

# **CURSO SOBRE INVESTIGACIONES PATRIMONIALES, MEDIDAS CAUTELARES REALES, REALIZACIÓN ANTICIPADA Y COMISO**

## **MEDIDAS CAUTELARES ASEGURATORIAS DEL COMISO SOBRE BIENES MUEBLES (II). LA VENTA ANTICIPADA. LA DESTRUCCIÓN ANTICIPADA DE DETERMINADOS EFECTOS.**

Manuel Pérez Veiga  
Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga

**SUMARIO: I.- SINOPSIS DE LA NORMATIVA PENAL SUSTANTIVA COMUN A LA VENTA ANTICIPADA Y A LA DESTRUCCIÓN ANTICIPADA DE EFECTOS. II.- REGULACION PROCESAL DE LA VENTA ANTICIPADA. III.- REGULACION PROCESAL DE LA DESTRUCCIÓN ANTICIPADA DE DETERMINADOS EFECTOS, CON ESPECIAL ANALISIS DE LA DESTRUCCION DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS. IV.- BREVE REFERENCIA ESPECÍFICA A LA DESTRUCCIÓN DE EFECTOS EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.**

### **I.- SINOPSIS DE LA NORMATIVA PENAL SUSTANTIVA COMUN A LA VENTA ANTICIPADA Y A LA DESTRUCCIÓN ANTICIPADA DE EFECTOS.**

La normativa penal sustantiva se refleja, como punto de partida, en el Título VI (“*De las consecuencias accesorias*”) del Libro I del Código Penal, en su redacción establecida por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, disponiendo el ar. 127 del CP: “1.- *Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provenga y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo... 5.- Los que se decomisan 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 reglamentaria, y, en su defecto, se inutilizarán*”.

Debe tenerse presente al respecto que, como ya se enfatizaba en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2005, de 25 de noviembre, “Sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003”, “...el artículo 127...por su ubicación en el Libro I del Código Penal tiene carácter general y, por ello es también de aplicación a los supuestos de comiso previstos en la parte especial del Código (arts. 374, 385 -actual 385 bis- y 431) y en las leyes especiales (art. 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificado por Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio), sin perjuicio de la aplicación preferente de estas normas por razón de especialidad si existiese contradicción entre unas y otras...”. La citada Circular nº 1/2005, recordando que, como afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, “...la finalidad de toda la reforma de la institución del comiso ha sido evitar que la comisión de delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento

para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero...”, pone de relieve la necesidad de que los Fiscales “...velen por la plena vigencia del derecho de defensa de todas las personas que puedan resultar afectadas por la consecuencia accesoria de comiso, incluidas aquéllas que puedan resultar exentas de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad pueda haber quedado extinguida. Por tal motivo, los Sres. Fiscales cuando, durante la fase de instrucción del correspondiente procedimiento, deban interesar la adopción de la medida cautelar de depósito de los efectos e instrumentos del delito, interesarán igualmente la notificación de la misma a los titulares de tales bienes, para que puedan intervenir en el procedimiento en defensa de sus intereses, y, en su caso, puedan formular las alegaciones que resulten procedentes, como consecuencia de la aplicación analógica de los artículos 615 y siguientes de la LECR...”

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 2/2008, “Sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción”, destaca que “...una vez incoado en un Juzgado de instrucción un procedimiento penal, cualquiera que éste sea, los Sres. Fiscales tienen la obligación de hacer un seguimiento del mismo, de promover las diligencias y medidas cautelares procedentes...se les dé traslado o no de la causa. Podría decirse que una vez iniciado, nada de lo relativo al proceso penal en curso le puede ser ajeno al Fiscal. El hecho de que no se le dé traslado de las actuaciones no puede esgrimirse como excusa para justificar la inactividad del Fiscal, una vez remitido el correspondiente parte de invocación, o una vez conozca por cualquier medio la existencia del procedimiento...”

Por su parte, y en materia específica de delito de tráfico de drogas así como de delito de blanqueo con origen en un previo delito de tráfico de drogas, encontramos una normativa “ad hoc” en el artículo 374 del Código Penal, en su redacción establecida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, disponiendo: “1. *En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 al 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:*

*1ª Las droga, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos 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*

.....

*2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, 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 pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.*

*Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.*

*El importe de la enajenación, que se realizará por cualesquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.*

3. *En los delitos que se refieren en los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán 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.*

4. *Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni a las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.”*

En relación con ello, debe tenerse presente la normativa específica contenida en la vigente Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, cuyo artículo 4.1 dispone que *“los bienes y efectos integrados en el Fondo, que no consistan en dinero u otros instrumentos de pago al portados, y que sean de libre comercio y susceptibles de valoración económica...serán, con carácter general, enajenados por los procedimientos establecidos reglamentariamente, procediéndose seguidamente a ingresar el producto de dicha enajenación en el referido Fondo”*. El apartado 2 del mismo precepto establece que *“En casos determinados, y de forma excepcional y motivada, los bienes del Fondo no consistentes en dinero u otros instrumentos de pago al portados se podrán destinar, a solicitud de los destinatarios y beneficiarios establecidos en el art. 3.1 (entre los que se encuentran, p.ej., la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en materia de narcotráfico, o la Fiscalía Especial Antidroga) a la satisfacción de cualquiera de las actividades o fines previstos en el art. 2 de esta Ley, previo acuerdo de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones...”*

A este respecto, cabe destacar que la Resolución de 2 de febrero de 2009, de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016, en su apartado 5 (*“Ámbitos de actuación”*), subapartado 5.2 (*“Reducción de la oferta”*) señala que *“...en lo que se refiere a las drogas ilegales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Vigilancia Aduanera, los organismos judiciales y especialmente la Fiscalía Antidroga, actúan en esta parte del proceso genérico oferta-demanda, afectando a cuatro grandes áreas vulnerables de las organizaciones criminales..”*, relacionando entre ellas, como la cuarta de dichas áreas a: *“...4. El proceso de transformación de las ganancias obtenidas en bienes económicamente cuantificables...”*

## **II.- REGULACION PROCESAL DE LA VENTA ANTICIPADA**

Dentro del Capítulo II (*“Del Cuerpo del delito”*) del Título V del Libro II de la LECR, disponía el último inciso del quinto y último párrafo del antiguo art. 338 de la LECR, en su redacción establecida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que: *“...Si los objetos...fueren perecederos, el Juez podrá ordenar su venta con las garantías que procedan, atendiendo su valor y depositando su importe, a resultas de la causa”*.

El citado artículo 338 de la LECR, como luego veremos, fue objeto de modificación por Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de prueba en procedimientos penales, reforma que, además de alterar aquél precepto en los términos que posteriormente analizaremos, proclamaba en su Exposición de Motivos que *“...se introduce un nuevo capítulo en el Título V del Libro II de la LECR, en el cual se regula la...realización anticipada de los efectos judiciales. Unas medidas que han de servir, con carácter*

general, para agilizar la gestión de los bienes embargados en los procesos penales, y que también se van a aplicar cuando se trate de bienes embargados a petición de las autoridades judiciales extranjeras...”.

Pues bien, ese nuevo capítulo es el II bis del citado Título V del Libro II, bajo la rúbrica *“De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales”*, comprendiendo en su redacción originaria cinco preceptos, que comienzan con la genérica disposición del artículo 367 bis de la LECR, conforme al cual: *“Tendrán la consideración de efectos judiciales, en el orden penal, todos aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal.”*

Pues bien, la realización anticipada se regula en el artículo 367 quáter, donde se establece: *“1. Podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:*

- a) Cuando sean perecederos.*
- b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.*
- c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.*
- d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.*
- e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.*
- f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.*

*2. Cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, y previa audiencia del interesado, podrá acordar la realización de efectos judiciales. Cuando se solicite la realización a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, el Juez deberá acordarla, salvo que aprecie motivadamente que la petición es infundada o que, de acceder a ella, se causarán perjuicios irreparables.*

*3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trata esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera”.*

Al respecto debe tenerse en cuenta que la citada 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, dispone en su artículo 9 que *“contra las resoluciones de una autoridad judicial española que acuerden la adopción de alguna de las medidas contempladas en este capítulo (el II de la citada Ley) se podrán interponer los recursos previstos en el ordenamiento jurídico español”*. De acuerdo con el apartado 4 del artículo 89 bis de la L.O.P.J. (introducido tras la reforma operada mediante Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo), es el Juez de lo Penal la autoridad judicial española a la que corresponde *“...el reconocimiento y ejecución de las resoluciones de decomiso transmitidas por las autoridades competentes de otros estados miembros de la Unión Europea, cuando las mismas deban cumplirse en territorio español...”*. Y, en relación con ello, la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, establece en su artículo 23.1 que *“...contra las resoluciones dictadas por el Juez de lo Penal que resuelven acerca del reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre decomiso emitidas por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Ministerio Fiscal, el sujeto pasivo del*

*proceso de que trae causa la resolución o los titulares de derechos e intereses legítimos que puedan verse afectados podrán interponer el recurso de reforma y el de apelación, que no suspenderán la ejecución... Todos estos recursos se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en la LECR para la recurribilidad de los autos de los Jueces de lo Penal en el Procedimiento Abreviado...". Además, el apartado 1 del artículo 24 de la misma Ley 4/2010, de 10 de marzo, que contempla las reglas de disposición, por parte del Juez de lo Penal competente, del dinero obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso, ordena que "...las cantidades que...correspondan a España serán transferidas por el Secretario Judicial al Tesoro Público con aplicación, en su caso, de lo que se establezca en normas especiales y, particularmente, en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, 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", disponiendo el apartado 2 del mismo precepto que "El Juez lo Penal competente decidirá que los bienes que no sean dinero u otros instrumentos de pago al portador obtenidos de la ejecución de la resolución de decomiso sean enajenados y aplicados de la forma prevista en el apartado anterior. La enajenación de los bienes se realizará de acuerdo con la legislación española, observándose, cuando proceda, lo previsto por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando y su normativa de desarrollo."*

En materia de venta anticipada, cabe destacar asimismo que el Real Decreto 263/2011, de 28 de febrero, por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio de Sanidad, al regular en el apartado 2, letra o), de su artículo 15 las funciones de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, le atribuye en particular la de "...colaborar con los órganos judiciales competentes en la enajenación de los bienes de lícito comercio aprehendidos o incautados por la comisión de cualesquiera de los delitos referidos en el artículo 1 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo", esto es, de la Ley reguladora del Fondo de bienes decomisados por delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados, función de colaboración cuyo desarrollo, de acuerdo con el apartado 3 c) del mismo artículo 15 del Real Decreto 263/2011, está confiada a la Subdirección General de Gestión que depende directamente del Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas.

Por lo demás, otras previsiones de enajenación anticipada encontramos también en la vigente Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas, que, tras disponer en el apartado 1 de su artículo 19, "...el comiso de las mercancías que constituyan el objeto de la infracción, así como de los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de las sustancias químicas catalogadas, y de las ganancias obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumentos para la comisión de la infracción..." contempla en el apartado 4 del mismo artículo 19 la posibilidad de que "...el órgano competente para acordar el comiso (que se trata del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio del Interior, según los casos) podrá disponer en cualquier momento del procedimiento la enajenación de los bienes o derechos intervenidos, en los supuestos siguientes: a) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos; y b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a una disminución importante de su valor. Se entenderán comprendidos en este apartado las mercancías, géneros o efectos que sin sufrir deterioro material se deprecian por transcurso del tiempo. El producto de la enajenación se depositará con las debidas garantías..."

Por otra parte, y en cuanto a los procedimientos a través de los cuales puede llevarse a cabo la venta anticipada, hay que acudir al artículo 367

quinquies de la LECR, según el cual: “1. La realización de los efectos judiciales podrá consistir en:

- a) La entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones Públicas.
- b) La realización por medio de persona o entidad especializada.
- c) La subasta pública.

