

**EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE COMISO EN MATERIA DE TRÁFICO
DE DROGAS**

Por el Dr. ALFONSO CARDENAL MURILLO
Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NATURALEZA DEL COMISO EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL
- III. LA CONEXIÓN ENTRE LA REGULACIÓN GENÉRICA DEL ART 48 DEL CÓDIGO PENAL Y LA ESPECÍFICA DEL ART. 344 BIS E) EN MATERIA DE DROGODELINCUENCIA.
- IV. ANÁLISIS DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 344 BIS E) POR LEY ORGÁNICA 8/1992
 - A) EL TERCERO DE BUENA FE NO RESPONSABLE DEL DELITO
 - B) EL CÍRCULO DE OBJETOS DECOMISABLES
 - C) LA UTILIZACIÓN DE LOS BIENES Y EFECTOS PROVISIONALMENTE DECOMISADOS
 - D) LA ADJUDICACIÓN AL ESTADO DE LOS BIENES DECOMISADOS

I. INTRODUCCIÓN

La actual lucha contra la drogodelincuencia ha revitalizado de modo especial el interés de la doctrina y jurisprudencia por el comiso, institución tradicionalmente relegada, que ha pasado a configurarse como un instrumento nada desdeñable de la lucha contra este tipo de delincuencia.

Las altas cotas de criminalidad alcanzada por el narcotráfico, tanto a nivel nacional como internacional, han provocado una tendencia favorable y generalizada, en los últimos años, a recrudecer punitivamente su persecución, abandonándose enfoques meramente resocializadores o incluso despenalizadores anteriores¹. Tendencia que ha resultado ser la finalmente imperante en la *Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, y ratificada por España por instrumento de 30 de julio de 1990.

El excesivo peligro que la existencia del narcotráfico plantea para la propia subsistencia de una sociedad democrática, dado el poder económico que para determinadas organizaciones criminales genera este tipo de actividad, susceptible de corromper las propias estructuras democráticas, ha provocado la alarma social². No debe, pues, extrañar que sean también acciones tendentes a contrarrestar dichos beneficios económicos los medios a los que se haya recurrido preferentemente en su lucha represiva; estimándose, desde esta consideración, como elemento idóneo en la lucha contra el narcotráfico, no sólo la multa y la pena privativa de libertad, más o menos larga, que pudiera hacerse recaer sobre los responsables del delito, sino también el despojo de los instrumentos del delito y de todos los bienes que pudieran haber sido fruto o consecuencia del mismo. Con esta dinámica no sólo se intenta privar al individuo de toda aquella ventaja patrimonial que le hubiera podido representar la comisión del delito, sino también, y a modo de intimidación o prevención general, frustrar las expectativas de

¹ Vid. confirmada, de modo crítico, esta tendencia en J. L. Díez Ripollés, «La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente», en *A.D.P.*, 1987, págs. 347 y ss., en especial págs. 388-87, entre otras, y J. L. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos, Madrid, 1989.

² En análogos términos se expresa el Preámbulo de la *Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988. En relación a las cifras que mueve el narcotráfico, vid. C. Herrero Herrero, *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1992, págs. 84 y ss.; y de un modo muy general, J. I. Prieto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1993, págs. 635 y ss.

enriquecimiento que pudieran atraer al delincuente potencial a esta clase de delincuencia³.

Presente esta orientación político-criminal en los órganos de Naciones Unidas, la institución del comiso se presta como un eficaz instrumento a su servicio, pero su incorporación al ámbito del Derecho positivo español obligará a introducir una regulación específica del comiso aplicable a los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de carácter más amplio que la contenida de modo general en el art. 48 del Código penal, dado que este último no incluía, entre otros aspectos, el comiso del provecho o ganancia del delito.

La incorporación a nuestro texto punitivo del art. 344 bis e) por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, obedece al planteamiento precedente; respondiendo, sin duda, a las últimas exigencias de Naciones Unidas que se dejaban traslucir de los borradores y documentos de trabajo preparatorios de lo que finalmente constituiría la *Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*⁴.

Esta regulación específica a través del nuevo art. 344 bis e) perseguía la ampliación de la figura general de comiso del art. 48 al provecho o ganancias obtenidas con el delito. Y con ello, siguiéndose las tendencias de Naciones Unidas, imposibilitar al delincuente del narcotráfico la libre disposición de los beneficios económicos que este produce, mediante la confiscación de los instrumentos, los efectos del delito o sus ganancias, pretensión que anida no sólo en la regulación específica del comiso acabada de citar, sino también en otros preceptos de la Reforma de 1988, donde se presenta también diáfano el interés del legislador por impedir al responsable el disfrute de esos mismos bienes derivados del narcotráfico, creando mayores dificultades para su transmisión o blanqueo frente a terceros, tal y como se deduce de la, también introducida por Reforma de 1988,

³ Cfr. el Preámbulo de la *Convención de Naciones Unidas*, cit., donde las Partes se muestran «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».

⁴ Así puede leerse en el Preámbulo a la L.O. 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, 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 de lucha contra esta criminalidad «la reducción y eliminación de los beneficios económicos» y utilizándose como instrumento para ello la ampliación de «los términos de la figura del comiso».

La idea de introducir una nueva regulación del comiso, acorde a las tendencias internacionales, se encontraba latente en el Gobierno hacía ya un tiempo, Vid. en este sentido, las declaraciones del Ministro de Justicia, F. Ledesma Bartret, «La lucha contra la drogadicción en la sociedad actual» en *Estudios Penales y criminológicos*, IX, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pág. 79.

La doctrina científica llega incluso a calificar este afán del legislador español a favor de ajustar nuestro Derecho positivo a las susodichas tendencias internacionales, como de «compulsivo» y partidario de «granjearse la aprobación internacional». Vid. J. L. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, págs. 33 y 55, entre otras.

nueva regulación específica de receptación en el ámbito de la drogodelincuencia del art. 546 bis f)⁵.

Este marcado incremento represivo, claramente orientado a la reducción de la «oferta» en el ámbito de la drogodelincuencia, propugnado por Naciones Unidas y asumido por nuestro Derecho positivo, frente al que supuso la reforma de 1983 y el Plan General sobre Drogas, más tendente a reducir la «demanda» y por consiguiente más prevencionista que intimidatorio,⁶ ha conllevado paralelamente al resurgimiento de ciertos temores en la doctrina penal española. Así, la idea de que la ampliación del comiso pudiera haberse aproximado en exceso a la confiscación general de bienes⁷, haciendo peligrar los principios de seguridad jurídica y legalidad; o la posibilidad de que el comiso se aplique a personas no responsables del delito, circunstancia propugnada en los borradores de trabajo de la Convención de Viena de Naciones Unidas, pero afortunadamente obviada, al menos, en la redacción del art. 344 bis e) del C.P. español introducido por reforma de 1988⁸.

Esta línea político-criminal iniciada en 1988 se ha visto continuada e intensificada por la *L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, dada con motivo de las medidas que España, como Parte de la Convención de Viena de 1988, estaba obligada a introducir en su ordenamiento penal.

Y más en concreto, en relación específica al comiso, la Reforma de 1992 modifica la redacción del art. 344 bis e) con la finalidad de ajustarlo a los planteamientos intimidatorios de prevención general asumidos por la redacción definitiva del Convenio de Viena; y en particular, a la redacción del comiso prevista en su art. 5, donde se establece:

«1. 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 art. 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;
- b) De estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 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 art. 3.

