

## EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

ANA EXPÓSITO LÓPEZ

Fiscal sustituta. Alumna doctorado de la UNED

**Resumen:** El tráfico de drogas constituye un problema social, político y económico. Las prohibiciones y el endurecimiento de las penas se muestran inútiles, existe una huída hacía el derecho penal como política criminal más aparente que otra cosa, si se tiene en cuenta que en corto espacio de tiempo el Código Penal ha sufrido dos reformas sustanciales en materia de drogas, ampliando la materia de lo punible e incrementando las penas, introduciendo tímidas, medidas correctoras no del todo satisfactorias. El endurecimiento penal y policial presenta problemas importantes cuando se trata de organizaciones criminales, que excepcionalmente, muy de cuando en cuando caen en las redes de la justicia. En consecuencia hay que seguir llamando la atención sobre unos hechos preocupantes, por un lado el costo económico que supone mantener un sistema judicial que atribuye una gran dedicación a este tipo de delincuencia, así como todos los temas relacionados o derivados directamente de ella, los tribunales son auténticas narcosalas, la policía y el sistema penitenciario derrochan esfuerzos, unos a investigar y otros a custodiar y hacer cumplir las sanciones, por otro lado se puede discutir si es una cuestión de demanda o de oferta de la droga, pero lo que es cierto es que la prohibición empeora las cosas. Por estas razones, los movimientos que propugnan la despenalización y liberalización de la droga, están admitidos y medianamente regulados.

**Abstract:** Drug trafficking is a social, political and economic problem. The prohibitions and the toughening of sentences are useless, there is a flight towards criminal law such as criminal policy more apparent than anything else, this conclusions is easily deductible if one takes into account that in short time, the criminal code has suf-

ferred two substantial reforms on drugs, extending the subject of the crime and increasing the penalties, by introducing shy when not unsatisfactory, corrective measures. The toughening criminal and police present major problems when it comes to criminal organizations, exceptionally, from time to time falling in networks of justice. We must therefore continue to call attention to some disturbing facts, on the one hand the economic cost that implies maintaining a judicial system that attributes a great dedication to this type of crime, a well as all the topics related or derived directly from it, the courts are genuine piloting, the police and the penitentiary system wasted efforts, one to investigate and others to monitor and enforce sanctionson the other hand it is debatable if it is a matter of demand or supply of drugs, but what is certain is that prohibition worsens things. For this reason movements calling for the decriminalization and liberalization of drugs, are admitted and moderately regulated.

**Palabras claves:** salud pública, tráfico de drogas, notoria importancia, extrema gravedad, pena.

**Key words:** public health, drug trafficking, notorious importance, extremely serious, worthwhile.

**Sumario:** I. Introducción.-II. La salud pública.-III. Regulación actual: -1. Tipo básico.-2. Tipos agravados.-3. Tráfico de precursores.-4. Penas por razón del sujeto.-5. Resoluciones manifestadas de la voluntad.-6. El comiso.-7. Reincidencia internacional.-8. Tratamiento penal del arrepentimiento.-9. La determinación proporcional de la cuantía de la multa.-10. La imputación de pagos.-IV Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por el fenómeno de las drogas ilícitas y figuras delictivas asociadas al tráfico de estas y su consumo, constituyen uno de los problemas más relevantes que acucian a la sociedad actual, suscitando con ello la atención no solo de los Estados sino también de diversas instituciones internacionales. Se puede afirmar que el tráfico de drogas constituye desde hace tiempo una de las causas más frecuentes de delincuencia, tanto en España como en el resto de los países. Cuestiones tan dispares aunque interrelacionadas como la discusión de si la salud pública debe o no ser el bien jurídico protegido en estos delitos, la determinación de qué clase de droga debe calificarse como ilegal, la opción por una u otra alternativa político-cri-

minal, considerada como la más adecuada para lograr resultados efectivos en la lucha contra esta forma específica de criminalidad, y en particular de las organizaciones de narcotráfico ejercido a gran escala, integran un conjunto de problemas de continuo debate social y jurídico tanto a nivel nacional como internacional. Básicamente, la elección a tales efectos entre una política esencialmente preventiva u otra eminentemente represiva debe efectuarse teniendo en cuenta la finalidad última que persiga el propio legislador penal al regular la materia, que no debería ser otra que la de evitar en la medida de lo posible las consecuencias negativas que a nivel personal y social origina el tráfico de drogas<sup>1</sup>. Cabe preguntarse si siempre esto ha sido así, si la relación del hombre con las drogas ha sido históricamente objeto de regulación por parte del derecho. En tal sentido hay que responder que no es sino hasta el S. XX, cuando el control social que hasta ese momento se ejercía sobre las drogas cede protagonismo al control jurídico lo que se traduce, en la aparición de distintas legislaciones específicas esencialmente de carácter penal. En cualquier caso hasta 1900 con escasas excepciones, todas las drogas conocidas que más tarde serán consideradas narcóticos están disponibles al público en farmacias y droguerías. Las drogas han acompañado al ser humano desde la prehistoria, utilizadas en todas las culturas, bien sean con fines medicinales, rituales o lúdicos, las sustancias psicoactivas son una parte orgánica de la cultura y su evolución ha corrido pareja a la de la propia civilización. Las plantaciones de adormidera en el Sur de España y Grecia, en el Noroeste de África, en Egipto y en Mesopotamia, son probablemente las más antiguas del planeta. El opio egipcio o tebaico aparece mencionado ya por Homero, en la *Odisea*, como algo que hace olvidar cualquier pena. Si el cultivo de adormidera parece originario de Europa y Asia Menor, el del cáñamo remite a China. Los primeros restos de esta fibra se han encontrado allí. Inmemorial es también el uso del cáñamo en la India. La utilización de solanáceas alucinógenas, beleño, belladona y mandrágora, también se remonta a viejos testimonios en Medio y Extremo Oriente. América no conoce estas tres últimas hasta el descubrimiento, pero sí existen autóctonas y ante todo el tabaco, otra solanácea psicoactiva que es la droga reina del continente. Con fines recreativos, religiosos y terapéuticos se mascan, fuman y beben desde Canadá a la Patagonia. Los estimulantes puros, basados en drogas como cafeína y cocaína, se han consumido desde los primeros tiempos. El arbusto de coca es originario de los Andes, los peruanos, colombianos y bolivia-

---

<sup>1</sup> MAQUEDA ABREU, M. L.: Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas, *La Ley* n° 4624/1998, Madrid 1998, pág. 132.

nos la conocen desde el S. III a.C. Las plantas productoras de alcohol son prácticamente infinitas. Una tablilla del 2200 a.C. recomienda ya cerveza como tónico para mujeres en estado de lactancia. Hay que esperar hasta el S. XIX para que se descubran los principales activos, fármacos puros de distintas plantas, en una sucesión que comienza con la morfina, codeína, atropina, cafeína, cocaína, heroína, mescalina y barbitúricos.

Sin duda a principios del S. XX hay adictos al opio, la morfina y la heroína, pero el fenómeno en su conjunto apenas llama la atención. No es un asunto jurídico, político o de ética social. Es en este momento sin embargo, cuando se inician una serie de gestiones primero en EEUU y luego en el resto del mundo dirigido a atajar el problema de las drogas.

¿Por qué este cambio de actitud?, se pueden señalar dos factores<sup>2</sup>: a) la vigorosa reacción puritana en EEUU que mira con desconfianza la masa de nuevos inmigrantes y las grandes urbes. Las distintas drogas se ligan ahora a grupos definidos por clase social, confesión, religión o raza, b) presión de la incipiente industria química y farmacéutica, decidida a controlar un negocio que arroja enormes beneficios. Ambos elementos se encuentran en el origen de los Tratados Internacionales que para la represión del tráfico de drogas se aprueban a lo largo del S. XX.

## II. LA SALUD PÚBLICA

La cuestión relativa a la salud pública como bien jurídico protegido en estos delitos no es pacífica en la doctrina. La formación histórica del concepto de salud pública, propio además de la tradición jurídica latina, se halla vinculado en sus orígenes a determinadas sustancias de uso común o generalizado, de cuya seguridad y control sanitario depende la salvaguarda de la salud de los ciudadanos. Vinculado al consumo masivo de determinados productos, no es casual que junto al derecho a la salud individual, la Constitución configure la protección de la salud pública como principio rector de la política social, art. 43.1. El bien jurídico salud pública se emancipa así, relativamente, como valor instrumental de la tutela propia y directa de la

---

<sup>2</sup> PRIETO RODRÍGUEZ, J. I.: *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español*, Edi. Thomson, Pamplona 1995, pág. 87.

