalo se encuentre en manos del responsable del delito para poder ser decomisados, pudiendo llevarse a cabo el comiso aun cuando dichos bienes pertenezcan a un tercero no responsable del delito. En este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996, p. 258. En mi opinión, al incluir la expresión "en todo caso" se pone de relieve que se debe proceder al comiso incluso aunque la dádiva, presente o regalo no se haya entregado efectivamente al corrupto, si está en manos del corruptor o de un tercero de mala fe, no si pertenece a un tercero de buena fe no responsable del delito.

³⁹ Art. 122 CP: "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".

⁴⁰ Como propone, entre otros, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias*, cit., p. 455. También CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 60.

⁴¹ Como proponían, en relación con el art. 108 CP 1944/73, idéntico al actual art. 122 CP, CÓRDOBA RODA en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo II*, Ariel, Barcelona, 1972, p. 603; o GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos*, cit., p. 102.

⁴² Como apunta, entre otros, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 61.

⁴³ Vid. por ej. la STS de 16-6-1993 (Ar.5160), que contempla un supuesto de cotitularidad de una cuenta bancaria entre el responsable penal y un tercero, estimando adecuado el comiso total de las cantidades ingresadas en ella.

responsable⁴⁴ o las costas procesales que le correspondan⁴⁵.

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 CP aboga en favor de la primera solución, puesto que no establece limitación alguna⁴⁶.

Con el Código penal 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 sus responsabilidades en los casos de insolvencia, ya que de otra forma el comiso perdería su carácter punitivo⁴⁷. La nueva regulación del comiso como consecuencia accesoria priva de apoyo a esta interpretación, no obstante lo cual cabe entender que la obligación de pago de la responsabilidad civil se ha de realizar con cargo al patrimonio del penado, que está afecto en su totalidad a su cobertura, y sólo subsidiariamente, en caso de que dicho patrimonio no sea suficiente, se aplicarán a ello los beneficios de la venta de los bienes decomisados. De esta forma se evita consolidar una injusta situación patrimonial⁴⁸.

Si las responsabilidades civiles ya estuvieran satisfechas, el producto de la venta de los bienes de lícito comercio se destinará al Tesoro Público⁴⁹.

En el caso de que los bienes no sean de lícito comercio, el art. 127 CP 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 tuvieran 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

⁴⁴ Recordemos que con la regulación anterior a 1995 existía una ardua polémica doctrinal en este punto, ya que el art. 48 CP 1944/73 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, en mi opinión 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", *Documentación Jurídica* núms.37/ 40, vol.I, 1983, p. 287; REEG, A., "Comentario", cit., p. 450.

⁴⁵ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 68-69.

⁴⁶ Cfr. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., pp. 45-46.

⁴⁷ En este sentido, cfr. REEG, A., "Comentario", cit., pp. 450-451.

⁴⁸ Así, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., p. 69.

⁴⁹ En este sentido, por todos, AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., p. 46; GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios*, I, cit., p. 662.

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 CP 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 delito⁵⁰, es decir, aquellos que hayan sido producidos por la acción delictiva (la moneda falsa, los alimentos adulterados), pero no las ganancias ni los objetos a que se refiere el delito en sí⁵¹.

Del concepto de efectos suelen excluirse las cosas que constituyan el objeto material del delito⁵². 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 autor o de otros responsables de la infracción criminal, como ocurre en el transporte de drogas o en el delito de contrabando⁵³. Y en efecto, el legislador se ha visto obligado a crear una excepción a esta regla general en la regulación del comiso específico en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas⁵⁴.

Se alude, en segundo lugar, a los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito o falta ("*instrumenta scaeleris*"). La mención de los instrumentos utilizados en la preparación del delito o falta resuelve las dudas que se habían expresado al respecto estando

⁵⁰ Cfr. GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias*, cit., p. 450; REEG, A., "Comentario", cit., p. 447; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., "Artículo 127", cit., pp. 974-976 y 979.

⁵¹ Esta posición restrictiva es mayoritaria en la jurisprudencia y en la doctrina. Cfr., entre otros, GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 659; REEG, A., "Comentario", cit., p. 447; SALAS CARCELLER, A., "Consecuencias accesorias", cit., p. 330.

⁵² Se trata de una posición mayoritaria en la doctrina. Vid. por todos, GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 659; MANZANARES SAMANIEGO, L., "Las penas patrimoniales", cit., p. 266; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 357; REEG, A., "Comentario", cit., p. 447. En contra, sin embargo, PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 613; ROCA AGAPITO, L., *El sistema*, cit., p. 581.

⁵³ Como señalan GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., pp. 565-566; o GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 659.

⁵⁴ Como señala GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 659.

vigente la anterior redacción del precepto⁵⁵. La cuestión referente al ámbito de los instrumentos utilizados en la comisión del delito o falta sólo presenta problemas en la medida en que se entienda que debe exigirse que dichos instrumentos estén dirigidos a la comisión de esa misma infracción⁵⁶.

El art. 127 CP alude expresamente al comiso de los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito o falta, lo que resuelve la polémica doctrinal que existía al respecto⁵⁷. Con esa expresión, resulta imposible aplicar el comiso a los instrumentos empleados exclusivamente en la huida o para asegurar el resultado.

El fundamento del comiso de los instrumentos del delito es la peligrosidad objetiva de la cosa⁵⁸, es decir, la probabilidad de comisión de nuevos hechos delictivos derivada de la posesión de dichos objetos 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 delitos⁵⁹. De acuerdo con este fundamento, no cabe duda que el comiso ha de ser

⁵⁵ Como señala la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2005, de 31 de marzo, sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte), apartado XVII.1.A. La posición mayoritaria era favorable al comiso de los bienes empleados en la tentativa, pero manifestaba ciertas reservas en caso de tratarse de actos preparatorios punibles. Cfr. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., "Artículo 127", cit., p. 979; GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 660; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Notas", cit., marg.523. Se manifestaba a favor del comiso en los actos preparatorios, decididamente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El comiso", cit., p. 1565. Apunta PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación", cit., marg.992, que la regulación actual "puede abrir la puerta para decomisar los bienes empleados en cualquier acto preparatorio en general, que no sea ni siquiera punible", sin tener en cuenta que el comiso se decreta en la sentencia condenatoria, que sólo puede llegar a pronunciarse si los hechos son constitutivos al menos de actos preparatorios punibles.

⁵⁶ En este sentido, por ej., MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 357-358. Sobre esta cuestión, vid. extensamente MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El comiso, Artículo 48", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo V. Vol. 1*, Edersa, Madrid, 1985, pp. 416 ss. 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. Vid. las SSTs de 3-12-1982 (Ar.7377) y de 18-7-1991 (Ar.5957), como ejemplo de 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 ella, para mayor comodidad en el transporte de lo sustraído.

⁵⁷ Por ej., negaba la posibilidad de aplicar el comiso de los instrumentos utilizados en la fase preparatoria, "si no cumplieron función alguna durante la ejecución", CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 43-44.

⁵⁸ Por todos, GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos*, cit., pp. 96 ss; del mismo autor en GRACIA MARTÍN (coord.), *Las consecuencias*, cit., pp. 440-441; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Las penas patrimoniales", cit., pp. 255 ss; del mismo autor, "La pena de comiso", cit., pp. 613 ss, y 616-617; PLAZA SANJUAN, V., "Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito", *La Ley penal* núm.17, junio 2005, p. 19.

⁵⁹ Así, GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", *Actualidad Penal* 1993, pp. 607-608; el mismo autor en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., pp. 552-553; también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El comiso", cit., p. 1565. Ello resulta obvio en el comiso específico en los delitos contra la seguridad del tráfico (art. 385 CP).

independiente de la cuestión de la titularidad de los objetos decomisables⁶⁰, como ocurre en la regulación actual que, acertadamente, le ha privado de la naturaleza jurídico-formal de pena.

