



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Consultas

DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta n.º 2/1986, de 21 de marzo, sobre *ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal*

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Arts. 282, 334 y 338 LECrim

Arts. 27 y 48 CP (73)

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

Art. 367 TER LECrim (Ley 18/2006, de 5 de junio)

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Instrucción n.º 5/2012, de 31 de diciembre, sobre *la intervención del Fiscal en la destrucción de sustancias incautadas en procedimientos judiciales por delitos de tráfico de drogas*

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Debe entenderse que ha quedado sin vigencia alguna.

Ficha elaborada por la Fiscalía Especial Antidroga.

TEXTO DE LA CONSULTA

Consulta n.º 2/1986, de 21 de marzo, *Ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal*

I. LOS TÉRMINOS DE LA CONSULTA

Somete V. E. a Consulta un hecho que si, materialmente, es muy simple, en el orden jurídico no deja de suscitar cuestiones. Se trata de lo siguiente: los miembros de la Policía Judicial, al instruir atestados, muchas veces recogen efectos, instrumentos y pruebas del delito, que, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son puestos a disposición de la autoridad judicial competente para iniciar el procedimiento que corresponda. Pero cuando el objeto o los efectos del delito ocupados sean sustancias estupefacientes o psicotrópicas, se les presenta la duda de si han de entregarlas en el Servicio de Control de Estupefacientes o dependencias periféricas del Ministerio de Sanidad y Consumo, o si tal entrega deberá hacerse en el Juzgado instructor junto al atestado.

Se hace notar que a favor de la primera resolución parece estar 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, ya que su artículo 31 establece que «las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes». Y, al contrario, en apoyo de que el destinatario de la entrega sea la autoridad judicial, aparte del artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, están los artículos 334 y siguientes de esa misma norma procesal, conforme a los cuales el Juez instructor debe ordenar la recogida de las cosas objeto del delito; y también, el preámbulo de la Ley 4/1984, de 9 de marzo, modificativa del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se cita como justificación de la reforma «el notable incremento que en los últimos tiempos han experimentado *las piezas de convicción intervenidas por la autoridad judicial, singularmente drogas y explosivos*».

En opinión del Fiscal que formula la Consulta, la *aparente* contradicción entre el artículo 31 de la Ley de 8 de abril de 1967 y las normas antes citadas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se resuelve fácilmente:

- Si se da al contenido central del artículo 31 («las sustancias estupefacientes *decomisadas*») un sentido técnico-jurídico, y en interpretación estricta del mismo, solo debe referirse a los estupefacientes cuyo comiso hubiere sido acordado ya por el Juzgado o Tribunal en la sentencia una vez adquirida la cualidad de firme.
- Pero cuando se trate del acto inicial de intervención de drogas por la Policía Judicial a presuntos delincuentes, en observancia de las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberán entregarse con el atestado en el Juzgado de Instrucción que resulte competente.

Así resuelto el tema de la autoridad u órgano a quien deba hacerse la entrega, plantea otro: el de la conservación o destrucción de los estupefacientes. Y afirma que el Juez puede acordar la conservación del todo o de parte de la droga intervenida o la destrucción total o parcial; la ejecución de cualesquiera de estos actos incumbirá, bien

al Servicio de Control de Estupefacientes o al que asuma sus funciones en el Ministerio de Sanidad y Consumo en Madrid, o a los órganos de las dependencias administrativas periféricas o autonómicas de la provincia en que radique el órgano jurisdiccional. Cree oportuna la decisión de conservar, porque al tratarse de sustancias que pueden tener aplicación farmacéutica, sería antieconómica su destrucción y porque, con ese proceder, se posibilita, una vez acordado el comiso de la droga, que por la Administración se dé a la misma el destino más conveniente dentro de las previsiones legales.