<sup>3</sup> MAQUEDA ABREU, M. L.: Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas, *La Ley* n° 4624/1998, Madrid 1998, pág. 86.

salud individual<sup>3</sup>. Junto a tal bien jurídico, se ha defendido también recientemente la existencia de otro objeto de protección, presupuesto del anterior, a saber, la «sanidad pública», concebida como conjunto de acciones o actividades desarrolladas por la Administraciones públicas para la salvaguarda de la salud colectiva (**STS 573/2006 de 26 de abril**). No faltan posiciones que oponen a tal perspectiva un exceso de formalización, denunciando la supuesta autonomía de un bien, la salud, cuyo calificativo de «pública», no atañe más que en sentido estricto a la plural afección que representan dichos delitos de peligro para la colectividad, pero que en sustancia se contrae a la tutela de la salud individual. En la misma órbita cabe incluir todas aquellas propuestas sobre el concepto de salud pública como «suma de las saludes individuales» (**STS 195/2004 de 16 de febrero**).

### III. REGULACIÓN ACTUAL

Con la finalidad de adaptar nuestro texto penal a la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, tuvo lugar una nueva reforma verificada por medio de la LO 8/1992 de 23 de diciembre, que introdujo cinco nuevos arts. 344 bis g) a 344 bis k), la entrega vigilada de drogas, el tráfico de precursores, la receptación específica y el comiso. De todo ello es fiel heredero el vigente Código Penal de 1995, muy similar con el anterior, complementado en el marco del derecho interno por la Ley de Contrabando de 12 de diciembre de 1995, y en la esfera internacional por Convenios anteriores a los que ya he hecho mención<sup>4</sup>. Su última reforma en materia de tráfico de drogas realizada por L.O. 5/2010 de 22 de junio, pretende dar respuesta al problema de la individualización de la pena, pero sus resultados prácticos en la realidad no cubren las previsiones establecidas por el Gobierno, ni los objetivos perseguidos con su imposición.

#### 1. Tipo básico

*«Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión de tres a seis años y multa de tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, si se trata*

---

<sup>4</sup> GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, J.: Modalidades del delito de contrabando, *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, Madrid 1998, pág. 225.

*de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y de prisión de uno a tres años y multa de tanto al duplo en los demás casos»*

La conducta típica del art. 368 del Código Penal, se centra en las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación a tercero del consumo ilegal de drogas (STS 154/2004 de 13 de febrero). En concreto los comportamientos aparecen desdoblados, pudiendo distinguirse un número de acciones que estarían más directamente vinculadas al comercio o tráfico y otro grupo donde aparecerían comportamientos facilitadores del consumo que se podrían entender como actos relacionados con el tráfico de modo indirecto, manifestando el propósito del legislador a la hora de perseguir el consumo de drogas tóxicas. Se incluye dentro de estos actos favorecedores, el transporte, la donación, la indicación de lugares o personas que trafican.

Cerrándose el tipo con la referencia a la mera posesión cuando se busquen los citados fines. Es uno de los delitos de mayor aplicación práctica, por lo que la jurisprudencia sobre esta materia es muy extensa. No es ley penal en blanco sino una norma completa, limitándose los Convenios Internacionales a la clasificación científica de las sustancias objeto de las conductas (STS 223/1997 de 7 de julio).

El artículo diferencia a la hora de establecer la penalidad respectiva, entre sustancias que causan grave daño a la salud y aquellas otras que no causan ese grave daño<sup>5</sup>. Interpretando este elemento normativo una jurisprudencia consolidada considera como sustancias que causan grave daño a la salud: *la heroína, la cocaína, L.S.D.*, por el contrario no lo (s) son *el hachís y las semillas del cannabis*. Respecto a los psicotrópicos, el tema fue abordado por el Fiscal General del estado (Consulta 12/1985 de 13 de Noviembre) llega a la conclusión que será preciso determinar la naturaleza de la sustancia que interviene en la composición del producto, riqueza de sus principios activos, nocividad o riesgo para la salud de su uso extraterapéutico, acción farmacológica y efectos en orden a la dependencia<sup>6</sup>. Sobre las anfetaminas, después de resoluciones contradictorias, se declara que causan grave daño a la salud, (STS 1296/1995 de 22 de diciembre), siendo necesario que se motive suficientemente en la resolución judicial condenatoria toda operación de individualización penológica, conforme a los parámetros del art. 66 CP.

---

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 325.

<sup>6</sup> LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de derecho penal. Parte especial*, ed. Universitaria, Madrid 2006, pág. 149.

La jurisprudencia entiende que debe comprenderse en este precepto todos los actos del ciclo económico de la droga, es decir:

- Actos de producción, como lo son el cultivo o la fabricación.
- Actos principales de tráfico, incluyendo dentro de ellos, la transmisión gratuita u onerosa, así como los actos de intermediación en el tráfico.
- Actos auxiliares de tráfico como son: la posesión o tenencia y el transporte siempre que unos y otros estuvieran preordenados a promover, favorecer o facilitar el consumo. Deben incluirse en este apartado los actos de fomento, incluyendo la propaganda y la formulación de ofertas (STS 154/2004 de 13 de febrero).

Se exige la concurrencia de los siguientes elementos<sup>7</sup>: a) un elemento objetivo, cual es la realización de algún acto de producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico. Transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de ofertas de dichas sustancias, b) que el objeto material de esas conductas sea alguna de las sustancias recogidas en la lista de los Convenios Internacionales suscritos por España, los que tras su publicación se han convertido en normas legales internas (art. 96.1 CE), c) el elemento subjetivo del destino al tráfico ilícito, que en ocasiones no será obtenible por prueba directa, sino deducible del conjunto de sus acciones (STS 515/2006 de 4 de abril).

Tras la reforma operada por L.O. 5/2010 el art. 368 establece una modalidad atenuada al señalar: «*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370*».

## 2. Tipos agravados

AGRAVACIÓN DE PRIMER GRADO: CONDICIONES DEL AUTOR: 369.1.1<sup>a</sup>) «*El culpable fuera autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio*

---

<sup>7</sup> MARTÍN PALLÍN, J. A.: Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas, en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Cuadernos de Derecho Judicial V/2000, Madrid 2000, pág. 43.

*de su cargo, profesión u oficio*». La LO 15/2003 en relación con esta primera circunstancia lo único que ha hecho ha sido sustituir la exigencia de que los sujetos activos actúen con abuso de su cargo, profesión u oficio, por la expresión de que actúen en el ejercicio de los mismos. En este sentido se recupera la redacción originaria del Código Penal 1973. La enumeración que hace el legislador es cerrada y no cabe otros sujetos activos que los específicamente citados. La agravante además debe ceñirse a supuestos de abusos en el ejercicio del cargo. Los conceptos de autoridad y funcionario son los recogidos en el art. 24 del CP. Del mismo modo que el concepto de facultativo se encuentra en el art. 372, concepto únicamente referido a los delitos contra la salud pública<sup>8</sup>.

La mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de la droga en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria, debiendo responder a un plus de desvalor del hecho o de la conducta. Lo comete el Guarda, aunque con un contrato laboral, de un Parque Nacional donde se comete el delito, el Policía que se sirve de sus contactos profesionales o que sustrae la droga destinada a su destrucción, el médico que vende recetas a drogodependientes sin previo reconocimiento, el funcionario de prisiones que guarda la droga en su despacho o el facultativo que la entrega al detenido mientras le está reconociendo. No se aplica al Policía por la mera tenencia de droga en su oficina, (STS 1383/2004 de 19 de noviembre).

**PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN:** 369.1.2<sup>a</sup>) «*El culpable participar en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*». A efectos de apreciación de esta cualificación, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo, para que pueda hablarse de «organización» en el sentido utilizado por el precepto, una mínima estabilidad o permanencia, una distribución de roles o cometidos entre los miembros de la misma y una estructura jerarquizada. En cuanto a la referencia a la «ocasionalidad», debe interpretarse en el sentido de que no es indispensable, en orden a la apreciación de la agravación, que la organización tenga por fin principal la comisión de las conductas previstas en el art. 368, basta con que los actos punibles sean ejecutados incidentalmente, incluso como complemento de otras actividades ilegales. Por lo demás el término «organización», ha sido interpretado por la jurisprudencia en sentido amplio, como comprensivo de todos los supuestos por los que dos o

---

<sup>8</sup> ECHARRI CASI, F. J.: El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico, *Plan Nacional de Drogas, La Ley*, Madrid 2005, pág. 70.

más personas conciben un proyecto tendente al desarrollo del plan delictivo, sin que sea necesaria una ordenación estructural especialmente elaborada<sup>9</sup>.

