



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho
Grado en Criminología

DROGAS Y DERECHO PENAL

Autor: Jorge Ignacio ROBLEDO MARTIN

Tutor: Tomas MONTERO HERNANZ

Valladolid, 22 de junio de 2020

RESUMEN

La investigación realizada analiza jurídicamente el delito de tráfico de drogas de acuerdo con la regulación actual, dando cuenta de las últimas reformas originadas en el mismo y abordando no solo la conducta típica de dicho delito sino también los supuestos atenuantes y agravantes. Como parte final del trabajo, y como mecanismos de lucha contra las organizaciones criminales en el tráfico de drogas, se destacan dos de los medios de investigación legal que actualmente se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico, que son el agente encubierto y la entrega vigilada.

Palabras clave: drogas, delito de drogas, penalidad, investigación.

ABSTRACT

The investigation carried out legally analyzes the crime of drug trafficking in accordance with current regulations, accounting for the latest reforms originating from it and addressing not only the typical conduct of said crime but also the mitigating and aggravating assumptions. As a final part of the work, and as mechanisms to fight criminal organizations in drug trafficking, two of the means of legal investigation currently contemplated in our legal system stand out, which are the undercover agent and the guarded entry.

Keywords: drugs, drug crime, penalty, investigation.

ÍNDICE

1. INTODUCCIÓN.....	03
2. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS	05
3. EL TRÁFICO DE DROGAS EN EL VIGENTE CÓDIGO PENAL	10
3.1. Naturaleza y bien jurídico protegido del delito de trafico de drogas	10
3.2. Conducta típica, supuestos de atipicidad y elementos subjetivos del delito de tráfico de drogas	13
3.3. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.....	21
3.3.1.Supuestos atenuantes	21
3.3.2.Supuestos agravantes.....	26
3.4. Penalidad aplicable al delito de tráfico de drogas	32
4. MEDIOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL ANTE ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS.....	37
4.1. La entrega vigilada.....	38
4.2. El agente encubierto.....	41
5. CONCLUSIONES.....	46
6. BIBLIOGRAFÍA.....	49
6.1. Libros y artículos	49
6.2. Jurisprudencia citada.....	51

1. INTRODUCCIÓN

A modo introductorio, cabe destacar que siempre han existido drogas en las distintas sociedades, ahora bien, la consideración de ser un problema social depende del momento en concreto. En este sentido, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, a través de los distintos movimientos sociales, se empieza a promover que las drogas implican seria gravedad para la salud y para la sociedad.

Esta situación conlleva la prohibición expresa por ley del consumo y tráfico de las drogas pero, no obstante, dicha prohibición también hace nacer el mercado negro, grupos de traficantes, el consumo clandestino, corrupciones y otros, además de conllevar efectos fatales como ocurre con las muertes que se derivan de una intoxicación de la adulteración del producto en cuestión.

Por ello, las diversas organizaciones internacionales que se vienen celebrando durante años tratan de asentar las bases para hacer frente a estas situaciones, las cuales no resultan sencillas sino algo complejas, por ejemplo, como ocurre con la actividad económica ilícita de los narcotraficantes, cuyos grupos o bandas se organizan jerárquicamente con un modus operandi a gran escala, cuya repercusión de sus actividades que comprende procesos de producción, distribución y venta, es a nivel global.

Teniendo en cuenta esta problemática, en este trabajo se aborda la regulación de las drogas en el Código Penal, por tanto, el objetivo central es el estudio jurídico de los delitos de tráfico de drogas. A su vez, este objetivo principal o central se desdobra en otros objetivos específicos, que son los siguientes:

- Determinar la regulación de los delitos de tráfico de drogas en su normativa, concretando su naturaleza jurídica, el bien jurídico protegido y los sujetos del mismo.

- Estudiar la conducta típica del artículo 368 del Código Penal.
- Concretar los supuestos de atipicidad.
- Abordar títulos de imputación subjetiva que deben concurrir en el delito de tráfico de drogas.
- Determinar las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que pueden dar lugar en el delito de tráfico de drogas, atenuando o agravando la pena
- Conocer las principales técnicas de investigación criminal en relación con el delito de tráfico de drogas, haciendo especial referencia a la entrega vigilada y al agente encubierto, como figuras contempladas en el Código Penal actual.

Para llevar a cabo la presente investigación jurídica, se aplica la metodología de revisión bibliográfica, analizando la legislación en vigor, opiniones doctrinales y algunos de los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre estas cuestiones referentes a los delitos de tráfico de drogas.

En cuanto a la estructura, el trabajo inicia con una breve referencia de la evolución legislativa de la regulación de los delitos de tráfico de drogas tóxicas a fin de contextualizar y situar la actual regulación de los mismos.

Tras ello, se aborda el delito de tráfico de drogas en el vigente Código Penal, dando cuenta de su naturaleza jurídica y bien jurídico protegido para, posteriormente, hacer un estudio tanto de la conducta típica, incluyendo supuestos de atipicidad, como de los supuestos atenuantes y agravados.

Asimismo, como último epígrafe del trabajo de investigación, se da cuenta de algunos de los medios de investigación criminal ante organizaciones criminales en el tráfico ilegal de drogas, concretamente, la entrega vigilada y el agente encubierto.

2. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGA

En primer lugar, cabe destacar que la existencia de drogas siempre ha estado presente en nuestra sociedad, si bien, dependiendo de una u otra época, éstas han sido objeto de regulación considerándolas pues como un problema de la salud.

En un sentido amplio, las drogas hacen referencia a “*un fenómeno contracultural, un concepto deformado y excesivamente amplio en que se da cabida el consumo indebido de todo tipo de sustancias no admitidas por un colectivo determinado, a las mismas sustancias y a los individuos que las consumen*”¹.

A principios del siglo XX empieza a aparecer una creciente preocupación a fin de combatir y erradicar el consumo de carácter masivo que estaba teniendo lugar, al igual que el tráfico ilegal de las drogas, motivado en gran medida por las demostraciones de diversos estudios en base a los cuales hacían constar los efectos nocivos que las drogas causaban en la salud de las personas, lo que motivó también a la celebración de las primeras Convenios y Tratados Internacionales sobre cuestiones relacionadas con éstas².

La primera penalización de las drogas en nuestra sociedad española, se encuentra en el Plan del Código Criminal de 1787, cuyo Título IV de la I Parte establecía en su rúbrica “*De los delitos contra la salud Pública*”. Esa misma línea de encuadre de los delitos, se estableció también en el Código Penal de 1822, cuyo artículo 366 establecía que “*ningún boticario, ni practicante de botica venderá ni despachará veneno alguno, ni droga que pueda ser nociva a la salud, ni bebida ni medicamento en cuya preparación o confección*

¹ PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*. Bosch: Barcelona, 1986, p. 11.

² EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes. *Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico penal sustantivo y procesal*. Tesis doctoral. Madrid: UNED, 2015, p. 81.

entre parte alguna venenosa o que pueda ser nociva, ni menos esta parte sola sin receta de médico o cirujano aprobado...”.

Por su parte, el artículo 397 de dicho Código de 1822 establecía que *“jamás, bajo las propias penas en uno u otro caso, podrá dar ningún boticario o practicante de botica remedio alguno secreto cuya venta no esté autorizada correctamente”.*

Dicho Título IV del Código de 1822, se dividía a su vez en tres capítulos, haciendo alusión a los delitos profesionales en el que el bien jurídico de todos estos delitos era la salud pública. Dicha división es la siguiente: Capítulo I denominado *“De los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina”*, el Capítulo II bajo la rúbrica *“De los boticarios que venden o despachan venenos, drogas o medicamentos perjudiciales a la salud sin la receta del facultativo aprobado o equivocando lo que está ya dispuesto”* y, el Capítulo III denominado *“De los que venden géneros medicinales sin ser boticarios”*.

El siguiente paso sería la aprobación del Código Penal de 1848, dado que configura los delitos contra la salud pública como delitos de peligro abstracto, es decir, castigando también las conductas de venta y expedición ilegal de sustancias nocivas y, también de medicamentos pasados o deteriorados que sean novios para la salud pública y, por tanto, en las personas³.