2.- Podrá entregarse el efecto judicial a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones Públicas cuando sea de ínfimo valor o se prevea que la realización por medio de persona o entidad especializada o por medio de subasta pública será antieconómica.

3.- La realización por medio de entidad o persona especializada o mediante subasta pública se podrá llevar a cabo en todos los demás supuestos y se efectuará conforme a las normas que se contienen en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante lo anterior, previamente a acordarla se recabará el informe del Ministerio Fiscal y de los interesados.

*El producto de la venta se ingresará en la cuenta de consignaciones del Juzgado o Tribunal y quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.*

*En el caso de venta de un bien embargado por orden de una autoridad judicial extranjera, el producto, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido, se ingresará igualmente en la cuenta de consignaciones del Juzgado y quedará a su disposición, circunstancia que será comunicada sin dilación.”*

Por último, el Capítulo II bis del Título V del Libro II se cerraba en su estructura original (mantenida hasta la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010) con la disposición genérica que, tanto para la venta anticipada como para la destrucción anticipada de efectos, se refleja en el artículo 367 sexies, donde se dispone que “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 mayo, 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.”, a lo que se añade, tras la citada reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, la norma también genérica reflejada en el artículo 367 septies, donde se establece que “El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos...El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias...podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. El Plan Nacional sobre Drogas actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuestos en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan.”

Como se indicaba en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/2005, de 31 de marzo, “Sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas”, fue en virtud de la entonces novedosa (y actualmente vigente) redacción que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, estableció en el apartado 2 del artículo 374 del Código Penal, “... cuando toma carta de naturaleza la posibilidad de enajenación anticipada de bienes sujetos a medidas cautelares antes de la firmeza de la sentencia en los

procedimientos por delitos de tráfico de drogas o blanqueo de capitales de dicha procedencia...”.

La mencionada Circular nº 2/2005 recalca que “...la enorme variedad de los bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio sometidos a medidas cautelares mientras se sustancia el proceso (buque, aeronaves, vehículos, ordenadores, teléfonos móviles, joyas, empresas, explotaciones agrícolas o marítimas, activos financieros, dinero, etc), y el hecho de que ocasiones la instrucción penal se dilate excesivamente en el tiempo en asuntos especialmente complejos o con un elevado número de partes acusadoras y/o acusadas, plantea importantes problemas, a veces difíciles de resolver, en relación con la gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos al proceso.

Puede suceder, por ejemplo, que los bienes sufran por el transcurso del tiempo un grave deterioro o una considerable depreciación, o que su depósito y administración en manos de los acusados o terceros referidos en el artículo 374 del Código Penal genere un elevado riesgo de ocultación y desaparición de activos patrimoniales...”

Ahora bien, pese a las previsiones contempladas en el artículo 374 del Código Penal, lo cierto es que la propia Circular nº 2/2005 advertía que “... parece evidente que la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la culpabilidad penal, y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, debe garantizarse a su titular la devolución y restitución para el caso de que no se apreciara responsabilidad alguna. La excepción será, por tanto, la enajenación en los casos previstos en el artículo 374.2 del Código Penal, precepto éste que deberá ser complementado con otras disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico: el art. 5 del Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de las piezas de convicción, autoriza la enajenación si los objetos ocupados o intervenidos fuesen perecederos o sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo; en el mismo sentido, el art. 7.1.b) de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (que es uno de los preceptos de dicha Ley que mantiene su vigencia y redacción originaria tras la reforma operada en la misma por Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio), regula la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos “...cuando la autoridad judicial estime que su conservación puede resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor...”. Y a todo ello, claro está, y tras la reforma operada en la LECR mediante la Ley 18/2006, de 5 de junio, que introdujo el Capítulo II bis del Título V del Libro II, deben añadirse en la actualidad los supuestos de enajenación anticipada que, no estando reflejados en el artículo 374.2 del Código Penal, si que se hallan previsto en el antes citado artículo 367 quáter de la LECR, esto es, cuando los efectos judiciales sean perecederos, cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí, y cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

Particular relevancia adquiere, en cuanto a pautas de intervención del Fiscal en la realización anticipada de efectos, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 6/07, de 18 de diciembre de 2007, “Sobre enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia”, Instrucción que,

reiterando los argumentos expuestos en la Circular nº 2/2005, recuerda que “...la naturaleza y el valor económico de numerosos bienes incautados y sujetos al resultado de los procesos penales, suelen generar problemas de gestión y de financiación de los gastos que su depósito, conservación y/o administración producen, pero, además, cuando se trata de bienes cuya intervención cautelar supone su inmovilización (barcos, automóviles, aeronaves), a dicha dificultad se añade la circunstancia de que el transcurso del tiempo puede producir un grave deterioro en los mismos, con la consiguiente depreciación de su valor. Incluso en ocasiones los efectos incautados o embargados son fuente de riesgos para la salud o la seguridad de los ciudadanos.

Aunque tal problemática (continúa exponiendo la Instrucción nº 6/07) es común a la generalidad de los procesos penales, lo cierto es que el mayor número de bienes intervenidos procede de causas tramitadas por tráfico de drogas...para evitar el deterioro, pérdida de valor e incluso el peligro para la seguridad o la salud que a veces producen los bienes intervenidos, se ha seguido acudiendo a diversas soluciones no expresamente reguladas. La entrega del bien decomisado para su conservación a su titular -imputado o tercero-, ha sido una práctica utilizada, aunque en algún caso ha derivado en su posterior incautación en relación con una nueva implicación de éste en hechos de similares características a los que determinaron su inicial decomiso. También se han arbitrado otras soluciones, como la autorización de la utilización de ciertos bienes por entidades dedicadas a fines sociales, que asumen la responsabilidad de su conservación...Con todo, la problemática relacionada con la conservación y custodia de los bienes y efectos incautados precisaba de una regulación que permitiera su realización o enajenación con la finalidad de conservar su valor económico, garantizando la satisfacción de su destino final a resultas del procedimiento o, en su caso, la devolución a sus titulares, sin merma del valor efectivo de lo incautado. A ello responde la modificación del art. 374 CP mediante reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, e igual finalidad tiene la modificación efectuada en la LECR por Ley 18/2006, de 5 de junio, que introdujo el Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la LECR incorporando al derecho interno la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003...”

Como se indica en la Instrucción nº 6/07, (cuya plena vigencia, a estos efectos, ha sido recordada por la Circular nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, “Sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal”), “...estas nuevas disposiciones procesales no alteran el análisis general que en relación con el delito de tráfico de drogas, precursores y blanqueo de capitales, se realizaba en la Circular nº 2/2005, de 31 de marzo, cuyo contenido, sin embargo, debe ser complementado en el sentido que establece la expresada modificación de la LECR, que amplía las posibilidades de enajenación de efectos judiciales, al hacer factible esta opción siempre que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 367 quáter de la LECR...lo que atenúa la nota de excepcionalidad antes indicada...debiendo además destacarse que la modificación operada mediante la Ley 18/2006 equipara en su tratamiento todos los bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o

aprehendidos en el curso de un procedimiento penal, cualquiera que sea el delito objeto del mismo...”

Por otra parte, y puesto que el primer inciso del apartado 2 del artículo 374 CP dispone que “...*los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia...*”, la mencionada Instrucción nº 6/07 se hace eco de que “...se han venido suscitando controversias relativas a la interpretación literal del texto legal, en cuanto que podría deducirse la exigencia de que, para proceder a la venta de los bienes, tendría que haberse dictado sentencia en el procedimiento correspondiente decretando el comiso de los mismos, aunque ésta no hubiera alcanzado firmeza. La solución a la que conduce esta interpretación, que no es otra que la ejecución provisional de la sentencia no firme, no resuelve la cuestión que motivó el cambio legislativo, cual es solucionar los expresados problemas derivados del depósito de bienes deteriorables o peligrosos para la salud o la seguridad. Por tanto, la interpretación teleológica del art. 374.2 CP aboca necesariamente a extender la posibilidad de la enajenación a cualquier momento anterior a dictarse sentencia, incluido el periodo de instrucción del proceso penal, pues de no ser así, no hubiera hecho falta tal modificación. A la misma solución conduce la interpretación sistemática de esta norma, por cuanto se encuentra en concordancia con la nueva legislación sobre la materia expresada en el artículo 367 quáter de la LECR, así como en otras disposiciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad: el artículo 5 del Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción, y el artículo 7.1. b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando...lo que debe llevar a afirmar que la decisión de enajenar los bienes en los supuestos especificados, puede ser acordada por el Juez de instrucción sin esperar a que haya recaído sentencia en el procedimiento en que los mismos hayan sido decomisados...”

Sobre la base de los anteriores criterios, así expuestos, la Instrucción nº 6/07 impone diversas pautas de actuación del Ministerio Fiscal en relación con los bienes intervenidos en los procesos penales, distinguiendo entre las medidas a seguir en relación con los titulares y las que se refieren a los diferentes tipos de bienes, y así, en relación con los titulares de los bienes la primera medida a adoptar será la investigación del verdadero titular de los bienes intervenidos y la determinación de la condición procesal del mismo en la causa, ya como imputado o partícipe a título lucrativo, a los efectos, en su caso, de proceder a la audiencia prevista en el inciso primero del apartado 2 del artículo 367 quáter de la LECR. Cuando en dicha fase investigadora se acredite que la titularidad de los bienes la ostenta un tercero que reúna las condiciones previstas en el artículo 127.1 CP, es decir, cuando se trate de bienes que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que lo haya adquirido legalmente, no deberá adoptarse medida alguna o, en su caso, se dejara sin efecto la acordada, quedando los bienes a disposición de dicho titular.

Respecto de los bienes, la mentada Instrucción nº 6/07 dispone que deben seguirse las siguientes reglas:

- a) Cuando se trate de cuentas corrientes u otros productos bancarios o financieros, será suficiente con que sus saldos queden bloqueados a resultas del procedimiento; tratándose de dinero, bastará con que se acuerde su

depósito en la cuenta del Juzgado, con la misma finalidad procesal. Si se trata de efectos de valor que no se deterioran con el tiempo (por ejemplo, joyas), deberán depositarse en la Caja General de Depósitos.

- b) En cuanto a los títulos-valores, habrá que distinguir los diferentes tipos, y, en consecuencia, adoptar la medida que resulta más adecuada para cada uno: las acciones de sociedades anónimas, por ejemplo, deberán ser objeto de depósito, administración y prohibición de venta, así como de una comunicación a la sociedad para que los dividendos se ingresen en la cuenta de consignaciones del Juzgado, a resultas de la causa, y que se comunique al Juzgado cualquier decisión que pueda afectar a su valor, como puede ser la ampliación de capital con derecho de suscripción preferente. Los títulos de realización inmediata deberán ingresarse en la cuenta del Juzgado, y los que sean a plazo deberán asimismo depositarse hasta su vencimiento, momento en que se procederá a su cobro e ingreso en dicha cuenta judicial.
- c) Los bienes inmuebles deben ser objeto de anotación preventiva de prohibición de disponer en el pertinente Registro de la Propiedad, y, en su caso, deberá interesarse el nombramiento de un administrador judicial, buscando la mayor rentabilidad y el menor deterioro posible de los mismos.
- d) Finalmente, en relación con el resto de bienes, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 367 quáter de la LECR, en primer lugar habrá de ponderarse, en el caso de bienes incautados con ocasión de delitos de tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales asociados a los anteriores, si existe petición para su utilización por la Policía Judicial, a los efectos previstos en la norma especial 3ª del apartado 1 del artículo 374 CP, para que, previa autorización judicial, 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 tales cuerpos policiales. En los supuestos en los que no concurra tal posibilidad de utilización o la misma no sea precisa, deberá procederse a su enajenación mediante alguna de las fórmulas previstas en la LECR, es decir, la realización por medio de la persona o entidad especializada, o la subasta pública.