II. LOS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS PROVINIENTES DEL DELITO SON EFECTOS DE ILÍCITO COMERCIO

Según se desprende de los artículos 27 y 48 del Código Penal, el comiso es una pena accesoria que lleva aparejada la pérdida de los efectos que provinieren del delito y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. La naturaleza de los efectos del delito condiciona las consecuencias de la pena accesoria de comiso, pues si aquellos son del *lícito comercio* el comiso es facultativo y puede ser parcial (art. 48, inciso segundo), pero si los objetos del delito ocupados son de *ilícito comercio*, el comiso es obligatorio y total. También los efectos civiles del comiso son distintos en uno y otro caso. Siendo los bienes decomisados de *lícito comercio*, su destino es cubrir las responsabilidades civiles derivadas del delito, por lo que, a través de la venta forzosa, se transformarán en dinero, y como en ningún caso este pasa al patrimonio del responsable, si el valor en venta superare el *quantum* de la indemnización o si el condenado fuere solvente, el producto de la enajenación ingresará en las arcas del Tesoro. Si, al contrario, los efectos objeto del comiso fueren de *ilícito comercio*, como dice el artículo 48, «se les dará el destino que dispongan los reglamentos, o, en su defecto, se inutilizarán».

Aunque en perspectiva lógica no ofrece dudas la naturaleza de efectos de ilícito comercio para las sustancias estupefacientes y psicotrópicas productos de un tráfico ilegal, es necesario justificarla en un orden jurídico, porque el artículo 48 del Código Penal no expresa qué deba entenderse por efectos de *ilícito comercio*. Creemos que deben reputarse como tales no solo aquellas cosas que estén fuera del comercio de un modo absoluto (*res extracommercium*), sino también aquellas otras cuya transmisión no es libre y que por estar sujetas a limitaciones o prohibiciones y no ser objeto de tráfico ilícito (art. 1.271 del Código Civil) conllevan la nulidad del acto y el comiso de las mismas (art. 1.305 del Código Civil). Luego si la ilicitud relativa está representada en el radio del artículo 48 del Código Penal, los estupefacientes y psicotrópicos objetos del delito definido en el artículo 344 del Código Penal, se someterán al régimen de los efectos de ilícito comercio, porque aunque su extracomercialidad no lo sea de modo incondicionado, al ser géneros prohibidos (arts. 2, 2.º, de la Ley de 8 de abril de 1967 y 2, 2.º, del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre), su tráfico está limitado por prohibiciones legales de adquirir, enajenar, fabricar y producir (Ley de 8 de abril de 1967 para los estupefacientes y Real Decreto de 6 de octubre de 1977 para las sustancias psicotrópicas).

Pero es que, además, existen disposiciones de distinto rango en las que está previsto el comiso total de los estupefacientes. En efecto, el comiso de estupefacientes y psicotrópicos procedentes de tráfico ilegítimo es sanción que hallamos en la legislación internacional. Así, el artículo 37 del Convenio de las Naciones Unidas de 1961 dispone que «todo estupefaciente, sustancias y utensilios empleados en la comisión de los delitos mencionados en el artículo 36 (sanciona todos los actos de posesión y tráfico) o destinados a tal fin, podrán ser

objeto de aprehensión y decomiso». Un precepto paralelo a este, y referente a las sustancias psicotrópicas, es el contenido en el artículo 22, 3, del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971. La Ley española de 8 de abril de 1967, en su artículo 31, alude a las sustancias estupefacientes decomisadas, porque al tratarse de artículos estancados (art. 30, 1) están sujetos a la sanción accesoria de comiso (art. 27 de la anterior Ley de Contrabando aprobada por Decreto de 16 de junio de 1964). Y en la vigente normativa sobre contrabando (Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio), está expreso el comiso de los bienes y efectos que constituyan el objeto del delito de contrabando (art. 5), naturaleza esta que se asigna a la posesión y tráfico de estupefacientes (art. 1, tres) por cualquiera de los actos enumerados en el artículo 1, uno, al tratarse de artículos o géneros prohibidos (art. 3, dos). Este comiso tendrá los efectos que para las cosas de ilícito comercio señala el artículo 48 del Código Penal, tanto porque el artículo 7 de esta Ley al disponer que los géneros intervenidos podrán ser enajenados, lo supedita a que este sea el destino final de los bienes, como porque para fijar el destino de lo decomisado es aplicable el Derecho penal común (art. 9). Y, por último, indiquemos que en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, es medida de seguridad (art. 5, 16) la *incautación en favor del Estado* del dinero, efectos e instrumentos que procedan. Entre otras, a los traficantes de drogas declarados en estado peligroso, les es aplicable la medida de incautación del dinero y *efectos procedentes* (art. 6, 6.º, b); el artículo 17, 1.º, del Reglamento de la Ley de Peligrosidad, precisa que la incautación a favor del Estado de los efectos que procedan implicará su ocupación. Se trata de una ocupación definitiva cuando haya declaración de peligrosidad, pues conlleva la venta de los efectos e instrumentos si son de lícito comercio, ingresándose el producto en el Tesoro, y si su comercio es ilícito se inutilizarán si alguna disposición especial no previene otro destino (art. 17, 2.º, del Reglamento).