Concretamente, los delitos contra la salud pública se regulan en los artículos 246 a 250 del mencionado Código Penal de 1848. Estos preceptos se reproducirán prácticamente en idénticos términos en el Código Penal de 1850 en sus artículos 253 a 257. Por tanto, la diferencia en la regulación de estos delitos la encontramos con la aprobación del Código Penal de 1870.

³ EXPÓSITO, op. cit., p. 82.

En efecto, el Código Penal de 1870 penaliza nuevas conductas ilícitas que versan en “*la fabricación o venta de objetos que sean nocivos para la salud*” (artículo 356), así como “*el tráfico autorizado de sustancias nocivas*” (artículo 352). Además de introducir estas nuevas conductas ilícitas, también se castiga al que “*sin estar autorizado elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan ocasionar estragos, para traficar con ellos*” (artículo 351).

Destacar, que también añade tipos agravados respecto a las personas que llevan a cabo estas conductas, es decir, cuando estas personas son farmacéuticos, y también tipos agravados para aquellos supuestos en los que se llega a ocasionar la muerte de alguna persona (artículo 353).

El Código Penal de 1870 castiga pues situaciones problemáticas propias del momento de la época. En este sentido Expósito afirma que lo que “*se pretendía tutelar la salud de las personas, frente a falsos profesionales que bajo la promesa de curar, les suministraba todo tipo de sustancias nocivas*”⁴.

En el siglo XX tiene lugar la aprobación del Código Penal de 1928, cuyo Título VIII, del Libro II, regula los delitos contra el tráfico ilegal de drogas tóxicas. Dicho Título se dividía en cuatro capítulos, introduciendo también nuevas conductas punibles: el Capítulo I denominado “*Inhumación y exhumaciones ilegales*”, el Capítulo II tiene como rúbrica “*Propagación de epidemias y riesgo para la salud*”, el Capítulo III hace referencia a “*Adulteración de artículos alimenticios y farmacéuticos*” y, el capítulo IV lleva como rúbrica la “*Elaboración y comercio ilegales de productos químicos y drogas tóxicas*”⁵.

En 1932 se publicó un nuevo Código Penal, el cual reproducía sustancialmente los preceptos contenidos no en el Código Penal de 1928 sino los del Código de 1870, comprendiendo dicho contenido en los artículos 351 al 357 (del Código Penal de 1932).

⁴ EXPÓSITO, op. cit., p. 83.

⁵ EXPÓSITO, op. cit., p. 84.

Si bien, este Código de 1932 se modificó en 1958, y entre sus reformas destaca la introducción del artículo 344 referente a las drogas tóxicas o estupefacientes.

Tras ello tuvieron lugar otras reformas, entre las que merece especial consideración la “*Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal*”, que vuelve a modificar dicho artículo 344⁶, en el sentido de que el tráfico de drogas deja de ser considerado como una cualificación y pasa a recogerse como tipo básico.

Por su parte, la reforma originada en base a la “*Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*”, se amplían las conductas susceptibles de atender a la salud pública de las personas⁷.

Y, finalmente, tiene lugar la aprobación del actual Código Penal de 1995, aprobado por la “*Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”, el cual trata de

⁶ Artículo 344 reformado por la Ley 44/1971: “*Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas. El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial. Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda. En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se ejecuten en establecimiento público, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de un mes a un año. Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código.*”

⁷ EXPÓSITO, op. cit., p. 87.

abarcas “*todas las fases del tráfico ilegal para evitar las posibles lagunas en los comportamientos que contiene*” dicho tráfico de drogas⁸.

En el actual Código Penal, los delitos de tráfico de drogas se regulan dentro del Libro II, concretamente, en el Capítulo II (bajo la rúbrica de “*Delitos contra salud pública*”), del Título XVII, comprendiendo los artículos 359 al 378. Si bien, cabe destacar que éstos preceptos, concretamente el artículo 368, es objeto de reforma en el año 2010, a través de la “*Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de, del Código Penal*”. Dicha reforma afecta, fundamentalmente, a las penas, como veremos más adelante.

⁸ MOLINA PÉREZ, Teresa. “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXVIII, 2005, pp. 303-316, p. 315.

3. EL TRÁFICO DE DROGAS DE DROGAS EN EL VIGENTE CÓDIGO PENAL

3.1. Naturaleza y bien jurídico protegido del delito de tráfico de drogas

Como hemos avanzado anteriormente, los delitos de tráfico de drogas se encuadran bajo la rúbrica de “*Delitos contra la salud pública*” (Capítulo III, del Título XVII, del Libro II) que, a su vez, distingue entre diferentes delitos. Es decir, por un lado, se contienen delitos contra la salud pública relacionadas con el comercio, comprendiendo diversas conductas⁹ y, por otra parte, se contienen delitos referidos al tráfico de drogas, regulándose éstos últimos en los artículos 368 al 378 del Código Penal.

En cuanto al bien jurídico protegido¹⁰ en dichos delitos, cabe destacar que es la salud pública colectiva, y su naturaleza reside en ser delitos de peligro abstracto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo señala en este sentido que “*la salud pública, como tal, no constituye una entidad real de naturaleza biológica, sino manera verbal de señalar un peligro no permitido dentro del orden social*”¹¹.

Dicho bien jurídico protegido de los delitos de tráfico de drogas, esto es, la salud, es un derecho reconocido constitucionalmente, dado que el artículo 43 de la Constitución

⁹ Los artículos 359 y 360 hacen referencia a conductas de elaboración, despacho o suministro de sustancias nocivas. Los artículos 361 y 362 se refieren a conductas de expedición, despacho, alteración o sustitución de medicamentos que pongan en peligro la vida y/o la salud de las personas. Los artículos 363 y 364 hacen referencia a conductas de alteración, fabricación, tráfico, elaboración, ocultación o adulteración de alimentos que son susceptibles de causar u originar daños en la salud de las personas. Y, el artículo 365 se refiere a la conducta de adulteración o envenenamiento de las aguas potables.

¹⁰ ACALE SÁNCHEZ, María. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 18

¹¹ Fundamento Jurídico 4^a de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2000, número 1701/2000.

Española afirma que “*se reconoce el derecho a la protección a la salud*” y, añade al respecto que “*compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*”.

En relación a la salud como bien jurídico protegido de estos delitos, cabe destacar que la jurisprudencia no hay unanimidad, es decir, adopta criterios diferentes en atención si, además de proteger la salud pública de la colectividad, se protege también a nivel individual. En este sentido, cabe destacar, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2006, número 456/2006, cuyo Fundamento Jurídico 2^a señala que dicha protección no se refiere a la salud individual de las personas que puedan verse afectadas.

Expresamente dicho Fundamento Jurídico 2^a que “*la salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras*”. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2014, número 890/2014¹².

Y, por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2006, número 339/2006, entiende que los consumidores o drogodependientes no quedarían excluidos

¹² El Fundamento Jurídico 1^a de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2014 establece lo siguiente: “*Es doctrina de esta Sala que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente), como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, aunque no se pueda dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aunque este ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, en todo caso, tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla. De modo que cuando la sustancia con la que se trafique sea de tan ínfima entidad cuantitativa que no pueda en modo alguno afectar a la salud del destinatario o adquirente de la sustancia no existirá agresión a la salud pública que es el bien esencialmente protegido en estas figuras delictivas.*”

del bien jurídico protegido de los delitos de tráfico de drogas, cuya salud pública como bien jurídico protegido sí englobaría en su protección.

Concretamente, en su Fundamento Jurídico 3^a se afirma que *“se trata, pues de drogas que ocasionan daño en la salud pública, entendida ésta como la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado, y cuya pena se diseña por el legislador penal, según qué tal afectación (daño) sea grave o no”*. Por tanto, de acuerdo con este posicionamiento, la salud pública como bien jurídico protegido en los delitos del tráfico de drogas, viene a coincidir *“con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectado por el hecho”*¹³.

Efectivamente, hay que tener en cuenta que existen otros preceptos, por ejemplo, los referentes a lesiones, los cuales protegen la salud de las personas a nivel individual, por tanto, en este trabajo se parte de que la salud como bien jurídico protegido en los delitos contra el tráfico de drogas, hace referencia a la salud pública colectiva.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de diciembre de 2003, número 1627/2003, abordó el significado de salud pública como salud colectiva, estableciendo al efecto en su Fundamento Jurídico único lo siguiente:

“el bien jurídico protegido en el tipo penal radica en las condiciones establecidas por la autoridad sanitaria para alcanzar una salud pública idónea según las exigencias sociales, como consecuencia de esas exigencias resulta un conjunto de “saludes” individuales acordes con los postulados perseguidos. Desde esta perspectiva se agrede el bien jurídico cuando se realizan conductas que ponen en peligro las exigencias de sanidad establecidas mediante la promoción favorecimiento y facilitación del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, y requiere que la sustancia, en abstracto, sea dañina para la salud en concreto de una persona.”