En cualquier caso, el procedimiento de enajenación anticipada ha de respetar las previsiones de la LECR, lo que determinará la incoación de una pieza separada como consecuencia de la decisión de oficio del Juez o de la petición del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, con audiencia de los interesados, generalmente el titular del bien. El dinero obtenido con la venta debe depositarse en la cuenta de consignaciones del Juzgado, a resultas del correspondiente proceso, de modo que sólo procederá la adjudicación definitiva al Estado en caso de sentencia condenatoria firme, disponiendo, *in fine*, la Instrucción nº 6/07 que “...una vez que los Sres. Fiscales tengan conocimiento de que en una causa penal se han intervenido bienes en los que concurren las indicadas circunstancias de abandono expreso de su propietario, peligro para la salud o para la seguridad, o supongan importante disminución de su valor, cursarán solicitud al órgano judicial correspondiente instando su enajenación anticipada, la cual deberá contener una exposición sobre las razones por las que se estima que la venta es conveniente, con el detalle y la extensión que corresponda a la entidad del caso...”

Siguiendo la senda trazada por la misma Instrucción nº 6/07, la antes mencionada Circular nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado (a la cual se

remite también por su parte, en materia de comiso, la Circular nº 2/2011, “Sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales”), imparte una serie de pautas que, en atención a la distinta naturaleza de los bienes, deben regir la actuación de los Fiscales, promoviendo las iniciativas que resulten necesarias o, en su caso, impulsando la actuación judicial, y así, indica la Circular nº 4/2010 que:

“1ª. En los supuestos en que lo incautado sea dinero en efectivo, se procederá a su ingreso en las cuentas judiciales habilitadas al efecto.

2ª. Cuando se trate de cuentas y depósitos bancarios, deberá dictarse un auto decretando su bloqueo y congelación de los saldos en las propias entidades en donde se encuentren, aunque en algunos supuestos puede resultar indicado permitir los movimientos de ingreso.

3ª. Si lo intervenido son activos, valores u otros instrumentos financieros, se deberá decretar la prohibición de disponer, resolución que ha de comunicarse a la entidad emisora de los títulos y sociedades intermediarias o administradoras, con orden de ingresar en la correspondiente cuenta vinculada los rendimientos o dividendos que genere. Se trata, por tanto, de un supuesto de administración de los fondos, cuya gestión se encomienda a la entidad depositaria de aquéllos, con las limitaciones indicadas y bajo control judicial.

4ª. Respecto de las joyas debe procederse a su depósito en la Caja General de Depósitos o establecimiento adecuado al efecto; no parece, en principio, procedente su venta anticipada, salvo que concurra alguno de los supuestos del artículo 367 quáter 1. de la LECR, particularmente los apartados c) *cuando los gastos de conservación o depósito sean superiores al valor del objeto en sí;* e) *cuando se trata de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo;* o f) *cuando, debidamente requerido el propietario del efecto judicial, no haga manifestación alguna.*

5ª. En cuanto a los medios de transporte en general -embarcaciones, camiones, automóviles, aviones o avionetas- la regla general debe ser su enajenación anticipada, pero deberá evaluarse previamente si conviene autorizar su utilización provisional de acuerdo con lo previsto en el artículo 374.1.3ª del CP y en el párrafo tercero del artículo 367 septies de la LECR, con las debidas garantías para su conservación”.

Por último, y en cuanto al futuro panorama legislativo que, respecto a la realización anticipada de bienes, pueda vislumbrarse a través del Anteproyecto de Código Procesal Penal, su Libro III está dedicado a las “Medidas Cautelares”, y, dentro del mismo, el Título III se ocupa de las “Medidas Cautelares Reales”, recogiendo en el Capítulo II las “Medidas para el aseguramiento de las responsabilidades penales”, entre cuyas medidas se contemplan, en el apartado 1.- 7ª del art. 216 del Anteproyecto, la “Destrucción o realización anticipada de los efectos del delito”, que se regula en la Sección 6ª del citado Capítulo II, , disponiendo el art. 227 del Anteproyecto que “1.- Podrán realizarse los efectos de lícito comercio sin esperar el pronunciamiento o firmeza del fallo en los siguientes casos:

1º. Cuando sean perecederos.

2º. Si su propietario hiciera abandono de ellos o, debidamente requerido sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

3º. De ser los gastos de conservación y depósito superiores al valor del objeto en sí.

4º. Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública.

5º. Si se depreciaren por el transcurso del tiempo, aun cuando no sufran deterioro.

2.- Se exceptúan de esta regla los efectos que tengan el carácter de piezas de convicción y los que deban quedar a expensas del procedimiento, salvo que se encuentren comprendidos en lo supuestos 1º y 3º del apartado anterior.”

En cuanto al procedimiento previsto en el Anteproyecto para la enajenación anticipada, dispone su art. 228 que “1.- El Tribunal, a instancia del Fiscal, y previa audiencia del poseedor o propietario, si fuere conocido, acordará la realización de los efectos salvo que aprecie motivadamente que la petición no corresponde a alguno de los supuestos legalmente previstos, o que de acceder a ella se causarían perjuicios irreparables. 2.- Cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de una resolución acordada por una autoridad judicial extranjera, su realización no podrá llevarse a cabo sin que ésta previamente lo autorice.” Respecto a la forma de la realización, establece el art. 229 del Anteproyecto que “La realización de efectos se realizará del modo más adecuado de los siguientes: 1º. Entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones Públicas. 2º. Enajenación por medio de persona o entidad especializada. 3º. Subasta pública.”

El art. 230 del Anteproyecto prevé que “Podrá entregarse el efecto intervenido a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones Públicas en los siguientes casos: 1º. Cuando sea de ínfimo valor. 2º. Si la realización por medio de persona o entidad especializada o por medio de subasta pública resultara desproporcionadamente onerosa”. Y en el art. 231 del Anteproyecto se dispone que “1.- A solicitud del Fiscal, la enajenación por medio de entidad o persona especializada o mediante subasta pública se podrá llevar a cabo por resolución judicial y se efectuará conforme a lo previsto en los artículos 641 y ss de la LECR. 2.- El producto de la venta, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido, quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles y las costas que puedan declararse en el procedimiento. 3.- En el caso de venta de un bien embargado por orden de una autoridad judicial extranjera, el producto, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan ocasionado, quedará a disposición de la autoridad ordenante, circunstancia que le será comunicada sin dilación.”

### **III.- REGULACION PROCESAL DE LA DESTRUCCIÓN ANTICIPADA DE DETERMINADOS EFECTOS, CON ESPECIAL ANALISIS DE LA DESTRUCCIÓN DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.**

Dentro del Título III (“*De la Policía Judicial*”) del Libro II de la LECR, dispone el artículo 282 que “*La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen...recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial...*”. Por su parte, el artículo 22.1 g) de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece como función de las mismas la de “...*asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente...*”. De otro lado, en el Capítulo II (“*Del cuerpo del delito*”) del Título V del Libro II de la LECR, el artículo 334 (modificado por Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva

Oficina Judicial) establece que *“El Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualesquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida.”*

Por efectos e instrumentos del delito cabe entender todas aquellas cosas u objetos relacionados con la perpetración del delito que proporcionan alguna indicación para formar juicio sobre el modo, circunstancias u ocurrencia del hecho delictivo; en consecuencia, la recogida de tales efectos o instrumentos no es sino el modo de hacer posible el posterior depósito de las cosas que hay que asegurar. Con tal depósito lo que se pretende es que puedan hallarse a disposición del Tribunal y de las partes en la fase del juicio oral como medio de prueba. La puesta a disposición de la Autoridad Judicial de los instrumentos o efectos del delito implica la entrega material de los mismos cuando ello sea posible (piénsese en objetos muy voluminosos o que entrañen grave riesgo para la salud o seguridad de las personas o edificios, etc) pues es claro que la finalidad de la norma es posibilitar que el Juez o Tribunal puedan decidir, con arreglo a derecho, el destino de los efectos o instrumentos decomisados, sin perjuicio de otras finalidades como pueden ser la puesta de manifiesto al imputado de los objetos que constituyan el cuerpo del delito o los que el juez considere convenientes, a fin de que los reconozca (art. 391 de la LECR), y lo mismo en el caso de los testigos (art. 438 de la LECR). No obstante, es criterio jurisprudencial (p.ej, STS de fecha 23 de diciembre de 2009), que la puesta a disposición de la autoridad judicial no implica la entrega física, que resultaría inviable en numerosos casos, de manera que, aún encontrándose a disposición del Juez, los objetos recogidos pueden permanecer bajo la custodia directa de la Policía o de quien corresponda, según sus particularidades, y, en el caso concreto de las drogas, su depósito y custodia corresponde a Sanidad Exterior.

El Convenio Único de las Naciones Unidas de 1961 sobre estupefacientes, ratificado por España por Instrumento de 3 de febrero de 1966, y el Convenio sobre sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971, al que se adhirió España por Instrumento de 2 de febrero de 1973, establecen respectivamente, en los artículos 17 y 6, que las partes mantendrán una administración especial que estará a cargo de la aplicación de las disposiciones de ambos Convenios, en cuanto a tareas de fiscalización, depósito y demás tareas administrativas relacionadas con las sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas. La Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el citado Convenio de 1961 de las Naciones Unidas, atribuyó, en su artículo 5.a) al entonces Servicio de Control de Estupefacientes (dependiente de la Dirección General de Sanidad), la autorización, intervención, vigilancia y control del almacenamiento y depósito de los productos o sustancias estupefacientes y sus primeras materias. Por su parte, la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, atribuyó en el apartado 1 de su artículo 38 al Estado la competencia exclusiva en Sanidad Exterior, añadiendo en el apartado 2 del mismo precepto legal que *“Son actividades de Sanidad Exterior todas aquéllas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancía...”*. Como consecuencia de la anterior previsión legal, el Real Decreto 1418/1986, de 13 de junio, del Ministerio de Sanidad y Consumo, dispuso que, en materia de Sanidad Exterior, corresponden al Ministerio de Sanidad y Consumo el control y vigilancia higiénico-sanitaria en el tráfico internacional de drogas procedentes de tráfico ilícito (artículo 2.1.4.d), la emisión de los informes técnicos relativos a la identidad, riqueza y demás aspectos inherentes al control de decomisos y la custodia del material decomisado durante el periodo que medie entre la entrega del mismo por los servicios competentes y la destrucción (artículo 12).

Por lo que se refiere al desarrollo histórico de la normativa contenida en la ley rituarial procesal, la antigua redacción del artículo 338 de la LECR (que fue establecida por L.O. 15/2003, de 25 de noviembre) disponía que: “Los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se sellarán, si fuere posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.

Sin embargo, podrá decretarse la destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende. 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.

En todo caso, se extenderá la oportuna diligencia, y, si hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuera imposible después de la destrucción.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será también aplicable a los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente.

Si los objetos no pudieren, por su naturaleza, conservarse en su forma primitiva, el Juez resolverá lo que estime conveniente para conservarlos del mejor modo posible...”.

El artículo 338 de la LECR había sido ya objeto de una modificación llevada a cabo mediante la Ley 4/84, de 9 de marzo, debido, según la Exposición de Motivos de la citada Ley, “al notable incremento que en los últimos tiempos han experimentado las piezas de convicción intervenidas por la Autoridad Judicial, singularmente drogas y explosivos, y los gravísimos problemas de todo orden que está planteando a los organismos encargados de su almacenamiento y custodia, que hacen de todo punto necesaria la modificación del antiguo artículo 338, que sin hacer distinción de clase alguna, ordenaba taxativamente la conservación de los instrumentos, armas y efectos del delito con todos los peligros que comporta tal indiscriminación...”.