De acuerdo con el art. 128 CP, "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". En lo que respecta al primer inciso, estamos ante una aplicación del principio de proporcionalidad⁶¹, cuya previsión expresa en el texto legal había sido unánimemente reclamada por la doctrina⁶², siendo introducida por primera vez en el art. 48 CP 1944/73 mediante la LO 8/1983, de 25 de junio. Por cuanto se refiere a la alusión a la completa satisfacción de la responsabilidad civil, se prescinde del comiso no con base en el principio de proporcionalidad, sino debido a la completa reparación de los daños y perjuicios derivados de la comisión de la infracción⁶³. El art. 128 CP contiene, además, las únicas excepciones legalmente previstas a la obligación que pesa sobre Jueces y Tribunales de imponer el comiso.

Además de la proporción del valor de los bienes con la naturaleza o gravedad de la infracción penal⁶⁴, la jurisprudencia ha ponderado el grado de intervención en el delito del propietario de los bienes, el valor de uso para su dueño, el grado de utilidad para satisfacer sus necesidades, etc⁶⁵.

Una de las novedades más importantes introducidas por el art. 127 CP es la expresa regulación del comiso de la ganancia. De acuerdo con el art. 127 CP, el comiso se extiende a "las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar". Muchas infracciones producen un provecho o beneficio para los partícipes o para terceros, o se cometen por precio, conceptos que no pueden entenderse incluidos en los efectos del delito o falta, 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 o falta. 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"⁶⁶. Y es que el fundamento del comiso de la ganancia radica, no en la peligrosidad objetiva,

⁶⁰ Así, GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias*, cit., pp. 444-445.

⁶¹ Como señala GRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias*, cit., p. 451.

⁶² Cfr. entre otros, PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit. pp. 618-619.

⁶³ Destacan este distinto fundamento CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 46-47; PERIS RIERA, J. M./ PLÁ NAVARRO, C., "Artículo 128", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Tomo IV. Artículos 95 a 137*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 1000-1001.

⁶⁴ Por ej., la SAP de Cádiz de 22-3-2000 (JUR 2000\208369).

⁶⁵ Cfr. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., pp. 57-59; GALLEGU SOLER, J.-I., *Los delitos de tráfico de drogas. II*, cit., pp. 292-293; PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación", cit., margs.990-991.

⁶⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "La pena de comiso", cit., p. 620; del mismo autor, "Las penas patrimoniales", cit., p. 256.

sino en el principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto⁶⁷.

Debido a este fundamento, cobra sentido la regulación especial contenida en el art. 431 CP, pues al permitir aplicar el comiso sobre la dádiva o promesa aunque no se haya entregado todavía supone una excepción a la necesidad de que se haya producido la obtención ilícita de un enriquecimiento.

Dado el fundamento de este comiso, su aplicación exige como presupuesto la prueba de que la infracción produjo determinados beneficios o un provecho para los partícipes o terceros, y que tales beneficios constituyen un enriquecimiento injusto, sin que sea aplicable aquí, lógicamente, el principio de proporcionalidad. No se admite el comiso de bienes no relacionados con la infracción que se juzga, aunque se pruebe un incremento patrimonial no justificado, e incluso aunque existan evidencias de su origen ilícito, si no se ha probado la vinculación concreta con el hecho que se está enjuiciando⁶⁸, a pesar de que “hoy es reconocido que la lucha contra el crimen organizado requiere una regulación de la confiscación según la cual la medida no se limite a las ganancias provenientes de la concreta actividad objeto del proceso por la que se ha condenado al acusado”⁶⁹.

El art. 3 de la Decisión Marco 2005/212/JAI recoge una “potestad de decomiso ampliada”, con antecedentes en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988⁷⁰ y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la criminalidad transnacional organizada de 2000⁷¹, que permite (no obliga a) proceder al decomiso cuando “un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1..., o bien... basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1..., o bien... se tenga

⁶⁷ Vid. en este sentido, GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos*, cit. pp. 100-101; del mismo autor, “Instrumentos”, cit., p. 607; el mismo autor en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias*, cit., pp. 439-440, y 452-453; JORGE BARREIRO, A., “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.), *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, p. 120; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La pena de comiso”, cit., p. 620; del mismo autor, “Las penas patrimoniales”, cit., p. 256; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 359; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El comiso”, cit., p. 1566; PLAZA SANJUAN, V., “Tratamiento penal”, cit., p. 19.

⁶⁸ Es jurisprudencia constante. Vid. las SSTS de 4-12-1997 (Ar.9064), 26-1-1998 (Ar.91), 27-6-2003 (Ar.6565), 20-4-2004 (Ar.3011), 7-4-2004 (Ar.3257), 25-6-2004 (Ar.4905), 10-11-2004 (Ar.8240) y 2-5-2006 (Ar.2336), entre otras. Constituye una excepción la STS de 10-1-2005 (Ar.1612).

⁶⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 50-51.

⁷⁰ El art. 5.7 permite a los Estados parte invertir la carga de la prueba, cuando ello sea compatible con el Derecho interno, en relación al origen de los productos o bienes vinculados al tráfico de drogas, a efectos de proceder a su comiso.

⁷¹ En su art. 12.7, esta Convención recomienda que se exija al delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito u otros bienes, si esta práctica se adecua a los principios del Derecho interno. El art. 31.8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción contiene una disposición de contenido similar.

constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”. España, por el momento, ha elaborado un proyecto de reforma del Código penal en 2007⁷², en el que se traspone lo dispuesto en este precepto en los siguientes términos: se añade al art. 127 CP un párrafo que permite al juez o tribunal “ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de dicha organización criminal”. En el art. 385 *bis* que se introduce en la misma reforma, se castiga la participación en organizaciones y grupos criminales. En la actualidad, la tramitación de este proyecto está paralizada.

Ante esta situación, se ha propuesto utilizar la multa proporcional, en los delitos que la prevén como pena principal⁷³, como instrumento indirecto de confiscación del patrimonio que resulta injustificado en relación a los ingresos lícitos del acusado, pues la multa no tiene que someterse a la prueba de la vinculación de la ganancia con la infracción por la que se procede al enjuiciamiento⁷⁴. Esta propuesta, así como la posibilidad de aplicar un comiso ampliado, tiene especial referencia en los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas, y allí la retomaremos.

No está claro si se pueden decomisar las ganancias brutas obtenidas del delito, o sólo las netas.

Un sector doctrinal entiende que se debe decomisar la ganancia bruta, sin deducir los gastos desembolsados por el delincuente para su obtención⁷⁵, mientras que otro recurre a una interpretación literal del término “ganancias” para defender que sólo se pueden decomisar las ganancias netas⁷⁶, o bien, con base en el carácter no sancionador, sino estrictamente de eliminación del enriquecimiento injusto generado por la infracción penal, defiende que el comiso de la totalidad de lo obtenido tendría un carácter sancionador, porque afectaría al patrimonio preexistente⁷⁷.

La jurisprudencia ha optado por el comiso de las ganancias brutas. Por ej., en materia de tráfico de drogas suele ordenarse el comiso de la droga y todo el dinero intervenido, sin

⁷² Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de enero de 2007, núm. 119-1.

⁷³ Delitos de uso de información privilegiada en el mercado de valores (art. 285 CP), de imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP), de administración fraudulenta (art. 295 CP), de blanqueo de bienes (art. 301 CP), contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (arts. 305 a 308 CP), de tráfico de drogas (arts. 368 y 369 CP), de falsificación de moneda (art. 386 CP), de cohecho (arts. 419 a 427 CP), de tráfico de influencias (arts. 428 a 431 CP) y de uso de secreto conocido por razón del cargo (art. 442 CP).

⁷⁴ Por ej., PLAZA SANJUAN, V., “Tratamiento penal”, cit., pp. 29-31.

⁷⁵ Cfr. AGUADO CORREA, A., *El comiso*, cit., pp. 101-102; BACIGALUPO, S., *Ganancias ilícitas*, cit., p. 94; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., p. 54.

⁷⁶ Por ej., en el Código penal anterior, REEG, A. R., “Comentario”, cit., p. 459; en la actualidad, AGUADO CORREA, A., *El comiso*, cit., p. 101. En efecto, “ganancia”, según la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, es la “utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción”.

⁷⁷ Así, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso”, cit., p. 171.

descontar el precio abonado para su adquisición.