2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

⁵ J. M.ª Silva Sánchez, «La receptación específica», en *Delitos contra la Salud Pública. Comentarios a la legislación penal*, t. XII, Madrid, 1990, págs. 480 y ss.

⁶ *Id.*, al respecto, J. L. Díez Ripollés, *Los delitos relativos...*, *op. cit.*, págs. 51 y ss.

⁷ J. L. Díez Ripollés, «La política sobre drogas...», en *A.D.P.*, 1987, pág. 397.

⁸ J. L. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas...*, *op. cit.*, pág. 104.

A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus Tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.»

El nuevo texto del art. 344 bis e) del C.P. pretende fijar, en definitiva, aún con mayor precisión, el círculo de objetos sobre el que puede recaer el comiso.

Art. 344 bis e):

«1.º A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el art. 344 bis g), los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los arts. 344 a 344 bis b), o provinieron de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2.º A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar, asimismo, que mientras sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3.º Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.»

Asimismo, concreta de modo más acorde al empleado por la Convención, el círculo de personas a los que resulta aplicable el comiso, al determinar que el tercero de buena fe no responsable del delito quede excluido del mismo. Prevee la correspondiente autorización a la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas para la utilización de los bienes provisionalmente decomisados; y, por último, adjudica formalmente al Estado los bienes y efectos decomisados. Todo ello de acuerdo a lo previsto respectivamente en el art. 5.1.b., art. 5.8, art. 5.2 (en relación con el art. 11) y art. 5.5.a. de la Convención de Naciones Unidas⁹.

II. NATURALEZA DEL COMISO EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

La doctrina científica duda acerca de la naturaleza que debe atribuirse al comiso, inclinándose en la actualidad a favor de su consideración como medida

⁹ El art. 5. 8. de la Convención de Naciones Unidas establece:

«Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe».

El art. 5. 5. a. de la Convención de Naciones Unidas dispone:

de seguridad¹⁰ o, en su defecto, encuadrándolo como consecuencia jurídica del hecho distinta de la pena o de la medida de seguridad; mientras que su concepción como pena es puesta en tela de juicio, por su dificultad intrínseca de acomodarse al principio de proporcionalidad y por no presentar carácter divisible, lo que impide la correcta individualización a la que toda pena ha de responder¹¹.

No obstante, la presencia del comiso en los catálogos de penas de una buena parte de los textos punitivos de nuestro entorno cultural se debe, en opinión de Manzanares Samaniego, a la circunstancia histórica de haber sido recogida dicha institución como pena al tiempo de ser redactados los primeros Códigos penales y antes de la propia discusión doctrinal sobre las medidas de seguridad, así como a la propia inercia de los textos legales a mantenerlo como tal¹².

En nuestro Ordenamiento debe afirmarse su carácter formal de pena, siquiera accesoria, al aparecer encuadrado en el catálogo general del art. 27 de nuestro actual texto punitivo; calificación legal que sólo ha sido interrumpida por el paréntesis del C.P. de 1928, que lo consideró medida de seguridad. Su carácter accesorio se desprende no sólo del art. 27, sino también del propio tenor literal del art. 48 del C.P., al establecer que «Toda pena que se impusiere por un delito o falta llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado (...)» y que «Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio (...), podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente».

La cuestión presenta gran trascendencia procesal, pues de considerarse pena accesoria y no imperativa para el juzgador, resultará controvertible en juicio, de donde se deduce que debe ser solicitada por el Ministerio Fiscal, y no mediante una solicitud genérica sino expresa de las penas accesorias que correspondan; asimismo, el órgano judicial deberá imponerla también expresamente en sentencia, en cumplimiento de la garantía jurisdiccional como manifestación del principio de legalidad¹³. Además, su carácter accesorio determina la necesidad

«La Parte que haya decomisado el producto o los bienes conforme a los párrafos 1 ó 4 del presente artículo dondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos».

¹⁰ F. Puig Peña, artículo «Comiso», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, pág. 455.

¹¹ J. L. Manzanares Samaniego, «El comiso», en *Comentarios a la legislación penal (La Reforma del C.P. de 1983)*, t. V, vol. 1, Edersa, Madrid, 1985, págs. 409 y ss.

¹² J. L. Manzanares Samaniego, «El comiso», en *La Reforma del C.P. de 1983*, págs. 410-411. Una relación de los Códigos en los que el comiso aparece como pena puede verse en J. L. Manzanares Samaniego, *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Barcelona, 1983, pág. 256.

¹³ S.T.S. 17-IX-91; S.T.S. 12-XI-1992; S.T.S. 18-V-93. y en concreto, la S.T.S. de 15-IX-93, por ser la última analizada, cuando manifiesta que en el supuesto de autos, la pena accesoria de comiso no había sido solicitada por la acusación, no habiendo existido, por tanto, la posibilidad de verse sometida a contradicción por parte de la defensa del acusado. El T.S. entiende que el principio acusatorio, que impide imponer pena no expresamente solicitada, no se limita a las penas principales, sino que se extiende a las accesorias, como el comiso en el presente caso. Por este motivo procesal y los demás de orden sustantivo que se indican en el texto, estima el recurso de casación en lo referente a la pena de comiso impuesta por la Audiencia Provincial de Córdoba.

para su imposición de una pena principal, circunstancia que podría impedir la aplicación del comiso en aquellos casos en que a pesar de existir el delito, no puede aplicarse una pena principal por falta de culpabilidad, muerte del reo, o cualquier otra circunstancia¹⁴.

La interpretación sistemática y literal, correspondiente a los arts. 27 y 48 del C.P., puede ser completada con otros criterios, como la posibilidad o no de su aplicación a terceros no responsables del delito, o la naturaleza de los fines a él encomendados, aspectos también útiles para la concreción de la naturaleza del comiso asumida por nuestro ordenamiento. Todo lo cual debería ser contrastado, a su vez, con la «capacidad intrínseca» del comiso para cumplir con los objetivos que un determinado ordenamiento, como el nuestro, le tiene encomendado, resultando de este último análisis la línea político criminal a seguir en el ámbito del comiso.

Sin ninguna duda, con anterioridad a la Reforma de 1992 el comiso no resultaba aplicable a un tercero no responsable del delito, como expresamente declaraban los arts. 48 y 344 bis e) mediante el empleo de la fórmula excluyente «a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito». La doctrina llegó incluso a criticar en algún momento dicha fórmula, pues la no aplicabilidad del comiso a un no responsable del delito se deriva de la propia naturaleza de pena atribuida por el Código a éste, sin necesidad de referencia legal expresa de carácter excluyente¹⁵.

Respecto de los fines, se podría plantear, como hipótesis de trabajo, si el comiso en nuestro ordenamiento contiene una medida cautelar, dirigida a evitar la utilización de los bienes decomisados en la comisión de nuevos delitos¹⁶. Si así fuera,

¹⁴ En este mismo sentido, C. Conde Pumpido Ferreiro, en J. López Barja de Quiroga y L. Rodríguez Ramos, *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, pág. 177.

¹⁵ Vid. J. L. Manzanera Samaniego, *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Barcelona, 1983, pág. 280.