Posteriormente a la reforma que la citada Ley 4/84, de 9 de marzo, llevó a cabo en el artículo 338 de la LECR, dicho precepto sufrió otra modificación, que en este caso afectaba a su párrafo segundo, por Ley 21/94, de 6 de julio, ya que, según el legislador, “...la realidad aconseja que en el supuesto de aprehensión de droga, la destrucción sea, salvo excepción, obligatoria, una vez cumplimentada normalmente la oportuna diligencia, mediante la que quede debida constancia de la naturaleza, calidad, cantidad y peso de dichas sustancias...”.

La siguiente reforma que incidió sobre el artículo 338 de la LECR se produce mediante 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, reflejando a partir de la misma aquél precepto un solo párrafo: “Sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II bis del presente Título, los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y

se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito”.

Por último, la vigente redacción del artículo 338 de la LECR viene de la mano de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, cuya Exposición de Motivos proclama que “...se introducen ciertas mejoras procesales fruto de la experiencia aplicativa de las leyes de procedimiento...”, disponiendo el actual artículo 338 de la LECR que “*Sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II bis del presente Título, los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito*”. Ello debido a que, dadas las nuevas funciones que en todos los procesos (y en lo que aquí se refiere a los procesos penales), tienen atribuidos los Secretarios Judiciales en virtud de la citada Ley 13/2009, de 3 de noviembre, el legislador ha querido dejar claro que es en exclusiva al Juez de Instrucción al que le corresponde la decisión oportuna respecto a aquella retención, conservación o envío de los efectos al organismo que se ocupa del depósito de los mismos.

Como ya apuntábamos con anterioridad, y tal y como se proclama en la Exposición de Motivos de la antes mencionada Ley 18/2006, de 5 de junio, mediante la misma “...se introduce un nuevo capítulo (el II bis) en el Título V del Libro II de la LECR, en el cual se regula la destrucción ...anticipada de los efectos judiciales...”. Pues bien, dentro de este nuevo Capítulo II bis se incluyó la disposición originaria que contemplaba el antiguo 367 ter, donde se disponía que: “1. Podrá decretarse la destrucción de los efectos judiciales, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende. 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. (este antiguo apartado 1 del artículo 367 ter se trataba de una transposición cuasi-literal del suprimido párrafo segundo del antiguo artículo 338 de la LECR)

2. En todo caso, se extenderá la oportuna diligencia y, si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuere imposible después de la destrucción. (este antiguo apartado 2 del artículo 367 ter era, a su vez, una transposición literal del suprimido párrafo tercero del antiguo artículo 338 de la LECR)

3. *Lo dispuesto en los dos apartados anteriores será también aplicable a los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente.* (este vigente apartado 3 del art. 367 ter se trata de una transposición literal del suprimido párrafo cuarto del antiguo artículo 338 de la LECR)

4.- *Si los objetos no pudieren, por su naturaleza, conservarse en su forma primitiva, el Juez resolverá lo que estime conveniente para conservarlos del mejor modo posible*”. (este vigente apartado 4 del artículo 367 ter es igualmente una transposición literal del inciso primero del suprimido párrafo quinto del antiguo artículo 338 de la LECR).

La antes mencionada Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, tras proclamar (con dudoso rigor legislativo) en el apartado “Cuarenta y cuatro” de su Artículo Segundo

que “...Se introduce un artículo 367 ter...” (precepto que, en realidad, ya había sido previamente introducido, como hemos visto, mediante la anterior Ley 18/2006, de 5 de junio), vino a modificar los apartados 1 y 2 del artículo 367 ter, al tiempo que mantenía la dicción literal de los apartados 3 y 4 de dicho precepto, disponiendo que: “ 1. Podrá decretarse la destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende. 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 Secretario judicial competente.

*2.- En todo caso, el Secretario Judicial extenderá la oportuna diligencia, y si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuese imposible después de la destrucción”.*

De este modo, la redacción adoptada en los apartados 1 y 2 el artículo 367 ter de la LECR tras la reforma llevada a cabo por la citada Ley 12/2009, de 3 de noviembre, vino, por un lado, a recalcar y separar las funciones específicas y respectivas del Juez de Instrucción y del Secretario Judicial (ello en congruencia con la reforma que, como ya hemos visto, efectuó aquella misma Ley en cuanto al artículo 338 de la LECR); y, de otra parte, suprimió la originaria referencia a la “destrucción de los efectos judiciales”, limitándose a aludir tan sólo a destrucción de “los efectos intervenidos”.

Sin embargo, cuando aún no han transcurrido tres años desde la entrada en vigor de aquella novedosa regulación, el artículo 367 ter de la LECR ha sufrido una nueva modificación, mediante el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, cuya reforma en este caso se circunscribe exclusivamente a su apartado 1, que queda como sigue: “1. Podrá decretarse la destrucción de los efectos judiciales, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende.

*Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes, asegurada la conservación de las muestras mínimas e imprescindibles que, conforme a criterios científicos, resulten necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, y previa comunicación al Juez instructor, procederá a su inmediata destrucción si, transcurrido el plazo de un mes desde que se efectuó aquella, la autoridad judicial no hubiera ordenado mediante resolución motivada la conservación íntegra de dichas sustancias. En todo caso, lo conservado se custodiará siempre a disposición del órgano judicial competente”.*

Además, debe tenerse presente que la Disposición Transitoria Segunda del citado Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, dispone que “el régimen de destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas regulado en el artículo 367 ter de la LECR, en la redacción dada por el presente Real Decreto-Ley, será aplicable a las que se encuentren bajo custodia de las autoridades administrativas a la entrada en vigor de éste”, lo cual, de acuerdo

con su Disposición Final Séptima, tuvo lugar al día siguiente de la publicación en el B.O.E., esto es, el 24 de febrero de 2013.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2013, alega que “...el elevado costo y los problemas de seguridad que conlleva la conservación de las drogas tóxicas, estupefacientes y de las sustancias psicotrópicas intervenidas en los procesos penales, aconseja introducir en la LECR un régimen flexible que facilite su rápida destrucción...superando así algunos problemas que hoy existen y deben ser resueltos con urgencia...La aplicación de las directrices internacionales para la toma de muestra y práctica de análisis de sustancias, determina que la muestra remitida al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses o al Servicio de Sanidad se corresponda con una gran cantidad de droga, cuya conservación plantea importantes y graves problemas de seguridad...Para asegurar adecuadamente el derecho a la defensa, es necesario que sea el organismo encargado del análisis el que determine el contenido de esa muestra mínima e imprescindible con arreglo a los criterios científicos establecidos en las directrices internacionales y a los protocolos consensuados sobre esta materia. Asimismo, la experiencia confirma que la conservación de los alijos carece de sentido ni justificación en la generalidad de los casos, por lo que resulta conveniente agilizar el procedimiento, autorizando su destrucción si el Juez instructor, dentro del plazo de un mes desde que se haya comunicado la realización de las comprobaciones necesarias, no ordena su conservación íntegra. La salvaguarda eficaz del bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública, en particular en los delitos de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas tipificados en los artículos 368 a 372 del Código Penal, una adecuada tutela del derecho a la protección de la salud de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como la necesidad de evitar unos elevados e innecesarios costes económicos a las administraciones públicas, máxime en el actual entorno de crisis que demanda la adopción con carácter de urgente, sin merma de las garantías que en el proceso penal amparan a las partes, de las medidas legislativas que permitan la rápida destrucción de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, haciendo realidad la voluntad del legislador de solucionar el acuciante problema descrito, presente en reformas legales anteriores que, sin embargo, no han alcanzado la finalidad que las presidió...”

Así pues, a la vista del “iter” legal que hemos sintetizado “ut supra”, parece aconsejable, ante todo, analizar el desarrollo histórico de las distintas disposiciones sobre la materia emanadas desde la Fiscalía General del Estado, cuya Instrucción de fecha 28 de noviembre de 1984, en interpretación del antiguo artículo 338 de la LECR, ya encarecía, no sólo la necesidad de informar favorablemente a la destrucción de la droga cuando el dictamen preceptivo le fuese solicitado al Ministerio Fiscal, sino de instar directamente dicha medida a la autoridad judicial cuando se tuviere noticia de casos que la hicieran aconsejable, Instrucción cuyo cumplimiento fue recordado por otra de fecha 10 de diciembre de 1985, “...al haberse tenido conocimiento de que, pese a la reforma del artículo 338 de la LECR, no se lleva a cabo con la frecuencia y regularidad que sería de desear la destrucción de estupefacientes intervenidos como objetos del delito...” Y, en el mismo sentido, la Comunicación de 27 de enero de 1986, dirigida por el Presidente del Tribunal Supremo a Jueces y Tribunales, en la que, tras resaltar la modificación que había experimentado el antiguo artículo 338 de la LECR, recordaba la facultad que el mismo atribuía a los Jueces y Tribunales de “...ordenar la destrucción de los estupefacientes durante la tramitación del proceso penal, a fin de evitar el peligro que su almacenamiento representa...”.

Estas pautas fueron nuevamente reiteradas en la Consulta nº 2/1986 de la Fiscalía General del Estado, sobre “Ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes

y psicotrópicos en el proceso penal”, donde, tras recalcar la naturaleza de “efectos de ilícito comercio” de las drogas y estupefacientes, se ocupaba prolijamente de “la ocupación y conservación durante el proceso a disposición del Juez o Tribunal de los efectos del delito”, así como de su “destrucción durante el sumario si su conservación o custodia representa un peligro real o potencial” estableciendo la citada Consulta, entre otras CONCLUSIONES o CONSIDERACIONES FINALES que:

- “ Cuando en la realización de actos de investigación criminal sean recogidos por la Policía Judicial productos estupefacientes o psicotrópicos (art. 282 de la LECR), aun quedando éstos necesariamente a disposición de la autoridad judicial, deben ser entregados para su custodia en los Servicios Farmacéuticos dependientes de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios. De igual modo, cuando se trata de esos efectos del delito intervenidos directamente por los Jueces de Instrucción (art. 334 de la LECR), éstos podrán enviarlos a aquellos organismos en concepto de depósito, conforme al artículo 338 (en su antigua redacción) de la LECR”
- “Durante la instrucción de los procedimientos penales, a los Jueces instructores, mediando las circunstancias que prevé el art. 338 párrafos segundo y tercero de la LECR (en su antigua redacción) se les concede la facultad de decidir sobre la destrucción de estupefacientes y psicotrópicos, cumpliendo previamente las formalidades requeridas en aquella norma en garantía de los derechos del inculpado y del buen fin del proceso penal. Ante tal medida adoptada por el Juez, la audiencia al Ministerio Fiscal es indispensable, sin perjuicio de que pueda promover la destrucción cuando los hechos investigados así lo aconsejen”.

Se superaba así una anterior y rígida situación legal en la que, como se encargaba de recordar la misma Consulta n° 2/1986, “...en estricta interpretación de ciertos artículos contenidos en la LECR (como los arts. 688, 712, 726), el Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de febrero de 1983, había llegado a declarar, refiriéndose a la ocupación de 15 gramos de heroína, que “...su presencia al inicio de las sesiones del juicio oral es absolutamente preceptiva, y con mayor razón si alguna de las partes ha solicitado expresamente en su escrito de conclusiones provisionales la presencia de las piezas de convicción, bien como prueba directa, inmediata e independiente que deba examinar *de visu* el Tribunal sentenciador de instancia, bien como complemento de otras pruebas personales para cuyo normal desenvolvimiento se precise la exhibición de las piezas susodichas...”.

