

LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995: ASPECTOS BÁSICOS.

José M. Lorenzo Salgado
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. BIEN JURÍDICO. 3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. 4. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA RELACIONADOS CON EL COMERCIO. 5. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA RELATIVOS A DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.

1. INTRODUCCIÓN.

Bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad colectiva” se agrupan en el título XVII del libro II del CP una serie de infracciones con cuya tipificación se pretende salvaguardar la seguridad general frente a determinadas situaciones de peligro. No se prevén, claro es, dado el principio de intervención mínima imperante en el campo penal, todas las conductas originadoras de riesgo (o susceptibles de crearlo) para la seguridad colectiva, sino que el legislador, a través de los cuatro capítulos de que consta dicho título, ha seleccionado aquellos comportamientos que comprometen (o pueden comprometer) el indicado bien jurídico en relación únicamente a determinados aspectos —aunque, sin duda, los más relevantes— de esa seguridad general.

Y entre tales comportamientos figuran, en el capítulo III, los afectantes a la salud pública, capítulo en el que cabe diferenciar las infracciones contra la salud pública que podríamos identificar en general como “relacionadas con el comercio” y los delitos referidos al tráfico de drogas en general, grupo de delitos éste cuya importancia dogmática y proyección criminológica no necesita ser subrayada, por lo que le prestaremos especial atención.

2. BIEN JURÍDICO.

El bien jurídico tutelado por los delitos comprendidos en el capítulo III es la «salud pública», expresión sobre la cual se ha podido decir que “no guarda relación con la titularidad del bien jurídico, sino más bien con la afección plural e indeterminada [de la salud o de la vida individuales] a que dan lugar estas figuras delictivas” (Doval Pais). Se trataría, de esta suerte, de la protección no de un bien jurídico distinto al de la salud de las personas, sino del amparo de ese mismo bien jurídico con una “distinta estrategia normativa”, a través de preservar frente a determinados ataques el “conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud”. Ello permite sostener, en definitiva, que estamos ante un objeto jurídico colectivo de los que podrían denominarse “de referente individual”, esto es, ante un bien “que alude a unas condiciones que sirven para garantizar bienes jurídicos individuales”. En este sentido, debe insistirse en que la característica fundamental de las infracciones del capítulo III consiste en suponer un peligro general para la salud, o lo que es lo mismo, no un peligro para una concreta persona, sino un riesgo de general proyección para los ciudadanos: estaríamos en presencia, por tanto, de un objeto de protección colectivo vinculado a intereses individuales¹.

Tal general caracterización, decisiva para un adecuado entendimiento de la presente materia, necesita ser complementada en referencia al tráfico de drogas, terreno en el que, según relevantes sectores doctrinales, es preciso, en efecto, destacar: 1) de una parte, que con los delitos contra la salud pública en general de lo que se trata es de evitar peligros en la salud de quien no quiere sufrírselos, cosa que no ocurre necesariamente con los delitos relativos a drogas, ámbito en el que, además, 2) de otra parte, ha de tomarse en consideración, y en un primer plano, la progresiva pérdida de autonomía decisoria del consumidor, aspecto éste que otorga especificidad al fenómeno de las drogas: es la dependencia que crea en quienes las consumen, afectando de una manera directa su capacidad de autodeterminación, un concepto que deviene clave en esta singular regulación² [También han de tenerse en cuenta en este campo —se afirma desde otras perspectivas— los aspectos económicos (extraordinarias ganancias) derivados del tráfico de drogas, aspectos que explican, por ej., la existencia del comiso específico del art. 374 y la adopción del modelo de multa proporcional].

¹ Cfr. Doval Pais, A., *Delitos de fraude alimentario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 239 ss. En esta monografía se recogen de modo sistemático las distintas aportaciones de la doctrina sobre el bien jurídico y la posición de la jurisprudencia (pp. 163 ss.)

² De este modo, por ej., Carbonell Mateu, J. C., *Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas*, en “La problemática de la droga en España”, Edersa, Madrid, 1986, p. 339 s.; Díez Ripollés, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 41 s.

La Exposición de Motivos del PCP de 1992, a diferencia de las del Proyecto de 1994 y CP de 1995, alude al tema del bien jurídico, en referencia a las drogas, en los siguientes términos: “En este título aparece uno de los problemas principales para la política criminal actual, cual es el tráfico de drogas. Parece suficientemente admitido que la salud individual no es el bien que se quiere proteger, y la explicación más contundente se resume en la ajenidad penal de la decisión de suicidarse. Por lo tanto carecería de sentido incriminar por sí mismo un determinado modo de minar o destruir la propia salud. La extendida idea de que el autoconsumo ha de quedar fuera del derecho penal obedece a este planteamiento, como bien es sabido. Ello no obstante, no impide que el Estado deba, de acuerdo con su condición social y democrática, ofrecer una posibilidad de recuperación al delincuente drogadicto, que se traduce en las particulares medidas de tratamiento y alternativas a la pena que contempla el libro I. Pero la razón de la intervención punitiva no puede ser otra que la convicción de que se trata de un mal cuya propagación debe evitarse por ser claramente criminógeno y por producir la invalidez social de los sujetos afectados”.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA.

Antes de examinar los principales problemas que plantean los arts. 359 ss y 368 ss., importa poner de relieve brevemente los rasgos más relevantes de este grupo de delitos, rasgos extensibles en buena medida, *mutatis mutandis*, a los incluidos en el título XVII (libro II).

A) El primero de ellos tiene que ver con la configuración de los tipos delictivos, dado que el CP, habida cuenta de los intereses en juego, adopta en esta materia un adelantamiento de las barreras de protección al momento mismo en que se origina el peligro para el bien jurídico, o en el que surge la conducta peligrosa, anticipando, así, la consumación del delito a fin de evitar que la efectiva lesión del objeto de tutela llegue a verificarse. Y, en ocasiones, se elevan, incluso de modo autónomo, al rango de delictivos algunos actos, como los referidos al tráfico de *precursores*, que no es seguro, dado su alejamiento respecto del bien jurídico “salud pública”, que puedan merecer siquiera en todos los casos el calificativo de preparatorios (cfr. el art. 371)³. Se estructuran, en fin, de este modo, la mayoría de los tipos relativos a la salud pública como delitos de peligro, construyéndose esencialmente como delitos de *peligro abstracto*, en los que se exige que la conducta sea objetivamente peligrosa, aunque luego no haya originado peligro alguno (es el caso, por ej., del los arts. 359 o 368⁴) y como delitos de *peligro concreto*, cuya

³ Cfr. Díez Ripollés, *Los delitos...*, cit., p. 18; Valle Muñiz, J. M.-Morales García, O., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, , pp. 1022 s.

⁴ Para Bacigalupo, mientras que la *tenencia* con fin de tráfico sería una modalidad de peligro abstracto, el resto de las conductas (que exigen el resultado de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal) constituirían supuestos de peligro concreto. Cfr. Bacigalupo Zapater, E., *Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas (art. 344)*, en “La problemática de la droga en España”, vol. cit., pp. 93 ss.

característica básica es la de requerir que la acción haya provocado un resultado de concreto peligro de lesión (es el supuesto, por ej., del art. 361).

B) El mencionado adelantamiento o anticipación de las barreras punitivas, mediante el recurso a la técnica de los delitos de peligro, responde, según se acaba de señalar, a la entidad del bien jurídico, en cuanto que la protección penal no va dirigida a impedir, en primera línea, que emerja el peligro de destrucción o menoscabo de la salud de un concreto miembro de la comunidad, sino la salud de todos o parte de los que la componen. De esta manera, una característica dogmática de esta clase de delitos consiste en que los mismos aparecen estructurados como delitos de peligro común, delitos en los que “el peligro se da para un conjunto de personas..., o bien, cuando se trate sólo de una persona..., que ésta no se vea afectada de un modo individualizado (como ‘esa’ determinada persona), sino que los sea en cuanto parte de una generalidad indeterminada”⁵.

C) Conviene resaltar en concreto que, frente a la posición mayoritaria de la jurisprudencia y a la opinión de algunos autores, estimando que el delito de tráfico de drogas —delito clave dentro del cap. III del tít. XVII— se configura como una infracción de mera actividad, por no requerirse en ella ningún resultado que supere la pura conducta típica⁶, se ha podido afirmar que en la posesión de drogas se precisa el resultado de la disponibilidad, por lo que estaríamos ante un delito de resultado y no de mera conducta, resultado que también se exige en el cultivo o en la elaboración de drogas⁷.

D) De otra parte, el fundamental dato de que la salud sea referida, conforme a lo apuntado, no a sujetos pasivos individualizados, sino al conjunto de los miembros de la colectividad, ha de llevar, cuando se den los presupuestos para ello, a la apreciación de un concurso de delitos entre los del capítulo III y los que contemplan concretos ataques a la vida o a la integridad y salud de los sujetos

⁵ Escrivá Gregori, J. M^a., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1967, p. 67.

⁶ Así, por cj., Rey Huidobro L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1987, p. 202

⁷ De este modo: Luzón Peña, D. M., *Tentativa y posesión en el tráfico de drogas*, en La Ley, 1989, 2, p. 759. Vid., también, Córdoba Roda, J., *El delito de tráfico de drogas*, en Estudios Penales y Criminológicos, VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 27 y s. Debe recordarse aquí que las clasificaciones entre delitos de lesión-peligro, por una parte, y de resultado-actividad, por otra, responden a puntos de vista distintos y, por esto mismo, son susceptibles de producir combinaciones diversas. Sobre dicha falta de paralelismo, vid., entre otros, Octavio de Toledo y Ubieto, E.-Huerta Tocildo, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. R. Castellanos, Madrid, 1986, p. 162; Rodríguez Ramos, L., *El “resultado” en la teoría jurídica del delito*, en CPCrim, 1977, n° 1, pp. 53 y ss.

individuales⁸ (en alguna ocasión, para hipótesis recogidas en otros capítulos del título XVII, se impone legalmente, por el contrario, la solución del concurso de leyes, como sucede en el art. 383).

E) Ha de significarse, igualmente, que los delitos contra la salud pública vinculados al “comercio” son punibles por la vía de la imprudencia cuando ésta sea grave (art. 367) [tal como ocurre también con otras infracciones del tit. XVII, por ej., en los estragos: art. 347], cosa que no ocurre con el resto de los delitos contra la salud pública (los referidos a drogas), para los que no existe cláusula semejante de incriminación específica, condición ésta que, conforme al sistema del *numerus clausus* que acoge nuestro vigente CP (art. 12), resulta imprescindible para castigar las conductas culposas, situación, por lo demás, que en este punto no difiere de lo que la doctrina mantenía —imposibilidad de la incriminación culposa— sobre las conductas relativas a drogas previstas en el CP anterior, puesto que las mismas reclamaban un especial elemento subjetivo, irreconciliable con la comisión imprudente, consistente en el ánimo de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.

F) Cabe destacar, además, la frecuente utilización en esta materia de las leyes penales en blanco, técnica mediante la cual se viene a remitir el CP a normas de naturaleza extrapenal y que generalmente tienen carácter reglamentario, normas que pueden cobrar importancia, de acuerdo a lo apuntado por algún autor⁹, en el delito de tráfico de drogas mediante el expediente de entender incorporados a las Listas de los Convenios internacionales a través, por ej., de un reglamento o, incluso, de una orden ministerial, algún estupefaciente o sustancia psicotrópica no contemplados como tales en las mismas.

Y al respecto, si bien no puede dejar de reconocerse que las leyes penales en blanco obedecen a la necesidad de soslayar la petrificación de las normas —dados los fuertes condicionamientos histórico-sociales a que están sometidos determinados sectores a los que se dirige la regulación penal, de especial intensidad en alguno de ellos—, lo cierto es que su consagración en los textos punitivos despierta fundados recelos, que nunca está demás destacar, puesto que a su través puede ponerse en riesgo el estricto legalismo que ha de imperar en el Derecho penal. La doctrina española viene a admitir, por ello, su compatibilidad con el principio de legalidad siempre que la llamada norma complementaria, o fuente a la que se remite la

⁸ Vid. Doval Pais, *Delitos...*, cit., pp. 363 ss, autor que, por más que sostenga que en este ámbito el bien jurídico no se diferencia del bien jurídico individual “salud de las personas”, llega razonadamente a las mismas conclusiones en sede concursal que quienes mantienen que estamos en presencia de un bien jurídico colectivo. Para ello distingue entre las hipótesis de peligro general colectivo, peligro general individual, peligro especial colectivo y peligro especial individual.

⁹ Boix Reig, J.-Jarcño Leal, A., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1686; Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes*, cit., p. 71 s.; Valle Muñoz, J. M.-Morales García, O., en *Comentarios ...*, cit., p. 1003.

norma penal, se limite simplemente a especificar detalles técnicos del tipo, cuyo contenido de desvalor ha de estar enteramente delimitado por la ley. El tipo penal, en definitiva, ha de contener el núcleo esencial de la materia de prohibición (así, por ej., STC 127/1990). Fuera de la indicada nota —ausencia de fijación de la norma penal de los presupuestos que fundamentan la sanción, a modo de núcleo básico de la materia prohibida—, no cabe sino ver en la técnica de las leyes penales en blanco un frontal ataque al axioma legalista.

G) Es importante, asimismo, subrayar que en los delitos contra la salud pública relacionados “con el comercio” es posible, a tenor de lo que dispone el art. 366, “imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129”, medidas respecto de locales o establecimientos abiertos al público que se contienen también en el art. 370 para modalidades de tráfico de drogas, a las que han de sumarse las previstas en este precepto relativas a la disolución de la organización o asociación, suspensión de sus actividades o prohibición de que realicen actividades, operaciones mercantiles o negocios, que hayan facilitado o encubierto el delito.

H) Debe resaltarse, por último, la previsión en los arts. 359 a 364 de la pena de inhabilitación especial (para profesión, oficio, industria o comercio, según los casos), previsión específica que hace difícilmente entendible lo dispuesto con carácter general para todo el capítulo por el art. 372, artículo en el que se consigna, de nuevo, la pena de inhabilitación especial. Se trata, indudablemente, de un defecto de técnica legislativa.

Según Vidales Rodríguez, “la remisión que se hace a todo el Capítulo [por el art. 372] constituye un error, ya que todos los delitos que allí se contemplan conllevan ya la pena de inhabilitación especial...Además será realmente difícil que algunas de las conductas contempladas en este Capítulo, pueda ser cometida por las personas que se señalan. Así, piénsese, por ejemplo, la imposibilidad de que la autoridad o agente de la misma, un docente o educador —siempre en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio— elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los depache o suministre o comercie con ellos”¹⁰. En suma, se inclina esta autora por vincular el art. 372, pese a su proyección formal sobre todo el capítulo, únicamente a los delitos relacionados con el tráfico de drogas, artículo, por lo demás, que no deja de seguir resultando sorprendente puesto que incluye “en la lista de sujetos susceptibles de ser inhabilitados a los empresarios e intermediarios en el sector financiero. Sin duda, el legislador estaba pensando en el delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, que...venía regulado...junto a los delitos relativos al tráfico de drogas...y, entonces, si tenía sentido inhabilitar a quien procediese a legitimar tales capitales, prevaleciendo de su condición de empresario o intermediario en el sector financie-

¹⁰ En parecido términos Valle Muñiz-Morales García, en *Comentarios...*, cit., p. 1024.

ro. Pero tras la ubicación del delito de blanqueo entre los delitos socio-económicos, creemos que no procede inhabilitar a estos sujetos por llevar a cabo comportamientos de los artículos 368 a 371 del nuevo Código penal¹¹.

4. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA RELACIONADOS CON EL COMERCIO.¹²

4. 1. Sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos

A regular las conductas punibles relativas a estas sustancias o productos dedica el CP los arts. 359 y 360:

4. 1. 1. Elaboración de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o despacho o suministro, o comercio con ellos, sin que el sujeto se halle debidamente autorizado (art. 359)

El art. 359, que tiene como antecedente el art. 341 del anterior CP, amplía las conductas tipificadas en éste, puesto que, de una parte, ya no requiere que la elaboración de las sustancias o productos químicos lo sea con ánimo de expendarlos, sino que exige únicamente la mera elaboración; y, de otra, porque castiga su despacho, suministro o comercio, con lo cual se comprende en su radio de aplicación, por ej., la simple donación (*suministrar*), no abarcada por los verbos típicos del art. 341 del derogado texto punitivo (despachar, vender o comerciar)¹³.

¹¹ Vidales Rodríguez, C., *De las conductas afines al encubrimiento y a la receptación en el ámbito del delito de tráfico de drogas*, Tesis Doctoral inédita, p. 506 s. Como consecuencia de la confusión legislativa apuntada por esta autora, también se reproduce similar error en el art. 303, precepto relativo al delito de receptación y conductas afines (el art. 301. 1, párr. 2º agrava la pena cuando los bienes tengan su origen en un delito de tráfico de drogas) que prevé la inhabilitación especial para determinados sujetos entre los que cita a facultativos, trabajadores sociales, docentes y educadores: “En relación con estos sujetos —subraya Vidales Rodríguez—, cabe denunciar lo que, en nuestra opinión, no se trata sino de un error originado por el tratamiento conjunto del que, hasta ahora, venían siendo objeto el blanqueo de capitales y el tráfico de drogas. Sólo así se explica que pueda inhabilitarse a quien legitima capital en el **ejercicio de su profesión** siendo facultativo, trabajador social, docente o educador” (Cfr. Vidales Rodríguez, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, 3, Valencia, 1997, p. 145)

¹² Aunque la denominación de delitos contra la salud pública “relacionados con el comercio”, que ya hemos empleado en apartados anteriores, no pueda considerarse, a la vista de los arts. 359 a 367, enteramente exacta, es lo cierto que la misma cuadra a la casi totalidad del contenido de tales arts, siendo, por lo demás, lo bastante significativa como para que se justifique su utilización en estas páginas.

¹³ Tal diferencia la ponen de relieve todos los autores que se han ocupado del tema. Vid., por ej., Conde-Pumpido Ferreiro, C., en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 3374.

Con todo, el ámbito del que ahora es el vigente art. 359 (que, al igual que el art. 360, nace en el CP de 1848 como tipo básico de los delitos contra la salud pública) se ha ido reduciendo hasta límites que lo hacen —en decir de parte de la doctrina— casi inoperante, y ello como consecuencia de la sucesiva incorporación al CP de delitos sancionadores de específicas conductas relacionadas con determinadas sustancias y productos. Piénsese, v. gr., en infracciones referidas a materiales nucleares o elementos radiactivos (art. 345) o a drogas (art. 368 ss.), y, por supuesto, a medicamentos o alimentos (arts. 361 s. y 363 s, que, evidentemente, no son *per se* nocivos para la salud, sino todo lo contrario), infracciones que, en virtud del principio de especialidad, resultarán de preferente aplicación.

El objeto material del art. 359 (y el de su complemento: el art. 360) se ha de delimitar, pues, negativamente, sin que, a juicio de algún autor, le quede un contenido sustancial propio que avale su inclusión en el CP. Se trata, en definitiva, de un tipo subsidiario, cuya trascendencia práctica, según nos recuerda la doctrina¹⁴, es ciertamente nula, como lo demuestra el hecho de que el TS no haya tenido ocasión de aplicarlo en los últimos veinticinco años. Y se trata, por consiguiente, de una norma altamente perturbadora, sin parangón en los textos penales de los países de nuestro entorno, cuya inclusión en el CP, tal como aparece estructurada, provoca problemas exegéticos que el legislador debió, desde luego, haber evitado.

Así, y como advierte García Albero¹⁵, si entendemos que los *productos*¹⁶ químicos que puedan causar estragos son los susceptibles de producir daños masivos en la

¹⁴ Cfr. Feijóo Sánchez, B., en *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 986 s. Señala Carmona Salgado que “es difícil imaginar una sola situación a la que uno u otro [sc., los arts. 359 y 360] resulten aplicables, pues para su concreta tipificación siempre existirá otra disposición similar, más idónea que ellos, pero relativa también a la tutela de la salud pública, motivo por el que obviamente los desplazará, creo que lo correcto es solicitar la futura derogación de tales preceptos, con lo que se evitarían numerosos problemas concursales que habitualmente surgen entre las figuras delictivas que incorporan y otras de similar contenido, no siempre de fácil solución” (en *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 129). Al respecto, considera Conde-Pumpido Tourón (en *Código Penal...*, cit., p. 3384) que cuando se trata de sustancias explosivas, inflamables, incendiarias o asfixiantes (cuya tenencia, depósito, fabricación, tráfico transporte, o suministro, de cualquier forma no autorizada, sanciona el art. 568 con pena más grave que la del art. 359) es planteable aplicar el art. 359 cuando, con riesgo abstracto para la salud pública, no exista intención de atentar contra el orden público y concurra la ausencia de autorización (si se incumplen las formalidades legales, estando el sujeto autorizado, el art. a tener en cuenta sería el 360).

¹⁵ Cfr. García Albero, R., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, vol. cit., p. 1606 s.

¹⁶ La doctrina interpreta que *producto químico* y *sustancia* son términos equiparables. Vid., por todos, Guinarte Cabada, G., *El delito de elaboración y tráfico ilícitos de sustancias nocivas o productos peligrosos (art. 341 del Código penal)*, en “Estudios penales en homenaje al Profesor Agustín Fernández Albor”, Univ. de Santiago de Compostela, 1989, p. 405, para quien “la diferencia entre las sustancias nocivas y los productos químicos peligrosos...ha de buscarse en la diversa aptitud que caracteriza a cada uno de ellos: en el primer caso la capacidad de ser nocivo para la salud, y en el segundo la de causar estragos en medios distintos del humano...”

salud, la alternativa legal sería redundante, pues ya resultaría abarcada por la mención a “sustancias nocivas a la salud”. Y si, por el contrario, consideramos que dicha previsión legal se refiere a la aptitud de los productos para ocasionar gran destrucción o daño para bienes muebles o inmuebles o para el medio ambiente, entonces su ubicación sistemática entre los delitos contra la salud pública aparece como incomprensible¹⁷. Y es este mismo autor quien pone de relieve las claras disfunciones que, igualmente, se producen en esta materia si reparamos en que el art. 348 castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años algunas conductas equiparables a las del art. 359, siempre que el peligro potencial de estragos (que el precepto no excluye) entrañe en todo caso un concreto peligro para la vida, integridad física, salud de las personas o medio ambiente (se encuentre o no el sujeto activo autorizado a realizar el transporte, etc.), mientras que este último precepto sanciona con mayor pena (prisión de seis meses a tres años) el mero peligro abstracto de estragos; esto es, se trata con menor rigor la comisión del delito de peligro concreto que la del de peligro abstracto.¹⁸

Puestos de relieve los defectos indicados, la doctrina, al analizar los elementos básicos que conforman la presente tipicidad, subraya, por lo que al objeto material atañe, que la nocividad o la peligrosidad de las sustancias o productos ha de entenderse vinculada al objeto en sí mismo considerado y no a las especiales condiciones de determinadas personas o a las manipulaciones o alteraciones efectuadas en el mismo, siendo mayoría los autores que utilizan el concepto de nocividad empleado por el Código alimentario (“es nociva toda sustancia que utilizada con criterio de normal prudencia y conforme a las prescripciones de su preparación y empleo, o en cualquier forma que se ajusta a prácticas de elemental previsión produzca efectos perjudiciales a la salud de los consumidores, usuarios o terceros. Igualmente lo es aquella cuyo uso repetido entraña peligro para la salud”)¹⁹ y los que estiman que los productos químicos —que deben ser idóneos

¹⁷ Pese a ello, esta es la interpretación que parece correcta a un sector doctrinal. Vid., en relación al CP de 1973, Guinarte Cabada, *El delito de elaboración...*, cit., p. 405. Recientemente, se ha señalado que por más que tales productos químicos hayan de ser de los que puedan causar estragos, y por tanto daños de gran importancia, la inclusión entre los delitos contra la salud pública de las conductas con ellos relacionadas se debe a que es un dato de la experiencia que de la realización de dichas conductas se puede seguir un relevante peligro para las personas. Cfr. Boix Reig-Pais Doval, en *Comentarios...*, cit., p. 1649 y Conde-Pumpido Ferreiro, en *Código Penal...*, cit., p. 3376 s.

¹⁸ Y para evitar que en tal caso la producción de un peligro concreto beneficie inconsecuentemente al sujeto, propone García Alberó (en *Comentarios...*, cit., p. 1607) recurrir al concurso ideal previsto en el art. 77, conforme al cual se impondrá la pena correspondiente al delito de mayor gravedad (curiosamente la del delito de peligro abstracto: art. 359) en su mitad superior.

¹⁹ En este sentido, vid. Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid”, 1979, n° 57, p. 104, a quien siguen un buen número de autores.

para causar estragos— han de ser productos explosivos o inflamables o de similar potencia destructiva, como, por ej., los corrosivos o los cáusticos.²⁰

La conducta, que se configura al modo de los tipos mixtos alternativos, consiste en elaborar, despachar, suministrar o comerciar con los objetos materiales, conducta —conforme a lo ya adelantado— de mayor amplitud que la que preveía el anterior CP, pues ahora se pune la mera elaboración (sin que se reclame la concreta finalidad de expender) y la transmisión o entrega gratuita u onerosa por negocio jurídico distinto de la compraventa (suministrar). La acción de despachar equivale a vender y la de comerciar significa negociar, hipótesis que concurrirá aun cuando no se realice la entrega efectiva.

El requisito de la ausencia de autorización es de suma importancia, pues el peligro del comportamiento se hace derivar, precisamente, de este elemento negativo, de suerte que no es preciso verificar que se haya dado un peligro concreto, aunque sí que la acción sea apta para llegar a producirlo, justificándose, por tanto, el precepto por la peligrosidad que puede suponer la realización de las conductas tipificadas por quien no está autorizado para ello (peligro abstracto).²¹

4. 1. 2. Despacho o suministro, sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos, de las sustancias a que se refiere el artículo anterior, cuando el sujeto se halle autorizado para su tráfico (art. 360)

La diferencia básica de esta figura con el artículo anterior ha de verse en la existencia de la preceptiva autorización, por lo cual el presente tipo tan sólo surge en conexión con las conductas que contempla —de despacho o suministro— si se incumplen las formalidades legales o reglamentarias. Se estructura esta infracción, en consecuencia, como una ley penal en blanco, a completar por lo dispuesto en la correspondiente normativa administrativa.

Ha de dejarse constancia, en todo caso, de que no basta para la existencia del delito con la simple realización de la conducta que contempla, por lo que si no puede acreditarse en el supuesto concreto la aptitud de la acción para llegar a comprometer el bien jurídico tutelado ha de afirmarse su atipicidad, puesto que el Derecho penal no puede pretender castigar la mera desobediencia de la normativa administrativa.²²

²⁰ Vid., entre otros, Boix Reig-Doval Pais, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, vol. cit., p. 1649; Carmona Salgado, en *Curso...*, cit., p. 130

²¹ Boix Reig-Doval Pais, *Comentarios...*, cit., p. 1650 s.

²² De esta suerte, como indica Feijóo Sánchez (en *Comentarios...*, cit., p. 989), sería impune el comportamiento de quien, sin cumplir las formalidades legales, adopta medidas de seguridad más adecuadas que las establecidas por las Leyes o Reglamentos.

Debemos destacar, por último, que la constitucionalidad del art. 360 ha sido puesta en duda, entre otros, por García Albero, dado que, en efecto, no parece que dicho precepto contenga el *núcleo esencial de la prohibición* que toda ley penal en blanco debe poseer para respetar la Magna Carta.²³

4. 2. Medicamentos

Según el art. 8. 1 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, por tal hay que entender “toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que puedan ser administradas a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezca sin explícita referencia a ellos”²⁴.

Como quiera que el bien jurídico tutelado es la salud humana, los medios terapéuticos a que alude el CP son los exclusivamente destinados a preservar la salud de las personas. Ello no impide, claro es, que se incluyan en el ámbito penal los destinados a animales siempre que tengan como propiedad, por ej., el evitar contagios a la persona de una determinada enfermedad. Lo decisivo, en consecuencia, no es tanto el destino directo del medicamento al hombre o al animal, cuanto que la realización de ciertos comportamientos respecto del mismo pueda

²³ Cfr. García Albero, en *Comentarios...*, cit., p. 1608. En parecidos términos: Mendoza Bucargo, B., en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, Vid., *supra*, apartado 3. F).

²⁴ Sobre el concepto de medicamento, puede verse Sánchez Martínez, *El delito farmacológico*, Madrid, 1995. Para Muñoz Conde (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 550 s.), habida cuenta de que el concepto de medicamento no es unívoco, consistiendo la principal dificultad del mismo en su distinción con los productos cosméticos o alimenticios, un criterio pragmático para trazar la distinción es el de considerar medicamentos aquellos *productos químico-farmacéuticos que sólo pueden venderse en farmacias*, mientras que aquellos otros cuya venta se permite en perfumerías y tiendas de comestibles no han de considerarse medicamentos, por más que también puedan venderse en farmacias.

El art. 6 de la Ley especifica que únicamente tendrán la condición de medicamento: “a) las especialidades farmacéuticas, b) las fórmulas magistrales, c) los preparados o fórmulas oficiales, d) los medicamentos prefabricados”. Los arts. 39 y ss. se refieren a determinados medicamentos especiales como los de origen humano derivados de la sangre, el plasma sanguíneo y los demás fluidos, glándulas y tejidos. Ello ha posibilitado que el TS afirmase el carácter de medicamento de la sangre en su sentencia de 18 de noviembre de 1991 (en la que se juzgó al Director médico y al Jefe de hematología del Hospital “Príncipe de España” de Cataluña” por haberse practicado en dicho Hospital transfusiones de sangre sin efectuar las pruebas reglamentariamente previstas sobre detección de anticuerpos VIH. En esta sentencia, como decimos, si bien se afirmó que la sangre constituía un medicamento, se absolvió a los sujetos de un delito contra la salud pública puesto que los verbos típicos de expender o despachar no cuadran a los medicamentos de origen humano, que no son susceptibles de venta).

comportar un riesgo para la vida o la salud de las personas²⁵. Así pues, la limitación del alcance del concepto de medicamento a este respecto, ha de realizarse a través del requisito exigido por los arts. 361 y 362 de que se ponga en peligro la vida o la salud de las personas²⁶.

En este apartado debemos diferenciar las dos siguientes tipologías:

4. 2. 1. Expendición o despacho de medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas (relativas a su composición, estabilidad y eficacia) o sustitución de unos por otros, con puesta en peligro de la vida o la salud de las personas (art. 361).

La expresión “medicamentos deteriorados” ha de ser vinculada a aquellos medicamentos que bien por el transcurso del tiempo, bien por deficiencias en su conservación, hayan perdido las cualidades que le eran propias en el momento de su elaboración. Si el estado peligroso del medicamento lo es por el transcurso del tiempo fijado para su administración, estaremos ante la “caducidad”, que interesa a este precepto siempre que, al igual que se requiere para las demás conductas, se pongan en riesgo la vida o la salud.

Contempla también el art. 361 las hipótesis en que el medicamento es de “mala calidad” por incumplir exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad o eficacia.