Se admite el comiso de segundo grado o sustitutivo, es decir, el que recae sobre un objeto que ha sustituido al primero⁷⁸: "si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho" (art. 127.2 CP).

Se cumple así lo dispuesto, por un lado, en la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, cuyo art. 5.1 señala que "cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto"; en la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, que en su art. 3 señalaba que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no puedan ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos... No obstante, los Estados miembros podrán excluir el decomiso de bienes de un valor que corresponda al producto del delito en los casos en que dicho valor sea inferior a 4.000 euros. Los términos "bienes", "productos" y "decomiso" se entenderán en el mismo sentido que en el artículo 1 del Convenio de 1990", esto es, el Convenio del Consejo de Europa de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito. España no ha hecho uso de esa posibilidad de dispensa. Como puede observarse, la normativa internacional se refiere al producto del delito, mientras que la española incluye los efectos, los instrumentos y las ganancias. Esta línea se confirma en el art. 2.1 de 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, que obliga a cada Estado miembro a adoptar "las medidas necesarias para proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos".

Esta disposición, tal y como se ha redactado en el Código penal español, es correcta en su aplicación al objeto del delito y a las ganancias, pero resulta discutible cuando se trata de efectos o instrumentos del delito, ya que "si el fundamento de esta clase de comiso es la peligrosidad objetiva de tales bienes, lo que interesa es decomisar precisamente esos objetos para que no sean empleados en futuros actos delictivos"⁷⁹, y no otros.

Hemos visto que la normativa internacional, con mayor corrección que la española, alude precisamente al valor sustitutivo de los "productos", pero no de los instrumentos, entendiendo por "productos" "todo beneficio económico derivado de una infracción penal", que "podrá consistir en cualquier clase de bienes", siendo "bienes" "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" (art. 1 de la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo).

Por lo demás, aunque no se desprende claramente de la regulación, parece adecuado indicar que el comiso sustitutivo no puede practicarse más que sobre el patrimonio de la persona criminalmente responsable respecto del cual, por cualquier circunstancia, no fue posible el comiso de los bienes, y no sobre el patrimonio de otro responsable.

⁷⁸ Cfr. GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 661.

⁷⁹ PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación", cit., marg.994. Vid. también CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 45-46; ROCA AGAPITO, L., *El sistema*, cit., p. 583.

Para terminar, señalemos que el comiso sólo procede en relación con delitos o faltas dolosas. Se reduce su ámbito de aplicación en comparación con lo establecido en el Código penal anterior, lo que, sin dejar de ser loable⁸⁰, produce en el ámbito delictivo que nos afecta algunos resultados disfuncionales: baste apuntar que será imposible decretar el comiso en el supuesto de un homicidio imprudente empleando un arma o un vehículo⁸¹.

Además, en la normativa internacional se tiende a que el comiso se imponga en caso de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de cierta duración (superior a un año, en el caso de la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo), con independencia de si son dolosas o imprudentes.

III. LOS COMISOS ESPECÍFICOS

1. El comiso específico en los delitos de tráfico de drogas

Hemos visto ya que existe una regulación general del comiso en el art. 127 CP, aplicable a todos los delitos y, por tanto, también en principio a los de tráfico de drogas. Ahora bien, siguiendo el precedente sentado por el Código penal derogado (vid. el art. 344 *bis e*), introducido por la LO 1/1988, de 24 de marzo⁸²), y los mandatos contenidos en los instrumentos internacionales sobre la materia⁸³, 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 CP (que sanciona el tráfico de precursores), así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el art. 127 CP y a las normas especiales que a continuación se establecen⁸⁴. El art. 374.1 CP dispone lo siguiente: “En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y

⁸⁰ 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.

⁸¹ Así, por ej., la SAP de Zaragoza de 21-2-2005 (ARP 2005\156) niega el comiso en un delito de homicidio por imprudencia grave con vehículo de motor.

⁸² Sobre este precepto, ampliamente, REEG, A., "Comentario", cit., pp. 455 ss.

⁸³ Vid. el art. 5 de la Convención de Viena sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, de acuerdo con el cual “cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto; b) de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”; y el art. 5.5 de la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, que señala que “sin perjuicio de los derechos de las víctimas o de terceros que hayan actuado de buena fe, cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para permitir el decomiso de las sustancias objeto de los delitos mencionados en los artículos 2 y 3, los instrumentos utilizados o que se pretenda utilizar en estos delitos y los productos de dichos delitos, o el embargo de bienes cuyo valor corresponda al de dichos productos, sustancias o instrumentos”.

⁸⁴ Sobre la regulación anterior a la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, vid. ampliamente FARALDO CABANA, P., "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm.2, 1998, *pássim*. Sobre la regulación actual vid. PUENTE ABA, L., “La nueva regulación”, cit., margs.981 ss.

368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales...". Además, "en los supuestos previstos en las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento... el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo" (art. 369.2 CP). Esta regulación específica 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 patrimonial 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 produjo⁸⁵.

En lo que respecta al art. 374 CP, la primera cuestión que suscita la existencia de estos 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 de la necesidad de una norma específica en materia de tráfico de drogas. Como se podrá comprobar, esa norma es especial respecto de la regulación general del comiso únicamente en lo que se refiere a la precisión de lo que se considera objeto de comiso, y es de esta forma que cobra sentido⁸⁶. Por lo demás, el núcleo de la regulación se destina a regular ciertas actuaciones judiciales previas a la sentencia condenatoria, con el fin de que el comiso pueda hacerse efectivo en su día⁸⁷.

En efecto, en el aspecto material de la regulación, la única laguna que produce la aplicación de la disposición general sobre el comiso consiste en no poder considerar efecto del delito ni, por tanto, bien decomisible al objeto material de la conducta de tráfico⁸⁸, lo que, como decíamos, tiene su lógica en el caso de que pertenezca a la víctima, pero carece completamente de ella cuando el objeto material del delito pertenece a los responsables de la infracción criminal.

⁸⁵ 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, p. 617.

⁸⁶ Cfr. por todos ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 132-133; BACIGALUPO, S., *Ganancias ilícitas*, cit., pp. 81-82; CARDENAL MURILLO, A., "El régimen específico del comiso en materia de tráfico de drogas", en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo XVII*, Edersa, Madrid, 1996, p. 24.

⁸⁷ Lo destaca MAGALDI PATERNOSTRO en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 1671.

⁸⁸ Así lo apuntaban CARDENAL MURILLO, A., "El régimen específico", cit., pp. 33-34; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Aproximación al comiso del nuevo art. 344 bis e) del Código penal", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 1988, núms.1500-1502, pp. 3813-3814; más recientemente CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., pp. 90-91. Para otros autores no existía esa laguna, ya que el art. 344 bis e) CP 1944/73 permitía decomisar "cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren", lo que incluía el objeto material del delito. Según DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 105 ss, "el objeto material del delito, esto es, la droga y, en su caso, la directa contraprestación económica, pasarían por consiguiente a ser objeto del comiso, por más que pueda discutirse su consideración en dos referencias distintas del art. 344 bis e) siendo posible su inclusión unificada en una u otra".

Sí son efectos las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que han sido cultivados, elaborados, adulterados, manipulados o mezclados entre sí⁸⁹.

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 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas⁹⁰. 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 LECrim⁹¹.

El art. 374 CP cubrió ya en la redacción original de 1995 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. 371 CP⁹².

Esta alusión expresa a los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371 CP es también necesaria, ya que, como sucede con la droga y el delito de tráfico, se trata del objeto material del delito de tráfico de precursores⁹³.

Los efectos provenientes del delito y los instrumentos empleados en su preparación o ejecución se describen de forma semejante a como lo hace el art. 127 CP, así que en este aspecto la regulación específica es redundante.