¹⁶ Córdoba ya señaló que el uso del comiso por la Jurisprudencia era muy inferior al que podría deducirse de la literalidad del art. 48 C.P., lo que en su opinión se debía a un entendimiento jurisprudencial estereotipado del instrumento en relación al delito cometido, así, las armas respecto de los delitos contra las personas y las gonzúas respecto de las infracciones criminales, etc... Estereotipación con la que probablemente se haya tratado, en opinión de Córdoba, de evitar la imposición de una condena muy gravosa para el culpable (vid. J. Córdoba Roda, en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo y otros, *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1976, págs. 197-8).

En nuestra opinión, el fundamento último de la mencionada estereotipación quizás se encuentre también en la tendencia a limitar el comiso a supuestos de peligrosidad de la cosa; en términos similares a los aludidos por Manzanera Samaniego, cuando reclama que se conciba el comiso como una medida *sui generis* cuya imposición debiera limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa (vid., J. L. Manzanera Samaniego, «La pena de comiso en el Proyecto de Código penal», en *A.D.P.*, 1981, págs. 616-617).

Que no basta el mero empleo de la cosa en la comisión delictiva lo confirma, entre otras, la S.T.S. de 15-IX-93, al manifestar que ha de acreditarse que lo que se decomisa en calidad de instrumento del delito ha sido utilizado precisamente para su comisión y no se trata de algo destinado a fines distintos y empleado en la comisión del delito, pero no para ejecutarlo. En el supuesto de autos, se trata de un acusado que viaja en automóvil a la localidad de Montoro a fin de realizar la operación

se comprendería el porqué de que el art. 48 del C.P. no se refiera al comiso de las ganancias, sino sólo al de los efectos e instrumentos del delito, como consecuencia de la distinción entre uno y otro como dos supuestos totalmente distintos que exigirían regulación independiente, de modo similar a lo que ocurre en el Derecho penal alemán y austríaco con la *Einziehung* de objetos peligrosos y el *Verfall* de la ganancia, con la salvedad de que el legislador histórico español estimó necesario recoger sólo expresamente el primero.

Por otro lado, la pérdida de los bienes por efecto del comiso, en opinión de la doctrina mayoritaria, lleva aparejado que el producto de su venta sea destinado a cubrir las responsabilidades civiles del penado, pero sólo en caso de insolvencia, no pudiéndose de ningún modo destinar a sufragar la pena de multa.

El art. 48 del C.P. establece, sin más distinciones, que el producto de los bienes de lícito comercio decomisados se aplicará a cubrir las responsabilidades del penado, coincidiendo asimismo la doctrina en señalar como tales las contenidas en el art. 111, en el orden de prelación por este precepto establecido y sólo en el supuesto de que el patrimonio restante del autor fuera insuficiente para cubrir todas sus responsabilidades¹⁷. La calificación del comiso como pena, aunque accesorio, impide entender la posibilidad que el legislador otorga de aplicar los bienes decomisados al cumplimiento de las responsabilidades civiles del penado de modo exclusivo, pues de lo contrario no se trataría de una pena, sino de una medida dirigida a salvaguardar exclusivamente los intereses civiles de terceros, circunstancia que no resulta ser así, tal como se deduce del hecho de que una vez cubiertas las responsabilidades civiles no se devuelvan al penado los posibles bienes decomisados restantes, pues éste perdió ya la titularidad respecto de los mismos¹⁸. Lo que ha pretendido el legislador, todo lo más, indicando el destino de los bienes decomisados, ha sido evitar eventuales perjuicios a terceros por la ejecución del comiso¹⁹. Por eso, sólo en caso de ser insuficiente el patrimonio del penado entrará en juego lo establecido por el art. 48 del C.P. respecto del destino que debe darse a los bienes decomisados de lícito comercio.

De acuerdo con lo planteado en el párrafo anterior, la cuestión relativa a si el producto de la venta de los bienes decomisados pueden destinarse a cubrir la pena de multa no tiene efecto práctico alguno. Sólo cuando el patrimonio del autor resulte insuficiente tendrá sentido plantear el eventual destino de los bienes

de tráfico, acompañado de su esposa, llevando la droga oculta en la entrepierna. El T.S. entiende que no queda claro que el vehículo fuera un instrumento para trasladar la droga, o bien un simple medio de transporte personal, como hubiera podido utilizar cualquier otro para el desplazamiento. Debe, pues, verificarse una especial conexión de la cosa con la propia ejecución del delito, para poderla calificar como instrumento.

¹⁷ Vid., en contra, la S.T.S. de 24-IX-1968, manifestándose igualmente en sentido contrario J. Córdoba Roda, en *Comentarios al Código penal, op. cit.*, t. II, pág. 201.

¹⁸ Vid., en este mismo sentido, C. Conde Pumpido Ferreiro, en *Código Penal comentado*, Akal, *op. cit.*, pág. 178, y la Consulta 7/1973 de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

¹⁹ En este mismo sentido, A. R. Reeg, «Comentario al art. 344 bis e) del C.P.», en *Comentarios a la legislación penal (Delitos contra la Salud Pública)*, t. XII, Edersa, Madrid, 1990, pág. 450.

decomisados, y sólo una vez cubiertas las restantes responsabilidades del penado conforme al orden previsto por el art. 111 procedería plantear, por ser la ubicada en último lugar, la ejecución de la pena de multa a costa del producto de los bienes decomisados, lo que resulta carente de efecto práctico, dada ya la pertenencia al propio Estado de estos bienes, como consecuencia de la pérdida de titularidad del penado respecto de todos los bienes decomisados.

Habría, pues, qué negar la posibilidad de ejecutar la pena a costa del comiso, por carecer de efecto práctico alguno. No obstante, desde un punto de vista dogmático parece también acertado, como ha declarado un sector doctrinal, negar *per se* la aplicación de los bienes decomisados al abono de la multa, ya que aceptar lo contrario supondría que la ejecución de una pena (multa) se haría depender de la ejecución de otra (comiso)²⁰.

Descartada la posibilidad de que el comiso encierre una mera medida dirigida a garantizar el cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito²¹, y confirmado asimismo un cierto carácter preventivo frente a la comisión de nuevos delitos, cabría calificar el comiso, exclusión hecha de su declaración formal de pena accesoria por nuestro texto legal, como pena o medida de seguridad.

Así las cosas, no resulta extraño que el legislador histórico se inclinara por su calificación como pena, bien por encontrarse la dogmática de éstas más desarrollada que la de las medidas de seguridad, bien por entenderse que el carácter prevencionista del comiso no se podía desarrollar a través de la reeducación y mejora del penado sino mediante la privación y en su caso inutilización de los bienes y efectos con que se ejecutó el delito. Se concibió de este modo el comiso como la pérdida de la titularidad de determinados bienes que habría de soportar el delincuente a modo de pena.

La situación descrita refleja la naturaleza de pena que asume el comiso del art. 48 en nuestro ordenamiento actual, a la luz de una interpretación sistemática, literal y funcional. No obstante, la doctrina alega con una perspectiva claramente político-criminal, tal como se adelantó al principio, la dificultad intrínseca del comiso en acomodarse a los principios de proporcionalidad y divisibilidad a los que toda pena ha de responder. Si a ello se añade el inconveniente de su no aplicabilidad a supuestos meramente antijurídicos, u otros supuestos de inaplicabilidad de una pena, pero en los que puede quedar subsistente la *ratio essendi* del comiso (v. gr., peligrosidad del instrumento), y a su vez la desconexión de esta institución con la naturaleza de una medida de seguridad dirigida a la reeducación o mejora del delincuente, se entiende que la doctrina reclame su ubicación como una medida distinta de la pena y medida de seguridad, pero concibiéndose también como una consecuencia jurídica del delito, al modo que lo hace el Derecho penal alemán.