Finalmente, y en lo que respecta a la sustitución de unos medicamentos por otros (que es admisible si se observa lo que prescribe el art. 90 de la Ley del Medicamento²⁷), se había señalado por la doctrina en relación con el CP de 1973 que tal conducta, pese a que en su art. 343 ello no apareciese explicitado, debía poner en peligro la vida o salud, puesto que de no ser así se producirían resultados altamente insatisfactorios, tales como, por ej., el que la sustitución beneficiosa de un medicamento por otro de mejor calidad diese lugar a responsabilidad criminal; ahora, el art. 361 recoge ya expresamente una infracción de peligro concreto, esto es, es la propia dicción legal la que impone para la existencia del delito—sin necesidad, pues, de acudir a la interpretación teleológica— el que la sustitución comporte un peligro efectivo para la vida o salud humanas.

²⁵ Cfr. Feijóo Sánchez, en *Comentarios...*, cit., p. 991 s.

²⁶ Así: Conde-Pumpido Ferreiro, en *Código Penal...*, cit., p. 3387

²⁷ Según este precepto “cuando por causa legítima en la oficina de farmacia no se disponga de la especialidad farmacéutica de marca o denominación convencional prescrita, el farmacéutico, con conocimiento y conformidad del interesado, podrá sustituirla por otra con denominación genérica u otra especialidad farmacéutica de marca que tenga igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación”.

4. 2. 2. Alteración o simulación de sustancias medicinales y conductas afines, con puesta en peligro de la vida o salud de las personas (art. 362)

En el art. 362 se castigan diversas conductas de alteración, simulación y tráfico de sustancias medicinales, así como otras conductas asimiladas (como las de tenencia en depósito, anuncio, ofrecimiento de medicamentos alterados o simulados, etc.).

De la amplia casuística que ofrece este artículo, interesa resaltar que en muchas de las tipologías que contempla, en la medida en que se prevé el suministro de una sustancia de calidad distinta a la exigida, se dará al propio tiempo un delito de estafa, hipótesis a resolver, consiguientemente, a través de las reglas del concurso ideal de delitos (art. 77). Y resulta obligado dejar constancia, igualmente, de la posibilidad concursal entre el nº 2º de este precepto y los delitos contra la propiedad industrial (arts. 273 ss.)²⁸.

Ha de ponerse de relieve, de otra parte, que el art. 362 se construye en todas sus modalidades, al igual que el art. 361, como una infracción de peligro concreto.

Cabe señalar, asimismo, que pese a que el art. 367 se proyecta en general sobre los artículos anteriores, incriminando todas las conductas que en los mismos se tipifican en su versión dolosa cuando las mismas se cometan por imprudencia grave, por más que ello, ciertamente, sea así, algunas hipótesis en las que se exige un ánimo o propósito especial (por ej. el ánimo de expender del nº 2º) no son susceptibles, sin embargo, de ser realizadas culposamente²⁹, aunque matiza Muñoz Conde que, en un determinado supuesto, será “punible la comisión imprudente conforme al art. 367, sin que a ello se oponga la exigencia en los apartados segundo y tercero de un especial elemento anímico («con ánimo de expenderlos o utilizarlos»; «con propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas»)). En efecto, aun cuando el sujeto actúe con dicho ánimo, es posible apreciar la imprudencia en la medida en que no tenga conocimiento de que con su conducta pone en peligro la vida o integridad física de otras personas, por obrar en la creencia de que la alteración, imitación o simulación no es nociva a la salud”³⁰.

Por último, conviene destacar que en el art. 362-2 se amplía (con un mínimo de tres y un máximo de seis años) la pena de inhabilitación prevista en este artículo y en los anteriores “cuando los hechos sean cometidos por farmacéuticos, o por los directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados, en cuyo nom-

²⁸ Cfr. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 555

²⁹ Así: Boix Reig-Doval Pais, en *Comentarios...*, cit., p. 1655.

³⁰ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 554 s.

bre o representación actúen”. Y en el art. 362-3, que ya no se refiere a los “anteriores artículos”, se establece que “en casos de suma gravedad, los Jueces o Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho, podrán imponer las penas superiores en grado a las señaladas”³¹.

4. 3. Productos alimentarios, bebidas, comestibles u objetos nocivos. Administración a los animales, cuyas carnes o productos sean destinados al consumo humano, de sustancias prohibidas

Los intereses de los consumidores y usuarios se tutelan en nuestro texto punitivo atendiendo a distintas perspectivas, como las que se derivan del delito de estafa (arts. 248 ss.) o de los delitos socioeconómicos contra los consumidores (arts. 281 ss.). Tales intereses son protegidos, asimismo, desde una vertiente de salud pública, que es la que se tiene en cuenta en los tipos de los arts. 363 a 365, cuya mención pasamos a efectuar.

4. 3. 1. Producción, distribución y comercio ilícitos de productos alimentarios a través de conductas que pongan en peligro la salud de los consumidores (art. 363)

Se tipifican en el art. 363 determinadas conductas de “productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores”. De este modo, el precepto —que ha de enmarcarse, al igual que el art. 364, dentro de la llamada «responsabilidad por el producto defectuoso o adulterado»³²— se configura como un delito especial y de peligro concreto.

La restricción del círculo de posibles sujetos activos había sido ya enjuiciada en tono crítico por la doctrina en referencia a la regulación del CP 73, puesto que así se viene a dejar fuera a figuras como las de los vendedores o revendedores ambulantes que *stricto sensu* se considera que no son incluibles en ninguna de las categorías citadas, sin que, por ej., en opinión de Sáinz Cantero, concurren razones de peso para dicha limitación. Al respecto, afirma este autor las ventajas de un tipo con sujeto activo indeterminado en el que se contemplase una específica forma agravada cuando la conducta fuese realizada por personas cualificadas³³.

³¹ Vid., sobre la diferente intelección que la doctrina hace de este art. 362-3, Feijóo Sánchez, en *Comentarios...*, cit., p. 996

³² Sobre ello, vid. Paredes Castañón, J.M.-Rodríguez Montañés, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch monografías, 34, Valencia, 1995.

³³ Cfr. Sáinz Cantero, J. A., *La protección penal del consumidor frente al fraude de alimentos en el Ordenamiento vigente y en el Proyecto de reforma parcial del Código Penal español*, en “Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos de la Escuela Social de Granada”, vols. X-XI, 1981-82, p. 312

En parecidos términos, Rodríguez Devesa señala que la letra de la ley excluye la reventa de un particular a otro por más que pueda tener conocimiento de las infracciones en que incurrió, por ej., el “vendedor” o comerciante³⁴.

Los objetos materiales del art. 363 son, como apuntan Boix Reig-Doval Pais³⁵, de lo más diverso y, alguno de ellos, de formulación muy imprecisa: bebidas o comestibles, géneros, productos y efectos, objetos que han de ser, en todo caso, susceptibles de uso por ingestión, inhalación o contacto. Y no menos imprecisa es la referencia a “productos alimentarios” del n° 1 de este precepto³⁶.

En punto a las conductas que se contemplan en los cinco números de que consta el artículo, ha de decirse que con las mismas se abarcan las distintas fases de acercamiento de los objetos materiales al consumidor o usuario. Tales conductas son las siguientes: 1. Ofrecimiento en el mercado de productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.—2. Fabricación o venta de bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.— 3. Tráfico con géneros corrompidos (por géneros corrompidos el TS ha entendido carnes y otros alimentos infectados por gérmenes y parásitos; entre otras, STS de 22-5-1982).— 4. Elaboración de productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comercio con ellos.— 5. Ocultación o sustracción de efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos (este n° hay que referirlo, por ej., a piezas decomisadas declaradas no aptas para el consumo, a casos de destrucción por razones sanitarias, o a objetos que han de ser saneados para evitar su peligrosidad). Dada la presencia de un elemento subjetivo del injusto en este n° 5 (“para comerciar con ellos”), la conducta no puede ser realizada culpablemente y a ella, en consecuencia, no alcanza la aplicación del art. 367.

4. 3. 2. Adulteración, susceptible de causar daños a la salud de las personas, de productos alimentarios. Alimentación indebida del ganado destinado al consumo humano (art. 364)

A diferencia del art. anterior, aquí estamos ya ante un delito común o con sujeto activo indiferenciado, en el que se castiga:

1. La adulteración con aditivos u otros agentes no autorizados, susceptibles de causar daños a la salud, de los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario (En el caso de que “el reo fuera propietario o el respon-

³⁴ Así lo manifiesta este autor en la ed. de 1983 de su *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1983, p. 1008

³⁵ Cfr. Boix Reig-Doval Pais, en *Comentarios...*, cit., p. 1671

³⁶ Acerca de su contenido y del de el resto de los objetos materiales, vid. García Albero, en *Comentarios...*, cit., pp. 1623 ss.

sable de producción de una fábrica de productos alimenticios, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años”).

2. La realización de determinadas conductas que tienen como nexo de unión el que han de incidir sobre animales de abasto. Así en el n° 1° del art. 364-2 se pune el administrar (por cualquier medio, por ej., a través de una inyección o en el pienso) a dichos animales sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas o en dosis superiores a las permitidas o para fines distintos de los autorizados³⁷. En el n° 2° se castiga el sacrificio de animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el n° anterior. En el n° 3° se prevé la modalidad del sacrificio de tales animales siempre que a los mismos se les hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas³⁸. Y el n° 4°, en fin, sanciona el despacho al consumo público de las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente marcados³⁹.

4. 3. 3. Envenenamiento o adulteración de aguas potables o sustancias alimenticias (art. 365)

Se tipifica en este precepto la acción de envenenar o adulterar “con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas a la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al consumo de una colectividad de personas”. Se trata, en consecuencia, de un delito de peligro abstracto.

Mientras que la acción de envenenar tiene significado y sustantividad propios (utilización de tóxicos o venenos), la adulteración ha de llevarse a cabo, conforme a la dicción de la norma, con sustancias infecciosas (como virus o bacterias) u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud.

³⁷ Es incongruente que el legislador, en referencia a la administración de dosis superiores o para fines distintos a los autorizados no exija (como requiere, sin embargo, correctamente en referencia a sustancias no permitidas), que se produzca un peligro para la salud. Se impone, por tanto, una interpretación restrictiva, conforme a la cual se reclame al menos para apreciar el delito la aptitud de la conducta para arriesgar la salud de las personas, dado que no siempre el superar las dosis fijadas comportará *per se* un peligro, sino que la limitación de las dosis puede responder al mantenimiento de un determinado nivel de calidad. Vid., por todos, Feijóo Sánchez, en *Comentarios...*, cit., p. 1006.

³⁸ Acerca de los problemas interpretativos que plantea el art. 364. 2-2° y 3°, vid. García Albero, en *Comentarios...*, cit., p. 1635 s.

³⁹ En este n° 4° se contiene, según García Albero (en *Comentarios...*, cit., p. 1637), un delito de peligro abstracto en sentido estricto, que se justifica por el riesgo que se le presupone a tal conducta de despacho al consumo.

De otra parte, la acción típica, de envenenar o adulterar, ha de recaer bien sobre sustancias alimenticias, bien sobre aguas potables, requisito este de “potabilidad” que implica el que deban ser aguas aptas para la bebida⁴⁰.

Ha de señalarse, por lo demás, que al poder incidir la acción delictiva sobre aguas (o sustancias) destinadas no sólo al consumo sino también al *uso*, la tipicidad surge tanto si el agua está destinada directamente al consumo (a servir de bebida), como, por ej., a cocinar o lavar alimentos o, incluso, a la higiene personal⁴¹.

Obsérvese que de todos cuantos delitos hemos examinado hasta ahora éste es el que lleva aparejada una mayor pena: prisión de dos a seis años.

5. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA RELATIVOS A DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.

5. 1. Introducción

Antes de la reforma operada por la Ley de 15 -11-1971 en el por entonces vigente texto punitivo, el art. 344 era una norma cuyo complemento se encontraba en los artículos 341 a 343 bis, y en él se penaban los comportamientos que previstos en dichos preceptos estuvieran relacionados con drogas tóxicas o estupefacientes⁴². Desde tal fecha, han sido varias las Leyes orgánicas que han introducido modificaciones de importancia en este campo: de 25-6-1983, de 24-3-1988 y de 23-12-1992, ley esta última que incidió, además de en el CP, también en la LECrim. al incorporar, en su art. 263 bis, la figura de la “circulación o entrega vigilada de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”. Por último, el CP de 1995 introduce, de nuevo, determinados cambios en la materia, completándose, de esta manera, por el momento, la compleja evolución de este grupo de delitos, caracterizada, sin duda, por las dificultades del legislador por encontrar una política-criminal definida sobre los diversos extremos que conforman la regulación positiva, trayectoria, en fin, que ha podido ser calificada, por ello, de “zigzagueante”, rasgo éste no infrecuente, por lo demás, en el resto de los Ordenamientos jurídico-penales de nuestro ámbito cultural. Tales cambios del nuevo CP (que acusa, en las cuestiones clave, un claro continuismo respecto del anterior texto punitivo) no han

⁴⁰ La doctrina se inclina por admitir la aplicación del precepto no sólo cuando se trata de agua “potable” en sentido estricto, sino también cuando la conducta recae sobre agua “sanitariamente tolerable” (ambas definidas en el art. 3. 27. 10 del Código Alimentario Español).

⁴¹ Así: García Albero, en *Comentarios...*, cit., p. 1639.

⁴² A tenor de aquel art. 344, “En los casos de los cuatro artículos anteriores, cuando se trate de drogas tóxicas o estupefacientes, se impondrán al culpable las penas inmediatamente superiores a las señaladas en los mismos”

comportado, lamentablemente, solución alguna a problemas tan importantes como los relativos a la seguridad jurídica (derivados de la frecuente utilización de conceptos indeterminados), que han venido tradicionalmente aquejando a este sector delictivo y que la doctrina, de forma tan insistente como inútil, se ha encargado de denunciar. De esta suerte, el Código de 1995 se inscribe, al igual que las reformas de 1988 y 1992, en el espíritu y exigencias de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, por lo cual puede afirmarse que se trata de una regulación *hiper-punitivista* enmarcada dentro de lo que ha dado en llamarse la *narcohisteria penal*⁴³, pues, en efecto, nuestro vigente CP ha asumido una regulación ciertamente excepcional en la que el asentamiento de principios tales como el ya citado de seguridad jurídica, de lesividad, de proporcionalidad, de igualdad y de presunción de inocencia encuentran difícil acomodo⁴⁴, modelo, en fin, en el que la gravedad de las penas se exaspera incluso respecto del ya calificable de severo sistema del derogado texto punitivo⁴⁵.

⁴³ Sobre ello, vid., entre las más recientes aportaciones, Boix Reig, J.-Jarcño Lcal, A., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, vol. cit., pp. 1682 ss.; Díez Ripollés, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefaciente y sustancias psicotrópicas*, cit., pp. 51 ss; el mismo, *Alternativas a la actual legislación sobre drogas*, en “La actual política sobre drogas”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 584 ss.; Landrove Díaz, G., *Tráfico de drogas y represión*, en Estudios Penales y Criminológicos, T. XVII, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 235 ss.; Laurenzo Copello, P., *Drogas y Estado de Derecho. Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva*, en *Jueces para la democracia*, 1995, noviembre, 24, pp. 11 ss.; Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 570; Prieto Rodríguez, J. I., *En torno a la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988 de reforma del Código penal sobre tráfico ilegal de drogas*, en *Actualidad Penal*, 1988, n° 47/19, 25 de septiembre, pp. 2393 ss.; Quintero Olivares, G., *Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública*, en “Delitos contra la salud pública”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pp. 57 ss.; Silva Sánchez, J. M., *Notas a la última reforma del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, en *Revista Jurídica Galega*, 1993, n° 3, pp. 379 ss.; Valle Muñoz, J. M.-Morales García, O., en *Comentarios ...*, cit., pp. 999 ss.; Vidales Rodríguez, C., *La última reforma del Código Penal en materia de drogas*, en *Revista General del Derecho*, 1993, n° 583 (abril), pp. 2725 ss.