En su día, sirvió el art. 374 CP para clarificar la cuestión planteada acerca de la posibilidad de decomisar como instrumentos del delito los medios de transporte utilizados en su comisión, ya que en la redacción original del Código penal de 1995 se mencionaban expresamente los vehículos, buques y aeronaves, para terminar con una cláusula de recogida en la que se incluía cualquier clase de bien o efecto que hubiera servido de instrumento para la comisión del delito⁹⁴. Algún autor avanzó la sospecha de que la enumeración de los instrumentos en el comiso específico en materia de tráfico de drogas pretendía evitar que se les aplicara el principio de proporcionalidad⁹⁵, pero sólo se hubiera podido alcanzar esta meta en caso de que no se aplicase supletoriamente el art. 128 CP, lo cual no estaría justificado, al contradecir lo

⁸⁹ Cfr. REEG, A., "Comentario", cit., p. 447.

⁹⁰ Como señala MANZANARES SAMANIEGO, L., "Notas", cit., marg.534.

⁹¹ Cfr. REEG, A., "Comentario", cit., p. 458. Téngase en cuenta que el segundo inciso del segundo apartado del art. 338 LECrim ha sido modificado por la Ley 21/1994, de 6 de julio.

⁹² Señalando esta ampliación del comiso, cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., pp. 134-135; MANZANARES SAMANIEGO, L., "Notas", cit., marg.534; VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 1671. En el considerando séptimo de la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, ya se señala que "es necesario tomar medidas que permitan la confiscación del producto de los delitos considerados en la presente Decisión marco".

⁹³ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, L., "Notas", cit., marg.534-535. Considera que se trata de una referencia superflua "desde el momento en que constituyen instrumentos e incluso efectos provenientes del delito ya previstos de forma genérica en la regulación general", CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., pp. 91-92.

⁹⁴ Para VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 1671, esta cláusula de recogida permitía abarcar incluso bienes inmuebles.

⁹⁵ Cfr. REEG, A., "Comentario", cit., p. 456.

dispuesto en el propio art. 374 CP, que regula el comiso “con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código”. Y es que aunque el art. 374 CP carece de una cláusula de proporcionalidad como la contenida en el art. 128 CP en relación a los efectos e instrumentos del delito, no cabe duda, sin embargo, de que el art. 128 CP es aplicable también al comiso en el ámbito del tráfico de drogas⁹⁶, ya que la normativa general contenida en los arts. 127 y 128 CP es supletoria de la especial⁹⁷. Cualquier otra postura podría suponer el dotar al comiso en materia de narcotráfico de un carácter confiscatorio que pondría en duda su propia constitucionalidad. En el ámbito del tráfico de drogas es de gran importancia resolver si es posible el comiso de los vehículos, buques y aeronaves 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 comiso⁹⁸, 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, decomisables⁹⁹.

También se hacía referencia, antes de la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre,

⁹⁶ En la jurisprudencia se aplica el principio de proporcionalidad al negar, por ej., que sea posible decomisar un automóvil en el que se transportaron cinco pastillas de hachís con un peso de 1230 gramos, al entenderse que se trata de un bien de lícito comercio de alto valor (SAP de Jaén de 14-3-1996, ARP 1996\233). También la SAP de Valencia de 23-2-2004 (JUR 2004\163849). Por el contrario, se estima que no existe vulneración del principio de proporcionalidad en casos en que el valor del vehículo es escaso en comparación con el de la droga transportada. Así, la STS de 27-12-2001 (RJ 2002\2005), FJ 5º. En este sentido, en la doctrina, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., p. 133; CARDENAL MURILLO, A., "El régimen específico", cit., p. 25; DELGADO LÓPEZ, L. M., "El comiso", cit., p. 286; PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 620; PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación", cit., marg.998; VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *op. cit.*, p. 1672. En relación con el Código penal derogado, por todos, REEG, A., "Comentario", cit., pp. 456-457 y 461; REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 292 ss, con citas jurisprudenciales.

Sobre el principio de proporcionalidad en relación con el comiso en el ámbito del tráfico de drogas vid. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., p. 165, para quien, siempre que se respete ese principio, no hay obstáculo para decomisar los bienes inmuebles en los que se elaboran o guardan las drogas, los terrenos en los que se cultivan o los establecimientos en los que se venden; en concreto sobre la aplicabilidad del art. 128 CP en el supuesto de comiso en virtud del art. 374 CP, pp. 175-176, donde la limita al comiso de los efectos e instrumentos de lícito comercio.

⁹⁷ Así, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 79-80; PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 622. Y ello aunque el art. 374.1 CP señale que el comiso específico en materia de blanqueo y de tráfico de drogas se realizará "con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código", sin mencionar el art. 128 CP.

⁹⁸ Vid. las SSTS de 3-10-1981 (Ar.3606), 8-7-1985 (Ar.4000), 3-4-1990 (Ar.3052), 6-4-1995 (Ar.2827).

⁹⁹ Vid. SSTS de 25-1-1986 (Ar.182), 28-9-1987 (Ar.6645), 24-7-1991 (Ar.6016). Vid. no obstante la STS de 23-2-1998 (Ar.2005), que niega el comiso de un vehículo utilizado para el simple transporte de personas por entender que “el delito podría haber sido cometido sin necesidad del mismo”. En el apartado V.2 de la Circular 2/2005, de 12 de julio, de la Fiscalía General del Estado se señala que aunque “el vigente artículo 374 ha suprimido la referencia a vehículos, buques y aeronaves... no existe ningún obstáculo interpretativo para considerarlos incluidos entre los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal”.

al comiso de las ganancias obtenidas, cualesquiera que hayan sido las transformaciones que hayan podido experimentar, mención que resulta redundante puesto que repite lo adelantado por el precepto general. En el Código penal anterior 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) CP 1944/73 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 CP 1944/73)¹⁰⁰.

En lo que respecta al comiso de las ganancias procedentes del tráfico de drogas, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sesión de 5 de octubre de 1998, acordó que también cabe el comiso de las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta que es objeto de enjuiciamiento, siempre que se tenga por probada la procedencia delictiva y se respete el principio acusatorio, lo que supone un cambio en relación a la regulación general del comiso.

De esta forma, el Alto Tribunal se adelantaba a lo dispuesto en el artículo 3.2 a) de 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, de acuerdo con el cual "cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando: a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto...".

Pese a este acuerdo, aplaudido por la doctrina, ya que soluciona el problema de que la concreta operación por la que se enjuicia al sujeto no ha producido ganancias, al haber quedado frustrada por la intervención policial¹⁰¹, conviene destacar que algunas resoluciones posteriores del propio Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional parecen no aceptar esta tesis¹⁰². El Tribunal Constitucional, en dos sentencias recientes, ha admitido la constitucionalidad de este comiso ampliado, afirmando que no menoscaba ni el derecho a la tutela judicial efectiva ni el derecho a la presunción de inocencia¹⁰³.

Se prevé el comiso sustitutivo por valor equivalente si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos mencionados (art. 374.1.4º CP), apuntándose además que "cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables" (art. 374.1.5º

¹⁰⁰ En este sentido, REEG, A., "Comentario", cit., p. 459.

¹⁰¹ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 77-78. Sobre los indicios que se han de aportar para acreditar de forma genérica que los bienes proceden de una actividad delictiva relacionada con las drogas, ampliamente, ZARAGOZA AGUADO, J. A., "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado", en GÓMEZ BERMÚDEZ, S. F. J. (Dir.), *Las últimas reformas penales. II*, Cuadernos de Derecho Judicial X-2006, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 30 ss.

¹⁰² Así, las SSTs de 4-2-2000 y 26-6-2000, y la SAN de 19-11-1999, entre otras.

¹⁰³ SSTC 219/2006, de 3 de julio, y 220/2006, de 3 de julio.

CP). Esta última previsión excede de lo dispuesto con carácter general en el art. 127 CP¹⁰⁴.

Ya no se hace alusión a la exclusión del comiso de los bienes que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito¹⁰⁵, que resultaba redundante al preverse con carácter general en el art. 127 CP.

La desaparición de este inciso permite, además, eliminar la contradicción que existía entre el precepto general y el especial, ya que a diferencia de lo que ocurre en el art. 127 CP, no se exigía en el que nos ocupa que el tercero los hubiera adquirido legalmente, lo que suscitaba cierta perplejidad, al suponer una ampliación de las posibilidades de proceder al comiso de tales bienes en comparación con la regulación general del comiso¹⁰⁶. Como hemos visto en su momento, la buena fe se presume, mientras que la adquisición legal debe ser demostrada.