¹³ RACHID, Hammu (2017). *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas* (Tesis doctoral). Universidad de Granada, 2017, p.13.

Como ya se ha indicado, los delitos de tráfico de drogas son delitos de naturaleza de peligro abstracto, castigándose así las conductas que pongan en peligro la salud o la vida de las personas sin necesidad de un resultado dañoso.

En este sentido, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003, número 781/2003, cuyo Fundamento Jurídico 9ª establece lo siguiente: *“el delito contra la salud pública es un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada en el que el bien jurídico protegido es la salud pública, consumándose la infracción con la ejecución de alguna de las acciones incluidas en el precepto penal, resultando indiferente a los efectos de la calificación la eventual lesión o perturbación física o psíquica de la persona que, finalmente, consume la droga objeto del tráfico ilícito, precisamente porque en esta figura delictiva el sujeto pasivo no es la persona concreta, receptora y consumidora de la sustancia prohibida, sino el colectivo social cuyo bienestar sanitario es el objeto de protección de la norma, por lo que los resultados dañosos que dicho consumo produzca en el consumidor del producto queda extramuros del marco del tipo penal”*.

Por último, destacar antes de adentrarnos en la conducta típica del delito de tráfico de drogas, objeto de estudio del siguiente epígrafe, que en los delitos contra el tráfico de drogas los sujetos pasivos recaen en la colectividad y los sujetos activos pueden ser cualquier persona, si bien, en las conductas agravadas sí se requerirá una determinada condición¹⁴, como se verá más adelante, por ejemplo, ser autoridad o funcionario público, entre otros.

3.2. Conducta típica, supuestos de atipicidad y elementos subjetivos del delito de tráfico de drogas

Como se ha indicado más arriba, el delito de tráfico de drogas se regula en el artículo 368 del Código Penal, precepto que establece la conducta típica de dicho delito. Al respecto, señala expresamente que serán castigados *“los que ejecuten actos de cultivo,*

¹⁴ MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier. *Delitos contra la salud pública*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 34.

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 las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratara de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

Y añade dicho precepto que, a pesar de lo establecido en el anterior párrafo, los órganos judiciales podrán atenuar la pena “*en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*”. Ahora bien, esta facultad no puede utilizarse si concurre algunas de las circunstancias establecidas en los artículos 369 bis y 370, que comentaremos más adelante, referidos a los tipos agravantes.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 368 del Código Penal, podemos extraer como conductas punibles del tipo básico, las siguientes: actos de cultivo; actos de elaboración; actos de tráfico; actos que de un modo diferente a los mencionados promuevan, favorezcan o faciliten dicho consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias.

Respecto a la conducta de “actos de cultivo”, se refiere, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a “*la tipicidad que se predica de todo cultivo, en tanto que pone en peligro el bien jurídico protegido, no significa sin más que el delito alcance el grado de consumación por la sola acción de su plantación o semillado: se requiere que tal cultivo se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, cual es la extracción de los productos naturales necesarios para obtener su fruto, en este caso, el látex necesario en la cápsula de donde extraer el opio*¹⁵”.

¹⁵ Fundamento Jurídico 2^a de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2002, número 2054/2002.

Por tanto, tales actos de cultivo destinado al autoconsumo no son punibles, es decir, se castigan aquéllos (actos de cultivo) que tengan por finalidad “promover, favorecer o facilitar” dicho consumo ilegal de esas drogas mencionadas.

Otra de las conductas punibles del tipo básico, comentado anteriormente, son los actos de elaboración, respecto a los cuales cabe destacar que el artículo 11 de la Ley 17/1997, de 8 de abril¹⁶ señala que *“se entenderá por fabricación de estupefacientes el conjunto de operaciones de obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis químicas. Se considerará fabricación de preparados de estupefacientes la elaboración de los mismos a partir del producto correspondiente”*.

En cuanto a los actos de tráfico, otras de las conductas punibles que se comprende en el tipo básico del delito de tráfico de drogas del mencionado artículo 368 del Código Penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que hace referencia a aquellos actos de intermediación, es decir, aquéllos que van desde el cultivo hasta poner en disposición de la misma (la droga) al comprador o consumidor¹⁷.

En este sentido destaca pues la “posesión” para traficar o favorecer dicho consumo de estas drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, como conducta típica del artículo 368 del Código Penal, quedando fuera de la vía penal pero no de la vía administrativa (cuando se realice en lugares públicos) los actos de posesión para el autoconsumo.

De acuerdo con la *“Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”*, entre las conductas que castiga con la imposición de una multa como

¹⁶ Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas. (BOE núm. 86, de 11 de abril de 1967).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 243/1997, de 22 de febrero.

infracciones muy graves, “*el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefácentes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares*” (artículo 36, número 16¹⁸).

En este sentido, Muñoz Sánchez y Díez Ripollés afirman que el fundamento de la Ley de 2015, en cuanto a las infracciones administrativas relacionadas con el tráfico de drogas, “*no es el mero consumo de la droga, sino el lugar donde se realiza el consumo. Lo que resulta peligroso para la seguridad ciudadana es que el consumo se realice en un lugar público. La ratio del precepto es evitar el consumo de drogas en presencia de otras personas, en orden a proteger el normal desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los no consumidores y evitar que tal conducta pueda promover o favorecer, de uno o de otro modo, el consumo ilegal de sustancias prohibidas*¹⁹”.

Destacar que la Ley de Seguridad Ciudadana de 2015, establece para las infracciones referentes al consumo o tenencia de drogas en lugares o establecimientos públicos, el pago de una multa, a diferencia del Código Penal en cuyo caso impone la pena privativa

¹⁸ Otras infracciones que penaliza la mencionada Ley de Seguridad Ciudadana de 2015 en el artículo 36, son las siguientes: “*El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefácentes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito*” (número 17); “*La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefácentes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal*” (número 18); “*La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefácentes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos*” (número 19).

¹⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan y DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.). *Las drogas en la delincuencia y su tratamiento por la administración de justicia. Boletín Criminológico*. Instituto andaluz universitario de criminología. Sección de Málaga. Para el Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 60.

de libertad y multa, en atención a la cantidad de la droga que es aprehendida y la conducta concreta que es llevada a cabo en relación al delito de tráfico de drogas.

Por tanto, la conducta de la posesión para el consumo propio no es pues penada según el Código Penal, dando lugar a una conducta atípica²⁰. Atipicidad que vendrá determinada por la cantidad poseída, en el sentido de ser destinada al tráfico o al autoconsumo. Es decir, la jurisprudencia ha establecido que el autoconsumo no será penado cuando estemos ante una cantidad insignificante para dar lugar a una situación de riesgo en la salud pública²¹, bien jurídico protegido del delito de tráfico de drogas.

La atipicidad implica pues, que determinadas conductas como tal quedarán fuera del ámbito penal, esto es, exentas de responsabilidad penal, por no suponer un peligro para la salud pública como bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas.

Además de este supuesto de autoconsumo, cabe hacer referencia a otros supuestos de atipicidad, como ocurre con el consumo compartido o también denominado como autoconsumo plural. Es decir, estos supuestos de autoconsumo compartido hacen referencia a aquellas situaciones “*en los que varias personas aportan dinero a una bolsa*

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2019, número 261/2019 (Fundamento Jurídico 3ª) y sentencia del Tribunal Supremo 7 de septiembre de 2015, número 484/2015 (Fundamento Jurídico 9), entre otras.

²¹ En este sentido, el Fundamento Jurídico 3ª de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004, número 298/2004, afirma que “*el objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues (...) el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal*”.

común a fin de adquirir droga para consumo común, y una de ellas se encarga de adquirirla para todos y hacérsela llegar²²”.