Superior capacidad de agresión al bien jurídico protegido más allá de un acuerdo ocasional, por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la organización representa, y en cuanto el número y el grupo potencian las posibilidades de realización y sentido de protección recíproca, debiendo siempre tener en cuenta que no cabe confundir la «organización» con la simple codelinquencia, (STS 278/2006 de 10 de marzo). Interpretado de un modo más amplio tal y como lo hace la Sala Segunda del Tribunal Supremo, abarca el tipo todos los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un proyecto delictivo, yendo más allá del simple *acuerdo* de voluntad o *pactum scaeleris*, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo, la tipicidad se afirmaría incluso, en el supuesto de acuerdos transitorios.

Acoge operaciones amplias, que implican un proyecto ilícito con influencia objetiva sobre otras personas, reparto de papeles, medios idóneos, perdurabilidad en el tiempo para preparar y realizar el citado proyecto, que se convierte, independientemente de la perdurabilidad en el mismo de sus miembros, en un ente diferenciado de la simple suma de sus circunstancias integrantes.

Los elementos son:

- 1) Pluralidad de personas.
- 2) Coordinación.
- 3) Estabilidad o permanencia en sus actividades, aunque admite la transitoriedad.
- 4) Utilización de medios idóneos para el fin propuesto.
- 5) Jerarquización y reparto de roles.

Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal, con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de estos delitos cometidos por una or-

---

<sup>9</sup> TORIO LÓPEZ, M. A.: Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas, *Cuadernos de Derecho Judicial XXIII/1995*, Madrid 1995, pág. 326.

ganización criminal, y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una «empresa criminal». En cuanto al requisito temporal puede decirse que concurre en dos casos: cuando se ha acreditado la repetición de hechos con la misma estructura asociativa u organizativa, o cuando en caso de acreditación de un único hecho delictivo, las características de este nos revela una vocación de continuidad<sup>10</sup>. Es decir, que de las circunstancias de ese hecho delictivo, por la preparación concreta con que se llevó a efecto, pueda inferirse que esos plurales autores participantes en la trama tienen la intención de repetir. Aquí conviene recordar que la agravante viene prevista, no para todas las personas que intervienen en el hecho, sino sólo para aquellas que pertenecen a la organización u asociación, pues son frecuentes los casos de colaboradores ocasionales no integrados en la estructura constituida, (STS 1/2006 de 9 de enero).

**ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO: 369.1.3<sup>a</sup>)** «*Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos*». El fundamento de esta agravación es la mayor dañosidad de esta conducta, en cuanto permite una mayor difusión de la droga, al facilitar el acceso a los compradores de la misma. La jurisprudencia justifica la agravación que el empleo del local supone, por el desvío utilizado del establecimiento, cuya permisión de apertura se ciñe a fines de utilidad o esparcimiento público, y por el fraudulento e ilícito aprovechamiento de las posibilidades propiciadas por el marco aparente de legalidad.

De la doctrina expuesta se infiere que el subtipo agravado sólo debe operar cuando los actos de tráfico de drogas tóxicas realizadas en el establecimiento abierto al público por el regente o empleado del mismo, revelen una cierta dedicación y pluralidad, por lo que no deberá apreciarse la agravante específica cuando sólo consta un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón de la agravante, consistente en el aumento del peligro contra la salud pública, por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del establecimiento. Intensificación del peligro para el bien jurídico, pues tras la apariencia de normal explotación y merced a las oportunidades que reporta se establece el montaje ilícito<sup>11</sup>. Puede ser el local donde se establece una posibilidad

---

<sup>10</sup> ZARAGOZA AGUADO, J.: Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico de drogas, *Cuadernos de Derecho Judicial II/1998*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1998, pág. 73.

<sup>11</sup> SORIANO SORIANO, J. R.: La cualificación de notoria importancia en el delito de tráfico de drogas, *Cuadernos de Derecho Judicial VI/2000*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, pág. 77.

indiscriminada de acceso y entrada al mismo por cualquier persona, contando con una cierta infraestructura y acondicionamiento.

Se precisa acreditar que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en el establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída. Autores son sólo el responsable o empleados del establecimiento, pudiendo ser cómplice quien envía a otro a comprar droga al local, facilitándole la dirección de aquél y la persona empleada en el mismo por la que debía preguntar para adquirirla. Precepto de interpretación restrictiva y rigurosa, exige la constancia de la finalidad de tráfico en el local y de la *ratio legis* de la agravación, y excluye los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia o no se aprovechan las facilidades proporcionadas por el establecimiento aunque se produzca en el interior un acto de tráfico, o varios ocasionales, (STS 111/2004 de 29 de enero).

**CONDICIONES DEL DESTINATARIO:** 369.1.4<sup>a</sup>) «*Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se facilite a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos, o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación*». En cuanto al suministro de las sustancias a menores de 18 años, la jurisprudencia ha señalado que no es preciso, un conocimiento exacto de la edad del destinatario de las mismas por parte del autor, es suficiente una conciencia aproximada, debiendo incriminarse la conducta a título de dolo eventual si el agente, no obstante alberga dudas a propósito de la verdadera edad de quién va a recibir las sustancias, decide no obstante suministrárselas. La menor capacidad de los menores para autodeterminarse, estando disminuidas sus defensas autónomas frente a los riesgos para la salud derivados del consumo de droga, constituye su fundamento.

El dolo debe abarcar el conocimiento de la edad, que concurre cuando es notoria o se deduce del lugar, cercano a un colegio y fisonomía del menor, siendo indiferente la finalidad perseguida, como suministro de droga a un bebé para aliviar su llanto.

Cabe el dolo eventual si no despeja las dudas que tiene, debiendo interpretarse restrictivamente, no dándose cuando el menor engaña sobre la edad. Quién vende droga a clientes indiscriminadamente, tiene el deber de cerciorarse que se trata de personas mayores de edad y si incumple este deber y por ello llega a vender a un menor de edad, está al menos aceptando este resultado para el caso de que llegara a producirse, (STS 400/2006 de 10 de abril).

Por lo que se refiere a las personas sometidas a tratamiento de

deshabitación o rehabilitación, tal cualificación podría ser innecesaria si se estima en su caso concreto un posible delito contra la salud individual (lesiones) del sujeto sometido a tratamiento, cuyo estado se agrava como consecuencia de haber vuelto a ingerir la droga. Sin embargo para un sector doctrinal el fundamento de la agravación es claro, porque sin difundir las drogas es un problema de salud pública, aunque no conste en concreto quién pueda ser afectado, en el caso de que asume su drogadicción y desarrolla los tratamientos prescritos para deshabituarse, el hecho afecta no sólo a intereses abstractos y colectivos, sino que perjudica al individuo al que se rompe el camino de la recuperación.

**CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA:** 369.1.5<sup>a</sup>) «*Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior*». El concepto de «notoria importancia», es sin duda de carácter valorativo, y en esta tarea el Tribunal Supremo viene fijando unos criterios generales, que puedan adaptarse perfectamente a las circunstancias concurrentes, habiendo llegado a una posición muy generalizada en el sentido de tener en cuenta, la nocividad de la droga, la cantidad de sustancia consumible en cada dosis y la pureza o calidad de la misma. Se trata de un criterio que sirve en primer término para delimitar hipótesis de tenencia, consumo o tráfico, y en segundo lugar para definir una agravación.

El concepto de notoria importancia es sin duda, de índole valorativa, requiriendo de una interpretación judicial en función del bien jurídico protegido. Hay que poner de relieve que el propio tipo legal no ofrece pautas suficientes para garantizar la labor judicial, con lo que ésta en realidad, debe suplir lo que en materia penal es tarea estricta del legislador. Estamos ante un elemento típico rechazable desde la perspectiva de la seguridad jurídica y del principio de legalidad, dado que delega en el Juez la concreción de los criterios por los que se produce la posibilidad de imponer la agravación. Pese a todo el Tribunal Constitucional no ha considerado cuestionable el mismo desde la óptica de la constitucionalidad.

Esta previsión legislativa se justifica tanto por el riesgo mayor que corre la salud colectiva con una más crecida cantidad de sustancia nociva como por el lugar presumiblemente más importante que ocupan en la cadena del tráfico quienes poseen cantidades especialmente significativas.

En todo caso, al observar la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observa la ausencia de un criterio claramente objetivado que ofrezca suficiente garantía en el establecimiento del concepto de notoria

importancia Sirve para prevenir la delincuencia organizada<sup>12</sup>. Cantidad superior a la meramente importante debiendo ser manifiesta y reconocida por todos como notoria. Concepto normativo que ha de atemperarse a la realidad social y exigencias de legalidad y proporcionalidad, no fijado por el legislador sino precisado por el juzgador, evitando interpretaciones extensivas y teniendo en cuenta las pautas internacionales que no suelen incluir una agravación de esta naturaleza. Notorio es lo público y sabido por todos.