²⁰ En sentido análogo, A. R. Reeg, «Comentario al...», pág. 449.

²¹ *Vid.*, en sentido contrario, A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, t. II, Murcia, 1947, pág. 230; A. Quintano Ripollés, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, pág. 340.

Esta tendencia se observa, aunque con cierto carácter vacilante, en las últimas tentativas legislativas de reforma, tanto a nivel nacional como de Derecho comparado. Basta recordar, en este sentido, su configuración aún como pena accesoria en el Proyecto de Código penal de 1980²²; o como algo distinto de la pena o de la medida de seguridad en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal (P.A.N.C.P.) de 1983²³; dirección continuada tanto por el P.C.P. de 1992, como por el Anteproyecto de Ley Orgánica de C.P. de 1994, que lo encuadran entre las consecuencias accesorias, tercera categoría que se suma a las de penas y medidas de seguridad.

No obstante, a nivel internacional, y en concreto en el tema relativo al tráfico ilícito de drogas en el foro de Naciones Unidas, si bien parece coincidir con la línea descrita de encuadrar el comiso formalmente como categoría distinta a la de las penas y medidas de seguridad, los fines de prevención general de carácter intimidatorio que parece encomendársele, casan más con su naturaleza de pena. Tal dicotomía se observa también en el Derecho español resultante de las sucesivas reformas parciales, lo que no es de extrañar, dada la permeabilidad de nuestro legislador en relación con las iniciativas internacionales relativas a éste ámbito.

Con todo, lo más preocupante no es la tendencia que pueda o no observarse acerca de la naturaleza del comiso en las últimas tentativas de reforma del Código penal, sino la propia coherencia del legislador consigo mismo y con su decisión respecto de la naturaleza del comiso y los objetivos a éste asignados, consideración que no parece del todo concurrir en las dos últimas reformas parciales del Código penal en materia de tráfico de drogas, donde se observa la incorporación a nuestro texto punitivo de la filosofía dominante en la doctrina sobre la naturaleza del comiso, concibiéndosele como una consecuencia jurídica del delito distinta de la pena o de la medida de seguridad, sin haber transformado previamente la naturaleza con que se dotó genéricamente en su momento dicha institución. Tal discordancia propicia la aparición de antinomias, tales como la que se atisba entre la regulación genérica del comiso del art. 48 C.P., respecto de algunos elementos del comiso introducido para los delitos de tráfico ilegal de drogas del art 344 bis e), por L.O. 1/88, de 24 de marzo y su modificación conforme a la L.O. 8/92, de 23 de diciembre.

Es indudable que la determinación de la naturaleza del comiso asumida por un determinado Derecho positivo no puede ser ajena al modo en que legislador la conciba, en virtud de la aplicación de una determinada concepción político-criminal y a los objetivos que se pretendan conseguir con su imposición. Pero igualmente cierto es que si se quiere que la institución cumpla los objetivos que se le han asignado, éstos no pueden ser contrarios a la propia naturaleza de la

²² El Proyecto de 1980 se limitó a recoger, con muy leves modificaciones, el entonces vigente art. 48 del C.P., dividiéndolo en dos preceptos, los arts. 61 y 66 del Proyecto.

²³ Vid. J. L. Manzanares Samaniego, «Las penas patrimoniales en la Prpuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal», en *Documentación Jurídica*, n.º 37/40, vol. 1, pág. 244.

institución ni a la propia configuración asumida por ella en el sistema, ya que de lo contrario la intervención del legislador sería disfuncional para el mismo.

Desde esta perspectiva, resulta criticable la tendencia observada por el legislador al configurar el comiso específico en materia de tráfico de drogas como de naturaleza distinta a la de una pena (no otro sentido puede tener la aplicación del comiso a un no responsable del delito, cuando éste sabía o sospechaba que sus bienes podían estar siendo utilizados para la ejecución de dicho delito)²⁴, mientras que en ese mismo ordenamiento se configure, por otro lado, dicha institución como pena; circunstancia contradictoria, pero aún más incomprensible cuando el propio autor de la reforma quiere dotar al comiso de una finalidad de prevención general, consustancial con toda pena, como un importante elemento intimidatorio que obligue al delincuente a replantear su futura actuación en términos de costes de utilidad²⁵.

III. LA CONEXIÓN ENTRE LA REGULACIÓN GENÉRICA DEL ART. 48 Y LA ESPECÍFICA DEL ART. 344 BIS E), EN MATERIA DE DROGODELINCUENCIA

Como se ha manifestado, el art. 48 del C.P. regula de modo general el comiso aplicable a todos los delitos, salvo aquellas disposiciones que otros preceptos puedan establecer con referencia a un delito o grupos de delitos en concreto. Así, hasta la Reforma de 1988, el comiso aplicable a los delitos de tráfico de drogas era el general previsto por el art. 48, y el regulado expresamente respecto de esta clase de delitos por la Ley de Contrabando en virtud de la L.O. 7/1982. Entendía la doctrina, y expresamente lo disponía la propia Ley (art. 9), que en todo lo no dispuesto por la Ley especial, regía como Derecho supletorio la ley general, lo que suponía aplicar supletoriamente el art. 48 del C.P. respecto de lo no establecido para el comiso por la Ley especial²⁶.

Este mismo criterio es el que parece regir la relación entre el régimen genérico del comiso (art. 48 C.P.) y el específico previsto para los delitos cometidos por medio de la imprenta (art. 213 C.P.) o el aplicable para el delito de cohecho (art. 393 C.P.). De tal modo, que en todo lo no dispuesto por estos últimos regiría lo establecido genéricamente por el art. 48, comportándose este último como ley subsidiaria.

Lo mismo ocurre entre el régimen específico del art. 344 bis e) y el establecido por el art. 48, pronunciándose en este mismo sentido la S.T.S. de 18 de julio de

²⁴ Vid. *infra* IV, y en concreto el apartado relativo a «El tercero de buena fe no responsable del delito».

²⁵ Vid. cómo esta tendencia del legislador ha sido igualmente observada por E. A. Fabián Caparrós, «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», en *A.D.P.*, 1993, pág. 617.

²⁶ J. L. Manzanares Samaniego, «El comiso», en *Comentarios a la legislación penal (Delitos e infracciones de contrabando)*, t. III, Edersa, Madrid, 1984, pág. 416.

1991, cuando afirma, en relación con el 344 bis e) introducido en 1988, que este artículo representa nada más que una aclaración, relativa a los delitos de tráfico de drogas, de la regulación genérica del comiso contenida en el art. 48. Por eso mismo, la S.T.S. de 15 de septiembre de 1993, sigue estimando aplicable al art. 344 bis e) la regla general de que el comiso no es preceptivo en los casos de desproporcionalidad, tal como establece el art. 48.2 («Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y la gravedad de la infracción penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente»)²⁷.

La doctrina científica también se ha manifestado, por razones de política criminal, a favor del desarrollo de una interpretación que considere al art. 344 bis e), introducido por Reforma de 1988, ley especial respecto del art. 48, con el objeto de poder afirmar que es aplicable en el primero el principio de proporcionalidad y asimismo también el destino de la venta de lo decomisado regulado expresamente en el régimen genérico del art. 48²⁸.