En conclusión, la descripción de los objetos decomisables apenas añade nada a lo que ya establece el art. 127 CP, y cuando lo hace es para ampliar el ámbito del comiso en materia de tráfico de drogas. La única excepción se encuentra en la imposibilidad de imponer el comiso en caso de actos preparatorios punibles de los delitos de tráfico de drogas: el art. 374 CP se refiere expresamente a los delitos previstos en los arts. 368 a 372, dejando al margen el art. 373 CP, que castiga la provocación, al conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 368 a 372, esto es, los delitos de tráfico de drogas. "Eso sí, en principio no parece que haya obstáculo alguno para hacer uso de la medida genérica de comiso del art. 127 del CP, dado que no se excluye expresamente su aplicación al art. 373"¹⁰⁷.

En lo referente al destino de los objetos decomisados, el art. 374.4 CP establece que "serán adjudicados íntegramente al Estado", no pudiendo aplicarse a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales por expresa imposición del legislador, lo que supone una excepción a lo dispuesto con carácter general en el art. 127.4 CP. Lo cierto es que el alcance de la excepción es bastante reducido, pues nos encontramos ante el típico "delito sin víctimas", que no suele generar responsabilidad civil¹⁰⁸.

Siendo de lícito comercio podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de

¹⁰⁴ Según CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 97, "nos acercamos peligrosamente hacia figuras que recuerdan cada vez más a la antigua confiscación general de bienes".

¹⁰⁵ Inspirada en el art. 5 de la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, donde se señala que "lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe".

¹⁰⁶ Muy crítico, cfr. MANZANARES SAMANIEGO, L., "Notas", cit., marg.523.

¹⁰⁷ PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación", cit., marg.996. En este sentido, vid. DELGADO LÓPEZ, L. M., "El comiso", cit., p. 285.

¹⁰⁸ Se ha apuntado que de esta forma se está destinando lo obtenido mediante el comiso a las "víctimas sociales" de los delitos de tráfico de drogas. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., pp. 137-138; PUENTE ABA, L. M., "La nueva regulación", cit., marg.1005. Sin embargo, afirma que se las margina, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 4ª ed. Atelier, Barcelona, 2002, p. 711. Para GALLEGO SOLER, J.-I., *Los delitos de tráfico de drogas. II*, cit., p. 304, estos delitos no generan responsabilidad civil por tratarse de delitos de peligro. Vid. también CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 78-79; MAGALDI PATERNOSTRO en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios, II*, cit., p. 1676.

firmeza de la sentencia¹⁰⁹, en los siguientes casos: "a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos. b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales" (art. 374.2 CP)¹¹⁰. El importe de la enajenación queda depositado a resultas del proceso, una vez deducidos los gastos que se hayan producido.

Por su parte, las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas recibirán el destino previsto en el art. 374.1.1º CP: "serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación"¹¹¹.

El art. 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, en la que se adaptan las normas administrativas reguladoras de los estupefacientes al Convenio de 1961 de las Naciones Unidas, dispone que las sustancias intervenidas por la policía deben ser remitidas al organismo competente para la práctica del correspondiente análisis y para su custodia, quedando a disposición judicial, señalando que "serán entregadas al Servicio de control de Estupefacientes". 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.

¹⁰⁹ Con esta expresión se alude al período que transcurre desde la sentencia condenatoria hasta que queda firme, esto es, una vez vencido el plazo para interponer recurso o bien tras la desestimación del recurso de apelación o de casación que, en su caso, haya sido interpuesto. En este sentido, cfr. MAGALDI PATERNOSTRO en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios, II*, cit., p. 1674.

¹¹⁰ Sobre la relación entre esta previsión y lo dispuesto en los arts. 338, 634, 635 y 844 LECrim, vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., pp. 98-99; MAGALDI PATERNOSTRO en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios, II*, cit., p. 1673-1675. Estas autoras ponen de relieve que se introducen excepciones a diversos aspectos de la normativa procesal. La normativa contenida en el Código penal, relativa al destino de los efectos decomisados por delito de tráfico de drogas, es de aplicación preferente a la procesal, como reconoce el art. 367 *sexies* LECrim: "Lo expresado en el artículo 338 y en este capítulo se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de marzo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y en su normativa de desarrollo".

¹¹¹ La destrucción ya se aplicaba en virtud de lo dispuesto en el art. 338 LECrim. En la actualidad, el art. 367.1 *ter* LECrim, recientemente introducido por la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, regula la destrucción de las drogas: "cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el Juez instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, el órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad. Lo conservado estará siempre bajo la custodia del órgano judicial competente".

Al efecto se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, que dedica los bienes decomisados a incrementar las dotaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los servicios y organismos competentes encargados de la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas, y a inversiones en beneficio de programas de prevención, rehabilitación e inserción social de drogodependientes y toxicómanos, y 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 junio.

El art. 374.1.2º CP recoge una previsión que no aparece en la regulación general del comiso, pero sí, al menos en parte, en la legislación procesal: se autoriza a la autoridad judicial a aprehender o embargar y poner en depósito los bienes, medios, instrumentos o ganancias a que se refiere el párrafo anterior, desde el momento de las primeras diligencias, a fin de garantizar la efectividad del decomiso. Tratándose de bienes, medios o instrumentos estamos ante una medida de aseguramiento del cuerpo del delito que también se regula en el art. 334 LECrim, pero con carácter obligatorio. Tratándose de las ganancias, se trata de una medida cautelar que garantiza el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias que puedan imponerse en la sentencia, ya prevista en el art. 589 LECrim. Estamos ante una suerte de medidas cautelares previas a la sentencia condenatoria¹¹², que plantean un cierto número de cuestiones¹¹³. En primer lugar, nos hallamos ante una regulación más propia del Derecho procesal penal que del Derecho penal, por lo que cabe poner en duda la procedencia de su introducción en el Código penal¹¹⁴. En segundo lugar, no queda clara la relación entre el art. 374.1.2º y 3º CP, cuya aplicación queda a discreción del Juez o Tribunal, y los arts. 334 y siguientes¹¹⁵, y 786.2 a) LECrim, que regulan actuaciones similares, pero obligatorias¹¹⁶.

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

¹¹² Cfr. VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 1672-1673.

¹¹³ En su exposición seguimos a REEG, A., "Comentario", cit., p. 464.

¹¹⁴ Así, entre otros, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., pp. 93-94; MAGALDI PATERNOSTRO en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios, II*, cit., pp. 1670-1673. Entre los comentaristas del anterior Código penal, vid. REEG, A., "Comentario", cit., p. 464.

¹¹⁵ En parte modificados por la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.

¹¹⁶ Cfr. REEG, A., "Comentario", cit., p. 464; REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p. 296, que señala, tras poner de manifiesto esas discrepancias, que "cabe preguntarse si no se trata de un precepto superfluo". Muy crítica, MAGALDI PATERNOSTRO en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios, II*, cit., pp. 1670-1673.

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.).

Pero no sólo esto, sino que "la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas" (art. 374.1.3º CP)¹¹⁷.

Este párrafo tiene su origen en la propuesta de modificación del art. 344 *bis e*) CP 1944/73 realizada por la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas en la Memoria correspondiente al año 1991, que reconocía que en la práctica las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado ya estaban autorizados para utilizar el objeto del comiso tomando como base legal disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Real Decreto de 15 de octubre de 1976, sobre conservación y destino de las piezas de convicción.

Aunque puede facilitar el que se consigan mejores resultados en la lucha contra el narcotráfico¹¹⁸, esta utilización provisional de los bienes objeto de comiso supone una equiparación del acusado con el condenado, al no exigirse que haya recaído sentencia firme para poder autorizar esta utilización¹¹⁹. Y esta crítica no se sortea 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 menoscabo¹²⁰.

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 CP¹²¹, acumulación que ha sido tildada de "confiscación general de bienes"¹²², afirmándose

¹¹⁷ Para QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Parte especial*, cit., p. 710, esta regulación supone una "vuelta a la premoderna figura del premio por captura o derecho de botín".