No se requiere que se conozca exactamente la calidad y cantidad de la droga, pudiendo darse el dolo eventual cuando no se despejan las dudas acerca del producto, en este último sentido, cuando el supuesto desconocimiento de la concreta cantidad de droga es consecuencia de la indiferencia del autor, no se excluye el dolo pues en estos casos el autor sólo tiene una duda pero no obra por error o ignorancia, ya que sabe que los hechos son delictivos y sin embargo acepta realizar la acción. Toda persona sabe que a mayor cantidad de droga mayor pena, sin que sea preciso conocer el peso exacto. La elevación de las cuantías consideradas como notorias obedece a la necesidad, de permitir adaptar la pena al caso concreto<sup>13</sup>. Se determina a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario referido a un consumidor medio, que es la que permite abastecer un mercado importante, de 50 consumidores, durante un periodo relevante de tiempo, 10 días, necesariamente reducida a pureza, aún cuando se trate de un número muy elevado de pastillas, salvo derivados del cannabis.

El acuerdo de 19 de Octubre de 2001, garantiza la uniformidad en la aplicación del subtipo y es de aplicación retroactiva con independencia de los cálculos que puedan hacerse sobre dosis concretas. Cuando se trata de cantidades moderadas de hachís se hace necesario conocer la concentración del principio activo, pues si ésta fuese muy reducida nos encontraríamos ante una sustancia desnaturalizada que más que al hachís debe considerarse asimilada, en cuanto a su nocividad para la salud a la griffa o marihuana<sup>14</sup>. Determinada la sustancia carece de relevancia esta concentración, así pues no es necesario la determinación del porcentaje de THC en los derivados del cáñamo índico para la apreciación de esta agravación, y ello porque son productos naturales de una planta, obtenido sin el uso o psicotrópicas, no cabe hablar de pureza a tales efectos.

---

<sup>12</sup> TORIO LÓPEZ, M. A.: Ob. cit. pág. 7, pág. 41.

<sup>13</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: Las drogas en el derecho penal español, *Actualidad Penal 1995*, Madrid 1995, pág. 83.

<sup>14</sup> PRATS CANUT, J. M.: *Derecho Penal*, ed. Bosch, Barcelona 1996, pág. 1346.

**ADULTERACIÓN, MANIPULACIÓN O MEZCLA:** 369.1.6<sup>a</sup>) «*Las referidas sustancias, se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud*». Es en principio motivo de agravación la adulteración de la droga, aunque lógicamente debe de excluirse de esta agravación aquellas mezclas o manipulaciones necesarias para el consumo, ya que, en algunas ocasiones, por ejemplo, en las llamadas sobredosis, el daño, incluso letal, se produce precisamente por suministrar la droga pura o con más pureza de lo habitual. Si a consideración de la adulteración se produce la muerte o lesiones graves del consumidor será aplicable el correspondiente concurso de delitos. Esta agravación aborda el llamado «cóctel» sustancias que multiplican su capacidad lesiva de la salud de los sujetos, como los casos en que se utilizan elementos para adulterar la droga, que aparte de suponer un problema de salud en la medida que aumenta los riesgos, conlleva en ocasiones el problema de toxicidad de los productos usados<sup>15</sup>.

Basta que la sustancia tenga una acción más enérgica y mayor dependencia gracias a la mezcla, sin necesidad de que se produzca daño efectivo. La intensidad o gravedad del daño queda al arbitrio judicial, determinándolo en virtud de los catálogos incluidos en los Convenios, las pericias y la jurisprudencia, (STS 2172/2002 de 30 de diciembre).

**LUGAR DE DESTINO:** 369.1.7<sup>a</sup>) «*Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades*». El Tribunal Supremo ha señalado la necesidad, en orden a la apreciación de la circunstancia, de que la introducción de las sustancias en los lugares que se mencionan se hagan en cantidades, y condiciones potenciales de difusión entre las personas que en los mismos se encuentran, creando un peligro real de propagación. Así por ejemplo, no procederá su apreciación cuando la cantidad introducida es pequeña y específicamente destinada a una persona en concreto. Se consuma al ofrecer droga a la salida del centro, aunque no basta su posesión en las inmediaciones del mismo. El riesgo adicional de difusión y perturbación del orden y disciplina del centro y poder perturbar el proceso de rehabilitación del interno, lo fundamenta.

La acción exige, la introducción conectada con la difusión en el

---

<sup>15</sup> CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal. Parte especial*, Ed. 17<sup>a</sup>, ed. Bosch, Barcelona 2002, pág. 543.

centro. Requiere la finalidad de divulgación, no concurriendo la agravación cuando la entrega se hace con fines humanitarios. Puede ser apreciable la atenuante muy cualificada de parentesco<sup>16</sup>.

Se discute el momento de la consumación, considerándose en ocasiones delito de mera actividad, y en otras de resultado, exigiendo se pase el citado control. En unas resoluciones se exige actos de difusión y en otras no, (STS 1553/2003 de 21 de enero y 68/2001 de 29 de enero).

**USO DE VIOLENCIA O ARMAS:** 369.1.8ª) «*El culpable emplee violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho*». No se determina el grado de violencia que comporta la aplicación del subtipo ni el tipo de armas que han de ser exhibidas. Este precepto sigue los criterios de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, cuyo artículo 3.5 considera necesaria la tipificación de aquellos comportamientos relacionados con el tráfico de drogas en los que interviene el recurso a la violencia o el empleo de armas.

La Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, sostiene que la agravación solo es aplicable cuando el empleo de armas está orientado directamente a la comisión del delito, pero no cuando se usa con posterioridad, como por ejemplo, para dificultar el descubrimiento.

La LO 5/2010 ha añadido el art. 369 bis) «*Cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a años y multa de tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos*.

*A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.*

*Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá las siguientes penas:*

a) *Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

---

<sup>16</sup> MIR PUIG, S.: Límites del normativismo en derecho penal, *Cuadernos de Derecho Judicial VIII/2007*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pág. 157.

b) *Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.*

*Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33».*

Se agrava también la pena cuando el delito se hubiera realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, entendida en sentido amplio comprensiva de todos los supuestos en que dos o más personas conciben un proyecto tendente al desarrollo del plan delictivo, sin que sea necesaria una ordenación estructural especialmente elaborada. La realización de estos delitos por personas jurídicas se castigan con las penas de multa, además los jueces y tribunales podrán imponer asimismo las penas recogidas en las letras a) a g) del apartado 7 del art. 33.

**AGRAVACIÓN DE SEGUNDO GRADO: 370)** Tipos agravados de segundo grado, con la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368, en los siguientes supuestos: «1º. *Se utilicen a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.* 2º. *Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del art. 369.* 3ª. *Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excedieren notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1. En los supuestos de los anteriores números 2º y 3º, se impondrá a los culpables, además una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito».* Se contemplan en el art. 370 del Código Penal, que mejora la estructura del anterior, que únicamente estaba dedicado a la extrema gravedad, pero sin definir ésta, y para establecer una mayor agravación en los casos de jefes, administradores o encargados de una asociación u organización. También se establecía en el anterior precepto una hiper-agravación de segundo grado, que desaparece en la actual. En efecto la penalidad ya no es la superior en grado a las figuras agravadas en los subtipos definidos en el art. 369 del Código Penal, sino que se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada

en el art. 368, lo que permite una mayor maniobrabilidad por el juzgador a la hora de concretar la individualización penológica<sup>17</sup>.

Se imponen las penas superiores en grado a las señaladas en el art. 368 y multa de tanto al cuádruplo cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 369, entre las que cabe destacar, por los problemas que plantea en la práctica la de extrema gravedad. La novedad reside en la definición del concepto de extrema gravedad, que había sido desarrollado jurisprudencialmente. Tal definición se descompone en lo siguiente. Los casos en que la cantidad de las sustancias a las que se refiere el art. 368 excede notablemente de las consideradas de notoria importancia. La jurisprudencia no era lineal en orden a si debía estarse exclusivamente a la cuantía de la droga, de modo que un exceso relevante en relación a la notoria importancia, se consideraba suficiente para integrar la llamada extrema gravedad, o bien debía ser conjugado este extremo objetivo, con otros factores también a tener en cuenta en su integración legal. Fruto de esta discrepancia fue el Acuerdo Plenario de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1995. La **(STS 903/2003 de 16 de julio)**, así lo expresa.