⁴⁴ Al respecto, vid. Laurenzo Copello, *Drogas...*, cit., pp. 12 ss. Vid., también, sobre los principios de igualdad y de presunción de inocencia, aunque fijándose en presupuestos distintos a los examinados por Patricia Laurenzo al analizar dichos principios, y sobre los de legalidad, proporcionalidad y “ne bis in idem”, Vives Antón, T. S., *Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes*, en “Problemática jurídica y psicosocial de las drogas”, Generalitat Valenciana, Valencia, 1987, pp. 249 ss.

⁴⁵ Repárese en que la pena de prisión puede llegar a los veinte años y tres meses (en el anterior texto punitivo se podían alcanzar los veintitrés años y cuatro meses, si bien como consecuencia de la redención de penas por el trabajo —institución inacogida por el CP de 1995— en la práctica, de modo cuasiautomático, se venía a reducir en un tercio la duración de la condena). Y recuerdese, igualmente, que el delito de tráfico de drogas era uno de los llamados a ser *distinguidos* (Proyectos de CP de 1992 y 1994) con lo que inexactamente se ha denominado “cumplimiento íntegro de las penas”, regulación que ahora, con diferencias importantes respecto de las primeras formulaciones de los Proyectos, se recoge en el art. 78, precepto que posee una proyección general no circunscrita a infracciones concretas.

Dado el carácter de esta exposición —referida al Derecho positivo, en especial a las novedades del CP de 1995—, no pueden ser aquí examinadas las razones que, desde opciones despenalizadoras, se han esgrimido en contra de las tesis prohibicionistas que los textos punitivos en la actualidad encarnan. Puede señalarse -eso sí- que en general los argumentos que se aducen por dichas opciones se construyen sobre la base del rotundo fracaso de la política represiva en este ámbito, fracaso que se concreta, entre otros, en los siguientes puntos: a) con la vigente legislación no existe una disminución sensible del tráfico y consumo de drogas; b) la prohibición origina la aparición de organizaciones de altísimo poder económico que corrompen instituciones básicas del Estado y da lugar, teniendo en cuenta el precio de la droga, a que un gran número de consumidores esté abocado a incurrir en la llamada **delincuencia funcional o secundaria** (comisión del delito para conseguir la droga); c) el sistema judicial, por otra parte, se ve claramente desbordado por esta clase de criminalidad, que provoca, además, un empeoramiento de la habitabilidad de los establecimientos penitenciarios, en los que tampoco se ha conseguido evitar la circulación de droga; d) las negativas repercusiones de la actual política legislativa sobre la población son evidentes, porque es ella quien sufre tanto la delincuencia derivada de la toxicomanía como las medidas de control que se toman frente a tal delincuencia; e) la vía represiva ha conducido, desde la vertiente jurídica, a una conculcación de principios básicos del Derecho penal, como el de seguridad jurídica o el de proporcionalidad de las penas (“hiperpunitivismo”); f) la ilegalidad, en fin, incide negativamente en la calidad de las sustancias, lo que, a su vez, genera -dado el ambiente de marginación en el que, ordinariamente, se mueve el drogadicto- complicaciones sanitarias difícilmente controlables⁴⁶.

5. 2. *Tipo básico*

Se sanciona en el art. 368 a “los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines”, variando la pena en función de las sustancias o productos de que se trate: prisión de tres a nueve años y multa (del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito) si son de los que causan “grave daño a la salud” y prisión de uno a tres años y multa (del tanto al duplo) “en los demás casos”.

Como puede comprobarse, excepto en lo que hace a la remodelación de la privación de libertad a través de la pena de prisión, que se enmarca dentro de la restructuración general de las penas, y salvo en lo que atañe a la modalidad de *multa proporcional* que se introduce en este ámbito, en abandono del sistema de la *multa*

⁴⁶ Una acabada exposición de estos y de otros aspectos del problema puede verse en el “Manifiesto por una nueva política sobre la droga”, publicado en el volumen “Una alternativa a la actual política de drogas”, Grupo de Estudios de Política Criminal, 1992.

global o de máximos y mínimos que en el mismo se mantenía⁴⁷, el art. 368 es idéntico, en lo demás, al art. 344 del anterior CP, con lo cual los defectos que la doctrina había venido denunciando desde las primeras formulaciones normativas en este campo permanecen, lamentablemente, inalterados en el nuevo texto.

Una referencia a las principales características de este tipo básico pasa por la alusión a los siguientes puntos:

5. 2. 1. La fórmula “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”

El primer problema interpretativo que suscita la redacción del art. 368 es, precisamente, el que atañe al significado del objeto sobre el que recaen las conductas tipificadas:

La cuestión, que sigue siendo discutida en doctrina, gira fundamentalmente en torno al alcance de los Convenios internacionales celebrados por España en esta materia⁴⁸, pues mientras un sector doctrinal ha estimado que, con arreglo a la objetividad de la citada fórmula, no está el juzgador vinculado a valorar las sustancias atendiendo a las enumeraciones que de las mismas se hacen en las Listas anexas a los Tratados suscritos por España, otro grupo de autores y el TS sostienen que la fórmula señalada ha de llenarse ineludiblemente con las Listas contenidas en los indicados Convenios⁴⁹:

a) Conforme a la primera de las interpretaciones, en efecto, la normativa internacional no tiene carácter vinculante en esta materia, limitándose su papel a una función meramente orientadora o indicativa. Será, pues, el juzgador el que, sobre la base de los informes periciales que estime, decida con plena autonomía, en atención al bien jurídico tutelado por el precepto, si la concreta sustancia sobre la que haya de realizarse el correspondiente pronunciamiento, encaja o no en el ámbito del art. 368. A favor de este entendimiento del problema, milita el argumento consistente en poner de relieve que si el legislador hubiere pretendido referir el objeto material del delito a las Listas de los Convenios internacionales se habría remitido expresamente a las mismas, tal como ha hecho en relación a los

⁴⁷ El CP vigente prescinde de la multa de máximos y mínimos y adopta el más correcto sistema de días-multa, conservando en determinados delitos, como los relativos al tráfico de drogas, la multa proporcional.

⁴⁸ En lo que a este problema concierne, hay que tener presentes el Convenio Único de las Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961, con reformas posteriores, así como el Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas.

⁴⁹ No es posible aquí analizar, en su diversidad de matices, todas las posiciones doctrinales. Al respecto, puede verse Lorenzo Salgado, J. M., *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1983, pp. 96 ss.; el mismo, *Reforma de 1983 y tráfico de drogas*, en *La problemática de la droga en España*, vol. cit., pp. 32 ss.

precursores, materia en la que el art. 371 reenvía a los cuadros I y II de la Convención de 1988 y a “cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España”. O lo que es lo mismo —podría argumentarse—, si el legislador no se ha remitido a las Listas de sustancias que figuran en los Convenios, para fijar los productos de tráfico prohibido, es, sencillamente, porque no lo ha querido.

b) Por el contrario, como se ha adelantado, otro grupo de autores y el propio Tribunal Supremo consideran que la fórmula de referencia ha de colmarse con las Listas Anexas al Convenio de las Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961, firmado en Nueva York, posteriormente modificado, así como con las del Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas. Señalándose como fundamentales en la argumentación los arts. 96. 1 de la Constitución y 1. 5 del Código civil, se distingue al respecto entre Tratados *self executing* —que directamente crean, en virtud de los arts. citados, derechos y obligaciones que han de ser tutelados y sancionados por las autoridades y tribunales internos— y Tratados *not self executing*, cuya naturaleza, como sucede en materia penal, hace que sea necesaria la adopción de las correspondientes medidas de desarrollo en el orden interno que posibiliten su aplicación por las autoridades y tribunales españoles. Una vez que ello haya tenido lugar (*pacta sunt servanda*), el Tratado goza de plena eficacia. Por ello, habida cuenta de que los términos “estupefacientes” y “sustancias psicotrópicas” del art. 368 coinciden con los empleados en los Convenios aludidos (publicados ambos con sus Listas en el B.O.E.) parece ineludible —según esta interpretación— conectar dichos términos al significado que a los mismos se atribuye en tales normas de carácter internacional. Teniéndose, por tanto, presente el carácter de Derecho interno de los Convenios y fundándose este entendimiento en la seguridad jurídica que del mismo se deriva, se concluye la vinculación del juzgador a las Listas de referencia, si bien no puede dejar de mencionarse aquí la denuncia de algunos autores sobre la posibilidad de que algunas sustancias se entiendan incorporadas a las Listas de los Tratados internacionales a través, por ej., de una simple orden ministerial, sistema en el que la seguridad jurídica no saldría, precisamente, fortalecida, pues a fin de cuentas dicho sistema supondría la vulneración del principio de legalidad en materia penal al que es inherente la reserva de ley, que además ha de tener el rango de orgánica (art. 81 CE)⁵⁰.

⁵⁰ De los autores citados en la nota 43, defiende la constitucionalidad de las órdenes ministeriales que actualizan las Listas de las sustancias, Rey Huidobro, *El delito...*, cit., p. 71 y s. (“La actualización de los estupefacientes mediante órdenes ministeriales no infringe ningún precepto constitucional, sino que por el contrario, no constituye más que una indicación particularizada de un objeto material ya suficientemente delimitado en la ley penal por el artículo 344 [sc., ahora el 368]. Así pues, las órdenes ministeriales desenvuelven sólo una función de detalle y explicación desde el punto de vista técnico”).

La cuestión de fijar el alcance del objeto material del art. 368 es, desde luego, polémica y ello constituye una muestra suficientemente expresiva de la incertidumbre que domina en este terreno. Y, precisamente, porque ello es así, se ha podido propugnar por la doctrina ora “la elaboración de un concepto penal de droga tóxica o estupefaciente, que por lo menos evite el automatismo con que se considera reiteradamente que algunas sustancias tienen este carácter simplemente por su inclusión en los Convenios internacionales, sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto ni el bien jurídico protegido en este delito y en todo el capítulo: la salud pública”⁵¹, ora que el concepto de drogas —que ha de precisarse por la ley penal, con expresión de los datos típicos estrictos sobre el contenido y esfera de desvalor que la norma pretenda imponer— debería acompañarse, además, en respecto del principio de legalidad, de un catálogo general de sustancias limitado al exacto desarrollo técnico y de puesta al día de los objetos comprendidos en el significado de desvalor de la norma que realizase la remisión⁵². Y también en esta línea de afianzar la seguridad jurídica se ha afirmado que “Las sustancias de que se trata deberían precisarse mejor aún en el tipo penal por una referencia expresa a las listas contenidas en los Tratados”⁵³. Como puede comprobarse, aunque las propuestas doctrinales difieran en su contenido, según las particulares opiniones de cada autor, todas ellas demuestran, sin embargo, preocupación por la taxatividad y la máxima claridad que deben adornar al concepto central en la regulación del delito.

5. 2. 2. La distinción entre sustancias o productos según causen o no grave daño para la salud

Una de las modificaciones de más largo alcance de la importante reforma de 1983 fue, sin duda, la relativa a la distinción que a efectos de penalidad estableció entre “sustancias que causen grave daño a la salud” y aquellas otras que no causen tal grave daño (“en los demás casos”, según la dicción legal)⁵⁴, distinción

⁵¹ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 567

⁵² De este modo: Arroyo Zapatero, L., *Aspectos penales del tráfico de drogas*, en Poder Judicial, 1984, n° 11, junio, pp. 22 y s.

⁵³ Vives Antón, T. S., *Presupuestos constitucionales ...*, cit., p. 251.

⁵⁴ Es evidente, como asevera del Toro Marzal, A. (*Tráfico de drogas*, en “El Proyecto de Código Penal”, en Revista Jurídica de Cataluña, n° extraordinario, 1980, p. 105), que la expresión “en los demás casos”, pese a su amplitud, no puede ser entendida, en atención al bien jurídico tutelado por la norma, como comprensiva de sustancias que no causen daño alguno. Dicha expresión sólo puede significar que el legislador ha estimado que el consumo ilegal de cualquiera de las sustancias de referencia siempre causa daño a la salud, aunque éste no sea grave. La cuestión de determinar qué sustancias causan grave daño a la salud y cuáles, afectando a la misma, no causan tal grave daño, ha de ser resuelta por el juzgador sobre la base de los informes periciales que, en su caso, correspondan, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido.

respetada por las sucesivas modificaciones del CP (incluida la “contrarreforma” de 1988) y que nuestro vigente texto punitivo también recoge.

Con la mencionada clasificación se han pretendido trazar, sencillamente, los límites entre sustancias que, como la heroína, son gravemente peligrosas y nocivas para la salud y aquellas que como los derivados del cannabis parece que no lo son en tal entidad. Ha de afirmarse, por ello, que resulta claramente preferible el sistema por el que se decanta nuestra legislación a partir de la reforma de 1983 que el de la indistinción consagrado con anterioridad a la misma. Y éste es el sentido en el que, de modo absolutamente mayoritario, se manifiesta la doctrina española, para la cual el modelo adoptado por el legislador parece razonable y bastante más justo que la regulación indiferenciadora, por más que en algún caso concreto puedan plantearse problemas interpretativos sobre el preciso encaje de una sustancia en una u otra de las categorías citadas⁵⁵. Y precisamente, en relación

⁵⁵ Sobre la base, sin embargo, de que la mayor o menor nocividad de un determinado producto depende, en última instancia, de la dosis, modo de empleo, así como en gran medida, de las condiciones y personalidad del sujeto consumidor, se ha llegado a negar la conveniencia de distinguir legalmente las sustancias atendiendo al grado de nocividad de las mismas. En esta dirección, una de las enmiendas (la 218) al art. 326 del PLOCP de 1980, de idéntico alcance en este punto al del contenido del vigente art. 368, apuntaba la incorrección del criterio de distinguir entre las sustancias que causan grave daño a la salud y otras, invocando para ello las siguientes razones: a) inexistencia de tal distinción en los Convenios internacionales; b) La distinción no refleja criterios técnicos por no depender los efectos de las drogas únicamente de sus propiedades farmacodinámicas teóricas, sino también de factores tales como; a') procedencia de la droga y concentración en la misma de principios activos en el momento del consumo, b') dosis y modo de utilización, c') influencia del medio en el cual la droga es consumida, y d') personalidad y estado momentáneo del que la utiliza. A los factores indicados, que según la citada enmienda pueden hacer variar de modo radical los efectos de la droga, ha de añadirse —se afirma— la existencia del fenómeno de la politoxicomanía: drogas que podrían no producir grave daño a la salud son capaces de causar la muerte si son consumidas con otras. Y abundando en la argumentación desfavorable al criterio legal, se ha llegado a significar que determinadas sustancias reputadas supuestamente poco nocivas y peligrosas conducen, sin embargo, incluíblemente al consumo de otras cuya nocividad es indiscutible. Ello vendría también a demostrar —se ha indicado— la inconsistencia de la distinción comentada.