En resumen, al comiso de estupefacientes y psicotrópicos debe dársele el tratamiento prevenido para los efectos del delito que no sean de lícito comercio. Pero como en el Código Penal el comiso es una pena y no medida de seguridad ¿qué sucede con los estupefacientes y psicotrópicos intervenidos en tanto llega el momento de ejecutar la pena accesoria de comiso?, ¿qué destino, provisorio por supuesto, deberá darse a los objetos decomisables ocupados en tanto se transforman en objetos decomisados? Quedan así planteadas las cuestiones más importantes que se extraen de la Consulta: la ocupación, puesta a disposición judicial y conservación de los objetos decomisables de ilícito comercio y el destino definitivo de estos tras haber recaído resolución judicial inimpugnable.

III. LA OCUPACIÓN Y CONSERVACIÓN DURANTE EL PROCESO A DISPOSICIÓN DEL JUEZ O TRIBUNAL DE LOS EFECTOS DEL DELITO

1. *Objeto y caracteres de la ocupación*

Las sustancias estupefacientes y psicotrópicas procedentes de tráfico ilegal que se intervengan constituyen el objeto mismo de la infracción (objeto material del delito), y aun cuando en la letra del artículo 48 del Código Penal son decomisables únicamente los efectos que provengan del delito, en esta expresión deben tener cabida todos los *producta sceleris*, por lo que al ser la ocupación el antecedente lógico-jurídico del comiso, deberá extenderse tanto a los objetos materiales empleados para facilitar o ejecutar el delito, como al provecho o producto del acto delictivo y a las cosas cuya posesión, fabricación o venta constituya delito. La Ley de

Enjuiciamiento Criminal, con su terminología tan variada, permite una interpretación amplia del artículo 48 del Código Penal, con lo que *efectos provenientes del delito* serán no solo los así designados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 282, 286, 327, 334, 336, 337, 338, 567, 574, 620, 844) sino también los que denomina cuerpo del delito (arts. 334, 339, 367, 391, 699) o piezas de convicción (arts. 622, 626, 629, 631, 634, 635, 654, 688, 712, 726, 742, 844). Así, no solo el objeto material propio del delito que define el 344 (sustancias estupefacientes y psicotrópicas) sino cualquier efecto o instrumento que tenga relación con el delito (*instrumenta et producta delicti*) deben ser ocupados y puestos a disposición de la autoridad judicial.

La ocupación de los efectos del delito, cualquiera sea su naturaleza, puede efectuarse directamente por el Juez instructor (arts. 334 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o por la Policía Judicial antes de la iniciación del proceso cuando realiza los actos de investigación (art. 282). La ocupación, acto de coerción limitativo de las facultades dominicales, consiste en la privación de la posesión de todos los efectos que provengan del delito, cumpliendo esta indisponibilidad una doble función: en el orden procesal atribuye al Juez un eficaz control sobre los objetos y en un plano sustancial los sujeta al eventual comiso. Esta adquisición, para el proceso penal de las cosas pertenecientes al delito, tiene asignados fines probatorios y conservativos, lo que presupone que han de permanecer durante el proceso a disposición del Juez o Tribunal.

2. Conservación y custodia durante el proceso

Una vez consumada la entrega, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece unas normas generales referentes a la conservación durante el sumario a disposición del instructor (arts. 367, 620) y otras especiales sobre esa misma puesta a disposición para las diversas fases del proceso penal ordinario: a la conclusión del sumario deberán remitirse las piezas de convicción al Tribunal (arts. 622, 626) a fin de que puedan ser examinadas por el Ministerio Fiscal y las partes al tiempo de la instrucción (art. 629) y de la calificación (art. 654); y ya durante el juicio oral, serán colocadas en el local en que se celebre (art. 688), para que puedan ser reconocidas por los testigos (art. 712) y examinadas por el propio Tribunal (art. 726).