¹¹⁸ Como se afirmó durante la tramitación parlamentaria de la modificación del art. 344 *bis e*) CP 1944/73, 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 las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

¹¹⁹ En este sentido, VIDALES RODRÍGUEZ, C., "La última reforma del Código penal en materia de drogas", *Revista General del Derecho* núm.583, 1993, p. 2729.

¹²⁰ Parece que el uso, siempre con las debidas cautelas y garantías, debe limitarse, por razones obvias, a los bienes o efectos no fungibles "cuya utilidad funcional sea objetivamente idónea para coadyuvar o facilitar la lucha policial contra la droga". MAGALDI PATERNOSTRO en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios, II*, cit., p. 1672.

¹²¹ Téngase en cuenta que, según dispone el art. 377 CP, 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 enorme. En sentido crítico, vid. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., pp. 173-174; VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 1683-1684.

¹²² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos*, cit., pp. 108-109. Vid. también MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 667; REEG, A.,

incluso que supone una ruptura del principio "*non bis in idem*"¹²³.

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. 52 CP¹²⁴.

Como señalan VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA¹²⁵, "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. A pesar de ello, la multa proporcional puede servir, como se ha apuntado anteriormente, como instrumento indirecto de confiscación en los casos en que queda demostrado la existencia de un ingente patrimonio del acusado, pero no su vinculación al delito concreto por el que se le enjuicia. Sin embargo, el distinto fin último a que se destinan el producto de la multa proporcional y el del comiso sí perjudica la satisfacción efectiva de las indemnizaciones pertinentes¹²⁶.

En esta materia ha de tenerse en cuenta, además, que el art. 31.2 CP, en la redacción otorgada por la LO 15/2003, dispone, en los casos en que el responsable "actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro", que "si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo

"Comentario", cit., p. 462.

¹²³ Así, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 131; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Aproximación", cit., p. 3811; MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 667. Matiza REEG, A., "Comentario", cit., pp. 462-463, que "aquí no se trata de un doble castigo, en sentido estricto, sino de varias penas que se imponen, una junto a otra, por el mismo delito". Considera discutible esta calificación DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos*, cit., p. 109, aunque no aporta argumentos. En contra, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal*, cit., pp. 87-88, quien, a mi juicio con razón, sostiene que "no hay óbice, desde el punto de vista del principio del *ne bis in idem*, en mantener el doble sistema de medidas destinadas a reaccionar contra las situaciones patrimoniales ilícitas".

¹²⁴ 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".

¹²⁵ En QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 1684.

¹²⁶ Como señalan, entre otros, VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, cit., p. 1672. Recordemos que los bienes y efectos decomisados se adjudican al Estado.

nombre y por cuya cuenta actuó”. Esta previsión mejora la eficacia de la multa proporcional en los casos de delincuencia empresarial y organizada.

Por último, se reconoce a los jueces y tribunales que conozcan de la causa, esto es, jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal, competencia para "declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores" (art. 374.3 CP), esto es, en materia civil, medida con la cual “se refuerzan indudablemente las facultades de la jurisdicción penal para hacer frente a la ingeniería financiera que habitualmente es utilizada para ocultar patrimonios ilícitos y eludir las responsabilidades pecuniarias en los procesos penales”¹²⁷.

Ya en lo que se refiere a la regulación contenida en el art. 369.2 CP, que prevé la aplicación del comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo a la organización, asociación o persona titular del establecimiento en caso de que se aprecie alguno de los subtipos agravados recogidos en las circunstancias 2ª a 4ª del art. 369.1 CP, hay que apuntar, en primer lugar, que se trata de un comiso peculiar por varios motivos: en primer lugar, porque no se aplica a la persona física responsable del delito, sino al ente colectivo “que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional”, en cuyas actividades organizadas participare el responsable, o bien en cuyo establecimiento abierto al público el delito fuere cometido por los responsables o empleados; en segundo lugar, porque se limita al objeto y a las ganancias del delito, en este último caso tanto las obtenidas directamente como las que resulten indirectamente del acto delictivo, dejando fuera los instrumentos. Se trata de un comiso específico que debe aplicarse por especialidad, siendo supletorio lo dispuesto en el art. 374 CP y supletorio de éste lo dispuesto en los arts. 127 y 128 CP.

2. El comiso específico en los delitos de blanqueo de bienes

En la actualidad, tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se prevé expresamente en el delito de blanqueo de bienes que "si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código" (art. 301.5 CP). Además, el tipo cualificado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 CP señala que “en estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código” (art. 301.1, segundo párrafo, CP). Por último, el tipo cualificado por pertenencia o dirección de una organización dedicada al blanqueo señala que “en tales casos, los jueces o tribunales impondrán... el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo...” (art. 302.2 CP). Remisión, pues, por un lado, a la regulación general, y por otro, a la regulación especial del comiso en los delitos de tráfico de drogas, y previsión, por último, de un comiso específico en el caso de blanqueo en el marco de una organización delictiva.

La remisión a la regulación general del comiso presenta ciertas peculiaridades que, no obstante, por aplicación subsidiaria de los arts. 127 y 128 CP, hacen dudar de la razón de ser de este comiso específico¹²⁸. En primer lugar, hay que preguntarse si la alusión exclusiva al comiso de la ganancia en el art. 301.5 CP impide que se puedan decomisar los efectos, bienes, medios o

¹²⁷ Apartado V.3 de la Circular 2/2005, de 12 de julio, de la Fiscalía General del Estado.

¹²⁸ Afirma que el art. 301.5 CP “no establece especialidad alguna respecto a la regla general sobre el comiso”, GARCÍA ARÁN en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios, I*, cit., p. 1167.

instrumentos, salvo que el autor pertenezca a una organización delictiva. En mi opinión, se aplican subsidiariamente los arts. 127 y 128 CP, por lo que es posible en todo caso decomisar tanto los efectos como los objetos e instrumentos del delito, en los términos expresados en estos preceptos.

En segundo lugar, se plantea si es posible decomisar las ganancias procedentes de un delito imprudente de blanqueo¹²⁹, a lo que parece que se ha de contestar negativamente, en vista de que se alude a que el comiso tendrá lugar “conforme a las reglas del artículo 127 de este Código”, que señala que se impondrá el comiso acompañando a toda pena que se imponga por delito o falta dolosos.

Siendo aplicables subsidiariamente las reglas generales, no se pueden decomisar las ganancias que hayan sido transmitidas a un tercero de buena fe no responsable del delito que las haya adquirido legalmente, lo que convierte en imposible el comiso si tampoco se encuentran otros bienes de valor equivalente que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho¹³⁰.

En relación al tipo cualificado definido en el primer apartado del art. 302, esto es, en caso de que el autor del blanqueo pertenezca a una organización dedicada a la comisión de este tipo de infracción, o se trate de un jefe, administrador o encargado de las referidas organizaciones, dejando al margen los problemas de definir qué características ha de reunir la organización, o delimitar quiénes son los jefes, administradores o encargados, y los miembros, cuya resolución excedería de los límites de este trabajo, hay que señalar que también este precepto recoge algunas especialidades en relación a la regulación general del comiso. En primer lugar, no se mencionan los instrumentos del delito, pero sí los bienes objeto del delito¹³¹ y los productos y

¹²⁹ El Código penal de 1995 incrimina expresamente la comisión imprudente del delito de blanqueo de capitales. Esta previsión, que responde sin duda al intento de superar las dificultades probatorias planteadas por los elementos subjetivos del injusto, y en particular por la necesidad de que el autor actúe a sabiendas de que los bienes proceden de la comisión de un delito grave, me parece acertada desde un punto de vista político-criminal, aunque no se puede dejar de señalar que resulta desproporcionado sancionar la modalidad imprudente con las mismas penas que la modalidad dolosa, como señala, entre otros, ZARAGOZA AGUADO, J., "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación", en MARTÍNEZ ARRIETA, A. (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJ I, 1994, p. 129. Vid. también en sentido crítico, HUERTA TOCILDO, S., "Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines", en SORIANO SORIANO, J. R. (dir.), *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, CGPJ, Madrid, CDJ XX, 1996, pp. 389-390; VIDALES RODRÍGUEZ, C., "La última reforma del Código Penal en materia de drogas", *Revista General del Derecho* núm.583, abril 1993, p. 2735; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, II*, cit., p. 1467. En cualquier caso, la incriminación de la comisión imprudente evita que el juez se vea obligado a elegir entre castigar a título de dolo en supuestos en los que no puede probarse que se conociera la ilícita procedencia de los bienes, o no castigar, aun en casos de patente ceguera jurídica. Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 129.