Lógicamente, la reforma que se operó en el antiguo art. 338 de la LECR por virtud de la Ley 4/84, de 9 de marzo, determinó una modificación sustancial de tan encorsetada, hipergarantista y restrictiva interpretación jurisprudencial, dando origen a una bien distinta doctrina del Tribunal Supremo, de la que vino a ser buena muestra, por ejemplo, la STS de fecha 11 de marzo de 1994, en la cual, al resolver un recurso de casación *“que se fundamenta en la infracción del derecho del recurrente a la obtención de pruebas lícitas y válidas y a la práctica de las pertinentes pruebas de descargo, agregando que en el acto del juicio no estuvieron a la vista del Tribunal las piezas de convicción...”*, dispuso ya el Alto Tribunal que *“...en relación a la droga ocupada, se debe señalar que en los autos consta que fue destruida, previa notificación a la defensa de la solicitud de la Dirección Provincial de Sanidad y Consumo y sin oposición de la misma. Tal destrucción anticipada tiene su apoyo en el art. 338 de la LECR (en su antigua redacción), cuya legitimidad constitucional no ha sido puesta en duda por el recurrente. Tampoco se percibe en qué pudo haber perjudicado el derecho de*

defensa que las bolsas en las que se escondía la sustancia no hayan estado a la vista del Tribunal. Al respecto, cabe inclusive dudar de que constituyan piezas de convicción, toda vez que se trata de circunstancias que es posible probar por testigos y no consisten en instrumentos del delito en sentido estricto, dado que mediante ellas no se ha logrado la consumación. Ésta, por el contrario, se habría ya producido con la tenencia de la sustancia...”. En esta misma línea, la STS de fecha 8 de mayo de 2003 apuntaba que “...se ha aducido quebrantamiento de forma...por denegación de la prueba pericial toxicológica. En concreto, lo que se reprocha al Tribunal es que con la decisión de destruir la sustancia incautada se impidió la realización de un análisis de contraste. Pero en este punto, la respuesta de aquél es inobjetable: ese acuerdo fue tomado en la fase de ejecución de una sentencia que en ese momento era firme. Y si es cierto que el art. 338 de la LECR (en su antigua redacción) exige la audiencia de las partes, también lo es que ese trámite está previsto como momento de la instrucción de la causa, es decir, para el supuesto de una destrucción anticipada, que no es, ciertamente, el caso de la que aquí se produjo...”. Por su parte, la STS de fecha 17 de mayo de 2004 proclamaba que los recurrentes “...alegan la vulneración de precepto constitucional, concretamente del derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, que entienden que se ha producido al basarse la sentencia en una prueba no válida como es el análisis de la sustancia intervenida, prueba no contrastada a pesar de la petición de la defensa, por destrucción anticipada de la misma sin audiencia de las partes, y que ni siquiera refiere la pureza de la sustancia intervenida. La defensa solicitó un nuevo análisis, lo que no pudo ser admitido al no existir muestras para ello, lo que no es imputable a los acusados. Consta en la causa, al folio 85, el análisis de la sustancia intervenida realizado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, que arroja como resultados 36,24 gramos de cocaína y 6,03 gramos de cocaína, en el que además se solicita autorización para proceder a la destrucción. Al folio 87 consta providencia del Juez instructor autorizando la destrucción dejando muestra si se considera oportuno, providencia que es notificada a los procuradores de los recurrentes, sin que conste que hicieran manifestación alguna. Al folio 137 se encuentra el acta de destrucción de la sustancia intervenida sin que conste que se dejara muestra. La defensa alega ahora que se ha infringido su derecho al impedirle la realización de un análisis contradictorio. Es evidente (continúa diciendo la citada STS de 17 de mayo de 2004) que el Juzgado de instrucción no actuó correctamente. De un lado, porque, según dispone el art. 338 de la LECR (en su antigua redacción), la destrucción de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, debe hacerse conservando muestras suficientes de las mismas para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones. La conservación de muestras no puede hacerse depender del criterio de quien realiza el análisis, como parece desprenderse de la providencia que aparece al folio 87, sino que es algo establecido por la ley, a lo que debe atenerse el juzgado instructor. La ley le faculta a acordar motivadamente la conservación de la totalidad, lo cual resulta desde luego procedente si la cantidad de sustancia es muy pequeña, pues puede ser la única forma de permitir un posterior análisis y además, en esos casos se debilitan las razones que se tienen en cuenta por el legislador para prever su destrucción. Cuestión distinta se plantea cuando la sustancia se destruya totalmente en el mismo análisis, pues entonces nos hallamos ante una situación de imposibilidad, que debe resolverse con arreglo a otras pautas...” Y añade la transcrita STS de fecha 17 de mayo de 2004 que “...De otro lado, el Juez instructor tampoco actuó correctamente al omitir la audiencia previa, tal como viene prevista en el art. 338 (en su antigua redacción). Sin embargo, en varias ocasiones esta Sala ha entendido que estas irregularidades procesales no siempre determinan una vulneración constitucional, desde la que se plantea la censura, al no causar indefensión material al recurrente. Y, en este sentido, debemos tener en cuenta lo siguiente. En primer lugar, que, aun cuando no se procedió a la audiencia previa, la decisión del

*Juzgado instructor relativa a la autorización de la destrucción en las condiciones que constan en la providencia que aparece al folio 87, fue conocida por los recurrentes al haber sido inmediatamente notificada a su procuradores, sin que conste que hicieran manifestación alguna, cuando nada les impidió oponerse haciendo constar su propósito de solicitar un nuevo análisis o por cualquier otra razón que pudiera haber resultado atendible. En este sentido, no puede apreciarse indefensión. Cuando en los escritos de calificación provisional se impugna el análisis realizado y se propone como prueba un nuevo análisis de la droga intervenida, los ahora recurrentes ya conocían sobradamente que se había procedido a su destrucción, sin que en su momento hubieran manifestado su desacuerdo con tal medida, y conocían además el resultado de los anteriores análisis. Por otro lado, en cuanto a la impugnación de los análisis efectuados a la sustancia intervenida, compareció al Juicio Oral el perito que los realizó, ratificándolos en su integridad, siendo interrogado por acusación y defensa ante el Tribunal, pudiendo la defensa de los recurrentes poner de manifiesto los aspectos del análisis que revelaran, a su juicio, su insuficiencia como prueba de cargo. Finalmente, en cuanto a la ausencia de determinación de la riqueza de la sustancia, sólo tendría interés en dos casos: cuando la cantidad fuera insignificante, a efectos de determinar su capacidad lesiva, y cuando se trata de cantidades que pudieran, en atención a ese dato, dar lugar a la aplicación de la agravación por notoria importancia. Ninguno de estos supuestos se da en el caso, por lo que no se aprecia insuficiencia del análisis a los efectos de acreditar la naturaleza de lo intervenido..”* Y, en fin, ya producida la reforma operada por la Ley 18/2006, de 5 de junio, que introdujo el Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la LECR, podemos contemplar una línea jurisprudencial de similares características a las anteriores, p.ej, en la STS de fecha 18 de junio de 2010, donde se pone de relieve que el recurrente “...considera que ha existido error en la valoración cuantitativa de la sustancia intervenida, por lo que consideró necesaria una pericia complementaria y contradictoria que demostrase el error en el que habían incurrido los laboratorios oficiales que habían realizado el pesaje y el análisis cuantitativo y cualitativo. Al habérsele denegado esta petición, sostiene que se ha vulnerado su derecho a un juicio con todas las garantías, a valerse de los medios de prueba necesarios para su defensa, y, consiguientemente, se le ha privado de la tutela judicial efectiva en la interpretación que le concede el recurrente. Recuerda que su defensa impugnó, en el momento procesal oportuno (escrito de conclusiones provisionales) el contenido del informe pericial realizado por el Laboratorio de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno, y se solicitó la práctica de contraanálisis, justificando los motivos de la petición. Se basaba en que las personas que habían realizado los análisis habían incurrido en errores, como confundir la cocaína con los adulterantes. Acompañaba análisis de otros casos en los que se incidía en la misma equivocación y añade que no existía constancia en la causa de que la droga había sido destruida.” Pues bien, sobre la base de lo anterior, la citada STS de fecha 18 de junio de 2010 reconoce que “...Considerando en abstracto los argumentos, podrían ser tomados en consideración, pero referidos a este caso concreto y en general a los análisis de las sustancias estupefacientes, la petición resulta totalmente extemporánea. La droga se interviene el 25 de octubre de 2005, la solicitud de contraanálisis se formula en 2009 y se deniega por auto de 10 de septiembre de 2009. Con los datos antecedentes se comprueba que desde el momento inicial (5 de octubre de 2005) el recurrente dispuso de medios de defensa que tuvo la posibilidad de actuar en todas las diligencias y se encargó de velar por sus intereses. En 4 de noviembre de 2005 se realiza el informe del Laboratorio y desde ese momento pudo comprobar si existía algún error que justificase de manera inmediata la petición de un contraanálisis. El descuido, la negligencia o la estrategia defensiva, le hicieron optar por la inactividad. Un profesional del derecho debe conocer cuales son las normas legales que regulan la recogida de la droga, su entrega a la policía, su cadena de custodia y la lógica decisión de seleccionar muestras y proceder a la destrucción del resto por el riesgo que

*conlleve su depósito hasta que exista sentencia firme. La LECR, siguiendo las pautas procedentes de los organismos internacionales dedicados a la lucha contra el narcotráfico, introduce un Capítulo II bis que se dedica a la destrucción anticipada de efectos judiciales... establece la toma de muestras y la decisión de destruir el resto por los riesgos que entraña su custodia, por la inexistencia o dificultad de lugares seguros para su conservación y por la posibilidad de que sea sustraída y puesta nuevamente en el mercado. Por tanto, la demora en formular la petición se presenta como una táctica dilatoria que hace inviable la práctica de un contraanálisis, incluso sobre muestras, ya que el paso del tiempo altera su composición, lo que impide reflejar u obtener un resultado fiable...”*

Por su parte, La Fiscalía General del Estado, en interpretación de la normativa que la Ley 4/1984 había incorporado a los párrafos segundo y tercero del antiguo artículo 338 de la LECR, dictó la Instrucción nº 9/1991, de 26 de diciembre de 1991, sobre “Consideraciones relativas a algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes”, destacando la mencionada Instrucción que “Los Estados signatarios de los Tratados internacionales de 1961 (estupefacientes) y de 1971 (psicotrópicos), ambos ratificados por España, han de atribuir a un servicio administrativo la intervención de tales sustancias, que, entre nosotros, es el Servicio de Control de Estupefacientes (art. 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas en vigor sobre estupefacientes y se adaptan al Convenio de 1961 de las Naciones Unidas), actualmente denominado Servicio de Restricción de Estupefacientes, dependiente de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad. Dicho Servicio y sus órganos periféricos realizan los análisis pertinentes o, en su caso, los de las Comunidades Autónomas cuando hayan sido cedidos...En la praxis se plantean algunos problemas que requieren una intervención activa del Ministerio Fiscal para contribuir a resolverlos...principalmente los que atañen a la destrucción de la droga y a la agilización de las relaciones institucionales de los correspondientes órganos administrativos con la Autoridad judicial y con el Ministerio Fiscal...”.