Si bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha destacado los requisitos o circunstancias que deben concurrir para que el consumo compartido sea considerado como conducta atípica. En este sentido, la STS 261/2019, de 24 de marzo de 2019, citando jurisprudencia anterior, afirma que han de concurrir los siguientes requisitos para apreciar la atipicidad del consumo compartido²³:

- “1) En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud;*
- 2) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica;*
- 3) La cantidad ha de ser reducida o insignificante o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro;*
- 4) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública;*
- 5) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar;*
- 6) Debe tratarse de un consumo inmediato”.*

²² ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 72.

²³ Fundamento Jurídico 3^a de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2019, número 261/2019.

El fundamento de la exclusión de la atipicidad del autoconsumo compartido reside en la inexistencia de riesgo para la salud pública, en cuanto que el fin de dicha conducta no es difundir o promover el consumo de la droga sino consumirla por parte de los que la aportan.

Así se establece expresamente por el Tribunal Supremo, al afirmar que *“en efecto la exclusión de la tipicidad en esos casos denominados de autoconsumo compartido tiene como fundamento que ninguno de los intervinientes promueve en otros el consumo ni él mismo es iniciado o incitado al consumo por razón de la actuación de otros”*²⁴.

Además del autoconsumo y del consumo compartido como conductas atípicas, también cabe hacer referencia a aquellos supuestos consistentes en invitar gratuitamente a otra persona que, a pesar de que en su día sí llegaron a ser supuestos típicos y penados²⁵, actualmente son considerados atípicos.

²⁴ Fundamento Jurídico 2^a de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2009, número 1254/2009.

²⁵ Fundamento Jurídico 1^a de la sentencia del Tribunal Supremo, 14 de octubre de 1994, haciendo referencia a la sentencia de dicha Sala de 11 de junio y de 1 de octubre de 2012, respectivamente, señala que *“a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso la de ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal definido en el precepto citado más arriba al demostrar una conducta favorecedora del consumo, ya que no auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción, aunque sean previos al síndrome de abstinencia, de la forma con que procedió la encartada, sino con el correspondiente tratamiento médico, a que se la debe someter, pues facilitar más droga en tales casos propicia el mantenimiento en dependencia y, lo que puede ser peor, el abandono curativo que se siga o incluso la ruina completa de la persona que se pretende auxiliar, por lo que habiendo procedido los acusados a la entrega de sustancias psicotrópicas a otras personas en la manera relatada en el factum combatido no queda otra alternativa que la de estimar el recurso con todas sus consecuencias legales de conformidad con la doctrina jurisprudencial acabada de exponer”*. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-202734363>

No obstante, cabe matizar que la atipicidad de los supuestos de invitación gratuita, hace referencia a la invitación gratuita por solidaridad y no como acto de donación (ésta última sí es una conducta típica). En la invitación gratuita por solidaridad se parte de que no existe favorecimiento o distribución de la droga, pues más bien se trata de un autoconsumo con la persona invitada y como acto puntual²⁶.

Además de tratarse de un acto puntual y de autoconsumo con la persona a la que se invita, evidentemente, se aplican los mismos criterios que en el autoconsumo para considerar la invitación gratuita como atípica, como es el hecho de tener en cuenta la cantidad de la droga, la cual no debe ser en cantidad elevada, además de implicar también, por parte de la persona que recibe la droga, alivio al síndrome de abstinencia del que padece, como así lo establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁷, al afirmar expresamente:

“la tesis de la ausencia de antijuridicidad, en ciertos supuestos de entrega de drogas a parientes o allegados, no debe olvidarse que siempre se ha tratado de casos de facilitación de pequeñas cantidades destinadas a aliviar los padecimientos propios del síndrome de abstinencia que sufre el destinatario de la misma y no, como en el propio " factum " de la recurrida se refiere, de un suministro continuado en el tiempo, de una elevada cantidad de droga (105 grs.), lo que no puede en modo alguno aceptarse, en el caso que nos ocupa, ya que ello supone facilitar el mantenimiento de la situación de consumidor del destinatario”.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2015, número 1152/2015, en su Fundamento Jurídico 1^a, al señalar que dicha invitación gratuita, como acto de facilitar un consumo a un pariente o allegado debe tener el propósito de calmar o aliviar dicho síndrome de abstinencia que sufre.

²⁶ EXPÓSITO, op. cit., p. 156.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 16 de octubre de 2014, número 4060/2014, en su Fundamento Jurídico 1^a.

En el delito de tráfico de drogas precisa la concurrencia de determinados elementos subjetivos, éstos hacen referencia tanto al conocimiento y la tenencia de dicha droga, así como la finalidad de que la misma se puesta en circulación a fin de que terceras personas accedan a la misma²⁸.

Por tanto, ha de concurrir el denominado dolo en el sujeto activo, autor de los hechos de tráfico de droga, caracterizado, por tanto, el conocimiento y significado de su actuación y de que dicha conducta está prohibida y penada en el Código Penal, es decir, el elemento intelectual y volitivo, dado que a pesar de tener conocimiento de que su actuación está prohibida y que es ilícita, la lleva a cabo, esto es, promueve, facilita o favorece el consumo de drogas a terceras personas²⁹.

3.3. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

3.3.1. Supuestos atenuantes

Antes de dar cuenta de los supuestos que contempla el Código Penal para poder imponer una pena mayor a la correspondiente por el tipo básico del delito de tráfico de drogas, cabe hacer referencia a los supuestos atenuantes, es decir, aquellos casos en los que se permite una pena inferior al tipo básico del apartado primero del artículo 368 del Código Penal.

En este sentido, cabe destacar que el párrafo segundo de dicho precepto, introducido a través de la reforma mencionada por la Ley Orgánica 5/2010, establece que *“los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer*

²⁸ MOLINA PÉREZ, Teresa. “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVIII, 2005, pp. 96-116, p. 114.

²⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. “El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 4, 2000, pp. 1597-1599.

uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

Esta atenuación de la pena (inferior en grado), podrá aplicarse pues en atención a la escasa entidad del hecho, así como a las circunstancias personales del autor material del delito. Si bien, destacar que para determinar si es supuesto en concreto es o no de “escasa entidad”, será la jurisprudencia la que dé una definición al respecto.

Concretamente, la sentencia del Tribunal de Supremo de 25 de enero de 2011, número 32/2011, en su Fundamento Jurídico 3^a afirma que *“la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica”.*

Por tanto, añade dicha sentencia en el mismo fundamento que, *“ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla 6^o (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas; en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente”.*

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2018, número 3520/2018, citando la resolución de 27 de julio de 2012, número 652/2012, destaca que dicha escasa entidad del hecho se debe relacionar con el grado o entidad que

implica el hecho en concreto, en el sentido de implicar una lesión o puesta en peligro a la salud pública colectiva como bien jurídico protegido del delito de tráfico de drogas³⁰.

Otra de las sentencias que hace alusión a la mencionada escasa entidad del hecho para poder aplicar la atenuante del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, es la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2013, número 270/2013, la cual se refiere a dicha expresión a modo cuantitativo.

Dicha sentencia de 2013, en su Fundamento Jurídico 9^a señala que estos supuestos de escasa entidad *“en los casos de ventas aisladas de papelinas en la vía pública que pueden identificarse con el último escalón del tráfico, abarcan, conforme a los casos ya resueltos por la doctrina de esta Sala, supuestos de ocupación de cocaína que van, en su margen mínimo, desde una cantidad ligeramente superior a la dosis mínima psicoactiva (0,05 gramos), pues por debajo de dicha cifra el hecho es atípico, y en su margen más elevado, hasta un límite máximo de 2,5 gramos netos, es decir aproximadamente diez papelinas de 0,5 gramos, equivalente a 50 veces la dosis mínima psicoactiva, dependiendo, en todo caso, del conjunto de circunstancias concurrentes”*.

³⁰ Fundamento Jurídico 2^a de la sentencia 15 de septiembre de 2018, número 3520/2018: *“La “escasa entidad del hecho” debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9.6.2010, en la que se invoca la “falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido”, siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica, menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido”*.

En efecto, para poder aplicar la atenuante del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, además de esta “escasa entidad del hecho” debe tenerse en cuenta las circunstancias personales del autor material de los hechos, por ejemplo, hecho de tratarse de su primera actuación delictiva y sin antecedentes penales, como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2016, número 4981/2016³¹.