Las razones precedentes no resultan, sin embargo, de recibo. En efecto, afirmaciones de este tenor han de ser rebatidas con ecnagía: “Si los conceptos tienen un sentido —escribe Luzón Peña (*Tráfico y consumo de drogas*, en “La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales”, Madrid, 1982, p. 67 y s.)— entonces claro que se puede calificar la mayor o menor nocividad de una sustancia en general y con independencia de las circunstancias concretas, y así, es evidente que una droga como, por ejemplo, la heroína, que puede causar auténticos estragos en la salud de cualquier individuo, con independencia de sus circunstancias y sin necesidad de elevadísimas dosis, es mucho más nociva que otras que no poseen esas características”. De otra parte, es de subrayar, asimismo, la demostrada fragilidad, tanto desde una vertiente farmacológica como social, de la llamada “teoría de la escalada”: al margen de la existencia de adictos usuarios de drogas fuertes que no han sido previamente consumidores de los derivados del cáñamo, hay que tener en cuenta que aunque se pueda comprobar que la mayor parte de los dependientes de drogas fuertes han comenzado por consumir grifa o similares, la inmensa mayoría de los que en alguna ocasión han consumido, por ej., grifa no han pasado a la adicción de drogas más fuertes (Vid., por ej., Kreuzer. A., *Las drogas en la República Federal*

con las dudas que en esta materia pudieran producirse, se ha observado que si bien el legislador ha sido consciente de la improcedencia de tratar de igual modo el tráfico de sustancias de muy diverso grado de nocividad, en todo caso el sistema elegido para definir las y distinguirlas en orden a su dañosidad “resulta poco respetuoso con los principios de seguridad jurídica y de reserva de ley”. En esta línea de pensamiento, se subraya que el obligado acatamiento de tales principios tendría que haber conducido a la elaboración de un catálogo de sustancias cuyo tráfico se quiera penalmente prohibir, distinguiendo dentro del mismo aquéllas que se estime causen grave daño a la salud de las que se considere que no originan dicho grave daño⁵⁶. Y en esta misma perspectiva, de favorecer y preservar la seguridad jurídica, se ha resaltado la necesidad de que la ley precise “cuáles son las que causan grave daño a la salud y cuáles las demás o, al menos, el criterio en el que fundar el encuadramiento de una sustancia determinada en una u otra clase, sea el de la producción de dependencia física u otro más complejo”⁵⁷. Con todo, hay que insistir, una vez más, en que resulta claramente preferible el sistema acogido por el vigente art. 368, asumiendo así el criterio legislativo instaurado en nuestro Derecho desde el año 1983, pese a ser susceptible de mejora, como acabamos de

de Alemania. *Problemática y aspectos político criminales*, en “La reforma penal...”, vol. cit., p. 83 y Luzón, *Tráfico...*, cit., p. 680. En este orden de ideas, y en decir de Baselga (*Los drogadicitos*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1972, p. 46), cabe subrayar que sobre la pretendida relación entre el cannabis y otras sustancias de mayor nocividad “no existe evidencia digna de crédito”, opinión de la que participa Carbonell Mateu (*Consideraciones...*, cit., p. 343): “Podría decirse —estima este autor— que el consumo de droga blanda es una etapa previa a la dura, pero se dirá con una evidente generalización poco comprobable empíricamente. La afirmación de que casi todo consumidor de droga dura lo ha sido antes de la llamada blanda no es más cierta que la que a éste precede generalmente el consumo del tabaco ni permite ignorar la diferente significación del ataque al bien jurídico protegido. Análogamente, puede afirmarse que a todo delito consumado precede la tentativa, y a ésta los actos preparatorios y la fase de ideación, sin que por ello resulte aceptable castigar por igual los diferentes estadios del delito. González Zorrilla señala, por su parte, que la afirmación de que el cannabis es una droga “de paso” hacia otras de mayor peligrosidad, afirmación efectuada sobre la base de estimar que un elevado porcentaje de heroinómanos comenzaron usando derivados de tal producto, es una constatación que casi nada indica: “esos mismos heroinómanos en un porcentaje mucho mayor han consumido o consumen tabaco y, en cambio, no se habla de éste como droga de paso”, pero sobre todo constituye un “auténtico absurdo metodológico”. Que la situación en la que se encuentren los consumidores del cannabis, facilite el que lleguen a consumir heroína se debe —concluye este autor— no a “un fenómeno inducido por las propiedades farmacológicas del cannabis sino a una consecuencia precisa de su status legal y de la desinformación y manipulación que caracterizan el tratamiento hoy dado al problema de la droga” (*Drogas y cuestión criminal*, en *El pensamiento criminológico*, II, Estado y control, Barcelona, 1983, pp. 211 ss.). Finalmente, la inexistencia de la distinción comentada en los Convenios internacionales, en los que, evidentemente, las sustancias no aparecen ordenadas según su nocividad, sino con arreglo a un riguroso orden alfabético, no puede estimarse como un dato relevante para evaluar la corrección de la misma, ni por supuesto, de plasmarse legislativamente tal distinción, como acontece en el art. 368, se quebranta obligación alguna dimanante de la indicada normativa internacional.

⁵⁶ Arroyo Zapatero, *Aspectos...*, cit., p. 22.

⁵⁷ Vives Antón, *Presupuestos...*, cit., p. 251

ver, que el de la indistinción que con anterioridad regía en nuestro Ordenamiento. O expresado en otras palabras, las de García-Pablos, “un régimen penal unitario e indiscriminado que respondiese a la conocida máxima relativizadora de Paracelso (‘no hay distinción entre alimentos, fármacos y venenos: todo es un problema de dosis’) sería genuinamente criminógeno”. Es por ello imprescindible, desde el plano de una correcta política criminal, “establecer una clara diferenciación en el tratamiento de unas y otras sustancias, de acuerdo con una elemental óptica valorativa de base farmacológica”⁵⁸.

Y aunque no puede desconocerse que jurisprudencialmente se ha ido elaborando un catálogo de sustancias adscribibles a uno u otro grupo, es lo cierto que han surgido dudas, que continúan subsistiendo contradicciones y, por tanto, que no reina en la materia la necesaria seguridad jurídica. Así, en relación con la droga conocida como “éxtasis”⁵⁹ mientras la Audiencia Nacional la consideró como no incluíble entre las que causan grave daño a la salud (Sentencia de 12 de enero de 1994), el Tribunal Supremo la ha venido calificando de droga gravemente nociva (así, por ej., en la Sentencia de 24 de enero de 1994)⁶⁰. Y problemas semejantes se han presentado en relación, por ej., con el Rohipnol⁶¹, sustancia que, conforme al reciente Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS, de 23 de marzo de 1998, no debe ya considerarse como una de las que originan grave daño⁶². E, incluso, no han

⁵⁸ García-Pablos de Molina, A., *Bases para una política criminal de la droga*, en “La problemática de la droga en España”, vol. cit., p. 388. Carbonell Mateu, habida cuenta de la función preventivo-general que el tipo está llamado a desempeñar, y en la línea de lo afirmado en el texto, señala que “parece fuera de toda duda que el Derecho penal debe prever mayores penas para aquellas conductas que resulten más dañosas para los bienes jurídicos. Si la respuesta penal fuera idéntica para cualquier conducta delictiva, seguramente se incrementaría el número de las más graves. Si el robo con homicidio no se castigase más que el hurto o, si se prefiere, el hurto menos que el robo con homicidio, estaríamos creando un factor criminógeno de primer orden; una vez iniciado el hurto, el ladrón no se vería motivado en absoluto para no matar, pues la pena que se le podría imponer sería la misma. Pues bien, con la droga pasa exactamente igual; a nadie se le escapa que resulta mucho más rentable traficar con heroína que con marihuana. Que la droga dura cuesta más y, por consiguiente, reporta mayores beneficios al sujeto activo y, por supuesto, que si la ley no distinguiera el individuo dispuesto a cometer el delito no se vería menos motivado a tomar el camino de la conducta más grave.- Considero, por todo ello —concluye Carbonell—, un gran adelanto la discriminación, tanto por las aludidas razones cuanto porque el problema fundamental de la droga en nuestro país es el de la heroína” (*Consideraciones...*, cit., pp. 343 y s.)

⁵⁹ Científicamente se trata de la sustancia psicotrópica Metilenedioximetanfetamina: “MDMA,3,4-metileno dioximetanfetamina”.

⁶⁰ Cfr. Palma Herrera, J. M., *El concepto de “grave daño a la salud” en el artículo 344 del Código Penal. Especial consideración del “éxtasis”*, en CPCrim., 1996, nº 58, pp. 177 ss.

⁶¹ Cfr., con cita de diversas SsTS, Boix Reig-Jareño Leal, en *Comentarios...*, cit., p. 1686; Valle Muñoz-Morales García, en *Comentarios...*, cit., p. 1010

⁶² La referencia a tal Acuerdo, que niega el carácter de droga gravemente nociva para la salud que se venía atribuyendo al Rohipnol en la mayoría de las resoluciones judiciales, puede encontrarse en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Actualización 1997*, Ed. Trivium, Madrid, 1998, p. 737

dejado de producirse resoluciones contradictorias, si bien en casos muy concretos, en referencia a las anfetaminas, tenidas en general, sin embargo, por sustancias gravemente nocivas para la salud⁶³.

5. 2. 3. Las conductas típicas.

Con la finalidad de que ningún comportamiento relacionado con el llamado *ciclo de la droga* escape a la punición, el legislador prevé el castigo no sólo para quienes realicen los actos a que específicamente se refiere el art. 368 (de cultivo, elaboración, tráfico o posesión con ánimo de “tercería”), sino, además, para quienes “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal...”.

De este modo, se produce una evidente anticipación de las barreras penales a través de la cual -y en claro alejamiento de las reglas generales- se vienen a considerar como consumación los que serían *stricto sensu* actos de ejecución y se vienen, también, a tratar como autoría los que, de acuerdo con las reglas de común aplicación, constituirían actos de complicidad. Y pese a que el jurista debe tratar de orillar o soslayar, en sede interpretativa, conclusiones semejantes, pues no tiene sentido que con la comisión de actos periféricos se rompa la debida diferencia, por ej., entre autor y partícipe, lo cierto es que el tenor de la norma propicia la posibilidad destacada. Se siguen resolviendo, así, al abrigo de expresiones de alcance indeterminado, cuestiones de tanto relieve y trascendencia como la donación de drogas, comportamiento que hubiese merecido, desde luego, a no dudarlo, un tratamiento matizado en el que al menos se tuviesen en cuenta datos tales como la finalidad que anima la conducta del agente o sujeto activo (por ej., de futura captación o no de consumidores), el círculo al que pertenece el destinatario de la donación (por ej., si es o no consumidor), etc.

Es más, y de acuerdo con lo manifestado por algún autor, la omnicompreensiva y totalizadora dicción legal (“o de otro modo promuevan...”) no imposibilita incluir en el tipo —dada, como decimos, su literalidad y de no extremarse al máximo la moderación interpretativa— comportamientos tales como propocionar una mera información, pongamos por caso, sobre dónde adquirir droga, el facilitar un piso donde poder administrársela o el prestar o dar dinero a alguien para que pueda comprar sustancias para su propio consumo⁶⁴. La prudencia de los Tribunales de

⁶³ Cfr. “*Síntesis actualizada de la Jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo correspondiente al año 1994 sobre las cuestiones relativas al tráfico ilegal de drogas*”, en Anexo I de la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1995, p.p. 1216 ss., síntesis en la que se cita alguna Sentencia del TS que se aparta del criterio general.

⁶⁴ Los defectos que, a partir de la reforma de 1971, arrastra nuestra legislación en materia de drogas, singularmente en relación a la amplitud del dictado típico, habían sido ya denunciados por la doctrina desde entonces. Cfr. Gimbernat Ordeig, E., *La reforma del Código penal de noviembre de 1971*, en Estudios de Derecho Penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 109 ss.

Justicia resultará decisiva, pues, para dar un alcance razonable a la esfera de aplicación de la norma, siendo ya relevante el número de sentencias del TS que ha venido a limitar —aunque no falten resoluciones contrarias a esta línea— el alcance del precepto. Y así, por ej., entre las primeras sentencias que siguen tal dirección restrictiva del ámbito de lo punible, la del 2-7-1993 declara impune la acción de comprar cocaína por encargo de una amiga, con la finalidad de consumo por parte de ésta, dependiente de la indicada sustancia, dado que “no genera un riesgo perceptible para la salud de aquélla, para quien se compró, o sería muy escaso, lo que no puede incardinarse en un acto de favorecimiento o tráfico de droga, y por tanto acreedor al reproche de antijuridicidad del tipo...”. O la S. de 29-5-1993, en la que se señala que no es punible el facilitar la droga si se hace con el objetivo de reducir el consumo de una persona adicta, a efectos de su paulatina deshabituación: no ha de entenderse típica la conducta de la acusada —se afirma— “que poseía una pequeña cantidad de droga, ocupada en su domicilio, para suministrársela en pequeñas dosis a su hija...en espera de que fuera ingresada en un Centro de rehabilitación de drogadictos”, pues “desde el punto de vista del peligro abstracto y general éste aparece excluido, tanto porque lo que se pretende no es crear un riesgo para la salud de la destinataria de la droga cuanto procurar por el contrario la recuperación controlando y disminuyendo su consumo, cuanto porque la facilitación que se produce no está destinada a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino concretada en una determinada...por lo que sólo desde una interpretación estrictamente gramatical, desconectada del *telos* de la ley, puede hablarse de ‘facilitación’ y afirmarse el elemento tendencial que integra o complementa la antijuridicidad material del tipo...”. Este punto de vista se desarrolla y consolida en posteriores Ss., como subraya la STS de 22-1-1998, Sentencia en la que se contienen los requisitos que han de concurrir para declarar la impunidad en estos casos: “La más reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala...viene declarando que en los supuestos de que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, motivos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el art. 344 del Código [sc., art. 368 CP 1995]. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia de peligro más arriba dicha. No obstante la excepcionalidad que esta tesis representa obliga a señalar las exigencias necesarias: a) que no se produzca difusión de la droga respecto de tercero; b) que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación; c) que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, a presencia o no de quien hace la entrega; d) que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de

las consecuencias del síndrome de abstinencia, ya que ha de tratarse siempre de un drogodependiente; y e) que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos”. En definitiva, y como escriben Muñoz Sánchez-López Caballero-Larrañaga Junquera, la impunidad se fundamenta aquí en que por más que se trate de actos de tráfico, no se produce el resultado que pretende impedir el art. 368 CP, y que no es otro que el de la difusión de las drogas a terceras personas indeterminadas⁶⁵.

A declarar la atipicidad se llega también, entre otras, por la S. de 25-2-1993 o por la de 16-9-1997, al contemplar un supuesto de posesión compartida cuando se trata de un núcleo cerrado de consumidores, en el que la compra y “facilitación” de la droga al grupo se hace indistintamente por cualquiera de sus componentes. Resume con claridad la posición del TS al respecto la S. de 31-3-1998, en cuyo Fundamento de Derecho 9º se señala que “Por la jurisprudencia de esta Sala se han considerado impunes determinados supuestos de ‘consumo compartido’, mas partiendo de presupuestos muy precisos...: A) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fueran el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 344 del CP [368 CP 1995] ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento...B) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en “lugar cerrado”, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente...C) La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser “insignificante”...D) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes...E) Los consumidores han de ser personas “ciertas y determinadas”, único medio de poder calibrar su número y las condiciones personales. F) Ha de tratarse de un consumo ‘inmediato’ de las sustancias adquiridas...”.

Se trata, por consiguiente, de resoluciones —todas ellas— en las que partiéndose de la improcedencia de equiparar causación y tipicidad, se tienen en cuenta criterios como el de la disminución del riesgo, o en las que se da la debida relevancia al ánimo o propósito que ha guiado la actuación del agente, o en las que se analiza, en fin, en orden a determinar el peligro que para el bien jurídico haya podido comportar la acción del sujeto, si la proyección de su conducta lo fue o no, por ej., sobre personas indeterminadas⁶⁶. Tal nueva corriente jurisprudencial —en

⁶⁵ Muñoz Sánchez, J.-López Caballero, J.C.-Larrañaga Junquera, C., *La administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa deshabitador*, cit., p. 61.

⁶⁶ Sobre los criterios que deben regir la interpretación en esta materia, vid. Torio López, A., *Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas*, en “Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona”, Libro-Homenaje al Prof. Beristain, IVAC, San Sebastián, 1989, especialmente pp. 949 ss.

la que, según se ha manifestado, no faltan retrocesos— se refiere, fundamentalmente, a casos de compra por encargo, a casos de donación entre consumidores, a casos en los que la conducta tiene como fin la deshabitación del sujeto a quien se transmite la sustancia y a casos de posesión compartida destinada a un círculo cerrado de consumidores⁶⁷, si bien en alguno de los supuestos enjuiciados concurren a veces, pues no se trata de compartimentos estancos, características y presupuestos presentes en los otros grupos de hipótesis⁶⁸.