De este modo, la Instrucción nº 9/1991, tras recordar que el citado art. 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril (cuya vigencia había sido proclamada, entre otras muchas, por la STS de 6 de julio de 1990) ordena que “las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes”, y, tras proclamar que “...la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y el propio Servicio de Restricción de Estupefacientes han informado a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas (actual Fiscalía Especial Antidroga) que la destrucción de las drogas y psicotrópicos no se había realizado en numerosas ocasiones en los últimos años, lo que ha producido una saturación que dificulta de modo grave el almacenamiento y custodia que le están encomendados...”, enfatizaba la Instrucción nº 9/1991 que “...se hace preciso recordar a los Sres. Fiscales la vigencia de lo acordado en la Consulta 2/1986 e Instrucciones de 28 de noviembre de 1984 y 10 de diciembre de 1985, ahora reactualizadas, y, en consecuencia, que interesen con carácter general, salvo excepciones muy justificadas o cuando se trate de pequeñas cantidades, la destrucción de la droga en los diferentes procedimientos penales que se sustancia en su territorio y promuevan, con el mayor celo, la audiencia previa establecida en el párrafo 2º del art. 338 de la LECR (en su antigua redacción) y que la diligencia que se extienda comprenda, para constancia de los autos, como dispone el párrafo 3º del mismo artículo, la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de

los destruido y su valor, si no hubiera tasación anterior y su fijación fuera imposible después de la destrucción, lo que es de especial interés cuando pueda entrar en juego la agravación de notoria importancia...” (tipificada en el actual art. 369 apartado 1, circunstancia 5ª). Añadiendo la mentada Instrucción nº 9/1991 que “el citado art. 338 (en su antigua redacción) dispone además, que, cuando se acuerde la destrucción de la droga, se dejen muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente, y, como la ratio legis del precepto es posibilitar un análisis cualitativo posterior, como eventualmente pueda ser solicitado por alguna de las partes, es aconsejable que siempre se dejen muestras, con finalidad garantista y de asegurar que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, no siendo ocioso recordar la validez procesal de este análisis sobre muestras -y no sobre el total de la sustancia incautada- conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las STS de fecha 6 de marzo de 1991 y 12 de junio de 1991)...”.

En este mismo sentido, y ya en relación con el análisis del artículo 367 ter. apartado 1 de la LECR, se pronuncia la Instrucción nº 5/2012 de la Fiscalía General de Estado, “Sobre la intervención del Fiscal en la destrucción de sustancias incautadas en procedimientos judiciales por delitos de tráfico de drogas”, donde se destaca que “...deduciéndose que la ratio legis es posibilitar un análisis cualitativo posterior, cuando eventualmente pueda ser solicitado por alguna de las partes, es preciso que siempre se conserven muestras suficientes, con la expresada finalidad garantista...”. Cabe destacar asimismo que la obtención de las muestras, sobre todo cuando se trate de grandes cantidades de droga, debería ajustarse a la Recomendación del Consejo Europeo 2004/C 86/04, de fecha 30 de marzo de 2004, sobre directrices para la toma de muestras de drogas incautadas, a cuyo tenor esa obtención de muestras ha de estar basada en los métodos hipergeométrico o bayesiano, con un nivel de confianza del 95 % y una proporcionalidad del 50 %, como mínimo la mitad de los productos (fardos, paquetes, bolsas, etc) incautados. En este mismo sentido, la Orden del Ministerio de Justicia 1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, dispone en su artículo 13 que “*En caso de alijos superiores a 2,5 kilos se enviarán las muestras resultantes de un muestreo. En los casos de alijos inferiores a 2,5 kilos, se enviarán todas las muestras disponibles, preferentemente en su envase original, con la menor manipulación posible. El muestreo requiere, como mínimo (Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 30 de marzo de 2004): 1.- Un informe detallado de la incautación: descripción, numeración, ponderación, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc, de las muestras. 2.- Una técnica de muestreo basada en los métodos hipergeométrico o bayesiano, con un nivel de confianza del 95 % y una proporcionalidad del 50% (como mínimo, la mitad de los productos)*”. Es decir, en la obtención de muestras, cuando se trata de grandes aprehensiones, sería conveniente reseñar el número total de paquetes, fardos, etc, intervenidos que sean de similares características (si no lo son, se consignarán separadamente) y obtener muestras, al menos, del 50 % de los paquetes aprehendidos de características similares. Si se trata de paquetes que no guarden relación entre sí, se debería obtener una muestra suficiente de cada uno de ellos. Respecto a quien puede llevar a cabo el muestreo, es pacífica la doctrina jurisprudencial que podemos sintetizar en la STS de fecha 5 de marzo de 2007 cuando refiere que “...no es cierto que, como sostiene el recurrente, ese muestreo forme parte de la pericia y deba ser llevado a cabo por quienes realizan el análisis, sino que basta con que conste su autor, la

*forma en que se realizó y con qué criterios... para que el Tribunal pueda valorar la fiabilidad del ulterior análisis...*”, desligando así claramente el Tribunal Supremo el muestreo de la pericia científica propiamente dicha. En íntima relación con ello, y como consecuencia lógica, son múltiples las resoluciones que validan el muestreo verificado por funcionarios ajenos a la pericia. Así, la misma sentencia antes referida, señala que “...funcionarios de policía distintos de los peritos llevaron a cabo una selección o muestreo, permitido en estos casos incluso por normas de rango internacional citadas por la Audiencia, que convienen en el rigor científico de este procedimiento...”. En línea similar, la STS de fecha 8 de julio de 2011, desestimando uno de los motivos de los recurrentes, reafirma la plena validez de la actuación destacando que “...se selló la droga, que quedó depositada en dependencias judiciales, y a continuación el Secretario Judicial realizó el muestreo de la sustancia, que se entregó al agente competente para su traslado al laboratorio que la analizó...”. Y en el mismo sentido, la STS de fecha 1 de marzo de 2011 desestima el motivo alegado tras exponer que se cuestionaba por el recurrente que “...fuera la Secretaria Judicial del Juzgado Instructor, con la ayuda de un Guardia Civil, quien realizó el muestreo, y no los técnicos que se limitaron a un análisis cuantitativo y cualitativo...”. Por supuesto, es obvio añadir que en aquellos muestreos en los que participa el Secretario Judicial la actuación tendrá un matiz jurídico-procesal distinto a aquellos en los que no interviene, pero en el único sentido de que tal diligencia no precisará de ratificación alguna por parte de ninguna de las personas presentes, pues el acta gozará de una función acreditativa, con valor de prueba anticipada, derivada de la propia naturaleza de la función orgánicamente atribuida al Secretario Judicial, mientras que, en el sentido estrictamente material, la asistencia del Secretario Judicial, lógicamente, no aporta ningún plus técnico-científico a la diligencia del muestreo, y su ausencia implicará que los funcionarios policiales intervinientes habrán de ratificar, en su caso, la diligencia en el acto del Juicio Oral.

Entrando ya en el análisis propiamente dicho de la destrucción anticipada de la droga, la Circular nº 2/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, “Sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas”, al efectuar el estudio de la norma especial 1ª del apartado 1 del artículo 374 del Código Penal (en su vigente redacción, establecida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), proclama que “...respecto a las drogas, estupefacientes y psicotrópicos se establece como regla general la destrucción de las mismas por la autoridad administrativa encargada de su custodia, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras suficientes, salvo que la autoridad judicial haya ordenado su conservación íntegra, lo que deberán tener en cuenta los Sres. Fiscales, a los efectos de instar de la autoridad judicial su conservación en aquellos supuestos excepcionales en que las circunstancias de la investigación lo hagan necesario. La razón de ser de esta previsión no es otra que evitar los graves problemas de custodia que se han producido en algunas provincias como consecuencia del almacenamiento y de la conservación indefinida de elevadas cantidades de drogas...”. En consecuencia, y como criterios generales de actuación de los Fiscales, la citada Circular nº 2/2005 concluye que “...la destrucción de las drogas...se aplicará a todos los procesos penales en curso, sea cual sea su estado de tramitación...”.

En aplicación de los acuerdos adoptados en la Junta General de la Fiscalía Especial Antidroga celebrada en Santander los días 27 y 28 de mayo de 2010, y analizando la problemática surgida a raíz de la aparente contradicción

existente entre, por un lado, el artículo 374.1 del Código Penal, que prevé como regla general la destrucción administrativa “...salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra...”, y, por otro lado, el mandato que se contenía en el antiguo apartado 1 del artículo 367 ter de la LECR (en su redacción previa al Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero), precepto que, como ya vimos, en aquella dicción anterior al citado Real Decreto-ley exigía en todo caso una decisión judicial, previo un incidente de audiencia al Fiscal y a las partes, se dictó con fecha 28 de julio de 2010 la Circular Interna de la Fiscalía Especial Antidroga “Sobre la destrucción de las drogas, estupefacientes y psicotrópicos depositados”, haciendo hincapié en que “...esta aparente contradicción ha generado en algunas provincias importantes depósitos de drogas, con el consiguiente peligro para la salud pública, e incluso para la eventual comisión de nuevos delitos contra la salud pública. Por ello esta Circular Interna pretende sugerir las pautas de actuación a adoptar para facilitar al máximo la destrucción anticipada de dichas sustancias, de modo que únicamente queden depositadas muestras suficientes para la realización de las pertinentes comprobaciones o contraanálisis, partiendo de la base de que la regulación de la LECR (en su redacción anterior al Real Decreto-Ley 3/2013) ha derogado tácitamente la del Código Penal y, en consecuencia, es necesaria la previa autorización judicial, no siendo posible la destrucción estrictamente administrativa; esta posición se fundamenta no sólo en el carácter de ley posterior de la reforma de la LECR, sino también en el hecho de que la droga no sólo constituye un objeto del delito, sino que la comprobación de su composición y existencia de principios psicoactivos constituye un objeto de prueba, cuya fuente debe ser controlada en todo caso por el órgano judicial”. Por su parte, la Instrucción nº 5/2012 de la Fiscalía General del Estado, a la que posteriormente aludiremos, y que versa “Sobre la intervención del Fiscal en la destrucción de sustancias incautadas en procedimientos judiciales por delitos de tráfico de drogas”, destaca que “...esta interpretación (de la Fiscalía Especial Antidroga) es asumida por la Fiscalía General del Estado”.

Desde esta perspectiva, la mencionada Circular Interna de la Fiscalía Especial Antidroga de 28 de julio de 2010, recomienda la práctica de diversas actuaciones, distinguiendo entre los depósitos acumulados y las diligencias que deben practicarse con carácter general. Así, en cuanto al primer caso -los depósitos ya producidos y acumulados, tanto en causas en tramitación como en procesos en que haya recaído sentencia firme- se recomienda lo siguiente:

“Primero: Debe obtenerse información, tanto de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, como de los Servicios de Sanidad de la provincia y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que incluya las cantidades intervenidas y no destruidas, así como el proceso penal en que se incautaron aquéllas.

Segundo: Designación de un Fiscal que efectúe el seguimiento de las operaciones a realizar; en el caso de que en la Fiscalía Provincial o de Área exista un Fiscal Delegado de esta Fiscalía Especial, o un Fiscal especialista en tráfico de drogas, parece aconsejable que sea éste el designado.

Tercero: Una vez identificadas las cantidades y los procedimientos en que se han incautado, debe hacerse un seguimiento acerca de si se ha solicitado o no la destrucción anticipada, y, en su caso, si el Juez de Instrucción ha adoptado o no alguna decisión al respecto. Si esta gestión resulta negativa, deberá instarse tan pronto como sea posible, la destrucción de las drogas, previa audiencia de las

partes -cuya opinión, evidentemente, no es vinculante- dejando muestras suficientes para ulteriores comprobaciones o contraanálisis.

Cuarto: Deberá controlarse la adopción de la medida de destrucción por parte del órgano judicial; y si transcurrido un tiempo prudencial, no ha recaído resolución, deberá entenderse desestimada la pretensión a efectos de interponer los pertinentes recursos procesales.

Quinto: Asimismo deberá hacerse un seguimiento de las destrucciones efectivas, para lo que debe tenerse en cuenta que el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado es el organismo encargado de organizar los necesarios traslados al lugar de destrucción”.

Y por lo que respecta a las diligencias que deben practicarse con carácter general, la reseñada Circular Interna de la Fiscalía Especial Antidroga de 28 de julio de 2010 menciona las siguientes:

“ Primera: Aprovechar la declaración de los detenidos para que se les pregunte sobre la destrucción anticipada de la droga, requisito necesario según la ley, y, como se ha indicado, no vinculante.

Segunda: Aprovechar asimismo este momento, o el de la guardia, para instar del órgano judicial la destrucción de las sustancias intervenidas, dejando muestras suficientes para ulteriores controles o contraanálisis.