Pero alguna de estas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que por supuesto no distinguen sobre cuál sea la naturaleza de los efectos del delito ocupados, están modificadas o complementadas por recientes disposiciones; conforme a ellas, la puesta a disposición judicial de los efectos del delito no presupone de modo necesario que el Juzgado instructor sea el encargado de su custodia material, ni que la totalidad de las piezas de convicción deban conservarse hasta después de dictada sentencia.

De un lado, contamos con el Decreto de 15 de octubre de 1976, que organizó en los Decanatos de Madrid y Barcelona un Depósito judicial a donde deben ser remitidos por los respectivos Juzgados de Instrucción los objetos intervenidos y los efectos del delito con el fin de conservarlos allí de modo unificado y de custodiarlos (art. 1), hasta que, concluso el procedimiento, se les dé el destino que determine la sentencia o el que estuviese señalado en la Ley (art. 2, 2.º), y si no existiere norma legal que imponga un destino determinado, los objetos de ilícito comercio intervenidos recibirán el destino que fijen los reglamentos (art. 2, 4.º B). Por otra parte, la Orden de 14 de julio de 1983, creó en los Decanatos de los Juzgados de Bilbao, Sevilla, Valencia y Zaragoza, los Depósitos judiciales establecidos por el Decreto de 15 de octubre de 1976, en donde habrán de depositarse,

custodiarse y conservarse los objetos intervenidos y efectos del delito hasta que sean reclamados por los Juzgados depositantes (art. 3, d) para darles el destino que en derecho proceda (art. 9). Para el resto de los Juzgados de Instrucción no comprendidos en el Decreto de 15 de octubre de 1976, ni en la Orden de 14 de julio de 1983, regirán las normas comunes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre conservación y custodia de los efectos del delito durante la etapa sumarial.

Aun con las peculiaridades señaladas para el efectivo depósito, tras estas normas las piezas de convicción han de conservarse a disposición del Tribunal hasta la conclusión del proceso. Por ello, en estricta interpretación de ciertos artículos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 688, 712, 726) el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de febrero de 1983 ha declarado, 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 viso* el Tribunal sentenciador de instancia, bien como complemento de otras pruebas personales para cuyo normal desenvolvimiento se precise la exhibición de las piezas susodichas.

Particularizando ahora, puede decirse que cuando se trate de la ocupación de estupefacientes y psicotrópicos llevada a cabo por la Policía Judicial, deberán ser puestos de modo inmediato a disposición del instructor, pero no sin antes haber concretado y descrito suficientemente en el atestado el peso, volumen, unidades y demás características externas de aquellos productos. Resulta claro que, en un orden jurídico-procesal, el único destinatario directo de la entrega de los efectos del delito intervenidos es el Juez que conozca de la causa, pero no es menos cierto que el término *puesta a disposición judicial* que emplea el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debe significar que a la *aprehensio* haya de seguir necesariamente una entrega material de lo intervenido en los locales del Juzgado instructor para su custodia. Antes nos hemos referido a las excepciones representadas por el Decreto de 15 de octubre de 1976 y la Orden de 14 de julio de 1983, supuestos ambos en que no coinciden el órgano judicial a quien se confía materialmente el depósito y conservación, y aquel otro a cuya disposición se hallan los efectos del delito. Ahora debemos aludir al artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la redacción dada por la Ley de 9 de marzo de 1984. Su párrafo primero expresa 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». Es de destacar, que para los efectos del delito en general, frente a la retención y conservación por el propio instructor, está previsto aquí el «envío al organismo adecuado para su depósito»; señalemos también que al remitirse esta norma al artículo 344 solo parece contemplar los efectos ocupados directamente por el Juez. De cualquier modo, aparece en él la compatibilidad entre la puesta a disposición judicial de los efectos del delito con el depósito y custodia en otro organismo no judicial. La expresión legal se conforma con decir que el organismo será el «*adecuado*», determinación que, en un orden lógico, estará condicionada por la naturaleza de las piezas de convicción objeto de entrega. Para estupefacientes y psicotrópicos debe excluirse la custodia judicial directa, dado que el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quiere que se haga envío de ellos a otros organismos, porque, al menos por ahora, la generalidad de las dependencias judiciales no reúnen los acondicionamientos necesarios para una eficaz custodia de lo depositado, y menos aún para la conservación de