El fundamento de la agravación es la menor capacidad de estas personas para autodeterminarse, fundamento al que debe añadirse el hecho que el utilizar a menores o incapaces permite tener mayor facilidad para cometer el delito, eludiendo responsabilidades criminales y dificultando a la Administración de Justicia la labor. El carácter tuitivo hacia los menores, además de facilitar la comisión del delito, eludiendo responsabilidades y dificultando la Administración de Justicia, lo fundamentan. La acción, en el supuesto de utilización de menores, incluye cualquier papel relevante que este pueda realizar en la comisión del delito, incluso instrumental, como el transporte, tenencia mediata o suministro será encargo del autor, independientemente que el menor esté o no al tanto del delito, por la corrupción emanante del narcotráfico y riesgo para la vida e integridad del menor. La utilización del propio hijo implica una mayor penalidad. Constituyen en todo caso estas conductas supuestos de gravísimo peligro para la salud pública.

Cualificación de segundo grado, hiperagravante, de interpretación esencialmente restrictiva para evitar el *bis in idem* con la notoria importancia, por exigencias del principio de legalidad, y por el factor de la penalidad.

---

<sup>17</sup> CUELLO CONTRERAS, J.: Ob. cit. pág. 12, pág. 535.

Concepto complejo por ser indeterminado y por coincidir con la notoria importancia, exige un reproche también social, un peligro fuera de lo normal en el tráfico, situándose en el extremo de comportamientos posibles. Además de elementos cuantitativos exige cualitativos, referidos a la gravedad de la conducta, objetivos y subjetivos, no siendo suficiente con una cantidad desorbitada de droga. Se valora la apreciación de varias agravantes específicas, que es requisito mínimo pero no regla automática<sup>18</sup>.

### 3. Tráfico de precursores

Establecido en el art. 371 del Código Penal «1. *El que fabricare, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y Cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa de tanto al triplo del valor de los géneros o efectos*».

El art. 1.10 de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando de 12 de diciembre de 1995, define como precursores, «las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros Convenios ratificados por España». En relación con los mismos se halla el art. 371.1 Código Penal, redactado por la LO 15/2003. Se trata en este artículo del tráfico de precursores, y la única novedad del precepto en relación con su redacción originaria, es la aplicación de las medidas previstas en el artículo 369.2 del Código Penal, en vez de la referencia a las dispuestas anteriormente en el art. 370<sup>19</sup> del

---

<sup>18</sup> MIR PUIG, S.: Límites del normativismo en derecho penal, *Cuadernos de Derecho Judicial VII/2007*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pág. 325.

<sup>19</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Dykinson, Madrid 2009, pág. 736.

propio Código. Como antes ocurría, no hay referencia específica en el precepto a multa alguna a las personas jurídicas.

La STS 477/2001 de 26 de marzo, nos dice que se trata de un tipo delictivo de mera actividad, puesto que su elemento objetivo se realiza por el mero hecho de tener en propio poder los equipos, materiales o sustancias referidos, en el que el dolo debe cubrir no solo la acción típica sino otras a las que esta sirve de antesala o presupuesto. A esto se refiere el precepto cuando exige, para la integración del tipo, que el poseedor actúe «a sabiendas», de que los equipos, materiales y sustancias van a ser utilizados en el cultivo, fabricación o producción de tóxicos, estupefacientes o psicotrópicos.

No se trata pues de un delito de sospecha, porque la mera posesión aún no autorizada, no es suficiente para la incriminación. Y como difícilmente se puede saber cuál va a ser el destino de una cosa sino cuando dicho destino se lo va a dar quién lo posee u otra persona con la que aquél está concertado, puede decirse que el delito descrito en la norma cuestionada es un tipo de imperfecta realización, es decir, un tipo en que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de actos meramente preparatorios que quedarían impunes de no ser por la previsión legal. La *ratio* del precepto no puede ser más clara: el legislador ha tipificado en este caso actos preparatorios en relación con el cultivo, y la fabricación de productos tóxicos o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, porque ha querido concertar con la comunidad internacional los instrumentos jurídicos orientados a la represión de determinadas actividades definidas como singularmente amenazadoras y perjudiciales para el bienestar de los pueblos. El adelantamiento de la protección penal ha supuesto, en este caso, considerar como objeto del delito no sólo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan «sus precursores». Ahora bien, así como la posesión de las drogas solo es punible cuando está acompañada del propósito de difundirlas, la difusión de los precursores sólo lo es cuando se tiene conocimiento de que se van a utilizar ilícitamente en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas cuyo consumo se quiere atajar (STS 574/1999, de 14 de abril). Regula supuestos creados al amparo de la Convención de Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Así se castiga conductas relativas a los llamados precursores. Se adelanta la respuesta penal a los actos meramente preparatorios por ser singularmente amenazadores para el cultivo o fabricación de drogas, aún cuando otras ramas del ordenamiento regulan obstáculos de contención, siendo competencia exclusiva del Estado su control.

Se trata de un tipo penal en blanco que obliga a acudir a los Cuadros I y II de la Convención de Viena. no es un delito de sospecha porque no basta la mera tenencia, quedando fuera los meros incumplimientos sobre transporte y distribución. Se trata de un delito de mera actividad que se realiza por el hecho de tener en su poder equipos, materiales o las sustancias referidas, abarcando la elaboración, manufacturación, industrialización o cualquier tipo de explotación. Objeto material son los precursores, sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo, producción o fabricación de drogas, psicotrópicos o estupefacientes.<sup>20</sup>

El apartado segundo se introduce para dar cumplimiento a los Tratados Internacionales, la tipificación autónoma del tráfico de determinadas sustancias, siempre que obviamente, sea a sabiendas de su utilización para la fabricación de las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, lo que plantea especiales dificultades probatorias, ya que la tenencia o elaboración en sí de esas sustancias carece de trascendencia penal.

El dolo debe abarcar la acción típica y aquéllas a las que sirve de antesala o presupuesto, su utilización posterior, con doble función según se proyecte sobre un hecho propio, en que será elemento subjetivo del injusto, o ajeno, en que bastará dolo general.

El ámbito de aplicación recae también, sobre la tenencia de sustancias para la elaboración de cocaína y adulterantes, como la acetona, disolvente en la etapa final, o el carbohidrato de manito, que se emplea para cortar, no acreditando su uso a otras actividades. El clorhidrato de mentafetamina es droga, (STS 477/2001 de 26 de marzo).

**PENALIDAD:** La pena prevista en el apartado primero del art. 371 es de prisión de tres a seis años y multa de tanto al triplo del valor de los géneros o efectos, que se agravan en el apartado segundo a su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados y la pena superior en grado cuando se trate de jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones. Además los jueces y tribunales podrán imponer la pena de inhabilitación especial al reo, para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años y las demás medidas previstas en el art. 369.2

---

<sup>20</sup> GARCÍA PABLOS, A.: Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial, *Cuadernos de Derecho Judicial VII/2006*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006, pág. 95.

para las organizaciones, asociaciones o persona titular del establecimiento, a quienes podrán imponerles una multa de tanto al triple del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas: 1ª La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo en que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas 2ª La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 del Código Penal. Todo ello cuando concurren las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del artículo 369.1.

#### 4. Penas por razón del sujeto

El art. 372 del Código Penal que no ha sido reformado por la LO 15/2003, establece una penalidad específica relativa a las inhabilitaciones que impone, para los casos en que estos comportamientos sean realizados por determinados autores «...*empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio...*». Se trata en consecuencia de añadir a las penas establecidas en los artículos anteriores, la correspondiente privación del ejercicio de la profesión, o de la condición pública del culpable en cuanto estos hechos se hayan cometido dentro del ámbito de actuación del acusado, y es una consecuencia de lo dispuesto con carácter general en el art. 56 del propio Código, por lo que las menciones específicas en los preceptos correspondientes de la parte especial resultan redundantes, siendo más adecuado una cláusula general, en la que se establezca la vinculación con el delito. Este precepto se refiere por lo demás, a todos los delitos del capítulo, y no solamente al narcotráfico, como sucede con el siguiente<sup>21</sup>.

Realmente se trata de una cláusula de penalidad de dudoso entendimiento, porque al afectar a todos los delitos de este capítulo, se produce problemas de interpretación de las penas de inhabilitación que se contemplan en los restantes tipos penales a partir del art. 359, y que expresamente prevén tal consecuencia punitiva. La reforma de la LO 15/2003, podría haber aclarado este problema, pero no ha sido así.

---

<sup>21</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pág. 380.