Otras circunstancias personales que se pueden valorar a efectos de aplicar la mencionada atenuante, son las referentes a si tiene o no problemas de adicción a las referidas sustancias, así como padecer marginalidad social relacionada con la funcionalidad del delito, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2018, número 3672/2018³².

³¹ Fundamento Jurídico 1^a de la sentencia de 22 de noviembre de 2016, número 4981/2016: *“podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro o, en general, otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de imputabilidad o de inculpabilidad”*.

³² Fundamento Jurídico 4^a de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2018, número 3672/2018: *“Conviene señalar que en este tipo de atenuaciones, sumamente circunstanciales, que se fundamentan en la escasa entidad del hecho o en las circunstancias personales del culpable, los criterios generales son de difícil definición de manera apriorística. Son dos los parámetros interpretativos: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. La jurisprudencia ha declarado que basta el primero y que, respecto al segundo, es suficiente que no actúe por desconocerse tales datos personales o bien constituyan elementos criminológicos que determinen la escasa peligrosidad del sujeto, su adicción a las sustancias estupefacentes, o su marginalidad social a causa de la funcionalidad del delito. Desde luego, que el subtipo atenuado no podrá apreciarse cuando el hecho no revista esa escasa entidad, en tanto este dato fundamenta la menor antijuridicidad de la acción, y también hemos declarado que las circunstancias personales serán todas aquellas que determinen una menor culpabilidad o reprochabilidad en función de la inclinación del sujeto a realizar actos de tráfico o de posesión preordenada al mismo, derivada de la instrumentalización del delito como modo de satisfacción de sus necesidades toxicológicas”*.

Dicha sentencia de 2018, recoge a modo de síntesis las notas precisas que permiten configurar al tipo atenuado del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal. Así, en su Fundamento Jurídico 4 afirma que dicho tipo atenuado se configura de la siguiente manera:

“ 1ª) El nuevo párrafo segundo del art. 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional;

2ª) Concorre la escasa entidad objetiva -escasa antijuridicidad- cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico;

3ª) La regulación del art. 368.2 del Código Penal no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a esta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad;

4ª) Las circunstancias personales del culpable -menor culpabilidad- se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social;

5ª) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable,

6ª) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación”.

Además de estas notas configuradoras del tipo atenuado del delito de tráfico de drogas, destacar como así lo ha reiterado el Tribunal Supremo, que para poder aplicar dicha atenuante es suficiente con que concurra uno de los dos criterios que se recogen en el párrafo del artículo 368 del Código Penal, esto es, bien la escasa entidad del hecho, bien las circunstancias personales del autor material de los hechos³³.

3.3.2. Supuestos agravantes

Los supuestos agravantes se regulan en los artículos 369 y 370 del Código Penal, que implican la elevación de la pena respecto al tipo básico del delito de tráfico de drogas, regulado en el artículo 368.

En estos casos, además de implicar una puesta en peligro para la salud pública colectivo, bien jurídico protegido de este delito, “*se tiene en consideración en cada una de ellas un plus de desvalor (de acción o de resultado o de ambos) que determina un incremento merecedor del marco punitivo agravado*”³⁴.

El primero de los artículos mencionados, es decir, el precepto 369, contempla las agravaciones de primer grado, estableciendo su primer apartado que, en las situaciones en las que concurren alguna las circunstancias que en dicho precepto se señalan, la pena a aplicar será la superior en grado al tipo básico del artículo 368, además de una multa del tanto al cuádruplo.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2012, número 653/2012; y sentencia 27 de noviembre de 2012, número 705/2012, entre otras.

³⁴ ACALE op, cit., p. 141.

Las circunstancias referidas son las siguientes:

- 1) “*El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio*”. Por tanto, esta primera circunstancia recogida en el art. 369.1 se refiere a que los sujetos mencionados lleven a cabo la conducta típica mientras están en servicio activo y de acuerdo con sus competencias³⁵, siendo pues la categoría de estos sujetos lo que permite cualificar la pena a aplicar al implicar un abuso de estas personas en base al ejercicio de su profesión³⁶. El Código Penal define autoridad y funcionario público en el artículo 24³⁷, y al facultativo en el artículo 303 y 372³⁸.

- 2) “*El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*”. Esta agravante evidencia que la participación en dichas actividades organizadas favorece o tiene mayor facilidad para llevar a cabo el

³⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, op.cit., p. 164.

³⁶ La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005, de 31 de marzo, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico de drogas afirma que, “*cualquier actividad delictiva relacionada con el tráfico de drogas realizada en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, supone, de hecho, abuso del mismo y lo que en definitiva se sanciona es el aprovechamiento de esa circunstancia para la ejecución del delito*”, p. 2.

³⁷ De acuerdo con el art. 24 del CP: “*1ª. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal; 2ª. Se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas*”.

³⁸ Artículo 303 y 372 del CP: son facultativos “*los Médicos, Psicólogos, las personas en posesión del título sanitario, los Veterinarios, los Farmacéuticos y sus dependientes*”.

delito, además de aumentar el peligro para el bien jurídico protegido por su rápida expansión de la promoción o facilitación de la droga a múltiples personas.

- 3) *“Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”*. Estos supuestos de hecho implican también un incremento de peligro o mayor riesgo para el bien jurídico protegido de estos delitos, la salud pública colectiva, en cuanto que el establecimiento público y de actividad lícita esconde una finalidad ilícita, como es el tráfico de las drogas, facilitando así a que terceras personas puedan adquirirlo³⁹.

- 4) *“Las sustancias a las que se refiere el apartado anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamientos de deshabitación o rehabilitación”*. El fundamento de esta agravante se encuentra en los efectos negativos o en las consecuencias que dichas drogas pueden ocasionar a las personas que se mencionan⁴⁰ (menores de dieciocho años, personas con discapacidad necesitada de especial protección, así como a las personas que se encuentran sometidos a tratamientos bien de deshabitación bien de rehabilitación).

Acale afirma que esta agravante del número 4 del artículo 369.1 del Código Penal, *“no va a ser aplicable en aquellos casos en los que el menor de edad o “incapaz” sean consumidores habituales de drogas tóxicas, pues el plus de protección que ofrece el precepto no se sostendría: se impone en este punto una lectura restrictiva de la letra de la ley⁴¹”*. Aunque cabe destacar, que la jurisprudencia aplica dicha agravante con independencia de que el menor esté o no habituado a su consumo⁴².

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 2 de abril de 2007, número 300/2007, y también sentencia de 31 de octubre de 2007, número 1795/2007.

⁴⁰ MONTERO LA RUBIA op., cit., p. 80.

⁴¹ ACALE op., cit., 148.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo 8 de febrero de 2006, número 155/2006 y sentencia 28 de junio de 2002, número 1199/2002, entre otras sentencias.

- 5) *“Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”*. En relación a esta agravante, destacar que el actual Código Penal no establece qué es “notoria importancia”, debiendo acudir a la jurisprudencia que es quien determina la misma. En este sentido, cabe hacer mención a los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en concreto, al Acuerdo de 19 de octubre del año 2001 y al Acuerdo de 13 de diciembre de 2004, ambos vigente.

En relación al primero de los Acuerdos, el Tribunal Supremo establece que la “notoria importancia” de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se determina *“a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.”* Y añade al respecto, que *“para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido en esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados”*.

El Acuerdo de 2004 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, afirma que *“la cantidad de notoria importancia debe fijarse en 10.500 gramos de dicha sustancia en estado puro. Igual criterio debe seguirse para la sustancia denominada glb, abreviatura de gammabutirolactona”*.

- 6) *“Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud”*. Esta agravante hace referencia a la adulteración en su sentido amplio⁴³, exigiendo que la mezcla producida incremente el riesgo de ocasionar daño a la salud, como así ha declarado el Fiscal General del Estado en la Circular 2/2005, de 31 de marzo.

⁴³ GALLEGO SOLER, José Ignacio y JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas II: (un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 377 y 378 del CP, y tratamientos jurisprudenciales*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 168.

- 7) “Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, en establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades”. Esta agravante posibilita el consumo de las drogas a una amplia colectividad, sin perjuicio de que esta conducta llevada a cabo en los mencionados centros o establecimientos altera sus finalidades e, incluso, en los centros penitenciarios conlleva un aumento de los problemas asociados con su consumo⁴⁴.
- 8) “El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho”. La fundamentación de dicha agravante reside en la limitación de libertad que entraña para sujeto pasivo dicha violencia o hacer uso de armas para llevar a cabo los actos consistentes en el tráfico de drogas, como así establece la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2005, de 31 de marzo⁴⁵.