las notables cantidades de estupefacientes que con tanta frecuencia se aprehenden; por ello debe resolverse que la entrega tenga lugar en la sede de los organismos adecuados para que el depósito y la conservación cumplan sus fines propios: evitar el quebrantamiento y el deterioro mientras se decide sobre la eventual destrucción en trámite sumarial o sobre el destino legal una vez recaída sentencia. Esos organismos adecuados del artículo 338 no serán otros que los dependientes del Ministerio de Sanidad y Consumo especialmente dispuestos para esos menesteres, entre otras razones porque ya el artículo 31 de la Ley de 8 de abril de 1967 prevé la entrega definitiva en ellos de los estupefacientes que hayan sido objeto de comiso, y aunque nada se diga de los meramente decomisables, el depósito, ya sea para su conservación provisional o para su definitiva destrucción, deberá realizarse también en las dependencias que correspondan del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Mas, como antes se apuntaba, en el nuevo texto del artículo 338 se cita el artículo 334, con lo que, en puro rigor literal, parece darse a entender que el tratamiento previsto en el artículo 338 para los efectos del delito únicamente se extenderá a aquellos que el Juez haya recogido por sí. Sin embargo, nada se opone a que la totalidad de los efectos provinientes del delito, y en especial también los intervenidos por miembros de la Policía Judicial en ejecución de actos de investigación, estén sujetos a las prescripciones que, sobre conservación, depósito y destrucción, establece aquella norma. Es más, para los estupefacientes y psicotrópicos ocupados por los agentes policiales, bastará con su puesta a disposición judicial, pero depositándose directamente en las dependencias del Ministerio de Sanidad y Consumo, sin necesidad de una previa entrega material en el Juzgado de Instrucción. En estas hipótesis, a la ocupación por la Policía Judicial de estupefacientes y psicotrópicos procedentes de tráfico ilegal, deberán seguir las siguientes actividades:

- Los estupefacientes y psicótopos procedentes de tráfico ilícito intervenidos por la Policía Judicial, serán entregados en depósito, pero a disposición judicial, en los Servicios farmacéuticos dependientes de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios adscritos a las Direcciones Comisionadas o Direcciones provinciales de Sanidad y Consumo de cada Comunidad Autónoma.
- Los referidas Servicios fasmacéuticos en el momento de recibir los estupefacientes y psicótopos intervenidos por la Policía Judicial, levantarán un acta, cuyo original enviarán al Juzgado competente para la instrucción, y en la que se harán constar la descripción y el peso exacto de las sustancias, los datos relativos a la aprehensión, las diligencias policiales a que ha dado lugar la intervención y el órgano judicial a cuya disposición se encuentra depositado.
- La *traditio* real a estos organismos tendrá como finalidad su custodia y análisis para identificar y valorar los principios activos de las sustancias.
- Efectuados los análisis correspondientes, los laboratorios de estupefacientes de las Comunidades Autónomas remitirán su informe a los Servicios farmacéuticos que solicitaron el dictamen para que, por su conducto, sean enviados a la autoridad judicial.
- Los estupefacientes y psicótopos depositados en los Servicios farmacéuticos se conservarán con las garantías adecuadas de seguridad a disposición del Juez o Tribunal que entienda de la causa.

IV. DESTRUCCIÓN DURANTE EL SUMARIO DE LOS EFECTOS DEL DELITO SI SU CONSERVACIÓN O CUSTODIA REPRESENTA UN PELIGRO REAL O POTENCIAL

El fundamental riesgo así como el valor y aumento considerable de las sustancias intervenidas cuya tipicidad se halla en el artículo 344 del Código Penal, impone especiales *cautelos* dirigidas a evitar la desaparición o la alteración de lo ocupado; de ahí que su depósito y conservación se encomiende a Organismos integrados en la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, ya se trate del Servicio de Control de estupefacientes, de las Direcciones Comisionadas o de las Direcciones Provinciales de Sanidad y Consumo, referidos con anterioridad. En ellos, se asegura no solo la absoluta inmovilización, sino también una mayor vigilancia, con lo que la puesta a disposición judicial será real y verdadera en trances de adoptarse cualesquiera de las resoluciones legalmente previstas para los objetos de ilícito comercio. Pero la genérica conservación de estos efectos hasta la conclusión del proceso, es medida que, al menos para estupefacientes y psicótopos, se sustituye por la destrucción en fase sumarial a partir de la vigencia de la Ley 4/1984, de 9 de marzo, que al tiempo que da nueva vigencia al artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modifica implícitamente todas aquellas normas procesales que parten de la conservación *in natura* de las piezas de convicción hasta la terminación del proceso penal (entre otros, arts. 620, 622, 626, 629, 654, 688, 712, 726). El fundamento del cambio que experimenta el artículo 338 —destrucción facultativa en lugar de conservación preceptiva— se extrae del preámbulo de la Ley y se concreta así: «el 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».