**PENALIDAD:** En el párrafo primero establece que además de la pena correspondiente, se les impondrá la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años, a las personas que realicen las conductas indicadas en el mismos y que reúnan las cualidades exigidas por el tipo y la de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los hechos referidos, fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.

## 5. Resoluciones manifestadas de la voluntad

Penaliza el art. 373 del CP, las resoluciones manifestadas de la voluntad, «*La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 368 a 372...*» que conforme a la cláusula general de los arts. 17.3 y 18.2 solamente se castiga en los casos en que la ley así lo prevé. Por lo demás estas figuras se definen con carácter general en los citados preceptos. Conforme a la jurisprudencia es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución pues así de ocurrir se entraría en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse no solo del carácter previo sino también de su efectividad. En consecuencia con el sistema de *numerus clausus* previsto en el art. 17.3 y 18.2 del C.P. Sólo cabe la proposición, provocación y conspiración, siendo el resto de actos preparatorios impunes. Son formas de coautoría anticipada y de interpretación restrictiva, si bien la mayoría de los actos preparatorios integran el tipo básico:

1. Conspiración: El Tribunal Supremo admite la conspiración en estos delitos aunque destaca por su interpretación restrictiva. La apreciación de la misma exige que esté relacionada con alguna infracción constitutiva de delito y la concurrencia de dos o más personas, cada una de ellas aptas para ser sujeto activo, que acuerdan sus voluntades mediante un *pactum scaeleris* y aparezcan animados de una resolución firme de ser coautores de un concreto delito. No es preciso una ejecución material del delito, pero si que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta, con realidad material, que ponga de relieve su voluntad de delinquir, sin

que llegue a tener siquiera disponibilidad de la sustancia<sup>22</sup>. El desistimiento de la resolución proyectada no conlleva la impunidad. Se trata de un delito de características híbridas, de dinámica propia y al tiempo subsidiario o dependiente de otro principal, mediato, parecido a una tentativa de peligro, donde la apariencia tipológica es más aparente que real, porque ha de ir dirigida a la ejecución de un delito y porque la pena depende del delito matriz de pura intención al exigir que no se haya iniciado la ejecución. Requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución con ánimo de coautoría anticipada, de carácter previo o *pactum scaeleris* y la decisión de su efectividad, ubicándose entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución. Cabe el desistimiento porque el peligro al bien jurídico es más remoto que en la tentativa, (STS 45/2004 de 20 de enero).

2. Proposición: Como proponer el transporte de gran cantidad de droga, siendo aplicable también a las formas agravadas, (STS 265/2001 de 27 de febrero).

3. Provocación: El delito provocado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado es impune, y se descarta cuando existe un concierto previo, acto de consumación, aunque alguno se arrepienta.

Puede recaer sobre varios supuestos, adquisición concertada sin posesión y no realizada por intervención policial, preparativos para poner en marcha un grupo criminal prescindiendo luego de su intervención, contar con anotaciones de posibles compradores o concertarse para comprar la sustancia sin llegar a tener su disponibilidad<sup>23</sup>. Es acto preparatorio impune el proceso de constitución del entramado societario, cobertura de la importación de droga, pero la preparación de fondos en un camión, la intermediación en transacciones o conversaciones sobre su distribución exceden de la mera conspiración y consuman el tipo del art. 368 (STS 1359/2004 de 15 de noviembre).

**PENALIDAD:** Las resoluciones manifestadas de la voluntad en el delito de tráfico de drogas, las castiga el Código con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponde, de acuerdo con los artículos establecidos con anterioridad, es decir, del art. 368 al 371.

---

<sup>22</sup> CIMAS GIMÉNEZ, M. C.: Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales, nuevos hábitos, nuevos consumos, *Manuales de Formación Continuada 37/06*, CGPJ, Madrid 2006, pág. 86.

<sup>23</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código penal comentado*, T. I, ed. Bosch, Barcelona 2004, pág. 175.

## 6. El comiso en el delito de tráfico de drogas

Recogido en el art. 374 del Código Penal «1. En los delitos previstos en los arts. 301.1, párrafo segundo y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de comiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371, así como bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el art. 127 de este Código y a las siguientes normas especiales...» a continuación establece el precepto una serie de normas especiales a las que deberá sujetarse el comiso en este tipo de delito. Es una consecuencia accesoria del delito, que no es pena ni medida de seguridad, sino consecuencia de carácter civil, por lo que no debe entenderse preceptivo en todo caso, y como sanción está sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad, sólo puede acordarla el Tribunal sentenciador como consecuencia de una pena y sin perjuicio de la aplicación a las responsabilidades pecuniarias si no se declara el comiso.

Establece el de cualquier clase de bien o efecto que haya servido de instrumento del delito, o que provenga del delito, es decir, cualquier ganancia obtenida sea cual fuere la transformación que haya podido experimentar. La aprehensión de dichos bienes o efectos podrá realizarse al comienzo de las diligencias penales. En todo caso la fórmula del comiso empleado coincide con la general prevista en el art. 127 CP.

En cualquier caso esta medida no debe suponer, confiscaciones indiscriminadas, dado que se necesitará prueba bastante de la vinculación de los bienes o ganancias con el delito cometido, sin la cual en modo alguno podrá adoptarse las medidas previstas en este artículo, respetándose en todo caso los derechos de terceros no responsables del delito<sup>24</sup>.

Si la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito, se debe entender que los efectos son todos los bienes o cosas que se encuentran, mediata o inmediatamente en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica. Los instrumentos son en cambio los útiles empleados para la ejecución del acto criminal, y tendrán tal condición

---

<sup>24</sup> GIMÉNEZ GARCÍA, J.: La ocupación de la droga. Destrucción. Valor de los informes oficiales de droga como prueba, *Cuadernos de Derecho Judicial XXI/1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995, pág. 257.

aunque no hubieran sido estrictamente necesarios para la realización del delito, basta con que se empleen. Si se prueba se extiende a los procedentes de operaciones anteriores a la concreta enjuiciada, pero no al dinero de personas ajenas a él, a las que sí afectan medidas de aseguramiento como el depósito judicial.

**PENALIDAD:** Además de las penas que puedan corresponder por el delito cometido, serán objeto de decomiso, las sustancias, equipos, ganancias y bienes, con sujeción a lo establecido en el art. 127 del Código y a las normas especiales establecidas en el art. 374.

## 7. Reincidencia internacional

La reincidencia internacional viene establecida en el art. 375 «*Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los arts. 368 a 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español*». El Convenio Único de 1961 prevé la reincidencia internacional, el principio de universalidad y declara deseable que estos delitos se incluyan entre los que da lugar a la extradición.

En España el art. 23.4 de la LOPJ., de 1985, recoge el principio de universalidad y el CP., en el art. 375, la reincidencia internacional. De los posibles efectos de una sentencia dictada en el extranjero por narcotráfico, la ponencia no se va a ocupar de su ejecución en España, sino meramente de dos consecuencias concretas. Una positiva, su ponderación a efectos de la agravación de reincidencia, dado que el art. 375 del CP, así lo establece, con especial atención en la búsqueda de la información sobre la existencia de estas condenas; y otra negativa, por la aplicación del *non bis in idem*, dado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien con base en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, pero con frecuencia en delito de tráfico de estupefacientes, ha dictado varias resoluciones, de especial relevancia procesal y material, que además otorgan una nueva interpretación de los arts. 36.2.a), i), del Convenio Único y 22.2.a), i), del Convenio Psicotrópico de 1971<sup>25</sup>.

El primer problema asociado al reconocimiento de las senten-

---

<sup>25</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: Legislación penal europea occidental sobre drogas, *Doctrina Penal* n° 55 y 56, Julio-Diciembre 1995, Buenos Aires 1995, pág. 159.

cias extranjeras, deriva de la confianza, o más propiamente dicha, desconfianza que genera determinadas jurisdicciones, donde resulta dudosa la observancia de las garantías procesales. Siguiendo ya una larga tradición, que igual se da en relación con otros delitos, se considera en el art. 375, que las Sentencias de los Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza, producirán efectos en orden a la apreciación de la agravante de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español. Es consecuencia del carácter internacional que se pretende dar a la intervención penal, en esta materia, respondiendo a compromisos internacionales, y tratándose de una medida sancionadora eficaz frente a sujetos ligados a organizaciones delictivas de actuación transnacional. Se trata en todo caso, de una medida que se enmarca dentro de la solidaridad internacional en la persecución de determinados delitos.

Esta regulación plantea importantes inconvenientes de forma y de fondo, tanto materiales como procesales, que dificultan la operatividad a estos efectos de la condena en el extranjero por delitos de la misma naturaleza. El propio concepto del delito, de carácter normativo, es una barrera difícilmente franqueable en términos de estricta legalidad, entre otras dificultades.