Incluso, el mismo legislador de la Reforma de 1992 parece entenderlo así, como consecuencia de haber considerado necesario ahora la referencia expresa a que los bienes decomisados pasarán a ser propiedad del Estado, pues de no haber acudido a establecerlo expresamente se aplicaría lo prevenido por el art. 48 relativo al destino del producto de la venta de lo decomisado a cubrir las responsabilidades civiles del penado²⁹.

IV. ANÁLISIS DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 344 BIS E) POR LEY ORGÁNICA 8/1992

A) EL TERCERO DE BUENA FE NO RESPONSABLE DEL DELITO

Hasta la Reforma de 1992, el legislador condicionaba tanto el comiso del art. 48 como el del art. 344 bis e), a que la titularidad de la cosa a decomisar perteneciera a uno de los responsables criminales del delito, recurriéndose para ello a la expresión de «*A no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso...*». La doctrina manifestó en más de una ocasión la innecesariedad de esta mención expresa, arguyendo que la circunstancia de extender el comiso a bienes cuya titularidad no perteneciera a uno de los responsable del delito, suponía aplicar una pena (la del comiso) a un tercero no responsable del

²⁷ En el mismo sentido, la S.T.S. de 12-XI-1992 (en relación con el 344 bis e. de 1988) niega el carácter imperativo de la imposición del comiso, por entender que también en este tipo rige el principio genérico de proporcionalidad, entendiéndose que el comiso sólo es imperativo, sustrayéndose al propio principio de proporcionalidad cuando el legislador lo establece así expresamente, como es el caso de los delitos de los artículos 213 y 393 del C.P.

²⁸ Vid. J. L. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, op. cit., pág. 110; A. R. Reeg, «Comentario al...», pág. 461.

²⁹ Vid. *infra*, Apartado IV número 4, la modificación que ha supuesto ahora la nueva redacción del art. 344 bis e) por L.O. 8/1992, respecto del destino de los bienes decomisados.

mismo, lo cual, fuera de toda duda, resultaba imposible en nuestro ordenamiento dado el principio de personalidad de las penas por el que éste se rige³⁰.

La reforma de 1992 introduce, en el ámbito del art. 344 bis e), la exigencia de «buena fe» en el tercero, quedando redactada la fórmula utilizada por el legislador con el tenor siguiente: «A no ser que pertenezcan a un tercero *de buena fe* no responsable del delito, serán objeto de comiso...». Con esta modificación, el legislador probablemente haya pretendido utilizar una terminología afín a la empleada por la Convención de Viena de 1988 en su art. 5.8 («Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe»).

El precepto de la Convención de Viena, como se desprende claramente de su tenor literal, persigue la no producción de perjuicios para terceros de buena fe, en la aplicación del comiso previsto en su art. 5. Puede comprenderse, si se tienen en cuenta las distintas acciones que las Partes firmantes deben o pueden adoptar en materia de comiso siguiendo el tenor de este precepto en sus respectivos Derechos internos (obligadas: comiso de las ganancias, de los efectos e instrumentos del delito, etc.; o a su elección: inversión de la carga de prueba respecto del origen lícito de los bienes sujetos a decomiso), la preocupación de sus redactores por señalar que todas estas medidas que tiene por fin el decomiso del art. 5 se entiendan que lo son sin perjuicio de los terceros de buena fe.

En el marco en que se desarrolla esta apreciación se entiende que hace referencia a supuestos como el del adquirente de productos lícitos procedentes, obtenidos o utilizados en el narcotráfico, con desconocimiento de su procedencia. Pero también que su tenor da pie a admitir el comiso de bienes no pertenecientes al propio responsable del delito, cuando aquellos bienes susceptibles de ser decomisados pertenezcan a un tercero no responsable del delito, cuyo conocimiento sobre su procedencia ilícita, o de su utilización para la realización de conductas de narcotráfico, haga decaer el requisito de «buena fe». No obstante, la Convención de Viena sólo exige a las Partes, como *ius cogens*, que no se lesionen los derechos de terceros de buena fe, pero no necesariamente que se aplique el comiso respecto de los bienes pertenecientes a terceros cuando no reúnan este requisito.

El legislador español, al recoger el requisito de la buena fe en la redacción del régimen específico de comiso aplicable al ámbito de drogas en nuestro Derecho interno, ha provocado precisamente un entendimiento similar al acabado de describir para el art. 5.8 de la Convención de Naciones Unidas, con la diferencia, ahora, de que en nuestro Derecho interno, dada la redacción del art. 344 bis e), sí se posibilita, sin duda, una interpretación por la que se faculta el comiso sobre bienes que no pertenezcan al responsable del delito, sino a un tercero que no reúna el requisito de buena fe. De tal modo que podría llegarse a admitir el

³⁰ Vid., entre otros, J. L. Manzanares Samaniego, *Las penas patrimoniales...*, op. cit., pág. 280.

sinsentido de aplicar una pena (aunque accesoria y de naturaleza muy discutida) a sujetos no responsables penalmente.

El requisito de «buena fe» ya había sido empleado con anterioridad por nuestro legislador, con ocasión de la regulación del régimen específico del comiso para los delitos de contrabando. Sin embargo, en este régimen el requisito de «buena fe» aparecía en otro contexto totalmente distinto al que lo hace ahora en el art. 344 bis e), al no ir referido al tercero no responsable del delito, sino al adquirente de los objetos de contrabando. Y si bien allí no resultaba fácil interpretar *sensu contrario* la obligatoriedad del comiso sobre los bienes del adquirente que conociera su procedencia ilícita, dado que, en los delitos de contrabando, sólo procede el comiso de acuerdo al juego de los artículos 1 y 5 de la Ley de Contrabando, somos de la misma opinión crítica que Manzanares Samaniego, cuando rechaza la inclusión del párrafo último del art. 5 de dicha Ley (modificado por L.O. 7/1982, de 13 de julio), por superfluo y perturbador, dado que el comiso como pena sólo puede ejecutarse contra el responsable del delito, mientras que la posible tipificación penal de determinadas conductas de terceros adquirentes sería una cuestión a tratar en lugar y modo distinto³¹.

Si, como ha señalado Fabián Caparrós, la nueva redacción del art. 344 bis e) persigue con la incorporación del requisito de «buena fe», no excluir del comiso supuestos de titularidad «aparente» de la cosa, buscados de propósito por el propio inculpado, con el objeto de no verse desposeído de la riqueza acumulada en el caso de ser condenado³², la técnica a la que ha acudido el legislador para resolverlo resultaría ser totalmente rechazable³³, dado los resultados inadmisibles a los que nos conduciría, como hemos tenido ocasión ya de señalar.

En estos supuestos, como en cualquier otro de transmisión de la titularidad del bien cuyo adquirente conoce o se aprovecha de la situación susceptible de comiso en la que se encuentra el bien, y que impide apreciar «buena fe» en el tercero no responsable criminal, existe en el fondo un conflicto de naturaleza civil sobre la titularidad de dominio de la cosa, cuya resolución podría plantearse por la vía de las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. de la L.E.Cr., aplicándose el comiso sobre los bienes en cuestión sólo cuando éstos pertenezcan al responsable del delito, pero no en otro caso.