El tránsito desde la conservación imperativa hasta la destrucción en la fase instructora se actúa a través de una facultad que compete al Juez, bien sea por decisión propia o a instancias del Ministerio Fiscal; tal facultad de disposición que supone la extinción material de los objetos de ilícito comercio no es una facultad excepcional sino que ha de desenvolverse en el plano de la normalidad, sobre todo cuando recaiga sobre estupefacientes y psicótopos. Precisamente por representar la facultad de ordenar la destrucción, la naturaleza señalada en la Instrucción de esta Fiscalía General del Estado de 28 de noviembre de 1984, se encarecía no solo la necesidad de informar favorablemente a la destrucción cuando el dictamen preceptivo le sea solicitado al Ministerio Fiscal, sino de instar directamente dicha medida a la autoridad judicial cuando se tuviere noticia de casos que la hicieren aconsejable; Instrucción cuyo cumplimiento fue recordado por otra de 10 de diciembre de 1985, al haberse tenido conocimiento de que pese a la reforma del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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 procedente de la Presidencia del Tribunal Supremo dirigida a Juzgados y Tribunales correspondiente al 27 de enero de 1986, en la que tras resaltar la modificación del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recuerda la facultad que el mismo atribuye a los Jueces y Tribunales de ordenar la destrucción durante la tramitación del proceso penal de estupefacientes y psicótopos, a fin de evitar el peligro que su almacenamiento representa.

En síntesis, lo que el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quiere como norma para los efectos de

ilícito comercio, siempre que concurran los presupuestos que examinaremos, es su destrucción durante la instrucción sumarial, con lo que los preceptos generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que imponen su conservación a disposición del Tribunal, habrán de ir referidos exclusivamente a los efectos cuya conservación o almacenamiento no entrañe un peligro real o potencial. Mas si esta anticipada destrucción representa una facultad conferida al titular del órgano jurisdiccional, su ejercicio legítimo se subordina a la estricta observancia de las formalidades dispuestas en el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para garantizar los derechos del inculpado y el buen fin del proceso penal. Son las siguientes:

- Que se trate de efectos de ilícito comercio. Que la destrucción está prevista como posible únicamente para los efectos de ilícito comercio, se desprende tanto del preámbulo de la Ley —que cita explosivos y drogas— como de la propia norma al referirse al peligro real o potencial que entrañen los que vayan a ser objeto de destrucción. Además así resulta indirectamente del artículo 338, párrafo último, en donde la alternativa a la conservación si esta resultare difícil para los efectos de ilícito comercio, es la venta durante el proceso.
- Que resulte necesaria o conveniente ponderando el peligro que comporte su almacenamiento o custodia. Este peligro, integrador de la facultad de destrucción, debe estar en función de la naturaleza y cantidad de las drogas intervenidas, porque, evidentemente, no entraña iguales dificultades el almacenamiento de unas decenas de gramos de hachís que la de decenas de kilogramos de este producto, ni la custodia de unos pocos gramos de heroína que la de centenares de gramos.
- La 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.
- Decidida judicialmente la destrucción, pero antes de que esta medida se ejecute, y como garantía de los derechos del inculpado, es imprescindible dejar muestras suficientes de las sustancias intervenidas, y proceder, si no se hubiere hecho ya, a la total identificación de las mismas, quedando constancia en autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos a destruir. Tanto la toma de muestras como la identificación de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas intervenidas, se hará constar mediante diligencia extendida por el fedatario judicial y en la que pueden intervenir los imputados o sus defensas.

Por último, indicar que como la destrucción es en realidad un comiso anticipado y no cabe el comiso parcial para los efectos de ilícito comercio (art. 48, párrafo segundo, del Código Penal), aquella será siempre total, no siendo obstáculo a ello el que haya de dejarse «muestras suficientes» según dispone el artículo 338, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Elimina, además, la posibilidad de una destrucción parcial para los efectos de ilícito comercio el hecho de que para ellos la destrucción parcial solo será viable cuando los efectos ocupados sean de distinta naturaleza jurídica.