Además de estos supuestos agravantes mencionados, regulados en el artículo 369 del Código Penal, y conocidos como de primer grado, el artículo 369 regula un tipo cualificado, consistente en penalizar la actuación conjunta dado que actuar de ese modo facilita la ejecución de los hechos delictivos, además de evitar su posible descubrimiento y dificultar la lucha o erradicación de estas actividades delictivas⁴⁶.

⁴⁴ SOTO NIETO, Francisco. *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*. Trivium: Madrid, 1989, p. 122.

⁴⁵ Fiscalía General del Estado afirma en Circular 2/2005 que “*el empleo de violencia o armas debe estar orientado directamente a la comisión del delito, es decir, al aseguramiento o protección de actos de cultivo, elaboración, tráfico o de cualesquiera otros destinados a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo, no siendo aplicable por tanto esta circunstancia agravatoria si dichos medios se utilizan en un momento posterior, culminada que sea la acción delictiva, por ejemplo para dificultar el descubrimiento del delito o la detención de sus autores, sin perjuicio, en cualquier caso, de la calificación jurídico-penal que, en sí mismos, merecieran dichos hechos*”.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 808/2005, de 23 de junio.

Concretamente, dicho precepto establece lo siguiente:

“Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quien es pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de 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 primero⁴⁷”.

Por su parte, el artículo 370 del Código Penal añade a los supuestos agravados del primer grado y a este último supuesto cualificado, tipo agravados de segundo grado. La calificación de agravantes de “segundo grado” que establece la doctrina se debe, en gran medida, a la redacción originaria de dicho precepto en cuanto que se establecía la pena de prisión superior en grado a la establecida en el artículo 369 y multa proporcional⁴⁸.

Si bien, tras la modificación originada por la Ley Orgánica 15/2003, referente a la penalidad, se establece que los supuestos agravantes del artículo 370 deberá aplicarse la pena en uno o dos grados a la establecida en el artículo 368 cuando concurren determinadas circunstancias.

⁴⁷ En relación a las personas jurídicas como sujetos activos de este delito de tráfico de drogas, el artículo 369 bis añade lo siguiente *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica se responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple 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; 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”.*

⁴⁸ MAQUEDA ABREU, María Luisa. “Jurisprudencia penal e interpretación teológica en materia de drogas”, *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N^o. 5, 1998, pp. 1551-1561, p. 1556.

Estas circunstancias son las siguientes: “1.^a. *Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos; 2.^a. Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.º del apartado 1 del artículo 369; 3.^a. Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad”.*

Por “extrema gravedad”, añade el artículo 370 del Código Penal, deberá entenderse “*los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere 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 artículo 369.1º*”.

A continuación, se aborda con más detenimiento la penalidad aplicable al delito de tráfico de drogas en relación a todos los supuestos vistos más arriba, tipo básico y supuestos agravantes.

3.4. Penalidad aplicable al delito de tráfico de drogas

La penalidad del tipo básico, regulado en el precepto 368 del Código Penal, distingue la pena a aplicar en función de que las sustancias o productos ocasionen o no un grave daño a la salud. Así, en el párrafo primero del referido artículo se establece para el caso de que se cause grave daño a la salud, una pena privativa de libertad de tres a seis años, además de la multa del tanto al triplo del valor de la droga intervenida.

Para aquellos casos en los que no se ocasione un grave daño a la salud, la pena a aplicar en estos supuestos será también la pena de prisión privativa, pero de uno a tres años, y la multa del tanto al duplo del valor de la droga.

Si bien, como se vio más arriba, el párrafo segundo de este precepto establece un supuesto atenuado, mediante el cual permite al órgano judicial imponer la pena inferior en grado “*en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*”. No obstante, cabe destacar que esta posibilidad no se podrá establecer si

concurren alguna de las circunstancias propias de los supuestos agravados, concretamente, las contenidas en el artículo 369 bis y 370, como así indica este segundo párrafo del artículo 368 del Código Penal.

Siguiendo con los supuestos agravados, estudiados más arriba, los referentes al primer grado, es decir, establecidos en el artículo 369, de concurrir las circunstancias que se mencionan en dicho precepto la pena a aplicar será la superior en grado a la establecida en el artículo 368, además de la multa del tanto al cuádruplo de la droga (artículo 369 del Código Penal).

Por su parte, el artículo 369 bis, referido al agravante de llevar a cabo los hechos delictivos de tráfico de drogas mediante organizaciones criminales, la pena a aplicar también distingue como en el tipo básico del artículo 368 según cause o no grave daño a la salud.

En el caso de que sí se cause grave daño a la salud, se impondrá una pena privativa de libertad de nueve a doce años, además de la multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga. En aquellos casos que no se haya causado grave daño a la salud, la pena a aplicar será la pena privativa de libertad de cuatro años y seis meses a diez años y la multa mencionada para el caso de que se cause grave daño a la salud.

Destacar, que dicho artículo 369 bis añade una pena distinta en su segundo párrafo para los dirigentes de la organización criminal, concretamente, dice dicho párrafo que “*a los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero*”.

Y distinta pena también se establece para aquellos casos en los que el sujeto activo sea una persona sujeta y se le imputen los hechos delictivos. Es decir, el párrafo tercero del artículo 369 bis establece que “*cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores se impondrán 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; 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 inciso⁴⁹.

El artículo 370 del Código Penal, el cual recoge también otros tipos agravados, establece que la pena a aplicar en los casos en que concurra alguna de las circunstancias que enumera dicho precepto, será la “*pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368*”.

Si bien, hay que tener en cuenta que el párrafo tercero de dicho artículo 370, establece que de concurrir los supuestos de los números 2^a y 3^a de dicho artículo, a los culpables se impondrá además “*una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito*”.

El Código Penal establece también, además de estas penas tanto para el tipo básico, supuestos atenuantes y agravantes, la pena de inhabilitación para los sujetos activos cualificados. En este sentido, el artículo 372 del Código Penal señala lo siguiente:

“Si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo”.

⁴⁹ El último párrafo del artículo 369 bis añade que “*atendidas las reglas establecidas en el artículo 66, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33*”.

Siguiendo con los sujetos activos del delito, también hay que hacer mención de la atenuación que se establece para aquellas personas que sean drogodependientes, así como para las personas que hayan abandonado un tratamiento de deshabituación y colabore con las autoridades en la investigación de los hechos delictivos, como así establece el artículo 376 del Código Penal, una pena inferior en uno o dos grados respecto al delito que haya llevado a cabo⁵⁰.

Destacar, que los casos de conspiración, proposición y provocación en el delito de tráfico de drogas, se castiga con una pena inferior en uno o dos grados al precepto concreto que haya infringido, como así establece el artículo 373 del Código Penal.

Para finalizar, en relación con la penalidad del delito de tráfico de drogas, el Código Penal contempla la figura del decomiso, es decir, la privación definitiva de los bienes objetos del delito, cuya regulación establece el artículo 374 del Código Penal.

Dicho precepto establece expresamente lo siguiente: *“En los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y*

⁵⁰ Artículo 376 del Código Penal: *“En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de 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 el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.*

Igualmente, en los casos previstos en los artículos 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 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 fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.”

sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales: 1^a. Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación; 2^a. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”.

4. MEDIOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL ANTE ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL TRÁFICO ILEGAL DE DROGA

La comisión de los hechos delictivos referentes al tráfico de drogas, suelen cometerse también a través de organizaciones criminales, lo cual dificulta la investigación debido, en gran medida, al modus operandi que emplean éstas. Esta situación fue contemplada en una de las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de incorporar nuevas técnicas de investigación que facilitaran el descubrimiento y comprobación de los hechos ilícitos.

Concretamente, la reforma de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero⁵¹ da cuenta en su Exposición de Motivos de que la criminalidad organizada ha ido aumentando con el transcurso y *“ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el modus operandi con que actúa”*. De ahí, añade dicha Exposición de Motivos, que deba dotarse al sistema jurídico de otros instrumentos para combatir esta forma de criminalidad, como así se viene instando desde instancias internacionales⁵².