Tercera: Hacer un seguimiento sobre las decisiones judiciales que recaigan en esta materia, incluso interponiendo los recursos procedentes en caso de denegación o silencio, así como de la efectiva destrucción, en la forma indicada anteriormente.

Cuarta: Comprobar, y en su caso instar, una vez sea firme la sentencia recaída, que se acuerde la destrucción de las muestras o, en los casos excepcionales en que el órgano judicial haya acordado la conservación íntegra, de toda la partida.”

Sobre la misma cuestión se volvió por la Fiscalía Especial Antidroga en su también interna “Nota de Servicio sobre medidas a adoptar para facilitar la destrucción anticipada de drogas”, de fecha 3 de enero de 2012, donde se dispone que “para agilizar al máximo las destrucciones anticipadas de drogas, y evitar depósitos que generan riesgos de muy diversa índole, los Fiscales deberán adoptar la siguiente práctica:

1º.- Comprobar que en la primera declaración de los imputados se les pregunta acerca de la posible destrucción anticipada de las sustancias intervenidas.

2º.- Comprobar que se les informa de su derecho a designar un perito, a su costa, que esté presente en las operaciones de análisis de las drogas por parte de los facultativos de organismos oficiales encargados de dichas pericias.

3º.- Instar del Juez de Instrucción que dicte inmediatamente auto acordando la destrucción de las sustancias intervenidas, dejando muestra suficiente, sin necesidad de esperar a que se les dé traslado en este sentido.

4º.- Todas estas medidas deberán adoptarse en el propio servicio de guardia”.

No obstante, el planteamiento del problema volvió a ser abordado en la antes mencionada Instrucción nº 5/2012, de 3 de diciembre de 2012, de la Fiscalía General del Estado, “Sobre la intervención del Fiscal en la destrucción de sustancias incautadas en procedimientos judiciales por delitos de tráfico de drogas”, donde se enfatiza que “...diversas circunstancias -que se extienden desde la falta de instalaciones adecuadas para la destrucción de estas sustancias o

de los medios adecuados para su transporte desde el lugar de custodia, hasta la complejidad y el volumen de numerosos procedimientos que afectan a estos depósitos, así como la falta de atención a estas situaciones por parte de los órganos e instituciones involucradas, volcadas principalmente en el objetivo de la investigación de los hechos y de su enjuiciamiento- han determinado que la situación generada por los depósitos de sustancias intervenidas en delitos contra la salud pública, lejos de solucionarse, en la actualidad haya llegado a ser especialmente preocupante, por cuanto la acumulación de sustancias intervenidas sobrepasa la capacidad de almacenamiento de los depósitos previstos y obliga a que una parte de las partidas de productos intervenidos sean custodiadas en lugares inapropiados, con los consiguientes riesgos de salubridad y seguridad...”.

De este modo, la Instrucción nº 5/2012 se encarga de recordar la vigencia de lo acordado en las ya relatadas Consulta nº 2/1986, Instrucción nº 9/1991, y Circular nº 2/2005 (aunque lógicamente actualizadas a tenor de la normativa vigente), disponiendo que salvo excepciones muy justificadas, los Fiscales “... deberán interesar con carácter general la destrucción en los diferentes procedimientos penales que se sustancien en su ámbito competencial, conservándose muestras suficientes para garantizar ulteriores análisis, comprobaciones o investigaciones...y a estos efectos deberán promover, en los casos en que no se haya acordado de oficio, la audiencia previa establecida en el artículo 367 ter.1 LECR (en su redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero) aprovechando, en su caso, el acto de declaración de los detenidos, incluso durante el servicio de guardia. Dicha audiencia también deberá celebrarse en lo supuestos de descubrimientos o hallazgos de alijos ocultos o partidas de drogas abandonadas, en los que obviamente únicamente será precisa la audiencia previa al Fiscal. En estos supuestos, nada obsta a que tal trámite se realice por escrito. En todo caso, la actuación de los Sres. Fiscales no se limitará a la simple solicitud de destrucción de droga, sino que deberá prolongarse hasta la constatación de su ejecución efectiva, debiendo vigilar que en el procedimiento judicial quede constancia de su destrucción, mediante la incorporación a los autos del acta de incineración o equivalente, e igualmente deberán interesar que para su constancia en autos, la diligencia que se extienda sobre la destrucción de la droga comprenda la naturaleza, calidad, cantidad de lo destruido, así como de su valoración en el mercado ilegal. Ante las resoluciones judiciales denegatorias de la destrucción de la droga que los Sres. Fiscales consideren injustificadas, o ante la falta de respuesta respecto a las peticiones de celebración de la indicada audiencia previa, los Sres. Fiscales utilizarán el régimen de recursos procedentes, dando cuenta al Excmo. Sr Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga a través de los correspondientes Fiscales Jefes Provinciales o de Área, cuando se produzcan reiteradas resoluciones denegatorias o situaciones de falta de respuesta judicial a la petición del Fiscal por parte de un mismo órgano jurisdiccional”.

La misma Instrucción nº 5/2012 proclama que “...en todo caso, la destrucción de las drogas o de las muestras conservadas deberá producirse una vez que finalice el procedimiento judicial por resolución judicial firme, en cuyo caso, si no se hubiera acordado de oficio, los Sres. Fiscales instarán de los órganos jurisdiccionales competentes que se acuerde la destrucción de la droga. Es decir, en ejecución de sentencia deberá vigilarse que se ha producido la

destrucción total de las drogas incautadas cuando excepcionalmente no se hubiere hecho con anterioridad”.

Por otra parte, la propia Instrucción nº 5/2012 se encarga de recordar que con objeto de agilizar los procesos de destrucción de drogas cuya conservación no resulte necesaria y solucionar los actuales problemas de almacenamiento, así como para reforzar las garantías en el sistema de obtención y custodia de las muestras extraídas para su analítica, las autoridades y organismos implicados en dicha situación, suscribieron el día 3 de octubre de 2012 el “Acuerdo Marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por el que se establece el Protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. El mencionado Acuerdo Marco incluye diversas cláusulas con la doble finalidad de: a) Garantizar las condiciones de ocupación y conservación de aquéllas fuentes de prueba que resulten necesarias para el enjuiciamiento de los hechos delictivos; y b) velar porque la sustancia incautada, de carácter ilícito y peligrosa para la salud pública, no vuelva a reintroducirse en los canales de distribución y consumo, excluyendo que las condiciones de su conservación originen un peligro para la propia salud o incluso un riesgo de comisión de nuevos delitos.

Con tal objeto, y en lo que se refiere específicamente a la destrucción de la droga, el Acuerdo Marco, relaciona las siguientes actuaciones:

“1.- Tras la remisión de las muestras para su análisis, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado remitirán al Juzgado competente solicitud para la destrucción de la droga incautada. De esta solicitud remitirán copia al Ministerio Fiscal.

2.- El Juzgado de Instrucción competente dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común que se señale aleguen lo que a su derecho convenga respecto a la destrucción peticiónada, con apercibimiento de que cumplido dicho plazo se resolverá. Esta audiencia podrá realizarse durante la prestación del servicio de guardia en aquellos supuestos en los que resulte necesario para agilizar la toma de la decisión sobre este extremo.

3.- El Juez competente acordará la inmediata destrucción del alijo, lo que se considera regla general de conformidad con lo previsto en el CP y en la LECR, “conservando únicamente muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones”, ordenando la destrucción del resto de la droga. Por “muestra suficiente” se entenderá la cantidad de droga que garantice la práctica de contra-análisis.

4.- El Ministerio Fiscal interesará del órgano judicial que acuerde la destrucción de la droga cuando así proceda, incluso interponiendo los recursos procedentes en caso de denegación o de silencio.

5.- Cuando autorice la destrucción del alijo y del sobrante de las muestras necesarias, resulta recomendable que la resolución incluya:

a) En su caso, orden de custodia de la muestra o parte alícuota que se considere precisa para la eventual reiteración del análisis.

b) Comisionar a la policía judicial para levantar acta del hecho de la destrucción del alijo, cuando el Secretario Judicial no vaya a asistir a la destrucción.

c) Comunicar la autorización al organismo oficial correspondiente que haya realizado los análisis.

6.- El acta de incineración será firmada por los asistentes (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y, de ser preciso, el Secretario Judicial) así como por el representante de la incineradora. El acta recogerá el peso de la droga destruida, naturaleza y descripción del alijo, debiendo acompañarse el acta de los tickets de pesaje de entrada (con carga) y salida (sin carga).

7.- Remisión del acta original a la autoridad judicial y al organismo oficial correspondiente que haya realizado el análisis.

Cuando finalice el procedimiento por resolución judicial firme, el órgano judicial competente dará la orden de destrucción de la muestra o parte alícuota conservada tras la realización del análisis, siguiendo los trámites, documentación y actuaciones anteriormente previstos en tanto resulten aplicables”.

La vinculación que para los Fiscales se deriva de los términos del mencionado Protocolo ha sido destacada como una de las conclusiones de la Junta General de la Fiscalía Especial Antidroga celebrada en Madrid los días 22 y 23 de noviembre de 2012, en la cual se recuerda que el Acuerdo Marco firmado el 3 de octubre de 2012 involucra a los Jueces, Fiscales, autoridades de Sanidad y Fuerzas de Cuerpos de Seguridad del Estado, aludiendo a la necesidad de trabajar en esta materia con la cobertura de las Comisiones Provinciales de Policía Judicial (sin perjuicio de la existencia de una Comisión Nacional de Seguimiento del Acuerdo Marco, que celebró su primera reunión el día 26 de octubre de 2012), a cuyas Comisiones Provinciales deberán ser convocados los responsables de Sanidad, por lo que la antedicha Junta General de la Fiscalía Especial Antidroga vuelve a hacer hincapié en que es necesaria, en todo caso, una postura activa del Ministerio Fiscal en todas las fases del proceso para conseguir una efectiva destrucción de la droga decomisada, haciendo un seguimiento permanente del asunto, y así, se propone por la Junta General, entre otras medidas, instar la apertura de una Pieza Separada de Destrucción y otra para los Efectos Intervenidos a disposición judicial, así como que las Ejecutorias no se archivarán definitivamente hasta que quede acreditada la efectiva destrucción de la droga.