V. DESTINO DE LOS EFECTOS DE ILÍCITO COMERCIO A LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO

Ya para la fase de ejecución de la pena accesoria, el artículo 48 del Código Penal dispone que a los efectos

objeto del comiso, cuando fueren de ilícito comercio, se les dará el destino que dispongan los reglamentos o, en su defecto, se inutilizarán. Así, es manifiesto que uno de los destinos finales solo está mediatamente determinado (lo que dispongan los reglamentos) y que el otro está directamente determinado *ex lege*: la inutilización. Durante el sumario, por exigencias del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la opción legal es más precisa, pues solo es dable o conservarlos o decidirse por la destrucción si se advirtiera un peligro real a causa del almacenamiento o custodia de los efectos de ilícito comercio. Mas como no existen reglamentos específicos que concreten el destino efectivo que deba acordarse en la sentencia para los estupefacientes y psicotrópicos objeto del delito, el tema no deja de ofrecer dificultades. Solo conocemos que la Ley Administrativa de 8 de abril de 1967 (art. 31) dispone que las sustancias estupefacientes decomisadas serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes, y que, como antes se expuso, al referirse a estupefacientes *decomisados*, esa entrega es posterior a una sentencia firme. Admitiendo que, con relación al Código Penal, la Ley de 8 de abril de 1967 tenga el carácter de Reglamento, resultaría que la entrega a un órgano administrativo sería el único destino previsto reglamentariamente, con lo que la sentencia no debería especificar más, y así se hace, e incluso de modo implícito, en la generalidad de las resoluciones que se limitan a decir «dese a los efectos ocupados el destino legal». Pero no debe olvidarse que en el artículo 48 del Código existe, eventualmente, otro destino legal: la inutilización que en nuestro caso cae sobre los estupefacientes y psicotrópicos. La redacción del párrafo correspondiente «o, en su defecto, se inutilizarán», plantea la duda de si la inutilización es medida subsidiaria o alternativa; o lo que es igual, si decidir sobre la inutilización procede en defecto de disposiciones reglamentarias (en cuyo supuesto la inutilización es subsidiaria) o en defecto de dar en la sentencia el destino previsto en los reglamentos (hipótesis en que la inutilización es alternativa).

Esta dualidad de destinos es reciente en nuestra historia legislativa. Para el Código Penal de 1870 (art. 63) no existía más que un destino, pues los efectos provenientes del delito que se decomisaren «se venderán si son de ilícito comercio o se *inutilizarán si son ilícitos*». Lo mismo, el Código Penal de 1932. En el Código de 1928, en el que el comiso era medida de seguridad (art. 91, 3.º), se decía que «los objetos decomisados... se inutilizarían si fueren ilícitos, salvo que los reclame un Museo oficial y no hubiese inconveniente legal para entregárselo». Es a partir del Código Penal de 1944 cuando aparece en el artículo 48 la frase «se les dará el destino que dispongan los reglamentos o en su defecto se inutilizarán».

Mas conviene ahora que insistamos sobre un extremo interpretativo que puede resultar decisivo para precisar el destino de estupefacientes y psicotrópicos una vez concluido el procedimiento. Durante el sumario, y en casos singulares, frente a la *conservación* se puede optar por la *destrucción* de ciertos efectos decomisables, pero a partir de la sentencia firme los efectos decomisados a los que no se da el destino reglamentario se *inutilizarán*. La destrucción es una alternativa judicial para los estupefacientes a acordar durante la instrucción sumarial, y su *inutilización* es otra posibilidad que se atribuye al Juez, una vez que la sentencia sea firme. Destruir e inutilizar no son conceptos equivalentes. La destrucción a pesar de que se adopte durante el sumario, tiene un mayor rango material y jurídico. Destrucción es término que está equiparado en nuestro ordenamiento jurídico a extinción (cfr. art. 1.122, segundo, 1.182 y 1.589 del Código Civil) o desintegración de los elementos principales o estructurales de la cosa, a su inexistencia real; al contrario, en su sentido gramatical, inutilizar es hacer, generalmente de manera intencionada, que una cosa quede inservible para su función, con lo que la inutilización