Asimismo, debería negarse el comiso de los bienes pertenecientes a un tercero no responsable del delito, que conoce y consiente la utilización que se está dando a esos bienes para la realización de determinados delitos en materia de narcotráfico, pese a que ello impidiera poder apreciar el requisito de «buena fe» exigido por el legislador. En tales casos, procédase si así se estima conveniente a tipificar tales conductas como delito, lo que permitiría a su vez extender la pena de comiso

³¹ J. L. Manzanares Samaniego, «El comiso», *op. cit.*, págs. 434-35.

³² E. A. Fabián Caparrós, «Consideraciones...», en *A.D.P.*, pág. 619.

³³ En contra, E. A. Fabián Caparrós, «Consideraciones...», en *A.D.P.*, pág. 619, para quien la Reforma, en este punto concreto, resulta ser «muy acertada».

a estos casos; pero no se recurra a aplicar el comiso sobre bienes pertenecientes a una persona no responsable criminal, al menos mientras siga concibiéndose el comiso, sustancial o formalmente, como pena.

B) EL CÍRCULO DE OBJETOS DECOMISABLES

La determinación del círculo de objetos a los que resulta posible extender el comiso depende de la figura delictiva en concreto a la que se pretenda aplicar. Así, mientras que el comiso previsto en el régimen general del art. 48 C.P. abarca exclusivamente los efectos provenientes del delito y los instrumentos con que se hubiere ejecutado; el establecido por el art. 393 C.P. comprende también las dádivas o presentes empleados en el delito de cohecho. La existencia de regulaciones específicas del comiso en la Parte Especial se justifican, pues, en buena medida, en la concreción del círculo de objetos decomisables de modo distinto al establecido por el régimen general, bien ampliando, bien restringiendo el círculo de objetos a los que resulta aplicable el comiso³⁴; observándose en el legislador una tendencia más bien a ampliar que a restringir el círculo de objetos decomisables. En esta dirección ha de entenderse la inclusión del art. 344 bis e) por reforma de la L.O. 1/88, facultando también el comiso de las ganancias obtenidas por la comisión de los delitos de tráfico ilegal de drogas; o la posterior inclusión, en este mismo precepto, por reforma de la L.O. 8/92, de «las sustancias a que se refiere el art. 344 bis, g» como una nueva ampliación del círculo de objetos susceptibles de ser decomisadas.

El régimen general del art. 48 prevé, como objetos decomisables, tanto los efectos provenientes del delito como los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Por «efectos provenientes del delito» la doctrina dominante entiende los *producta sceleris*, es decir aquellos objetos resultado propiamente dicho de la acción delictiva, tales como el documento falsificado o la droga fabricada, etc...; pero no, en cambio, el objeto material sobre el que recae la acción delictiva, el botín o las ganancias obtenidas por el delito (*fructus sceleris*)³⁵. Esta interpretación, si bien no es aceptada unánimemente por la doctrina³⁶, resulta a nuestro juicio la más acorde

³⁴ Un supuesto en que se restringe el círculo de objetos decomisables es el del art. 822 de la L.E.Cr. que establece para el comiso de los delitos cometidos por medio de la imprenta que «No se considerarán como instrumentos o efectos del delito más que los ejemplares impresos del escrito o estampa y molde de ésta», si bien, el art. 213 C.P. faculta, en todo caso, el comiso de la imprenta cuando esta sea clandestina.

³⁵ J. Córdoba Roda, en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, etc..., *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1976, pág. 196; J. L. Manzanares Samaniego, *Las penas patrimoniales...*, *op. cit.*, págs. 265 y ss.; A. R. Reeg, «Comentario al...», págs. 447-8.

³⁶ Vid. F. Puig Peña, artículo «Comiso», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, 1952, págs. 456-7, quien incluye entre los efectos provenientes del delito del art. 48, además de los *producta sceleris*, todas aquellas cosas que entran en el patrimonio del autor constituyendo un enriquecimiento injusto por causa del delito, lo que en definitiva supone admitir el comiso de la ganancia o *fructus sceleris*. En sentido similar se expresa A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, t. II, Murcia, 1947, págs. 229-30, cuando manifiesta que «Por efecto del delito debe entenderse todo objeto o dinero que haya pasado

no sólo con los efectos provenientes del delito a la que hace referencia la expresión legal «la pérdida de los efectos que de ellos *provinieren* (del delito o falta)»³⁷, sino también con ese especial carácter cautelar que parece ser asume el comiso sobre determinados bienes en nuestro ordenamiento, al menos en su concepción tradicional.

Conforme a esta concepción tradicional, el círculo de objetos en los que existiría una razón de ser para la aplicación del comiso comprendería los *instrumenta sceleris* y los *producta sceleris*, en el primer caso por lo que representa de peligro determinados instrumentos especialmente indicados y pensados para la realización delictiva; mientras que en los segundos, por el peligro potencial que para la lesión de algunos bienes jurídicos podría suponer dejar determinados objetos bajo la titularidad del autor, en tanto que los esfuerzos criminales de éste fueron dirigidos precisamente a la consecución de los mismos (p. ej., piénsese en el documento o dinero falsificado).

Además, esta interpretación coincide a su vez con el mismo círculo de objetos que asigna el Derecho comparado (p. ej., el alemán) a una de las modalidades del comiso, en concreto a la *Einziehung* (frente al *Verfall* que abarcaba el comiso de las ganancias), única modalidad del comiso que, con anterioridad a la segunda Ley de Reforma de 1969, se encontraba contenida en la Parte General del Código alemán, de modo similar a como ocurre en nuestro ordenamiento con el art. 48 del C.P.³⁸.

En cambio, el régimen específico del comiso para el delito de tráfico de drogas establecido por el art. 344 bis e), introducido por reforma de L.O. 1/88, de 24 de marzo, amplió ostensiblemente el ámbito de aplicación del comiso para este tipo de delitos, frente al que representaba con anterioridad la aplicación del régimen general del art. 48, y ello como consecuencia de admitirse ahora, mediante la nueva regulación, el comiso de las ganancias derivadas del delito. De este modo, el círculo de objetos decomisables del art. 344 bis e) se circunscribe no sólo a los *instrumenta sceleris* y *producta sceleris* admitidos por el art. 48 C.P., sino que se extiende al *fructus sceleris*, como consecuencia de establecer el comiso sobre «las

a poder del delincuente como consecuencia directa del delito cometido». También C. Conde Pumpido Ferreiro, en *Código Penal comentado, op. cit.*, Akal, pág. 177, quien considera más acomodado a la interpretación teleológica del precepto incluir el objeto de la acción típica, pues la finalidad del comiso «es la privación al delincuente de cualquier ventaja obtenida del delito y de los objetos del mismo que no pertenezcan a terceros y que confirma el extenso uso que del comiso hace la L.E.Cr.».

³⁷ J. L. Manzanares Samaniego, *Las penas patrimoniales en el Código...*, pág. 265.

³⁸ § 73 StGB. *Verfall*: «Si se ha cometido un hecho antijurídico y el autor o partícipe ha recibido un beneficio patrimonial por realizar el hecho precedente de éste, el Tribunal ordenará su decomiso, salvo que del hecho surja una pretensión para la víctima, cuya satisfacción imposibilitara o redujera dicho beneficio patrimonial derivado del hecho».

§ 74. *Einziehung*: «Si se ha cometido un hecho doloso, pueden decomisarse los objetos producidos por éste, o que se hayan empleado o destinado para su comisión o extensión».