Pero volviendo al amplio dictado típico de nuestro Derecho positivo, sólo mitigable por interpretaciones como las acabadas de resaltar, puede aseverarse que con el desmedido afán por penalizar cualquier actividad, por mínima que sea, del denominado *ciclo de la droga*, y desde una redacción de la norma tan lata e indeterminada como la que acoge el vigente CP, lo que sufre es la seguridad jurídica: el principio de claridad y taxatividad de los tipos penales brilla en este sector por su ausencia, lo cual conduce inexorablemente a que los tipos sean manipulables a la hora de su interpretación, efecto de tal patente gravedad que no es preciso siquiera insistir en ponerlo de manifiesto. Ha podido, por ello, subrayar la doctrina que con la regulación del CP se viene a difuminar la distinción entre infracción criminal y comportamiento simplemente desviado⁶⁹ o que estamos ante una clara muestra de Derecho excepcional en cuanto se fuerzan estructuras dogmáticas consagradas, configurándose, por ej., un *concepto unitario de autor* (alude al “concepto extensivo de autor”, por ej., la STS de 8-5-1997) o equiparándose formas muy diversas de afectación del bien jurídico, de suerte que todas las acciones del *ciclo de la droga* vienen a considerarse equivalentes⁷⁰ (destaca, entre otras, la STS de 24-9-1997 las dificultades para apreciar formas de imperfecta ejecución, dado que el precepto se configura como “un delito de peligro abstracto, de consumación anti-

⁶⁷ Sobre posesión compartida, cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Tenencia para consumir, tenencia para traficar y “cooperativa de consumo” de drogas* (Comentario a la STS de 30-IX-1974), en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1978, núm. 52.

⁶⁸ La sistematización mencionada en el texto se toma de del Río Fernández, L. J., *Tráfico de drogas y adecuación social*, en Actualidad Penal, nº 1/1, 7 enero 1996, pp. 7 ss., y de Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los casos de dudosa tipicidad*, en Actualidad Penal, 1994, nº 34/19, 25 de septiembre, pp. 631 ss., autor éste que advierte “que nuestros Tribunales tienen muchas dudas acerca de dónde comienzan los límites de lo prohibido en este ámbito”. Por ello, habida cuenta de las regresiones que se producen en relación a determinados casos, dándose solución diversa a supuestos similares, se produce en este campo una gran inseguridad jurídica y un quebranto del principio de igualdad ante la Ley. Vid. también el análisis que sobre la postura del TS efectúan, *in extenso*, Muñoz Sánchez, J-López Caballero, J. C.-Larrañaga Junquera, C., *La administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa deshabitador. Reflexiones en torno a la doctrina jurisprudencial*, en “Jueces para la democracia”, Información y debate, 1997, noviembre, 30, pp. 57 y ss.; Maqueda Abreu, Mª L., *Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas*, en la Ley, 9 septiembre 1998, p. 1 ss.

⁶⁹ Cfr. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 570.

⁷⁰ Cfr. Silva Sánchez, *Notas...*, cit., p. 379; Torio López, *Antinomias...*, cit., pp. 948 s.

cipada, de mera actividad o resultado cortado, en el que, salvo casos excepcionales, no se admiten formas imperfectas de ejecución, excepcionalidad caracterizada por no haberse alcanzado la posesión material de la droga por el destinatario y no poder imputársele ningún género de disponibilidad sobre ella”. Y admite también la posibilidad de tentativa, reconociendo igualmente su excepcionalidad, la STS de 14-11-1997: “Ciertamente, para la consumación del delito de posesión de drogas tóxicas para el tráfico es necesario que, de algún modo, el autor llegue a tener bajo su dominio las citadas drogas, de modo que cuando no llegue a alcanzarse esa tenencia puede existir tentativa al respecto, y así se ha pronunciado la jurisprudencia en algunas sentencias, pese a reconocer las dificultades inherentes a la naturaleza de estos delitos, que son de mera actividad y de peligro”).

A diferencia de la regulación que introdujo en el CP la reforma de 1983, que castigaba a “los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas” siempre que ello fuera realizado mediante determinados actos, con la modificación operada por la Ley de 24 de marzo de 1988 el tipo penal sufrió un claro y radical cambio en su tenor al declararse expresamente punibles los actos de cultivo, elaboración, tráfico, tenencia con ánimo de “tercería” y, además —de forma similar al régimen iniciado por la Ley de 15 de noviembre de 1971—, aquellas conductas que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, conductas idénticas a las acogidas por el vigente CP.

Ni que decir tiene que ello supuso —amén de una merma de la real vigencia del principio de legalidad— un rotundo ensanchamiento del ámbito del precepto, volviendo a ser típicas conductas tales como “hacer propaganda para el consumo de drogas” (STS de 6-11-1978), “proporcionar información sobre donde adquirir drogas” (STS 305-1978) o “facilitar a los consumidores un piso donde poder administrarse y guardar la droga y diversos útiles” (STS 14-5-1982), conductas, citadas a título de mero ejemplo, que el Tribunal Supremo declaró típicas en un momento en el que, como queda dicho, estaba vigente una normativa sustancialmente igual a la que rige tras la reforma de 1988 y que ha llegado al CP de 1995.

En suma, han pasado a ser punibles desde tal reforma, además de las acciones que expresamente se mencionan, aquellas otras que sin estar comprendidas en las conductas anteriores consistan —según se aseveró por la STS de 26-3-1977, dictada de conformidad, lógicamente, con el tenor de la Ley de 1971— en la inducción, promoción, estímulo (promuevan), o en distribuir la droga o proporcionarla a los consumidores (faciliten) o en crear circunstancias de lugar u otras análogas propicias a dicho consumo (favorezcan). Por consiguiente, en la amplia dicción del artículo, al igual que sucedía antes de la reforma de 1983, pudo afirmarse por el TS que cabía cualquier acto de mediación o ayuda para el uso por terceras personas (STS 28-6-1979).

De esta manera, la controversia doctrinal que había suscitado la reforma de 1983 sobre el carácter típico, o no, de la donación de drogas quedó legislativamente zan-

jada. Recuérdese, en efecto, que mientras un autorizado sector doctrinal entendía que con la indicada reforma la mera donación o invitación a consumir había dejado de ser punible, el Tribunal Supremo, por el contrario, y un también cualificado grupo de autores, incluyeron en el término “tráfico” tanto la transmisión onerosa como la gratuita. Y esta fue, asimismo, la postura de la Fiscalía General del Estado, expresada en la Circular 1/1984, de 4 de junio, sobre “Interpretación del artículo 344 del Código penal”.

En todo caso, de acuerdo con la actual versión del precepto, estímesese —como suele hacer, por ej., la jurisprudencia— que el término “tráfico” abarca ya los supuestos de transmisión gratuita o considérese, contrariamente, que no comprende más que las hipótesis de transmisión onerosa, es lo cierto que la donación aparece subsumida en la omnicomprendensiva fórmula “o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal”. Se da, así, por resuelta, según antes se puso de relieve, una importante cuestión que debería haber merecido, desde luego, una más cuidadosa consideración y diversificación legal. Tal carencia del texto de la Ley —característica, como venimos insistiendo, de anteriores redacciones de la norma— ha originado una doctrina jurisprudencial no unitaria ante la amplia gama de situaciones que en este campo pueden presentarse, con lo insatisfactorio que ello resulta, como es innecesario destacar, desde la perspectiva de la seguridad jurídica. De esta suerte, en fin, quedan formalmente sometidas y disciplinadas por la misma conminación penal abstracta conductas de muy diverso contenido de disvalor⁷¹, y algunas claramente insignificantes de cara a comprometer el bien jurídico, por más que, como anteriormente se ha señalado, comienzan ya a ser significativos los pronunciamientos jurisprudenciales acotando debidamente el alcance del precepto, que vienen a paliar la criticable indeterminación legal.

La importante cuestión del alcance de la *tenencia o posesión* de drogas se resolvió expresamente a partir de la ley de reforma del CP de 1983, ley que, en contra de lo que se difundió incorrectamente, y con incomprensible insistencia por algunos medios de comunicación social, no hizo sino consagrar legalmente la

⁷¹ En consecuencia, no es posible considerar enteramente exacta la afirmación que se realizaba en el Preámbulo de la citada Ley de 24 de marzo de 1988 sobre el “respeto al elemental principio de justicia de tratar de manera distinta aquello que es diferente”. Que la penalidad prevista para casos tan sumamente heterogéneos como los que podían ser abarcados por la norma, cuyo contenido llega enteramente hasta el vigente CP, pudiera ser en parte adaptada al caso concreto, por la vía del entonces art. 61, y ahora a través del art. 66, no impide la crítica al poco esfuerzo del legislador por especificar, como es su obligación, con cláusulas de alcance determinado, el ámbito de lo punible. Porque la efectiva vigencia del principio de legalidad impone a aquél la elaboración de tipos de preciso alcance, sin fórmulas vagas o indeterminadas, que eviten, por tanto, trasladar a los Jueces o Tribunales tareas que competen en exclusiva al Poder legislativo: sólo de esta forma se respetan, en su sentido esencial, las exigencias dimanantes del principio de legalidad. Si el legislador, en suma, estimaba que algún otro supuesto —al margen de los expresamente citados— era merecedor de represión penal, debería haber realizado el esfuerzo de consignarlo específicamente, sin fiar, pues, la solución —por más que se invoque la aparición de posibles e indeseables lagunas punitivas— a descripciones incompatibles con la seguridad jurídica.

interpretación que el TS y la doctrina absolutamente mayoritaria habían dado desde siempre al precepto, reservando la calificación de conducta típica a la tenencia preordenada al tráfico⁷².

La **determinación del destino de las sustancias poseídas** se viene solucionando por el TS teniendo en cuenta una serie de circunstancias tales como la condición de toxicómano del tenedor, cantidad de droga, su naturaleza, manipulaciones realizadas y disposición y lugar en que fue hallada, la intervención de terceros, el utillaje auxiliar utilizado, etc., otorgándose especial importancia a tal fin, de entre las circunstancias mencionadas, a la cantidad de droga intervenida y a la cualidad de consumidor habitual del sujeto, sin que ello quiera decir que la ausencia de dicha habitualidad, por sí misma, haya tenido una virtualidad absoluta para entender comprendida la conducta en el área penal. (En el sentido indicado, la STS de 13-4-1981, paradigmática al respecto, señala que del único dato de que el sujeto no sea consumidor habitual de drogas no puede deducirse que tuviese la sustancia para traficar, “ya que quien habitualmente no lo es puede, en alguna ocasión, tener la tentación de consumirla”). En ocasiones, el TS, tratándose de un sujeto adicto, considera destinada al propio consumo la posesión de cantidades que supongan una provisión de hasta cinco días, aunque, naturalmente, la misma jurisprudencia reconoce en algunas Sentencias la improcedencia de mantener criterios rígidos, pues la prueba indirecta o indiciaria ha de basarse en el conjunto de circunstancias concurrentes (vid., por ej., SsTS 6-5-1992 y 29-4-1995). En consecuencia, la cantidad intervenida, según la cualidad intrínseca y efectos de la sustancia es, según se acaba de señalar, uno de los datos al que en la praxis se presta particular atención para deducir o no el propósito de puesta a disposición de terceros de la droga, dato sobre el que, empero, no han dejado de surgir entre nuestros Tribunales de Justicia criterios discrepantes en orden a estimar, precisamente, la presunción de destino al tráfico⁷³.

En relación con ello, y habida cuenta de la necesidad de impedir que la impunidad de la tenencia para el propio consumo genere una “ampliación material del espacio del tráfico”, y también por razones de seguridad jurídica, se ha estimado la conveniencia de plasmar legislativamente el módulo de la *mínima cuantía*, a determi-

⁷² El art. 25 de la LO sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero de 1992, considera infracción grave “el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo”. Sobre el carácter de conducta contraria a Derecho del consumo, que no delictiva, vid. Fabián Caparrós, E., *Tratamiento jurídico-penal de las drogodependencias*, en “La reforma del Código penal: aspectos conflictivos”, Universidad de Salamanca, 1994, pp. 63 y ss. Al respecto debemos dejar aquí constancia de la doctrina sentada por la STS 28-9-1998, de la Sala 3ª (de lo Contencioso-Administrativo), al declarar ilícita y sancionable administrativamente la simple tenencia, con independencia de que vaya destinada al propio consumo en lugar público o en el ámbito privado.

⁷³ Cfr. Fernández Nieto, M., *Problemática jurídico-penal y social de las drogas en España*, en Poder Judicial, 1983, n° 7, p. 97; Arroyo Zapatcero, *Aspectos...*, cit., p. 23.

nar sobre la dosis media que requiere un toxicómano, por ej., cada tres días⁷⁴. Frente a tal propuesta, sin embargo, se ha aducido que “el establecimiento legal de límites objetivos... tampoco deja de ser peligroso dado que en no pocos supuestos provocaría una inversión de la carga de la prueba⁷⁵. Y al respecto se ha escrito, asimismo, que no cabe ignorar “la inconveniencia de deducir el ‘dolo’ de tráfico o el ‘dolo’ de consumo de unos datos objetivos, por definición equívocos, cuya generalización desconoce las singularidades de cada caso”, destacándose, en suma, desde esta perspectiva, que “la variedad y heterogeneidad de factores que deben ser tenidos en cuenta sugieren no la objetivación del arbitrio judicial, su absoluta predeterminación, sino todo lo contrario: valorar aquéllos, todos, con arreglo al principio de libre apreciación de la prueba”⁷⁶.

Ahora bien, si tras la reforma de 1988 el derecho vigente persiste en la línea iniciada por la Ley del 83, en cuanto deja claramente fuera de área penal la *tenencia* siempre que, como queda apuntado, responda a la señalada finalidad, el modo en que se realiza una tal exclusión es distinto en ambas reformas. En efecto, si con la entrada en vigor de la Ley de 1983 se sancionaba la posesión cuando estaba dirigida al tráfico (“o las poseyeren con este último fin”⁷⁷), en la actualidad,

⁷⁴ Arroyo Zapatero, *Aspectos...*, cit., p. 23; Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 571. Vid., también, Jiménez Villarejo, *En torno a la penalización del consumo y posesión de drogas ilegales*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa), pp. 410 y ss. El criterio de la mínima cuantía, fijando en tres días el *autoconsumo razonable*, le parece a Quintero Olivares plausible; a su juicio, el que las dosis sean distintas según la sustancia y el grado de adicción no suponen un inconveniente relevante. En todo caso, la cuestión podría solucionarse —estima Quintero— a través de una Circular de la Fiscalía del Estado o de la Fiscalía Especial estableciendo un criterio uniforme sobre las cantidades consideradas como de autoconsumo (*Orígenes...*, cit., p. 72).

⁷⁵ Así: Boix Reig-Jarcón Leal, en *Comentarios...*, cit., p. 1690. Resultan también particularmente esclarecedoras de la idea expresada en el texto las palabras de Vives Antón cuando afirma: “La preordenación al tráfico suele inferirse de la posesión de cantidades superiores a las previsiones de un consumidor, y esta deducción, si se adapta a las peculiaridades del hecho y si los tribunales la razonan del modo requerido por la jurisprudencia constitucional citada, no es contraria a la presunción de inocencia, frente a lo que en ocasiones se afirma.—Sin embargo, no podría llegarse a la misma conclusión si se modificara el texto legal, cual se ha propuesto en ocasiones, de modo que la posesión de droga comportase una presunción relativa al ánimo de traficar con ella. Una regulación de tal naturaleza invertiría la carga de la prueba de un elemento del delito, aun cuando la ley requiriese, para presumir el ánimo, la posesión de cantidades superiores a las normalmente dedicadas al consumo, porque el caso concreto podría representar la excepción a esa regla de normalidad, de modo que en él la posesión no fuera indicativa del ánimo requerido por el tipo.— A tenor de lo expuesto, toda presunción legal del ánimo sería inconstitucional por contravenir el derecho a la presunción de inocencia” (*Presupuestos...*, cit., p. 257).