presupone tan solo la modificación de la función, pudiendo lo inutilizado reportar otra utilidad; inutilizar para el destino asignado representa no la destrucción, sino una transformación física y química. Si es este el verdadero concepto de la expresión legal *inutilización*, en la realidad viene a resultar intrascendente que en la parte dispositiva de las sentencias se acuerde la expresa *inutilización* de las drogas decomisadas o se decida dar a tales sustancias el *destino legal*, porque el resultado último en cualesquiera de esas dos hipótesis, si no absolutamente idéntico, tendría una gran semejanza práctica. Justifiquemos ahora la precedente afirmación. El «destino legal» del objeto del comiso, como se ha visto, no puede ser otro que el de la entrega material al Servicio de Control de Estupefacientes (art. 31 de la Ley de 8 de abril de 1967), pero no la entrega para su necesaria destrucción —término este que no hallamos en esta Ley— sino para la finalidad que más convenga a los intereses estatales, pues no en vano el Estado, merced al comiso, se ha convertido en titular de esos bienes; serán, pues, los organismos que reciban los estupefacientes y psicotrópicos decomisados, los que decidan sobre su destino efectivo atendidas la naturaleza y posibilidades de utilización legítima por lo que «el destino legal» tanto puede ser la conservación, como la transformación en productos de normal uso médico o farmacéutico o la real destrucción de lo decomisado; en principio parece que así como la generalidad de los psicotrópicos comercializados no son incompatibles con la conservación o en su caso con la inutilización legal, la alternativa para los estupefacientes sería la inutilización o mejor la destrucción total para aquellas sustancias que carezcan en absoluto de indicaciones médicas o justificación terapéutica. Todo esto, repetimos, cuando en la sentencia sin más especificaciones, se diga que procede dar a los objetos decomisados el «destino legal». Pero si en su parte dispositiva se expresare que lo procedente es la «inutilización», como este giro no coincide con el de destrucción material, la entrega de productos estupefacientes y psicotrópicos para su inutilización por los órganos administrativos encargados del control de aquellos, no se separará en un todo de la entrega que precede al destino legal; en consecuencia, con la eliminación de los principios activos objeto de atención preferente en el narcotráfico, se ha inutilizado para su función ilegal pero operándose una conversión en sustancias de eventual uso clínico. Hay en este hecho inutilización, pero también conservación física y destrucción jurídica, dada su absoluta indisponibilidad.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como resumen de lo expuesto en la resolución de la Consulta, el Ministerio Fiscal velará para que durante la tramitación de los procedimientos incoados por delitos de tráfico de estupefacientes y psicotrópicos, se cumplan estas previsiones:

1. A los fines del destino contemplado en los artículos 48 del Código Penal y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los efectos de ilícito comercio, deberá asignarse esta naturaleza a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas objeto del delito definido en el artículo 344 del Código Penal.
2. Cuando en la realización de actos de investigación criminal sean recogidos por la Policía Judicial productos estupefacientes y psicotrópicos, aun quedando estos 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 trate de esos efectos del delito intervenidos directamente por los *Jueces* de Instrucción, estos podrán enviarlos a aquellos organismos en

concepto de depósito conforme al artículo 338, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Durante la instrucción de los procedimientos penales, a los Jueces instructores, mediando las circunstancias que prevé el artículo 338, párrafo segundo y tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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.

4. Pronunciada la sentencia, y cuando no se hubiere llevado a cabo la destrucción durante el sumario, en ella puede resolverse dar a los objetos sobre los que el comiso recae, bien el destino dispuesto en los reglamentos u ordenar su inutilización, pero, en cualquier caso y una vez que la sentencia sea firme, deberá ordenarse, si antes no se hubiere hecho, la entrega a los organismos insertos en el Ministerio de Sanidad y Consumo ya aludidos, los cuales atendida la naturaleza específica de los estupefacientes y psicotrópicos, pueden optar entre su conservación *in natura*, su transformación en productos de utilidad médica o farmacéutica o su verdadera destrucción material.

5. El Ministerio Fiscal cuidará de modo especial que una vez acordada la destrucción durante el sumario, esta se lleve a cabo efectivamente: y si es en la sentencia cuando se resuelve dar el destino legal a estupefacientes y psicotrópicos intervenidos, procurará que tras adquirir aquella la cualidad de firme, los actos necesarios para su ejecución se comuniquen sin dilaciones a los Servicios farmacéuticos en que se hallen depositados.