⁵¹ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. BOE, número 12, de 14 de enero de 1994.

⁵² El párrafo tercero de la mencionada Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, afirma que *“la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilegal de drogas, común motivo de preocupación para todas las naciones, ha sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales. En esta línea, destaca la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en donde se insta a las Partes firmantes de la misma, entre ellas España, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean*

Por ello, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1999 tiene como objetivo complementar las técnicas de investigación frente a la delincuencia organizada, estableciendo la Exposición de Motivos de la mencionada Ley Orgánica 5/1999 que, “*de esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores*”, respetando en todo caso las garantías constitucionales.

A continuación, se hace referencia a los instrumentos procesales de la entrega vigilada de drogas y el agente encubierto, es decir, persona que se infiltra en organizaciones criminales⁵³ (introducido este último con la reforma mencionada de 1999).

Ambos son pues medios de investigación del proceso penal que permiten obtener pruebas sobre la comisión de los hechos y proceder a la detención de los culpables, dando así mayor respuesta a estas conductas ilícitas referentes al tráfico de drogas.

4.1. La entrega vigilada

La entrega vigilada se regula en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 263 bis. A través de esta figura, tanto el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal, así como jefes o mandos superiores de las Unidades de Policía judicial (centrales o de ámbito provincial), podrán autorizar “*la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas*”, como así indica el apartado primero de dicho precepto.

necesarias para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional”.

⁵³ GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada”, *Letras jurídicas*, N.º 20, 2009, pp.35-57, p.37.

Si bien, el párrafo segundo de dicho apartado primero, establece que también podrá autorizarse dicha circulación o entrega vigilada respecto a *“los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569, también del Código Penal”*.

Para poder acordarse la entrega vigilada, es necesario que la resolución que lo adopte lo haga de forma motivada, es decir, fundada, *“en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la de la sustancia de que se trate”*, como así establece apartado primero del artículo 263 bis. Dicho apartado también establece que, para adoptar esta medida de investigación, habrá de tener *“su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia”*.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 363 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece qué ha de entenderse por circulación o entrega vigilada, señalando al respecto que ello hace referencia a *“la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”*.

Por tanto, de este precepto se infiere la existencia previa del delito de tráfico de drogas y que la adopción o autorización de la entrega vigilada permitirá obtener más datos acerca del mismo. Es decir, que con la autorización de este medio de investigación no se

trataría de averiguar dicho delito sino “sino la búsqueda de pruebas y datos, así como la averiguación de sus partícipes⁵⁴”.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2004, número 21/2004, define la entrega vigilada en su Fundamento Jurídico tercero como “la operación en la que, teniendo localizada la sustancia antes de intervenirla, se permite continúe su camino potencialmente controlada, hasta que se efectúe su entrega, con objeto de identificar y detener a los destinatarios”.

En el año 1999, a través de la reforma mencionada de la Ley Orgánica 5/1999, se añadió un cuarto apartado a este artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual dispone que “la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán cabo respetando en todo momento las garantías judiciales

⁵⁴ DEL POZO afirma que en estos casos “el conocimiento de la existencia del delito es previo. La técnica se utiliza para conocer todos los datos posibles en relación al mismo. Una vez comprobada la ilicitud del contenido del envío se permite, con determinados requisitos, su circulación con el fin de obtener los mayores datos posibles de la red delincencial, todo ello bajo un mecanismo de estricta vigilancia. De este modo, se produce un retraso en el deber vigente para todo ciudadano de denunciar de modo inmediato toda conducta delictiva de la que tenga noticia, así como en la obligación que toda autoridad tiene de proceder de manera inmediata a la comprobación y averiguación del hecho denunciado. Es decir, en este supuesto, a pesar de que el artículo que acabamos de citar equipara remesa ilícita a sospechosa de serlo, este extremo ha de estar acreditado; es un presupuesto necesario, el delito es conocido; no se pretende averiguar un delito, de cuya existencia no se tiene duda, sino la búsqueda de pruebas y datos, así como la averiguación de sus partícipes”. DEL POZO, Marta. “La entrega vigilada como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española”, *Pensamiento jurídico*, N.º 21, 2008, pp. 153-190, p. 162.

establecidas en el ordenamiento jurídico, con la excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley⁵⁵.

4.2. El agente encubierto

La figura del agente encubierto, como medio de investigación procesal, se regula en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual fue introducido por la reforma mencionada de la Ley Orgánica 5/1999. El agente encubierto está previsto para investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada, como así señala el primer inciso de dicho precepto.

Destacar, de acuerdo con el apartado primero del referido artículo, que únicamente podrán actuar como agentes encubiertos, esto es, actuar mediante una identidad supuesta, los funcionarios de la Policía Judicial, debiendo ser autorizado por el Juez de Instrucción o por el Ministerio Fiscal, pero en este caso dando inmediata cuenta al Juez, mediante una resolución fundada y en atención a los fines de la investigación.

Ahora bien, como se indica el apartado tercero de dicho precepto, no puede obligarse a que un determinado funcionario de la Policía Judicial actúe como agente encubierto, mediante la referida identidad supuesta. Por tanto, ha de ser aceptada voluntariamente por dicho funcionario⁵⁶.

⁵⁵ El artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “*para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado. Éste o la persona que designe podrá presenciar la operación*”.

⁵⁶ Por Policía Judicial debemos entender aquella “función específica dentro de las funciones de la Policía General, basada en los criterios de la Policía científica, destinada a la investigación de los hechos punibles, la persecución y el aseguramiento de los delincuentes, poniendo a disposición de la autoridad judicial y eventualmente, del Ministerio Fiscal, los resultados de su averiguación” QUERALT JIMÉNEZ, Josep. *Introducción a la Policía Judicial*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 13.

La figura del agente encubierto, además de actuar bajo una identidad supuesta, permite también “*adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*” (apartado primero del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Dicho artículo señala también, que esta identidad supuesta la otorgará el Ministerio del Interior por un determinado plazo, seis meses, aunque podrá prorrogarse por periodos seis meses, “*quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad*” (*in fine* del párrafo primero del artículo 282 bis.1).

El Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal (dando cuenta inmediata al Juez), son los que autorizan a actuar o no mediante la identidad supuesta, como hemos avanzado más arriba. La resolución por la cual autorizan dicha actuación, deberá contener tanto el nombre verdadero del funcionario de la Policía Judicial, como la identidad supuesta que se le asigna para actuar en caso de que se trate. Esta resolución, establece el párrafo segundo del artículo 282 bis.1, “*será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad*”.

En cuanto a la información sobre la que vayan teniendo acceso por su actuación a través de la identidad supuesta, deberá ser remitida al órgano que autorizó su actuación, información que, posteriormente, “*deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente*” (*in fine* del apartado primero del artículo 282 bis).

Asimismo, hay que tener en cuenta que en el caso de que el agente encubierto sea requerido en un proceso para proceder a testificar, lo hará con dicha identidad falsa, como señala el apartado segundo del referido precepto⁵⁷.

⁵⁷ Artículo 282 bis.2: “*Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que*

Como se ha indicado más arriba, la actuación del agente encubierto tiene lugar únicamente ante supuestos de delincuencia organizada, entendiéndose por tal, de acuerdo con el apartado cuarto del artículo 282 bis, “*la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:*”

“a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal;

b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal;

c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal;

d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal;

e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal;

f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal”, entre otros⁵⁸.

hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre”. Y añade este apartado segundo, que “ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto”.

⁵⁸ El resto de delitos a los que hace referencia el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referente al concepto de delincuencia organizada, son los siguientes: “*g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal; h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal; i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal; j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal; k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal; l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal; m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal; n) Delitos de terrorismo previstos*

En cuanto la responsabilidad penal del agente encubierto, teniendo en cuenta que su actuación atenta los derechos fundamentales de los sujetos intervenidos, por ejemplo, cuando no se motiva suficientemente la resolución que autoriza dicha intervención por el órgano judicial, además de infringir el principio de legalidad en cuanto que el agente encubierto participa en los hechos delictivos, se regula en el apartado quinto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Destacar, antes de abordar dicha responsabilidad penal que, el agente encubierto cuando entienda que sus actuaciones de investigación entrañen una intromisión a los derechos fundamentales, *“debe solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables”* (apartado tercero del artículo 282 bis).