¹³⁰ Resalta esta laguna CERESO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., pp. 101-102.

¹³¹ GARCÍA ARÁN en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios, I*, cit., p. 1170, sostiene que la mención a los bienes blanqueados es necesaria, ya “que en la regla general sobre el comiso podrían plantear algún problema para ser incluidos en el concepto de efectos provenientes del delito”. En mi opinión, no obstante, la regulación general del art. 127 CP sería suficiente, al abarcar los efectos, instrumentos y ganancias procedentes de la infracción.

beneficios obtenidos del acto delictivo, lo que no impide el comiso de los instrumentos por aplicación subsidiaria de los arts. 127 y 128 CP. En segundo lugar, se alude como objeto del comiso a los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, con lo que puede entenderse que se empieza a abrir paso la posibilidad de un comiso ampliado en el sentido del art. 3 de la Decisión marco 2005/212/JAI, ya comentada¹³². Si no es éste el sentido de esta regulación del comiso en el marco de una organización criminal dirigida al blanqueo de bienes, no se comprende cuál pueda ser, pues por lo demás no supone más que una reiteración inútil de lo ya dispuesto con carácter general en los arts. 127 y 128 CP.

Por último, en el tipo cualificado relativo al blanqueo de bienes que tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, la remisión al comiso en el delito de tráfico de drogas resulta no sólo superflua, sino también perturbadora¹³³.

En efecto, la regulación específica del comiso en el delito de tráfico de drogas pretende fundamentalmente permitir decomisar los bienes que constituyen el objeto material del delito, es decir, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que no permite la regulación general del comiso. Pero sucede que en el delito de blanqueo el objeto material ya no son las drogas, sino los "bienes" procedentes de un delito previo de tráfico de drogas, de manera que la regulación general del art. 127 CP sería suficiente, al abarcar los efectos, instrumentos y ganancias procedentes de la infracción. Por tanto, la remisión es superflua. Pero también es perturbadora, puesto que supone que el comiso en el blanqueo se somete al régimen específico del art. 374 CP, que en alguno de sus aspectos sólo cobra sentido cuando el objeto material del delito está constituido por drogas. Por ej., el hecho de que en el art. 374 CP se permita el comiso por valor equivalente "cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables" ofrece una solución a los casos en que el sujeto destruye u oculta los bienes decomisables, en particular las ganancias provenientes del delito, dado que el fundamento del comiso de las ganancias es, como hemos visto, el enriquecimiento injusto; sin embargo, deja de ser razonable cuando se trata de los medios o instrumentos del delito, ya que aquí el fundamento del comiso de estos bienes es su peligrosidad objetiva¹³⁴. Además, se ha criticado que a través de la remisión se permita enajenar sin sentencia firme las ganancias derivadas del tráfico de drogas que sean objeto de blanqueo¹³⁵.

En su día, un sector doctrinal llegó a afirmar que no cabía el comiso de los bienes sobre los que recae la acción típica (adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier acto para ocultar su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos) salvo que se castigase el delito del que procedían y pudieran ser considerados producto de dicho delito¹³⁶. Hoy resulta evidente que ya no procede

¹³² Sobre los problemas derivados de la introducción del comiso ampliado en el blanqueo de bienes, y posibles formas de sortearlos, vid. ZARAGOZA AGUADO, J. A., "El blanqueo de bienes de origen criminal", en AA.VV., *Derecho penal económico*, Manuales de Formación Continuada 14, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 419-428.

¹³³ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 530-531. Vid. ampliamente ZARAGOZA AGUADO, J. A., "El blanqueo de bienes de origen criminal", cit., pp. 408-416.

¹³⁴ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 531. Ya hemos visto que el comiso sustitutivo se impone en la normativa internacional. Vid. el art. 3 de la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

¹³⁵ Cfr. ABEL SOUTO, M., *El delito de blanqueo*, en prensa, I.1.4.

¹³⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 259-260; GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho*

realizar esta interpretación.

3. El comiso específico en los delitos de contrabando

Los arts. 5 a 10 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, regulan 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 estos preceptos, así como los puntos en que se distingue este comiso específico del regulado en los arts. 127 y 128 y 374 CP.

Hasta 1982 el comiso en materia de contrabando constituía únicamente una sanción administrativa¹³⁷. La LO 7/1982, de 13 de julio, de represión del contrabando, que modificó la legislación entonces vigente en materia de contrabando, le atribuyó naturaleza jurídica de pena accesoria, en consonancia con el comiso regulado en el art. 48 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 Código penal hoy derogado, 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 delito¹³⁸. Curiosamente, la vigente LO 12/1995 aún alude al comiso como pena accesoria, aunque se promulgó cuando ya se había publicado el Código penal de 1995, que le otorga otra naturaleza jurídica.

En cuanto a los objetos decomisables, el art. 5 LO 12/1995 efectúa una enumeración muy amplia que cabe clasificar en tres grupos¹³⁹:

a) el objeto material del delito, esto es, "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, a diferencia de lo que ocurre con el comiso previsto en el art. 127 CP, se alude expresamente como objeto del comiso al objeto material del delito. 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 comprensiva¹⁴⁰. Es de destacar

español, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 47.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comiso", cit., p. 416; REEG, A., "Comentario", cit., pp. 452-453.

¹³⁹ Seguimos la exposición de REEG, A., "Comentario", cit., pp. 453-454.

¹⁴⁰ Vid. críticamente, con razón, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comiso", cit., p. 424.

que la cláusula de proporcionalidad se limita aquí al comiso de los instrumentos del delito que consistan en medios de transporte¹⁴¹, y se especifica que la proporcionalidad se establecerá atendiendo a dos magnitudes, el valor del medio de transporte y el importe de lo transportado¹⁴². Al respecto debe señalarse que el Código penal es supletorio de lo previsto en la LO 12/1995 (disposición final primera), así que la cláusula de proporcionalidad recogida en el art. 128 CP ha de aplicarse tanto a los efectos como a los instrumentos del delito¹⁴³, 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 penal¹⁴⁴.

Alguna resolución jurisprudencial admite el comiso de bienes no procedentes del delito que se enjuicia, sino de operaciones anteriores de contrabando, siempre que se demuestre esa procedencia¹⁴⁵.

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"¹⁴⁶. Como cabe observar, se exigen dos requisitos: que sean de lícito comercio y que hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe¹⁴⁷. No se considera que tenga buena fe la empresa que incurre en culpa "*in vigilando*", habiendo sido utilizado un barco de su propiedad para el transporte, siendo los autores oficiales del barco a su servicio y el objeto del delito la carga que contrata la empresa, por lo cual el medio de transporte puede ser decomisado¹⁴⁸; tampoco tiene buena fe la empresa cuando los responsables actúan cumpliendo sus órdenes¹⁴⁹. Téngase en cuenta que el Código penal no distingue entre géneros de lícito comercio y géneros prohibidos¹⁵⁰, de forma que se introduce aquí una importante diferencia que

¹⁴¹ 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, J. L., "Comiso", cit., pp. 425-426.

¹⁴² El art. 10 recoge las reglas que permiten determinar el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando, que varían según se trate de géneros estancados, mercancías comunitarias, etc.

¹⁴³ En este sentido vid. entre otros AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., pp. 184-185; MAPELLI CAFFARENA, B., "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal", *Revista Penal* núm.1, julio 1997, pp. 47 y 52. También la STS de 29-9-1997 (Ar.8998).