Cabe destacar, asimismo, que en la mencionada primera reunión mantenida por la Comisión Nacional de Seguimiento del Acuerdo Marco el día 26 de octubre de 2012, se consideró la conveniencia de elaborar una Guía Práctica de Actuación que desarrollase el Protocolo para favorecer la agilización de todo el procedimiento relativo a la documentación, toma de muestras, cadena de custodia y conservación de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, unificando los trámites, homogeneizando los flujos y el formato de los documentos y formularios utilizados, automatizando los pasos a seguir por cada interviniente conforme a una secuencia previamente fijada, facilitando la adopción de decisiones, y, en definitiva, proporcionando una mayor seguridad jurídica en esta materia desde el momento de la aprehensión hasta el de la destrucción de las sustancias y dictado de la correspondiente resolución definitiva en el seno del proceso penal. Esa Guía Práctica de Actuación (virtualmente ultimada al momento de redactarse estas líneas) presta especial atención a la destrucción de la droga en los primeros momentos de la instrucción, mediante resolución judicial previa audiencia de las partes, sin perjuicio de la destrucción administrativa, si el Juez no resolviera, prevista en el actual art. 367 ter. 1 de la LECR, y así, y entre otros extremos, se refleja en la

Guía que “...Realizada la recogida de las muestras y el etiquetado, se pondrán a disposición del Juzgado competente las sustancias intervenidas mediante la remisión del acta de aprehensión, quedando depositadas el tiempo mínimo imprescindible en dependencias policiales...Resulta conveniente la presencia del Secretario Judicial para dar fe de la cantidad total de la aprehensión, bien el pesaje bruto, bien en la toma de muestras, bien en la puesta a disposición judicial de las sustancias, a los efectos de constatar las circunstancias de la aprehensión, tipología y cantidades que posteriormente puedan ser apreciadas como notoria importancia y/o extrema gravedad. En particular, sería aconsejable la presencia del Secretario Judicial cuando se trata de aprehensiones enormemente elevadas, extremas o excepcionales. En el momento mismo de la puesta a disposición judicial, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solicitarán la autorización judicial para proceder a la destrucción del alijo intervenido, conservando las muestras necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones. De esta solicitud remitirán copia al Ministerio Fiscal...En el caso de que la autoridad administrativa proceda a la destrucción de la droga por la vía del reformado art. 367 ter. 1 de la LECR, la comunicación prevista en dicha norma se dirigirá no sólo a la Autoridad judicial sino también al Fiscal Jefe respectivo, pudiendo verificarse este último mediante correo electrónico. Cuando el autor o autores hayan sido puestos a disposición judicial, el Juzgado de Instrucción, antes de acordar la destrucción de las sustancias intervenidas, en la primera diligencia que se entienda con el imputado (normalmente al prestar declaración ante la Autoridad judicial), le requerirá, bien en el propio impreso en el que se recoge su declaración, bien en formulario aparte, para que indique si tiene alguna manifestación que hacer sobre la destrucción anticipada de las sustancias intervenidas. Esta audiencia podrá realizarse durante la propia prestación del servicio de guardia en aquellos supuestos en los que resulte necesario para agilizar la toma de la decisión sobre este extremo...Cuando el Juez autorice la destrucción del alijo resulta recomendable que la resolución judicial incluya: 1.- En su caso, orden de custodia de la muestra o parte alícuota que se considere precisa para la eventual reiteración del análisis. 2.- Comisionar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para levantar acta del hecho de la destrucción del alijo, cuando el Secretario Judicial no vaya a asistir a la destrucción. 3.- Comunicar la autorización al organismo oficial encargado de realizar los análisis...Una vez incinerada la droga, se levantará un Acta de incineración, que será firmada por los asistentes, así como por el representante de la incineradora, de cuyo Acta será responsable el Secretario Judicial si asistiera a la incineración, remitiendo el original a la Autoridad judicial competente...”

Finalmente, y tras la reciente reforma operada en el apartado 1 del artículo 367 ter de la LECR por el Real Decreto-Ley 3/2013, la Jefatura de la Fiscalía Especial Antidroga ha dictado con fecha 6 de marzo de 2013 una nueva Instrucción por la cual “ante las dudas interpretativas que ha suscitado la citada reforma se informa a los Sres. Fiscales que la adecuación de dicha norma a lo previsto en el artículo 374.1.1º CP, y, por tanto, la previsión de una destrucción “administrativa” (salvo que la autoridad judicial, en el plazo de un mes, ordene la conservación íntegra de las sustancias intervenidas), no supone una liberación de la responsabilidad que, en cuanto al depósito y destrucción anticipada de las mismas, corresponde a los Jueces de Instrucción y Fiscales, y, en consecuencia, no ha dejado sin contenido la Circular Interna de esta Fiscalía de 28 de julio de 2012, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 5/2012, ni el Acuerdo

Marco de colaboración en esta materia, de 3 de octubre de 2012”, cuya plena vigencia se reafirma en esta Instrucción interna de 6 de marzo de 2013 “...sin perjuicio de que en el seno de la Comisión Nacional de Seguimiento de la destrucción anticipada de drogas puedan adoptarse prevenciones en orden a los supuestos de destrucción administrativa, que deben considerarse excepcionales.”

En efecto, el art. 367 ter de la LECR, tal como ha quedado redactado, incluye un primer párrafo que, respecto de cualquier efecto judicial, prevé la destrucción mediante decisión judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y la persona en cuyo poder se hallaron, y del propietario si fuere conocido; y sólo el párrafo segundo prevé, exclusivamente para las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la destrucción administrativa en las condiciones establecidas en la norma legal, norma que es plenamente respetuosa con los principios informadores del proceso penal, de audiencia, contradicción y defensa, y garantizan la eficacia de la previsión del artículo 356 de la LECR, en cuanto al posible nombramiento de un perito a costa del imputado, que esté presente en las operaciones periciales.

Por ello, el sentido de este artículo no puede ser la configuración de una norma general -el primer párrafo- y una norma especial que derogaría aquella -el párrafo segundo-, sino que únicamente puede entenderse en el sentido de que el primer párrafo impone que la destrucción de cualquier efecto se acuerde por la Autoridad judicial, con el trámite de audiencia indicado, y que sólo excepcionalmente -porque únicamente lo permite respecto de las drogas, estupefacientes o psicotrópicos- podrá procederse a la destrucción administrativa si el Juez no ha resuelto inicialmente nada y no acuerda la conservación íntegra en el plazo de un mes.

En consecuencia, la mencionada Instrucción interna de 6 de marzo de 2013 de la Fiscalía Especial Antidroga ordena que los Fiscales deben tomar las siguientes prevenciones:

- a) Dar instrucciones a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad para que continúen informando, a la mayor brevedad posible, tanto a la Autoridad judicial como al propio Ministerio Fiscal, de las incautaciones de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo Marco de colaboración para la destrucción anticipada de drogas.
- b) Comprobar que en la primera declaración de los detenidos e imputados se les pregunta si tienen algo que manifestar respecto de la destrucción anticipada de drogas (imprescindible para la toma de decisión, por lo que se insiste en que esta pregunta debe hacerse en ese momento, para evitar dilaciones) y que se les ha ofrecido la posibilidad de designar a su costa un perito que esté presente en las operaciones periciales.
- c) Instar del Juez de Instrucción que, a la mayor brevedad posible, dicte auto acordando la destrucción anticipada, dejando sólo las muestras imprescindibles para el análisis y los eventuales contraanálisis.
- d) Comprobar que, efectivamente, se dicta dicho auto, y, en caso contrario, ejercitar los pertinentes recursos.
- e) Caso de que, por falta de resolución judicial expresa, los organismos depositarios de las drogas se dirijan simultáneamente al Juez y al Fiscal, éste debe tomar la iniciativa y reiterar la procedencia de que se dicte auto acordando expresamente la destrucción.

- f) Comprobar en las ejecutorias que se han destruido también las muestras que hayan quedado, o solicitar que se acuerde su destrucción antes del archivo definitivo.

Finalmente, y en lo que se refiere a la regulación que el Anteproyecto de Código Procesal Penal dedica a la destrucción anticipada, se contempla en el art. 226 del mismo, que establece la que sería la posible futura norma siguiente: “1.- El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia del Director de la Oficina de Recuperación de Activos o de otro depositario, podrá solicitar del Tribunal que autorice la destrucción de los efectos ocupados, dejando muestras suficientes de los mismos, por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia o por otra causa justificada.

2.- El Tribunal resolverá lo que proceda, previa audiencia de su titular o de la persona a la que hubieren sido ocupados, si se tratara de efectos de lícito comercio.

3.- Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el Fiscal solicitará al Tribunal que ordene su inmediata destrucción, conservando muestras suficientes para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello si perjuicio de que, de forma motivada, considere necesario la conservación de la totalidad.

4.- Si se hubiera acordado la destrucción, el Secretario Judicial dejará constancia de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos, así como de los procedimientos utilizados. Si no hubiese tasación anterior también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuere imposible después de la destrucción.

5.- La destrucción de los efectos ocupados se realizará de acuerdo con los protocolos establecidos reglamentariamente.”

#### **IV.- BREVE REFERENCIA ESPECIFICA A LA DESTRUCCIÓN DE EFECTOS EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.**

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 5 de mayo de 2006, “Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003”, destaca que “...en todo caso los Sres. Fiscales deberán tener presente lo establecido en la Circular 1/2005, de 25 de noviembre, en lo que concierne al comiso, que deberá ser solicitado en relación con los efectos, instrumentos y ganancias de estos delitos, particularmente cuando la actividad delictiva resulte imputable a los integrantes de una organización...”. Por ello, la propia Circular 1/2006, tras afirmar que la perseguibilidad de oficio refuerza la iniciativa del Ministerio Fiscal tanto en la persecución de las conductas típicas que afectan a los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, como en el impulso de la tramitación del procedimiento, ordena a los Fiscales “...durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios... instar en el procedimiento penal las medidas cautelares que, de conformidad con las circunstancias concurrentes en cada caso, sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual e industrial y que igualmente

sirvan para garantizar las responsabilidades que resulten declaradas en sentencia...”

En relación con ello, y por lo que a la propiedad intelectual se refiere, debe tenerse en cuenta que el artículo 138 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, en su redacción establecida por Ley 23/2006, de 7 de julio, establece que “...el titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor...en los términos previstos en el artículo 139...”, precepto éste que, en su apartado 1, dispone que “...el cese de la actividad ilícita podrá comprender:...c) la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquéllos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así; ...f) el comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador...”.

En lo que respecta a los derechos de propiedad industrial, la norma de referencia en materia cautelar es la Ley 11/1986, de Patentes y Modelos de Utilidad, ya que tanto la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, como la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, remiten a las normas contenidas en el Título XIII de aquélla Ley de Patentes, la cual, en su artículo 133.1 dispone que “...quien ejercite o vaya a ejercitar una acción de las previstas en la presente Ley, podrá solicitar del órgano judicial que haya de entender de la misma la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la efectividad de dichas acciones siempre que justifique la explotación industrial en España de la patente objeto de la acción o el desarrollo de unos preparativos serios y efectivos a tales efectos..”, y, por su parte, el artículo 134 señala que “se podrán adoptar como medidas cautelares las que aseguren debidamente la completa efectividad del eventual fallo que en su día recaiga, y, en especial:...2ª La retención y depósito de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado...”, mientras que, por su lado, el artículo 63 de la misma Ley 11/1986, de Patentes y Modelos de Utilidad, dispone que “...el titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar:...c) el embargo de los efectos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado...e) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado c), o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente...”

De otro lado, el art. 53 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, proclama que “el titular del diseño registrado cuyo derecho sea lesionado podrá reclamar, en especial:...d) la destrucción o la cesión con fines humanitarios si fuere posible...de los productos en los que se haya materializado la violación de su derecho, salvo que la naturaleza del producto permita impedir la continuación de la actividad infractora eliminando el diseño sin afectar sustancialmente el producto, o, a juicio del Tribunal, la destrucción o cesión de los productos infractores resulte una medida claramente desproporcionada y existan otras alternativas menos gravosas para evitar que prosiga o se reanude la violación del derecho del titular del diseño.”

In fine, el artículo 41. de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, dispone que “el titular cuyo derecho de marca sea lesionado, podrá reclamar, en especial:...

*d) la destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el tribunal.”*

Cabe destacar, por último, que en la investigación de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al igual que en el delito de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, resulta imprescindible que durante la fase de instrucción se realice un informe pericial, en este caso para determinar la falsedad de los efectos intervenidos. Tal informe pericial se realiza habitualmente sobre las muestras que se toman de los mismos, en cuya toma de muestras lo esencial es que no se produzca ruptura en la cadena de custodia que conlleve la invalidez de la prueba pericial efectuada, pues, como se advierte, p.ej., en la Sentencia nº 266/2006, de fecha 13 de junio, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, Rollo de apelación nº 140/06, “...la eficacia probatoria de la prueba pericial no puede ser puesta en entredicho porque se efectuara un muestreo de las prendas y no sobre su totalidad, que en el caso sería desproporcionada, a la vista de que eran varios miles las prendas intervenidas, y no poner objeción alguna la defensa del acusado en su momento al muestreo realizado, siendo por lo demás contundente el dato de que todas las prendas que fueron objeto de la prueba pericial fueran reputadas como falsas...” .