Las ejecutorias extranjeras deben ser posteriores a la introducción de esta agravante específica, con aplicación retroactiva cuando la normativa es más favorable.

**PENALIDAD:** Produce los mismos efectos que la agravante de reincidencia, es decir, pena en la mitad superior a la fijada por la ley.

## **8. Tratamiento penal del arrepentimiento**

Conforme a lo establecido en el art. 376 del Código Penal *«En los casos previstos en los arts. 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en Sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las Autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.»*

*Igualmente, en los casos previstos en los arts. 368 a 372, los jueces o*

*tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que siendo drogodependiente en el momento de la comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuere de notoria importancia o de extrema gravedad». Se trata de una facultad de los Tribunales que descansa en razones de política criminal, para favorecer la lucha contra el tráfico de drogas, que consiste en la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados si se da el arrepentimiento del reo. El precepto exige que el sujeto «haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas», así como una colaboración activa con la Administración de Justicia, a través de alguna de las conductas que el precepto presenta alternativamente. Por supuesto dicha colaboración será necesaria para la aplicación del beneficio, y no bastará con el mero arrepentimiento del sujeto, ya que el fin de esta medida es una persecución eficaz de las organizaciones delictivas mediante la delación de sus miembros, a cambio de determinados «premios» penales<sup>26</sup>.*

Una cuestión debatida sobre esta medida es la de su naturaleza jurídica, ya que puede tratarse de una semiexcusa absolutoria, o de una atenuante con efectos privilegiados. En todo caso lo fundamental, es que no afecta a ningún elemento esencial del delito, que permanece íntegro.

El fundamento de una medida como ésta es doble: por una parte evidentes razones de política criminal, y por otra una menor necesidad de prevención especial en estos casos de arrepentimiento y colaboración, no debilitándose por ello los efectos preventivos generales.

Mientras que la atenuante de arrepentimiento del art. 21.4 del Código Penal requiere como presupuesto material la confesión del acusado, y como elemento cronológico que se produzca antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, la atenuación específica de colaboración no está condicionada por ningún límite temporal y no precisa que la colaboración se materialice a modo de confesión, pudiendo revestir otras modalidades diferentes. Además que en la modificación de dicho precepto operada por LO 15/2003, buscando una interpretación más flexible de este tipo privilegiado, se han suprimido los requisitos de presentación ante las Autoridades y de la confesión de los hechos en los que hubiera participado el cola-

---

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de derecho penal. Parte especial*, T. II, ed. Thomson-Civitas, Madrid 2003, pág. 87.

borador, que exigía el precepto en su redacción originaria<sup>27</sup>. En consecuencia, las dos instituciones obedecen a un mismo fundamento y no pueden apreciarse simultáneamente ya que el tipo privilegiado del art. 376, con un ámbito de aplicación más amplio, abarca los supuestos hasta ahora incardinables en la circunstancia genérica del arrepentimiento del art. 21.4 del Código Penal (STS 164/2006 de 22 de febrero).

Exige la concurrencia de los tres requisitos legales, comenzando por el abandono voluntario, siguiendo con la confesión y acabando con la colaboración. No se da cuando se confiesan hechos ajenos en la doble condición de confidente y traficante o se intenta desplazar la responsabilidad. No se trata de la promesa de no delinquir, sino de la comprobación efectiva de que se abandonó el plan delictivo antes de su consumación y se cooperó para impedir la ejecución del delito planeado, no siendo necesario que concurren todas las finalidades legales para serlo. Cuando no concurren todos los requisitos pero se facilita una información relevante abierto el procedimiento, se puede apreciar la atenuante analógica del art. 21.4<sup>a</sup> Código Penal (STS 25/2003 de 16 de enero)<sup>28</sup>.

**PENALIDAD:** Se podrá rebajar la pena en uno o dos grados a la señalada por la ley cuando concurren las circunstancias previstas en el párrafo primero o cuando siendo el reo drogodependiente en el momento de la comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito el tratamiento de deshabituación o cuando la cantidad de sustancia objeto del delito no fuera de extrema importancia o de notoria gravedad.

## 9. La determinación proporcional de las cuantías de multa

Se trata de este aspecto en el art. 377 del Código Penal «*Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los arts. 368 a 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener*». El precepto exige que por tratarse de una multa proporcional, que la cuantía de tal multa se tenga en cuenta el valor del

---

<sup>27</sup> ECHARRI CASI, F. J.: Ob. cit. pág. 6, pág. 73.

<sup>28</sup> GIMENO SENDRA, V.: Delitos contra la salud pública y contrabando, *Cuadernos de Derecho Judicial V/2000*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, pág. 159.

objeto del delito. Pero con las siguientes precisiones: a) que deberá constar en la causa tal valoración, verificada generalmente por las autoridades gubernativas, conforme a criterios establecidos por las unidades de estupefacientes; b) que dicha valoración debe figurar en los hechos probados de la sentencia condenatoria, pues en caso contrario el Tribunal *ad quem* no puede acudir al estudio de la causa para su integración en contra del reo y en consecuencia se dejará sin efecto tal sanción penal pecuniaria; c) que para la determinación judicial de la multa conforme al art. 52.2 del Código Penal, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable; d) que si después de la sentencia empeora la situación económica del penado, el juez o tribunal excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito que se trate o autorizar los pagos en los plazos que se determinen; e) finalmente, que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a penas privativas de libertad superior a 5 años, según el art. 53.3 Código Penal; e) el cumplimiento en cambio de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado. Sin determinación del valor de la droga no es posible la imposición de multa alguna (STS 145/2001, de 30 de enero y 119/2004, de 25 de octubre).

Este artículo contiene una regla para la determinación de la cuantía de las multas dentro de los márgenes que correspondan en el grado correspondiente a la gravedad del delito. Es decir, en primer lugar se procederá a determinar el grado, dentro de los márgenes previstos en el art. 378 o, en su caso, en los artículos 369 y 370 correspondiente conforme a lo dispuesto en el art. 52 del CP. Sólo entonces podrá utilizarse el criterio establecido en el art. 377 para determinar la cuantía concreta dentro del grado correspondiente.

En la imposición de la multa, se establece como criterio preferente el económico, teniendo en cuenta el valor del producto o el de la recompensa o ganancia obtenida o que se hubiera podido obtener. De esta forma se estipula para estos delitos la denominada «multa proporcional», recogida en el art. 52 del Código Penal, con carácter excepcional respecto al sistema días-multa, para aquellos delitos que comportan directamente un beneficio económico para el sujeto activo. Con independencia de las dificultades que entraña la prueba de estos parámetros, esta sanción deberá establecerse según los benefi-

cios económicos reales o previsibles, que efectivamente correspondan al reo en función del papel que haya desempeñado en el concreto tráfico ilícito<sup>29</sup>.

En este caso la pena de multa funciona más bien, como una confiscación o privación de las ventajas económicas conseguidas ilícitamente. El procedimiento ha sido ya utilizado en otros delitos como el cohecho, pero al permitir en el Código también el comiso de las ganancias obtenidas del delito, se plantea el problema de si ambas sanciones cuando recaen sobre el mismo objeto, pueden aplicarse conjuntamente. Aunque teóricamente ello es posible, por tratarse de sanciones distintas parece que podría infringirse el principio de *non bis in idem* y producirse una situación muy parecida a la de confiscación general de bienes.

El precepto ha merecido críticas doctrinales porque en la valoración del precio juegan factores que escapan del dominio del autor en el momento de realización de la conducta, para instalarse en futuros de difícil, sino imposible, objetivación, y de otro lado no debe olvidarse que las sustancias a las que se refiere son el tráfico ilícito, y por tanto cualquier aproximación valorativa procede inexcusablemente de un mercado esencial y radicalmente ilegal, lo que puede proyectar sombras sobre el principio de culpabilidad. Si no se concreta en la sentencia el valor de la droga, no se impone pena de multa porque no existe un mínimo legal, sin que baste con apreciación policial al respecto, pero sí el informe de tasación de DGP, o de la Oficina Central Nacional de Estupefacientes, pudiendo valorarse el precio ofrecido por dicha sustancia, al por mayor o al detalle<sup>30</sup>.