⁷⁶ García-Pablos de Molina, *Bases...*, cit., p. 388.

⁷⁷ El art. 344 castigaba, en la redacción que le dio la Ley de 25 de junio de 1983, a “Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeran con este último fin...”. Sobre el tema de si durante la vigencia de la reforma de 1983 se penaba sólo la posesión con

y desde la reforma de 1988, ha venido resaltando la doctrina la ampliación experimentada por el alcance de la tenencia punible, ampliación puesto que, desde entonces, la posesión aparece conectada no ya exclusivamente con el pretendido posterior tráfico, sino “con aquellos fines” (“o las posean con aquellos fines”), fórmula que ha dado lugar en la doctrina científica a opiniones divergentes, planteándose básicamente si con la misma se pune la posesión con la finalidad de llevar a cabo actos indeterminados de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal o si, por el contrario, lo que se castiga es la tenencia circunscrita al objetivo de cultivar, elaborar o traficar con las sustancias poseídas. La cuestión no es, ciertamente, baladí, pues de la respuesta que a la misma se dé depende, por ej., que (entendido el término “tráfico” en sentido estricto) se considere o no típica la posesión para la donación posterior.

A favor de la primera de las interpretaciones apuntadas se manifiestan Muñoz Conde [la posesión ya no va referida únicamente al tráfico “sino a los fines («aquellos fines») que, en definitiva, serán todos los que de cualquier modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal”]⁷⁸, Boix Reig-Jareño Leal (“El art. 368 castiga a quienes posean con *aquellos fines* las drogas, es decir, con el fin no sólo de tráfico, sino también con los de cultivo o elaboración o, en suma, cualquier otro, siempre que tenga un contenido de alteridad, es decir, que responda a la finalidad última de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal”)⁷⁹, Carmona Salgado (se pena no sólo “la tenencia de droga con intención de traficar con ella, sino también su posesión «con aquellos fines», es decir, para «promover, favorecer o facilitar» el consumo ilegal de la misma”)⁸⁰, López Garrido-García Arán (además de actos de cultivo, elaboración o tráfico de sustancias prohibidas, y de la promoción o favorecimiento de su consumo, el tipo básico incluye “la posesión con cualquiera de los fines anteriores”)⁸¹, Luzón Peña (en el precepto se castigan, “entre otros actos... también los de tenencia para traficar —o, después de la última reforma de 1988, también para promover, favorecer o facilitar el consu-

fines de tráfico o también, por ejemplo, la posesión para el cultivo o la fabricación, y si lo que se originaba, caso de admitirse la tipicidad de las últimas conductas citadas, era un delito en grado de tentativa, frustración o consumación, vid. Conde-Pumpido Ferreiro, *El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones*, en “La problemática de la droga en España”, vol. cit., p. 125; Díez Ripollés, *Los delitos...*, cit., pp. 47 y 61; Rey Huidobro, *El delito...*, cit., pp. 24 y s.

⁷⁸ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 570

⁷⁹ “La estructura del tipo legal —en decir de Boix-Jareño— comporta, una vez más, llegar a esta amplia conclusión, que permite considerar claramente punibles conductas de mera tenencia” (en *Comentarios...*, cit., p. 1689).

⁸⁰ Carmona Salgado, C., en *Curso...*, cit., p. 159

⁸¹ López Garrido, D.-García Arán, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid., 1996, p. 166

mo ilegal”)⁸², o Valle Muñiz-Morales García (“parece más adecuado el enlace directo entre la posesión y los fines de favorecimiento, etc., que, a la postre, únicamente podrán ser inferidos a través de la exteriorización de actos que de cualquier modo sean idóneos para ello”)⁸³. Por su parte, De la Cuesta Arzamendi estima —aunque no se pronuncia tajantemente, puesto que, a su juicio, la redacción sobre este punto no permite un discernimiento claro— que lo que parece más lógico es considerar que la posesión típica es la llevada a cabo para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal ajeno⁸⁴.

Decidido partidario de la segunda de las posibles interpretaciones, que restringe el alcance de la posesión punible, se declara Díez Ripollés al estimar que la posesión típica va ligada al cultivo, elaboración o tráfico, porque “si quisiera aludirse a promover, favorecer o facilitar, se hubiere dicho ‘con estos fines’ dada la estructura gramatical de la frase”. De esta manera, y conforme a tal entendimiento de la cuestión, la conducta solamente sería punible si el sujeto posee la droga para ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico y, además, lógicamente, realiza dicha conducta con la finalidad de promover, favorecer o facilitar su consumo: “los supuestos en que se detenta drogas con fines de promover...su consumo pero no mediante actos de cultivo...quedan fuera del tipo”⁸⁵. Y también resulta inscribible en esta dirección la postura de García García (“solamente será típica la posesión «con aquellos fines», es decir, cultivo, elaboración o tráfico”)⁸⁶ y la de Mendoza Buergo (“Ante la ambigüedad del legislador, si no está claramente definida como punible la posesión con fines de favorecimiento o facilitación y, por su parte, el cultivo y la elaboración no encaminados a éstos...no resultan punibles, sólo debería reputarse claramente incluido en el ámbito de lo típico la tenencia para el tráfico”)⁸⁷.

Según puede comprobarse, surgen, una vez más distintos puntos de vista en la doctrina en torno a un problema relevante. El legislador —que a buen seguro, dado el modo general en que regula esta materia, ha querido partir de un enten-

⁸² Luzón Peña, *Tentativa...*, cit., pp. 744 y s.

⁸³ Para estos autores, si se estima que las acciones de cultivo, elaboración o tráfico son meros ejemplos de conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar, no hay razón para que la expresión “aquellos fines” se proyecte únicamente sobre tales ejemplos y no sobre cualquier otra manera igualmente apta para promover...Cfr., para conocer más en detalle su argumentación, Valle Muñiz-Morales García, en *Comentarios...*, cit., pp. 1002 y s.

⁸⁴ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J. L., *El marco normativo de las drogas en España*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1987, n° 3, p. 396

⁸⁵ Díez Ripollés, *Los delitos...*, cit., pp. 61 ss.

⁸⁶ García García, J., *Posesión de drogas y tratamiento penal del consumidor-trafficante*, en CPCrim, 1996, n° 58, p. 8

⁸⁷ Mendoza Buergo, en *Compendio de Derecho penal*, cit., p. 670

dimiento que habría que encuadrar en el ámbito de la primera interpretación—, nuevamente, como decimos, con la poco cuidada redacción de la norma, propicia modos divergentes de entender el precepto.

5. 3. *Tipos cualificados*

Mencionados hasta ahora los aspectos esenciales conformadores del tipo básico del delito de tráfico de drogas, hemos de citar seguidamente las innovaciones que nuestro nuevo CP presenta en el resto de la regulación respecto del texto punitivo anterior.

Los supuestos agravados se contienen propiamente en los arts. 369 y 370⁸⁸, supuestos en los que, lamentablemente, no se han depurado los más sobresalientes defectos denunciados por la doctrina en relación al CP derogado: así, por ej., el de la utilización por los mismos de verbos típicos distintos de los empleados por el tipo básico⁸⁹, el relativo a la *notoria importancia* de la cantidad de droga objeto de las acciones que se contemplan en el art. 368 (cualificación a la que le dedicaremos especial análisis), o el que se refiere a la *extrema gravedad* de las conductas del art. 369 y cuya apreciación genera la aplicación de la pena superior en grado a las señaladas en tal precepto (tipo agravado al que también hemos de prestar atención más adelante).

—El art. 369, que aparece configurado al modo de los tipos mixtos alternativos (bastando, en consecuencia, con una de las circunstancias que en él se recogen para la elevación de la correspondiente pena base y sin que la emergencia de varias de tales circunstancias surta *especiales* efectos agravatorios dentro del marco sancionatorio que corresponda), ordena, en cualificación de primer nivel, la imposición de las penas privativas de libertad superiores en grado (con lo cual la pena de prisión irá de nueve a trece años y seis meses, si se trata de sustancias que causen grave daño a la salud, y de tres a cuatro años y seis meses, si se trata de sustancias que no originen tal grave daño) y multa del tanto al cuádruplo en el caso de que concorra alguno de los supuestos que en los nueve números de que consta se enumeran (facilitación de las drogas a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos o su introducción o difusión en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros asistenciales; realización de los hechos en establecimientos abiertos al público por los

⁸⁸ En el art. 372 se establece —como recogemos al final de este apartado— una cualificación relacionada con la actividad profesional del sujeto activo.

⁸⁹ De “defecto de técnica” califican Boix y Jareño (en *Comentarios...*, cit., p. 1697) vincular la agravación por ej., a la facilitación, introducción, o difusión (cfr. nº 1º del art. 369) y no a las conductas descritas por el tipo básico del art. 368

responsables o empleados de los mismos; notoria importancia de la cantidad de los objetos de ilícito tráfico; facilitación de las sustancias o productos a sujetos sometidos a tratamiento de deshabituación o rehabilitación; adulteración de dichas sustancias o productos; pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a la difusión de las sustancias de tráfico prohibido; participación en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito; ser el culpable autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, siempre que se obre con abuso de profesión, oficio o cargo; y utilización de menores de dieciséis años para cometer el delito). Tal abundancia de supuestos agravados posibilita la afirmación de que en realidad este tipo agravado viene a ser la regla y el tipo básico la excepción, pues ciertamente no será infrecuente cometer el delito de tráfico de drogas e incurrir al propio tiempo en alguna de la numerosas agravaciones que contiene el art. 369.

Por lo que se refiere a la agravación por “notoria importancia”(art. 369-3º), vienen considerándose como límites a partir de los que dicha circunstancia es apreciada: 60-80 gramos para la heroína (cfr., por ej., STS 25-2-1997), 120-125 para la cocaína (cfr., por ej., STS 4-2-1998) y 200 dosis para el L.S.D, anfetaminas y éxtasis (cfr., por ej., STS 14-11-1997)⁹⁰, límites que se entienden referidos a cantidades netas o puras. Y así, 167 gramos de cocaína con una pureza, pongamos por caso, del 68% equivaldrán en realidad a 113,56 gramos, con lo que, en consecuencia, se trataría de una cantidad insuficiente para aplicar la agravación del nº 3º del art. 369 (sobre el modo de calcular las dosis, a efectos de aplicar el tipo cualificado del nº 3º del art. 369, puede servir de ej. lo indicado por la STS de 14-11-1997, en su

⁹⁰ Sobre las cantidades que maneja el TS para apreciar esta cª, y que se señalan en el texto, vid., entre otros, Boix Reig-Jareño Leal, en *Comentarios...*, cit., pp. 1699 y ss.; Conde-Pumpido Ferreiro, en *Código Penal...*, cit., p. 3483 s.; Feijóo Sánchez, en *Comentarios...*, cit., p. 1023 s. Es ya un tópico en la doctrina subrayar la imprecisión de esta fórmula (“notoria importancia”). Así — y sólo por citar las más recientes aportaciones—, Boix-Jareño aluden a “elemento típico rechazable desde la perspectiva de seguridad jurídica y del principio de legalidad (en *Comentarios...*, cit., p. 699). Muñoz Conde habla para referirse a la praxis judicial de la “inseguridad jurídica que producen criterios tan oscilantes”, derivados de las dificultades que presenta la fórmula “notoria importancia” (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 574 y s.), y Valle Muñiz-Morales García consideran, en fin, que estamos ante “un elemento normativo de notable inseguridad” (en *Comentarios...*, cit., p. 1015). Para Quintero Olivares, que realiza esta observación sobre el Proyecto de CP de 1992, si bien es cierta la imprecisión de algunos términos, “la cuestión se contrac siempre a los mismo: optar por un criterio cuantitativo preciso, con las enormes dificultades que ello entraña, o fiar la valoración de la gravedad cuantitativa al arbitrio judicial. Otra solución que nadie postula, sería renunciar a aumentar las penas por motivos de agravación ‘cuantitativa’. La salida a ello —en opinión de Quintero— “no ha de buscarse necesariamente en la ley, sino en los controles jurisdiccionales y en las limitaciones que puede introducir el Ministerio Fiscal frente a un ejercicio excesivo del arbitrio judicial. Defender lo contrario conduce a regresar a leyes casuísticas y con una determinación de la pena “cuadrículada”, en detrimento del debate forense y, lo que es más grave, del ideal de individualización” (*Orígenes...*, cit., p. 72 s.). Vives Antón, por su parte, y de modo contrario, estima que se debería haber establecido qué cantidad es de notoria importancia, “aunque hubiera que hacerlo estipulando una cantidad distinta para cada clase de droga” (*Presupuestos...*, cit., p. 251).

Fundamento de Derecho 8º: “En el relato de Hechos Probados...se hace una relación de la droga ocupada, entre ellas 110 comprimidos de metilendioximetanfetamina (MDMA) conocida como éxtasis con un peso de 32,69 gramos, y una pureza del 45%, lo que supone 147 dosis tóxicas, considerando la dosis tóxica como la comprendida entre 30 y 100 miligramos del principio activo correspondiente (MDMA), y haciendo la cuenta con el tope máximo de 100 miligramos: 32, 690 miligramos al 45% son 14.710 miligramos del principio activo (MDMA), lo que dividido por 100 nos ofrece un resultado de 147,1 dosis tóxicas de esta sustancia como mínimo. También se ocuparon otros 83 comprimidos de la misma sustancia con un peso de 21,145 gramos y una pureza del 39%, lo que haciendo la misma cuenta arroja un resultado de otras 82,46 dosis tóxicas que sumadas a las anteriores 147,1m claramente exceden de las 200 referidas”).

En lo que concierne a los derivados del cannabis, se atiende, sin embargo, para poder aplicar el art. 369-3º a su peso bruto. Según la STS de 20-11-1997, “para apreciar la notoria importancia en el hachís no se hace preciso concretar el grado de THC que posee la planta —a diferencia de lo que ha establecido la jurisprudencia respecto a las drogas duras— sino al peso total de la droga intervenida. Así en la Sentencia de esta Sala de 6 noviembre 1995 (RJ 1995, 8017) se expresa que a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o cannabis sativa son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa de tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contiene en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite) y por ello esta Sala ha optado por establecer el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica, no en consideración a la sustancia activa sino en relación con las diversas modalidades ya mencionadas”. Partiendo, pues, de que el principio activo (THC, esto es, tetrahidrocannabinol) no se presenta en estos derivados en estado puro, sino que varía en los diferentes productos que se ofrecen, se entiende por la jurisprudencia que para la marihuana, equivalente a la grifa o al kif marroquí, que tiene una concentración del 0,5 al 2%, debe fijarse la cantidad de notoria importancia en 5 kgs de peso bruto; que para el hachís común o resina de cannabis, con un THC del 2 al 8%, constituye cantidad de notoria importancia 1 Kg. de peso bruto; y que la cantidad determinante de la agravación a que venimos aludiendo para el aceite de hachís, que posee un THC del 65%, es de 200 gramos. En suma, al ser la concentración de THC distinta en cada una de las modalidades de presentación, es el peso bruto de éstas, conforme a lo dicho, lo decisivo para hacer surgir la agravación (vid. sobre ello, entre otras, la STS de 28-4-1995).