Cfr. al respecto Schäfer, en Jescheck, Russ y Willms (eds.), *StGB. Leipziger Kommentar*, t. 3, §§ 73-76 a, ed. De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1985.

ganancias de ellos obtenidas» (de los delitos) «cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

Se omite, no obstante, el «comiso equivalente» o del «valor sustitutorio»³⁹. Nos referimos al comiso sustitutivo de los instrumentos y efectos provenientes del delito, puesto que el comiso sustitutivo que recae sobre las ganancias derivadas del delito está ya abarcado por el texto legal actual, mediante la expresión: «cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar»⁴⁰.

La regulación de este tipo de comiso sustitutivo al que nos referimos, carece de sentido, como acertadamente ha intuido el legislador al omitirlo del régimen del art. 344 bis e), dado que, como se observó con ocasión del estudio de la naturaleza del comiso, el comiso sobre los instrumentos y efectos provenientes del delito, coincidente con la *Einziehung* de objetos peligrosos del C.P. alemán⁴¹, responde a la naturaleza en concreto de esos bienes, y no a su valor económico; consiguientemente, una vez verificada la imposibilidad de llevar a cabo el comiso sobre tales instrumentos o efectos del delito, carecerá de sentido ejecutarlo por su valor económico equivalente. Además, por otro lado, de postularse su admisión⁴², no habría por qué excluir, como ocurre en la actualidad, el comiso en los supuestos en los que los bienes pertenecen a un tercero no responsable del delito, pues tal exclusión carecería de sentido si resultase posible aplicar sobre el responsable del delito el comiso sustitutorio.

En la nueva regulación introducida por Reforma de 1988, parece existir también un cierto interés por parte del legislador a favor de un entendimiento más amplio de los *instrumenta sceleris*, consideración que se deduce de la mención pormenorizada, en el art. 344 bis e), de ciertos objetos susceptibles de ser deco-

³⁹ Sin que pueda decirse, como afirma Fabián Caparrós, que «La Ley Orgánica 8/1992 ha incurrido no obstante en una omisión de cierta importancia al no prever el cumplimiento de la obligación incondicional recogida en el art. 5.1.a. de la *Convención de Viena* referida al llamado *comiso equivalente o del valor sustitutorio*» (vid. E. A. Fabián Caparrós, «Consideraciones...», en *A.D.P.*, pág. 621).

En nuestra opinión, el legislador de la Reforma de 1992 ha sido respetuoso con las obligaciones contraídas por el Estado español, una vez ratificado el Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, por instrumento de 30 de julio de 1990. Pues, el art. 5.1.a. de la Convención, al establecer el decomiso «Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del art. 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto» se está refiriendo al *comiso de las ganancias* derivadas del delito, y no al de los *instrumentos o efectos provenientes del delito* puesto que las Partes firmantes del convenio, establecen en su art. 1, con ocasión de formular las definiciones de determinados términos empleados por el texto del convenio, que habrá que entenderse por «producto», «los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del art. 3»; Asimismo se entiende por «bienes», «los activos de cualquier tipo» (art. 1 apart. q), consideración a la que alude nuestro término «ganancias» y que nuestro legislador también hace objeto de comiso «cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

⁴⁰ Vid. A. R. Reeg, «Comentario al...», págs. 459-60.

⁴¹ Según dispone el § 74.2.2 del StGB alemán, requisito de la *Einziehung* es que los objetos sobre los que recae «por su índole y circunstancias, representen un peligro común, o exista el peligro de que sirvan para cometer hechos antijurídicos».

⁴² Vid. E. A. Fabián Caparrós, «Consideraciones...», *op. cit.*, pág. 621.

misados, siempre que los mismos hayan servido de instrumento para la comisión del delito.

Tales objetos ya estaban comprendidos en la redacción del art. 48, pero, dado su alto valor y la existencia de la cláusula de proporcionalidad contenida en el párrafo 2.º del art. 48, se constató cierta tendencia jurisprudencial a excluirlos del comiso; ahora, con la mención expresa por parte del legislador probablemente se ha pretendido romper dicha tendencia, sin que ello signifique que no resulte aplicable al art. 344 bis e) la cláusula de proporcionalidad prevista expresamente en el art. 48, pero omitida en el art. 344 bis e)⁴³.

A pesar de la ampliación del comiso por parte del nuevo art. 344 bis e), la doctrina pronto observó una laguna importante, la de que el propio objeto material sobre el que recaía la acción delictiva quedaba excluido del círculo de objetos decomisables⁴⁴, siendo precisamente la droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica, y sus consecuencias, la razón de ser de estos delitos. Dichas sustancias, en algunas de las modalidades delictivas a las que iba referido el comiso del art. 344 bis e), no constituía ni efecto proveniente del delito, ni instrumento para su realización y menos aún ganancia derivada del delito; en tales casos, sólo podrían ser requisadas y en su caso destruidas, conforme a lo previsto en los arts. 334 y 338 de la L.E.Cr.⁴⁵.

Precisamente esta circunstancia es la que pretende evitar el actual texto del art. 344 bis e) redactado conforme a la L.O. 8/92 de 23 de diciembre, cuando con motivo de la incorporación del nuevo art. 344 bis, g), por necesidades de adaptación del C.P. a la Convención de Viena de 1988⁴⁶, se opta también por su

⁴³ Vid. A. R. Reeg, «Comentario al...», pág. 461; en análogo sentido, J. L. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, *op. cit.*, págs. 107 y ss., quien a pesar de interpretar que la cláusula de proporcionalidad del art. 48 se aplica también al comiso del art. 344 bis e), afirma que la voluntad del legislador fue sin embargo la de prescindir de ella, calificando su ausencia del art 344 bis e) como «ausencia, conscientemente buscada».

⁴⁴ Vid., J. L. Manzanera Samaniego, «Aproximación al comiso del nuevo art. 344 bis e) del Código penal», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, núms. 1500-1502), págs. 3813-14; A. R. Reeg, «Comentario al...», pág. 458.

En sentido contrario, J. L. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, *op. cit.*, págs. 105 y ss., alegando para ello que el art. 344 bis e) habla de «cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren» sin referencia a *efectos provenientes* del delito; En el mismo sentido la S.T.S. de 18.5.93 que mantiene que los objetos de la pena de comiso consisten en los efectos propios del delito (droga aprehendida, p. ej.), así como los instrumentos comisivos, los bienes que provinieran del delito (art. 48 C.P.), y las ganancias obtenidas, por muchas transformaciones que hayan sufrido.

Debe señalarse, en contra de lo afirmado por Díez Ripollés, que el legislador cuando en el art. 344 bis e) habla de efectos sin referencia a su procedencia, lo hace exigiendo, en todo caso, su instrumentalidad para la realización del delito, lo que impide su consideración como elemento de naturaleza distinta al de instrumento. Si la droga constituye el objeto sobre el que recae la acción delictiva, v. gr.: conducta de contrabando, difícilmente podrá constituir a su vez instrumento para su realización; no deben confundirse los meros objetos a que se refieren la comisión del delito con los instrumentos empleados para su realización.

⁴⁵ A. R. Reeg, «Comentario al...», pág. 458.