El valor en el mercado a efectos de multa no tiene porqué coincidir con el precio de la transacción. Su extensión no tiene porqué estar relacionada con la pena de privación de libertad sino con el valor en el mercado ilícito de la droga aprehendida, aunque la imposición del mínimo de pena arrastra también a la multa sin que en el menudeo esté justificado acudir a la posible rentabilidad de la sustancia. En caso de que los sujetos activos fueran consumidores y que parte de lo intervenido estuviera destinado a satisfacer sus necesidades, deberá restarse la cantidad de droga que se destinara a tal objetivo a los efectos del cálculo de la pena de multa, (STS 656/2006 de 13 de junio).

---

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ, J. R.: Ob. cit. pág. 23, pág. 381.

<sup>30</sup> JIMÉNEZ RAMOS, M.: El blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública, *Manuales de Formación Continuada n° 37*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pág. 165.

## 10. La imputación de pagos

Viene determinada en el art. 378 del Código Penal «*Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los arts. 368 a 372 se imputarán por el orden siguiente: 1º. A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios. 2º. A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa. 3º. A la multa. 4º. A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago. 5º. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados*».

Significa que los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los arts. 368 a 372, se imputarán por el orden establecido en el mismo. El precepto incorpora un orden de imputación de pagos en caso de delitos por narcotráfico, en donde el pago de la multa se antepone a las costas procesales, en contra del criterio general conforme al art. 126 CP. En realidad es una copia de este con algunos retoques y un ejemplo del descuido del legislador, sin que la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, haya aprovechado la oportunidad para mejorarlo, con una visión más crítica del mismo. Así, el primer apartado que se refiere a la responsabilidad civil dimanante del delito, dado el bien jurídico protegido que es la salud pública difícilmente podrá soportar un pronunciamiento de esta clase. El número cuarto se refiere a las costas procesales de la acusación particular o privada. Ocurre lo propio, dado que el delito no se conecta con la salud de ningún consumidor en particular, sino que el bien jurídico protegido es la salud pública, el precepto es inoperante, porque no podrá constituirse una acusación particular de estas características, mucho menos una acusación privada, porque el delito es de persecución pública. Y sin embargo, una acusación popular contra una red de narcotraficantes que sí podrá constituirse el precepto no lo contempla específicamente. Una interpretación posible, podría relacionar el concepto de acusación privada con la acusación popular, dado que este delito en ningún caso toleraría la acusación privada estrictamente por ser un delito de naturaleza pública<sup>31</sup>.

Este precepto, que no es de naturaleza estrictamente penal, altera el orden de prelación para satisfacer las responsabilidades pecuniaras derivadas del delito previstas en el art. 126 del CP, dado que es-

---

<sup>31</sup> RASCÓN ORTEGA, J. L.: El punto de partida de la inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental, en, *Tráfico de drogas, Revista del Poder Judicial* n° 58, segundo trimestre/2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, pág. 176.

tablece que debe pagarse la pena de multa con anterioridad a las costas. Esta distribución expresa de los pagos que deban hacerse por el condenado para afrontar las responsabilidades pecuniarias derivadas de la comisión de estos delitos, refleja la preocupación por la reparación de los daños e indemnizaciones de perjuicios que hayan podido causar a las víctimas de estos delitos, que ha motivado además la creación por Ley 36/1995, de 11 de diciembre, de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. Pero también la indemnización del Estado por el importe de los gastos efectuados en la causa es una previsión importante, dado el enorme costo de las investigaciones y de los «macroprocesos» a que generalmente dan lugar estos hechos. Frente a estas prioridades ceden los pagos que también haya que hacer por otros conceptos tales como la multa, y las costas procesales.

#### IV. CONCLUSIONES

El Tráfico de drogas ilegales constituye una importante causa de delincuencia, dando lugar no solo a importantes movimientos de capitales sino también originando otros delitos. En realidad las opciones político-criminales en la materia no son claras, y en cualquier caso hasta el momento no son satisfactorias.

La situación se complica a partir de los años 90 como consecuencia de la evolución de las organizaciones criminales en el ámbito del tráfico de drogas, tanto desde el punto de vista de distribución como desde el de blanqueo de capitales. El blanqueo de dinero va a estar vinculado a otras actividades delictivas y es habitual la utilización de testaferros y sociedades instrumentales. En todo ese conglomerado va a intervenir también profesionales conocedores de la práctica mercantil y financiera, expertos en transacciones económicas, tributación y comercio exterior, lo que dificulta cada vez más su descubrimiento y castigo. Se trata de investigaciones que normalmente suelen dilatarsen en el tiempo y presentan dificultades de acceso a la información necesaria.

La finalidad del legislador intentado dar respuesta a estas conductas no obtienen el resultado deseado, así a lo largo de los años se ha redefinido tanto el tipo básico como los tipos agravados, añadiéndose además normas complementarias, agravación tanto en las penas como en las multas. Lejos de suponer una reducción de las conductas, existe en la actualidad un incremento desproporcionado que desborda el nivel de actuación de los Estados tanto a nivel na-

cional como internacional. Hoy nadie pone en duda que los instrumentos penales y las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes para hacer frente a una criminalidad desbordante, siendo necesarias nuevas respuestas a todos los niveles, penal procesal y en el marco de cooperación internacional, sin que el endurecimiento establecido para las penas en esta clase de delitos, haya recogido sus frutos en la actualidad.

El derecho penal como derecho autónomo es relativamente reciente, y el esfuerzo para la utilización selectiva de la fracción penal paralelo al de la selección de los tipos y clases de penas. Quizás por eso el S. XVIII, aportó a la Historia el debate más rico que ha existido sobre la inutilidad e ineficacia de penas.

La descripción de las penas que enumera el art. 28 y siguientes del Código Penal de 1922, es impactante, pero no conviene olvidar que precisamente la razón que vino a cuestionar la pena de muerte fue su escasa incidencia en lo que hoy llamamos prevención general.

*Becaria sostiene, que no es la intensidad de la pena lo que hace mayor efecto sobre el ánimo humano, sino su duración, no es el terrible pero pasajero espectáculo de la muerte de un criminal, sino, el largo y penoso ejemplo de un hombre privado de libertad que convertido en bestia de servicio, recompensa con sus fatigas a la sociedad que ha ofendido, lo que constituye el freno más fuerte contra los delitos.*

La historia más reciente del derecho penal ha estado centrada en lograr el freno eficaz. La pena privativa de libertad, la pena de prisión, constituyó durante más o menos un siglo la esperanza de un cambio. Pero no cabe duda, que asistimos a la última etapa de esa evolución penológica, desde el diseño de Beccaria, Bentham, Lardizabal, entre otros, de la pena como castigo exclusivamente se evolucionó hacia la pena privativa de libertad, como pena transformadora de los condenados. La prevención especial surgió pues al amparo de una búsqueda de una siempre voluntad de penas más duras que hicieran más eficaz el temor del castigo.

Nuestra Constitución elevó a categoría constitucional, la determinación de la finalidad de la pena y que tiene su apoyo en las reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por Naciones Unidas en 1955 por el Consejo de Europa en 1973.

Es necesario señalar como a pesar de nuestro específico marco constitucional, que ha apostado por determinar constitucionalmente la finalidad de la pena, ésta no ha sido aceptada por el ordenamiento jurídico en su conjunto, no se trata sólo de la enorme laguna existente

entre los derechos constitucionales penitenciarios y el Código Penal vigente, sino principalmente de los aspectos contradictorios que sobre tales derechos ha dictado el Tribunal Constitucional, y a su vez la falta de creatividad constitucional que la doctrina ha demostrado.

Estas conclusiones sobre la pena resultan chocantes en un delito en el que la sociedad se plantea la eficacia de la penalidad del mismo, su justicia y su alcance, los intereses en juego sobre la legalización o no del consumo de drogas, quizás sería el momento adecuado para que los fracasos obtenidos, permitan una reflexión sobre su despenalización y un control adecuado de su consumo, a través de los mecanismos adecuados tanto nacionales como internacionales. No debe olvidarse que la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia que proclama el Tratado de la Unión, es decir, el Espacio Judicial Europeo, exige una acción política concertada y firme frente a los gravísimos problemas que está ocasionando el crimen organizado y que debe surtir efecto en un doble ámbito, la armonización normativa tanto en el terreno sustantivo, identidad de tipos penales y de sanciones, como en el procesal, formulación de técnicas de instrucción, métodos de investigación, sistemas de formación de pruebas y leyes procedimentales uniformes, el perfeccionamiento de la cooperación policial y judicial favoreciendo los intercambios de información, las comunicaciones directas entre órganos de investigación conjuntas y la rápida ejecución de las solicitudes de cooperación, todo ello sin olvidar la magnitud que sobre estas conductas tendría la legalización a nivel internacional, quizás en un futuro nos encontremos esta posibilidad, por el momento continuamos con instrumentos de penalización que no alcanzan resultados.