Dicho apartado establece expresamente que estará exento penalmente respecto a las actuaciones que *“sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”*.

En el caso de que se inicie una investigación penal contra el agente encubierto por sus actuaciones realizadas mediante la infiltración, el párrafo segundo del apartado quinto del referido artículo, especifica que en estos casos *“para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda”*.

en los artículos 572 a 578 del Código Penal; o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”.

En estos casos, cuando se inicia una investigación penal contra el agente encubierto por sus infiltraciones y actuaciones, entendemos que será su identidad real en base a la cual se le imputarán los hechos.

Por último, destacar que el apartado sexto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁹ también permite a los funcionarios de la Policía Judicial, previa autorización por el juez de instrucción, actuar con dicha identidad falsa o supuesta “*en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a*”.

En estos casos, en el ámbito informático y con su debida autorización, puede proceder a “*intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos*”, como así establece este apartado sexto del artículo 282 bis.

⁵⁹ Modificado por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOE número 239, de 6 de octubre de 2015.

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis jurídico realizado sobre el delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español, podemos extraer las siguientes conclusiones a modo de síntesis:

PRIMERA. - Las drogas siempre han existido en las diferentes sociedades y dependiendo de cada momento histórico han sido o no objeto de regulación. Tras los avances científicos, a principios del siglo XX se da cuenta de los efectos nocivos que puede acarrear en la salud de las personas en general y en la sociedad en su conjunto, lo cual se decide dar el paso en su regulación a fin de combatir estas conductas consideradas, cuestión que consideramos de suma importancia a fin corregir estas actuaciones ilícitas. Si bien, considero también que su erradicación no solo puede partir de la vía penal sino también del trabajo de prevención e información sobre sus consecuencias negativas.

SEGUNDA. - El delito de tráfico de drogas se regula en el Código Penal, delito que ha sido objeto de varias reformas hasta su regulación actual, perfilándose y concretando con el transcurso del tiempo la conducta típica del mismo y los tipos agravantes y atenuantes. El delito de tráfico de drogas en el Código Penal actual de 1995, se regula en el Título XVII, del Capítulo II del Libro II, artículos 359 al 378. Dichos preceptos han sido objeto de reforma en el año 2003 y 2010 encaminadas, sobre todo, a una mayor penalidad.

TERCERA. - La salud pública colectiva es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas, estableciéndose en el artículo 368 del Código Penal la conducta típica. Dicho precepto distingue al respecto varias conductas, que son las referentes a actos de cultivo, actos de elaboración, actos de tráfico, así como actos de un modo diferente a los anteriores se promueva, favorezca o facilite el consumo de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias.

CUARTA. - La jurisprudencia del Tribunal Supremo delimita conceptualmente cada una de las conductas típicas que se describen en el mencionado artículo, diferenciándolas con

otras conductas que, a pesar la cierta implicación que entraña con el delito de tráfico de drogas, quedan fuera del ámbito penal y, por tanto, exentas. Estas conductas atípicas hacen referencia, por ejemplo, al autoconsumo o consumo compartido, en las que se considera que la cantidad de droga es insignificante y que no entraña peligro para la salud colectiva, debiendo ser castigadas por la vía administrativa, solución que al respecto comparto.

QUINTA. - Además de la conducta típica del párrafo primero del artículo 368, el Código Penal contempla también supuestos atenuantes, en atención a la escasa entidad del hecho, esto es, que no entraña una lesión o puesta en peligro a la salud pública colectiva, y en atención a las circunstancias personales del sujeto activo, en cuyo caso se establecerá una pena inferior en grado a la del tipo básico. También se contemplan supuestos agravados en base al modus operandi y en atención a los sujetos activos y sujetos pasivos, implicando en estos casos un incremento de peligro o mayor riesgo para el bien jurídico protegido y, por tanto, en estos casos agravantes la pena a aplicar será uno o dos grados respecto a la establecida para el tipo básico.

SEXTA. - Para hacer frente a las organizaciones criminales en el tráfico ilegal de droga, y como medios de investigación procesal, se contemplan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal distintos medios, entre los que cabe destacar el agente encubierto y la entrega vigilada. La principal diferencia radica en que en el primero su previsión es exclusivamente para las actuaciones judiciales o diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, es decir, que el agente encubierto no está previsto para aquellas diligencias policiales de prevención por propia iniciativa de los mandos policiales, a diferencia de lo que ocurre en la entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

SÉPTIMA. - Desde mi punto de vista, considero importante que los actos ilícitos relativos al tráfico de drogas se penalicen y se dé una respuesta punitiva al respecto. No obstante, considero de gran relevancia el trabajo que ha de hacerse en su prevención precoz, sobre todo, en los adolescentes para evitar que, posteriormente, entren en contacto con las

drogas y puedan llegar a formar parte de todo el entramado que implican estas conductas ilícitas y penadas en el actual Código Penal. Por todo ello, sería conveniente que, desde instancias policiales, se acudiese a centros escolares y se diesen charlas al respecto, entre otras instituciones que puedan involucrarse al respecto en este trabajo de prevención.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Libros y artículos

ACALE SÁNCHEZ, María. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

DEL POZO, Marta. “La entrega vigilada como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española”, *Pensamiento jurídico*, N.º 21, 2008, pp. 153-190.

EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes. *Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico penal sustantivo y procesal* (Tesis doctoral). Madrid: UNED, 2015.

GALLEGO SOLER, José Ignacio y JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas II: (un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 377 y 378 del CP, y tratamientos jurisprudenciales*. Barcelona: Bosch, 1999.

GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada”, *Letras jurídicas*, N.º 20, 2009, pp.35-57.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. “Jurisprudencia penal e interpretación teológica en materia de drogas”, *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 5, 1998, pp. 1551-1561.

MOLINA PÉREZ, Teresa. “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVIII, 2005, pp. 96-116.

MOLINA PÉREZ, Teresa. “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV, 2011, pp. 303-316.

MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier. *Delitos contra la salud pública*. Barcelona: Bosch, 2007.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan y DíEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.). *Las drogas en la delincuencia y su tratamiento por la administración de justicia. Boletín Criminológico*. Instituto andaluz universitario de criminología. Sección de Málaga. Para el Consejo General del Poder Judicial, 2002.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*. Bosch: Barcelona, 1986.

QUERALT JIMÉNEZ, Josep. *Introducción a la Policía Judicial*. Barcelona: Bosch, 1999.

RACHID, Hammu (2017). *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas* (Tesis doctoral). Universidad de Granada, 2017.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. “El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial), *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 4, 2000, pp. 1597-1599.

SOTO NIETO, Francisco. *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*. Trivium: Madrid, 1989.

6.2. Jurisprudencia citada

STS de 22 de febrero de 1997, número 243/1997.

STS de 7 de noviembre de 2000, número 1701/2000.

STS de 28 de junio de 2002, número 1199/2002.

STS de 9 de diciembre de 2002, número 2054/2002.

STS de 27 de mayo de 2003, número 781/2003.

STS de 2 de diciembre de 2003, número 1627/2003.

STS de 14 de enero de 2004, número 21/2004.

STS de 12 de marzo de 2004, número 298/2004.

STS de 23 de junio 2005, número 808/2005.

STS de 8 de febrero de 2006, número 155/2006.

STS de 13 de marzo de 2006, número 339/2006.

STS de 24 de abril de 2006, número 456/2006.

STS de 2 de abril de 2007, número 300/2007.

STS de 31 de octubre de 2007, número 1795/2007.

STS de 14 de diciembre de 2009, número 1254/2009.

STS de 25 de enero de 2011, número 32/2011.

STS de 27 de julio de 2012, número 652/2012.

STS de 27 de noviembre de 2012, número 705/2012.

STS de 5 de abril de 2013, número 270/2013.

STS de 16 de octubre de 2014, número 4060/2014.

STS de 23 de diciembre de 2014, número 890/2014.

STS de 23 de julio de 2015, número 1152/2015.

STS 7 de septiembre de 2015, número 484/2015.

STS de 22 de noviembre de 2016, número 4981/2016.

STS de 15 de septiembre de 2018, número 3520/2018.

STS de 25 de octubre de 2018, número 3672/2018.

STS de 24 de marzo de 2019, número 261/2019.

STS de 24 de mayo de 2019, número 261/2019.