⁴⁶ El nuevo art. 344 bis g) tiene su origen en el art. 3.1.a.iv de la citada Convención de Viena de 1988, que obliga a las Partes a tipificar como delitos: «La fabricación, el transporte, o la distribución

incorporación al régimen específico del comiso previsto por el art. 344 bis e)⁴⁷, estableciéndose que serán objeto de comiso «las sustancias a que se refiere el art. 344 bis g)»⁴⁸. La fórmula empleada por el legislador no ofrece duda de que las sustancias a las que se refiere el 344 bis g), pese a que no constituyan instrumento para la realización del delito, ni provengan del mismo, quedan sujetas al comiso. Sin embargo no se comprende por qué se ha desaprovechado esta ocasión y no se ha incluido también como sustancias decomisables las mismas sustancias a las que se refiere el art. 344 bis g) (Anexos I y II del Convenio) pero ya transformadas, es decir, cuando ya no conforman el objeto material de este delito sino el de los arts 344 a 344 bis b); sobre todo cuando el propio art. 5.1.b. de la Convención de Viena exige a las Partes el decomiso «de estupefacientes y sustancias sicotrópicas»; aunque de hecho (y en descargo del legislador) este se produzca por aplicación de los arts. 334 y 338 de la L.E.Cr. Omisión que resulta finalmente corregida por el art. 351 del Anteproyecto de C.P. de 1994⁴⁹, llamado a sustituir al actual art. 344 bis e) del C.P.

C) LA UTILIZACIÓN DE LOS BIENES Y EFECTOS PROVISIONALMENTE DECOMISADOS

El legislador de 1992 ha introducido un último inciso en el párrafo 2.º del art. 344 bis e) por el que, tras la correspondiente autorización, se faculta a la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas, a utilizar los bienes, efectos o instrumentos provisionalmente decomisados, mientras se sustancia el procedimiento criminal.

Este precepto debe ponerse en relación con el nuevo art. 263 bis de la L.E.Cr., introducido también por L.O. 8/1992, y que faculta a la policía, con el cumplimiento de los requisitos pertinentes y la correspondiente autorización, a la «circulación» o «entrega vigilada» de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que ello se estime necesario para la investigación policial y lo requiera la importancia del delito o delitos que se investigan⁵⁰.

de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y en el cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines».

⁴⁷ Esta nueva incorporación al Comiso del art. 344 bis e), también viene obligada en virtud del art. 5.1.b. de la Convención de Viena.

⁴⁸ La fórmula empleada por el legislador es defectuosa, no sólo porque con ella se omite una redacción comprensiva también del comiso sobre la droga o sustancia psicotrópica, cuando estas constituyan meramente objeto material de alguna de las conductas delictivas comprendidas en los artículos 344 a 344 bis b), sino porque a su vez, mediante la expresión de «serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el art. 344 bis g)», se olvida de admitir el comiso de equipos y materiales también señalados en el art. 344 bis g), y si en los primeros procede el comiso, no existe razón para negarlo en estos últimos.

⁴⁹ «..., serán objeto de comiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el art. 355...» (*sic*; probablemente la referencia haya que entenderla al art. 348 del Anteproyecto).

⁵⁰ La incorporación a la L.E.Cr. del art. 263 bis, por reforma de L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de

Ambas medidas, que en algunos supuestos se pueden incluso presentar como complementarias (v. gr., la droga decomisada provisionalmente, es utilizada por la policía judicial para efectuar una «entrega vigilada»), están encaminadas a facilitar la persecución policial del delito⁵¹, y por ello, con independencia del juicio que en concreto pueda merecernos, la incorporación del inciso último del párrafo 2º del art. 344 bis e) se hace acreedora de las mismas críticas doctrinales de las que fue objeto en su momento el inciso primero de este mismo precepto, en el sentido de que se trataba de una norma de carácter procesal, ajena por consiguiente al Derecho material del Código penal, susceptible de crear confusión con las propias normas recogidas en la L.E.Cr. sobre esta materia⁵².

D) LA ADJUDICACIÓN AL ESTADO DE LOS BIENES DECOMISADOS

El efecto fundamental del comiso, con independencia del tipo de comiso de que se trate, bien sea el previsto por el régimen genérico del art. 48, bien sea cualquier otro, es la pérdida de la propiedad de los bienes decomisados y su transferencia al Estado⁵³. Si sobre ello no existe discusión doctrinal, la mención expresa que ahora hace el legislador en el nuevo texto del art. 344 bis e), referente a que «Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado», no pretende aclarar lo que no ofrece discusión, sino excluir este régimen específico de comiso aplicable al ámbito de la drogadoelinuencia –art. 344 bis e)– del régimen genérico regulado en el art. 48, en el que si bien los bienes decomisados pasan a ser de la titularidad del Estado, el producto de la venta de los bienes de lícito comercio están sujetos al cumplimiento de las responsabilidades civiles del culpable derivadas de la comisión del delito.

En definitiva, deja sin efecto para los delitos comprendidos en los arts. 344 a 344 bis b) y 344 bis g) lo dispuesto en el art. 48.1, relativo a la venta de los bienes decomisados de lícito comercio, y la posibilidad de aplicar el producto de su venta a cubrir las responsabilidades civiles del penado. Esta medida perjudica sin duda a la víctima, y pretende acentuar el carácter intimidatorio y de prevención general que quiere imprimirse al comiso en los delitos de tráfico de drogas.

drogas, obedece según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, al efecto de cumplimentar la previsión contenida en el art. 73 del *Convenio de Schengen*; si bien es cierto que las mismas estaban ya previstas en la Convención de Viena de 1988 (art. 1.g. y art. 11 de la citada Convención).

⁵¹ Como bien ha señalado E. A. Fabián Caparrós, «Consideraciones...», *op. cit.*, pág. 598, refiriéndose exclusivamente al art. 263 bis L.E.Cr., pero susceptible de extenderlo al párrafo 2º inciso último del art. 344 bis e) C.P., estas medidas vendrían a facilitar las actividades encaminadas a la averiguación del delito y del delincuente, paliando el excesivo rigor a las que en ocasiones se encuentran las mismas sometidas por la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵² *Vid.*, J. L. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, *op. cit.*, págs. 110-111; A. R. Reeg, «Comentario al...», págs. 463-64.

⁵³ *Vid.*, entre otros, J. Córdoba Roda, en *Comentarios al Código penal*, t. II, *op. cit.*, pág. 196; J. L. Manzanares Samaniego, *Las penas patrimoniales en el Código...*, pág. 285; G. Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1985, pág. 113, etc.

El nuevo art. 344 bis k) establece, para los casos en que los bienes del penado no resulten suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, un orden de prelación distinto al general del art. 111. Pero la circunstancia de que este precepto siga asignándolos, en primer lugar, a «la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios», no resulta bastante para salvaguardar con la suficiente garantía los intereses legítimos de la víctima, por encima de cualquier otra consideración. Al haberse excluido del art. 344 bis e) la posibilidad de destinar el producto de la venta de los bienes decomisados al cumplimiento de las obligaciones civiles del penado, los bienes decomisados pasarán directamente, en virtud de sentencia firme, a la titularidad del Estado⁵⁴, impidiéndose así figurar desde ese mismo instante como bien del penado, y por consiguiente como valor patrimonial susceptible de cubrir la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios a la víctima.

⁵⁴ Tales bienes pueden encontrarse ya bajo la posesión del Estado, incluso antes de dictarse la propia sentencia que le otorga su titularidad, como consecuencia de haberse ejecutado sobre los mismos el comiso provisional establecido por el párrafo 2º del art. 344 bis e).