¹⁴⁴ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 112. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El comiso", cit., p. 428, afirma que el criterio seguido en el Código penal se puede extender al delito de contrabando siempre que favorezca al reo. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., pp. 184-185, a mi juicio con razón, considera en cambio que esta solución es contraria al principio de legalidad, coincidiendo con la opción que adopto en el texto.

¹⁴⁵ Así, la SAP de Toledo de 9-1-2001 (JUR 2001\72171).

¹⁴⁶ Esta disposición convierte en inútil, por reiterativa, la previsión recogida en la letra c) respecto de los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, que se decomisarán "salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en éste", como hemos visto.

¹⁴⁷ Vid. un supuesto en que se niega el comiso del objeto del contrabando, tabaco, por pertenecer a una empresa a la que le había sido sustraído, en la SAP de Barcelona de 4-4-2005 (ARP 2005\265).

¹⁴⁸ Vid. la SAP de Barcelona de 14-3-2001 (JUR 2001\177687).

¹⁴⁹ Así, la STS de 20-11-1987 (Ar.8574).

¹⁵⁰ De acuerdo con el art. 1.7 LO 12/1995, son géneros prohibidos "todos aquellos cuya

sólo desaparece 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 bienes, efectos e instrumentos, se establece un claro límite a la efectividad del comiso. Por otro lado, de forma semejante a lo que ocurre en el tráfico de drogas, tampoco aquí se exige que el tercero de buena fe haya adquirido los bienes, efectos o instrumentos legalmente, tal y como sí se recoge en la regulación general.

En cuanto al destino de los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia, "se adjudicarán al Estado" (art. 5.3). Si se trata de objetos relacionados con el tráfico de drogas pasarán a engrosar el Fondo regulado en la ya comentada Ley 17/2003, de 29 de mayo, y en el Real Decreto 864/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados.

En el art. 6 se autoriza al juez o tribunal a proceder a la "intervención de los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el artículo anterior, a resultas de lo que se decida en la resolución que ponga término al proceso", lo que hace posible el comiso como medida cautelar durante el proceso. Debe tratarse de bienes no monopolizados, concepto que se extrae *a sensu contrario* de la definición de géneros o efectos estancados que se recoge en el art. 1.6¹⁵¹. Al igual que sucede en el tráfico de drogas, "la autoridad judicial podrá acordar, asimismo, que, mientras se sustancia el proceso, los bienes, efectos e instrumentos intervenidos se utilicen provisionalmente por las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando" (art. 6.3). Eso sí, a diferencia de lo previsto en el delito de tráfico de drogas, no se exige que el juez o tribunal adopte las debidas garantías para su conservación¹⁵². Igualmente es posible, "en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables,... designar a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso, de la garantía que se establezca" (art. 6.2)¹⁵³, que se ha de calcular conforme al sistema de fianzas regulado en los art. 589 y siguientes LECrim, pero teniendo en cuenta a la hora de señalar la

importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción esté prohibida expresamente por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determine en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale".

¹⁵¹ Que los define como "los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquier otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición".

¹⁵² Señala CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 117, que también a diferencia de lo dispuesto en el tráfico de drogas, no se limita esta posibilidad a los bienes de lícito comercio. Sin embargo, olvida que el art. 6 lleva por rúbrica "intervención de bienes no monopolizados", esto es, bienes no prohibidos ni estancados, bienes de lícito comercio no monopolizados.

¹⁵³ La legislación procesal no prevé el depósito de estos objetos a favor de terceros, menos aún de los presuntos responsables del delito (vid. los arts. 334, 635 y 844 LECrim), aunque una regulación similar ya aparecía en el art. 2.1 del Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre depósitos judiciales, conservación y destino de las piezas de convicción. Vid. un caso de aplicación de este precepto, que atiende a la proporcionalidad de la medida en atención al valor del objeto aprehendido, a la posibilidad de reiteración delictiva y al hecho de que el acusado tiene una hija minusválida a la que traslada en el vehículo decomisado, en el AAP de Barcelona de 25-11-2004 (JUR 2005\30301).

cuantía que se está asegurando no sólo la responsabilidad civil, sino también el cuerpo del delito¹⁵⁴.

También se autoriza a enajenar los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, si éste fuere su destino final precedente¹⁵⁵, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo en los siguientes casos: "a) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos. b) Cuando la autoridad judicial estime que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a disminución importante de su valor. Se entenderán comprendidos en este apartado las mercancías, géneros o efectos que sin sufrir deterioro material se deprecian por el transcurso del tiempo" (art. 7.1). Aunque no se indica nada sobre el modo de proceder a la enajenación, no cabe duda de que ha de ser en pública subasta, de acuerdo con los arts. 613 y siguientes LECrim. Se señala además que "la enajenación a la que se refiere este artículo será ordenada por la autoridad judicial. A tal efecto se procederá a la valoración de las mercancías, géneros o efectos, cuando ésta no estuviere practicada, en la forma prevista en esta Ley" (art. 7.2), lo que obliga a acudir a las reglas recogidas en el art. 10, dedicado a la valoración de los bienes. "El importe de la enajenación, deducidos los gastos ocasionados, quedará en depósito a resultas del correspondiente proceso penal" (art. 7.3). Esto es, si la sentencia es condenatoria el importe de la enajenación se atribuirá al Estado, mientras que si es absolutoria se entregará al propietario.

Además, "el uso de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos que no sean enajenables quedarán adscritos a las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando de acuerdo con lo que prevea la legislación específica aplicable a esta materia" (art. 8).

Por último, "cuando las mercancías aprehendidas sean de las comprendidas en los monopolios públicos, la autoridad judicial a cuya disposición se hayan colocado procederá en la forma que indiquen las disposiciones reguladoras de dichos monopolios", pudiendo "autorizar la realización de actos de disposición por parte de las compañías gestoras de los monopolios respecto a las mercancías o géneros que hayan sido aprehendidos a reserva de la pertinente indemnización, si hubiese lugar a ella, según el contenido de la sentencia firme" (art. 9).

¿Qué ocurre cuando estamos ante un contrabando de drogas? Nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales que puede resolverse con la aplicación de la normativa contenida en la LO 12/1995, de Represión del Contrabando, como ley especial¹⁵⁶. En este caso se aplicaría el comiso específico regulado en dicha ley, siendo supletorio el art. 374 CP, y supletorios de éste, a su vez, los arts. 127 y 128 CP, que contienen la regulación general del

¹⁵⁴ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., p. 117, que cita a MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Intervención de bienes y nombramiento de depositario. Artículo 6", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 439 ss.

¹⁵⁵ Por tanto, se está hablando únicamente de los bienes de lícito comercio. Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Enajenación de los géneros o efectos intervenidos. Artículo 7", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 443 ss. Quedan fuera de este precepto no sólo los bienes estancados sino también los prohibidos. Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis*, cit., pp. 118-119.

¹⁵⁶ Posición que mantuve en su día. Cfr. FARALDO CABANA, P., "El comiso", cit., pp. 253 ss. Sin embargo, ahora no me parece posible establecer una relación de especialidad lógica entre ambas figuras delictivas.

comiso¹⁵⁷. O bien aplicando el precepto penal que en el caso concreto asigne mayor pena al hecho¹⁵⁸, y por tanto también el comiso específico de esa figura delictiva, esto es, utilizando para resolver el concurso la regla de la alternatividad.

Propone una solución distinta AGUADO CORREA¹⁵⁹, para quien "si nos encontramos ante un supuesto de concurso de normas entre el delito de contrabando y el de tráfico de drogas, éste se resuelve a favor del delito de tráfico de drogas, por lo que será de aplicación preferente el artículo 374 CP y, por lo tanto, los bienes, efectos e instrumentos se adjudicarán al Estado en virtud del artículo 374 CP, e igualmente pasarán a engrosar dicho Fondo".

¹⁵⁷ Afirma que la regulación del Código penal es supletoria de la especial contenida en la LO 12/1995 la STS de 29-9-1997 (Ar.8998).

¹⁵⁸ Así resuelve el conflicto aparente de normas penales entre el tráfico de drogas y el contrabando MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 869-871; MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 1048.

¹⁵⁹ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, cit., p. 185, nota núm.580.