Pues bien, las novedades que este art.369 presenta respecto del correspondiente al CP derogado (art.344 bis a) son las siguientes:

A) En su nº 1º se contempla ahora, junto a diversos supuestos agravados por razón del lugar donde se realiza el delito, la introducción o difusión de las dro-

gas en *centros asistenciales*. Aunque parece lógico pensar que el legislador ha pretendido referirse, con tales términos, a los centros de deshabituación, no cabe duda —como significan Valle-Morales— de que con la dicción legal quedan abarcados los hospitales, ambulatorios y clínicas⁹¹.

B) En el n° 6º se menciona la pertenencia del culpable no sólo a una “organización”, como figuraba en el ACP, sino también a una “asociación”, añadido que, a juicio de Sainz Ruiz, no era imprescindible: la “organización” puede revestir ya la forma de “asociación mercantil lícita que tenga por objeto de comercio otros fines, siendo indiferente que sea de carácter nacional o multinacional, por lo que parece que no hubiese sido necesario la inclusión del término «asociación», debido a que la jurisprudencia lo ha incluido en el concepto «organización»⁹².

La “organización” —no identificable, como es obvio, con la simple codeinfluencia— implica una cierta estabilidad temporal (aunque sea transitoria), distribución de papeles y jerarquización. Y como quiera que estamos ante un concepto que comporta un relevante grado de indefinición, se impone una gran prudencia en la apreciación de este tipo cualificado (“Ciertamente —como señala Muñoz Conde— no es lo mismo la organización criminal con amplias ramificaciones en todo el mundo que la banda que controla un barrio de una gran ciudad. Las posibilidades que ofrece este precepto deben ser aplicadas, por tanto, con gran cautela por los Tribunales⁹³). En punto a la «asociación», la ratio de la agravación se debe igualmente no sólo a la pertenencia a la misma, sino al aprovechamiento de su estructura. Por ello, y por más que la pertenencia a una asociación ilícita se encuentre tipificada autónomamente en el, a nuestros efectos, art. 515-1º, procede la aplicación preferente del art. 369-6º⁹⁴.

⁹¹ Señalan, asimismo estos autores, que si la *ratio* de esta agravación se dirige a proteger a quienes se encuentran en una situación de inferioridad para decidir sobre el consumo de las sustancias de tráfico prohibido, el lugar adecuado de la misma sería el n° 4º del art. 369 (en *Comentarios...*, cit., p. 1658). Esta novedad, al igual que otros supuestos agravados, se toma del art. 3, apartado 5, de la Convención de las Naciones Unidas de 1988; sin embargo, el CP no sigue totalmente el dictado de lo que fija tal Convenio en este art. 3. 5, pues ni recoge como circunstancia agravante en su art. 369 “el recurso a la violencia o empleo de armas por parte del delincuente”, ni que el hecho se realice, además de en los lugares que se mencionan en el n° 1º de este precepto, “en sus inmediaciones o en otros lugares a los que los escolares y estudiantes acuden para realizar actividades educativas, deportivas y sociales”. Ni tampoco se consigna como circunstancia merecedora de agravación —con lo cual se descarta lo propugnado por algún autor (cfr. Carbonell Mateu, *Consideraciones...*, cit., p. 347)— el que las sustancias o productos se faciliten, además de a “personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación”, a exdrogadictos.

⁹² Sainz Ruiz, J. A., en *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 1544.

⁹³ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 577

⁹⁴ De este modo: Valle Muñiz-Morales García, en *Comentarios...*, cit., p. 1662; Joshi Jubert, U., *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 1995)*, en ADPCP, II, 1995

C) El nº 7º del vigente art. 369 refunde los antiguos números 8º y 9º del art. 344 bis a) CP 73, con la peculiaridad, empero, de que el CP de 1995 no se refiere a que el sujeto “participare en otras actividades *ilícitas* cuya ejecución se vea facilitada por el delito”, sino que requiere que el culpable participare “en otras actividades delictivas organizadas” (como también lo hacía el 344 bis a, 8º)⁹⁵ o en otras actividades *delictivas* (no meramente ilícitas) cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del tráfico de drogas (Es el caso, en ej. de Conde-Pumpido Ferreiro, del sujeto que utiliza el tráfico de drogas para sufragar otras actividades delictivas, v. gr., mafiosas o terroristas)⁹⁶.

D) A la agravación de que “el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador” (que se recogía en el nº 7º del art. 344 bis a del ACP), se añade en el art. 369-8º -correctamente- el requisito de que obren “con abuso de su profesión, oficio o cargo”. Corrige el CP, de esta suerte, un defecto, nacido con la reforma de 1988, que incomprensiblemente no se subsanó en posteriores modificaciones del derogado texto punitivo. Pese al defecto apuntado, la doctrina, con diversos y convincentes argumentos, interpretaba restrictivamente la cualificación del ACP, descartando un entendimiento puramente objetivo de la circunstancia, que el tenor literal del precepto, no obstante, como decimos, consagraba⁹⁷. También la jurisprudencia se había pronunciado en alguna

⁹⁵ Esta agravación es tachada por Serrano Gómez de confusa “ya que el sujeto, además de formar parte de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes, ha de pertenecer a otra organización criminal, sea cual fuere. Supone inseguridad jurídica en cuanto que normalmente habrá dificultades de poder demostrar esa situación; a veces será necesario esperar a que se confirme por sentencia, lo que paralizaría el procedimiento si se quiere aplicar esta agravación. No es necesario que entre unos y otros delitos haya conexión” (*Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 617).

⁹⁶ Conde-Pumpido Ferreiro, *Código Penal...*, cit., p. 3487; Valle Muñiz-Morales García, en *Comentarios...*, cit., p. 1662. Debe traerse aquí a colación, respecto de las agravantes de los números 8º y 9º del art. 344 bis a) del ACP (que han sido refundidas —como se acaba de indicar en el texto— por el nº 7º del vigente art. 369), la opinión de Silva Sánchez expresando sus dudas sobre el acierto de su incorporación a la regulación de esta materia, dado que se trata “de supuestos que podrían resolverse apreciando un concurso entre el correspondiente delito del art. 344, el otro delito cometido y, en fin, en su caso, otro de asociación ilícita. Lo mismo vale —escribe Silva— para la agravante del número 9º, cuya esencia es la participación por el culpable en otras actividades ilícitas, cuya realización se vea favorecida por el correspondiente delito de tráfico. En efecto, y con independencia de que la alusión a actividades genéricamente ilícitas, y no específicamente delictivas, resulta por completo perturbadora, de nuevo puede subrayarse aquí que la apreciación del correspondiente concurso de delitos debería ser suficiente para apreciar el total desvalor del hecho globalmente contemplado. Por el contrario, la inclusión de estas agravantes, si es que además se pretende sancionar por las correspondientes actividades delictivas distintas del narcotráfico, podría dar lugar a incurrir en un criticable *bis in idem* (Notas..., cit., p. 380).

⁹⁷ Puede consultarse sobre la interpretación doctrinal en este punto, Lorenzo Salgado, J. M., *En torno a alguna de las innovaciones de la LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del CP en materia de tráfico ilegal de drogas*, en *Drogo dependencia y Sociedad*, Fundación Caixa Galicia, 1990, p. 231 s.

ocasión en el sentido de limitar el alcance de la circunstancia a los casos en los que los sujetos mencionados actuasen con abuso de su profesión, oficio o cargo⁹⁸. Así pues, el nuevo CP, con la exigencia de que concurra *abuso*, viene a cohonestar la agravación con los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

E) Se refiere el art. 369-9º —en la última de las diferencias que en este campo existen entre el anterior y el nuevo CP— a la *utilización* de menores de dieciséis años para cometer estos delitos, circunstancia que en el ACP se daba “cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados *mediante* menores de dieciséis años o *utilizándolos*”. La supresión de la preposición «mediante» responde a la necesidad de evitar una redundancia, ya que quien comete el delito *mediante* menores es que los está “utilizando”⁹⁹.

—Conforme al art. 370, que también se estructura alternativamente —y que coincide en lo sustancial con el art. 344 bis b) del ACP—, se aplicarán las penas privativas de libertad superiores a las señaladas en el art. anterior (en cualificación, pues, de de segundo grado¹⁰⁰) y multa del tanto al séxtuplo “cuando las conductas en él definidas sean de extrema gravedad, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones mencionadas en su número 6º”, estableciendo, además, la posibilidad de decretar determinadas medidas (disolución de la organización o asociación, clausura de locales, etc). La expresión “extrema gravedad” es de contenido indeterminado, expresión que debería haberse visto acompañada, tal y como hasta la saciedad ha sido reclamado por numerosos especialistas, de alguna pauta u orientación en orden, sencillamente a evaluar dicha gravedad¹⁰¹.

⁹⁸ Así, por ej., en las SsTS de 11 noviembre 1994 y 24 febrero 1995. Cfr., no obstante, Valle Muñiz-Morales García, en *Comentarios...*, cit., p. 1663, aludiendo a alguna resolución del TS contraria a esta línea.

⁹⁹ Cfr. Conde-Pumpido Ferreiro, *Código Penal...*, cit., p. 3287. Precisamente para evitar una interpretación reiterativa, Silva Sánchez, en relación al ACP, diferenciaba dos situaciones: “el engaño o coacción de los menores (utilización) o el mero empleo de los mismos (realización mediante) en la actividad delictiva”. A juicio de este autor, habida cuenta de que en tales hipótesis se está afectando no sólo la salud pública, sino también la seguridad del menor, en la vertiente de libre desarrollo de su personalidad, y ello también puede suceder en conexión con otros tipos penales, como, v. gr., los relativos al patrimonio, “quizá sería deseable la tipificación específica de estos atentados al libre desarrollo de los menores, que podrían entonces entrar en concurso con los delitos que ahora nos ocupan o con otros de signo distinto. Todo ello —asegura Silva— en aras del principio de igualdad y de eludir en todo caso la impresión de la existencia de una legislación excepcional, que, por mucha base estadística que tenga, no es de recibo en un Estado de Derecho” (*Notas...*, cit., p. 380).

¹⁰⁰ Dicha cualificación de segundo grado supone que la pena de prisión comprenda, como ya se ha indicado, de los trece años y seis meses a los veinte años y tres meses (si el delito tiene como objeto sustancias gravemente novivas para la salud), y de los cuatro años y seis meses a los seis años y nueve meses (si el delito tiene como objeto sustancias que no causen tal grave daño a la salud).

¹⁰¹ Vid., por todos, Vives Antón, *Presupuestos...*, cit., p. 251

Es verdad, empero, como asegura Quintero Olivares¹⁰², que la crítica sobre la utilización de conceptos indeterminados como el de “extrema gravedad” o el de “notoria importancia”—lo que en todo caso, a su juicio, resulta preocupante—no es privativa de este grupo delictivo (piénsese sino, por ej., en los arts. 74: “notoria gravedad”; 235. 3, 250. 6º: “especial gravedad”). Ello no obstante, la imprecisión de la ley penal en el ámbito del delito de tráfico de drogas alcanza cotas ciertamente inquietantes, dado que a un concepto indeterminado (“notoria importancia”), que comporta la aplicación del tipo cualificado de primer grado, se añade otro, que puede ir a él referido (“extrema gravedad”), caracterizado igualmente por su indefinición, y que obliga a acudir a la cualificación de segundo grado, cualificación de segundo grado que puede llevar a la aplicación de penas de una enorme gravedad (cfr. la nota 100), hipótesis que por más que estén pensadas para los grandes narcotraficantes constituyen un serio, e inadmisibles, ataque a la taxatividad exigible a toda norma penal. Tal vez se podría mitigar un tanto el riesgo para la seguridad jurídica que tales conceptos valorativos suponen entendiendo que para calificar la conducta de “extrema gravedad” deberá reclamarse algo más que lo meramente cuantitativo, de suerte que la aplicación de esta auténtica “hiperagravante” requiriese la concurrencia, además, de varias de las circunstancias del art. 369. A falta, sin embargo, de un criterio legal semejante, que sería fácilmente integrable en el tipo del art. 370, se ha de intensificar el rigor interpretativo en favor de una intelección restrictiva acerca del alcance de una fórmula tan sumamente difusa como la de “extrema gravedad”¹⁰³.

—Finalmente, el art. 372 prevé —en cualificación por el sujeto activo— la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, industria o comercio, de tres a diez años, cuando los hechos contemplados en el capítulo **“fueren 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”**, y ordena la imposición de la inhabilitación absoluta por un tiempo de diez a veinte años **“cuando los referidos hechos fueren realizados por Autoridad o agente de la misma en el ejercicio de su cargo”**. De los defectos técnicos de este precepto ya nos hemos ocupado con anterioridad: cfr., *supra*, el apartado 3. H) de este trabajo, lugar al que, en consecuencia, nos remitimos.

5. 4. Conductas referidas a los llamados precursores

Se castiga autónomamente en el art. 371-1, la fabricación, transporte, distribución, comercio o mera posesión de determinados materiales, sustancias y productos *a sabiendas* de que van a ser utilizados en el cultivo, producción o fabrica-

¹⁰² Cfr. Quintero Olivares, *Orígenes...*, cit., p. 72

¹⁰³ En este sentido: Mendoza Buergo, en *Compendio de Derecho penal*, cit., p. 686 s.

ción ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. El precepto se remite expresamente, para la fijación de los objetos de tráfico prohibido, a las previsiones de la Convención de 1988 (ha de tratarse de equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la citada Convención o cualesquiera otros productos adicionados a la misma o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza)¹⁰⁴. La pena prevista para tales comportamientos es la de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo.

Según el art. 371-2, “Se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.—En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el art. 370”.

El precepto (que reproduce básicamente el contenido de los arts. 344 bis g) y 344 bis j) del ACP, introducidos en el mismo por L.O. 8/1992, de 23 de diciembre) criminaliza en realidad —asegura Silva Sánchez¹⁰⁵— casos de cooperación al tráfico de drogas en fase de actos preparatorios, que ya resultaban punibles en la amplia y criticable fórmula del art. 368 “o de otro modo promuevan...”¹⁰⁶. Advierte, no obstante Quintero Olivares¹⁰⁷, que aunque “los actos de ‘colaboración técnica’ en la producción o cultivo de drogas podrían incriminarse como participación en el tipo principal...lo que aquí se castiga es algo más y algo diferente...no se trata del acto mismo de la ayuda concreta a la producción, sino la producción misma de los elementos físicos o químicos que sirven para la trans-

¹⁰⁴ Desde una perspectiva político-criminal, y como sostienen Valle-Morales (en *Comentarios...*, cit., p. 1666), resulta incomprensible que sea únicamente de los Convenios internacionales de donde dimanase el complemento de esta norma penal en blanco del art. 371 y se cierre toda posibilidad de que nuestro derecho pueda tener también una regulación interna propia. Resulta paradójico, en este sentido, que sustancias consideradas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas en los Anexos de la Ley 3/1996, de 10 de enero (pero no incluidas en los Cuadros I y II del Convenio de 1988) no puedan, sin embargo, llegar a constituir objeto material del art. 371.. Quintero Olivares matiza, por su parte, que puede llamar la atención que la remisión no se haga “a ‘otra ley’”, con lo cual pareciera que la soberanía nacional en la producción de leyes penales queda en entredicho, aunque sea indirectamente. Pero no es así, puesto que se trata de Convenios que suscribe España y, por lo tanto, tras la ratificación, quedan incorporados al Derecho interno” (*Orígenes...*, cit., p. 76).

¹⁰⁵ Cfr. Silva Sánchez, *Notas...*, cit., p. 381.

¹⁰⁶ Según Serrano Gómez, será posible penar como “tentativa del art. 368” actos preparatorios que recaigan sobre objetos materiales distintos de los previstos en los Cuadros I y II de la Convención de 1988 (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 623).

¹⁰⁷ Quintero Olivares, *Orígenes...*, cit., p. 76.

formación o preparación o creación de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De este modo la persecución del tráfico de drogas se amplía acogiendo a la producción y tráfico de aquellas cosas que sirven para producirlas aunque no se halle cantidad alguna de droga”.

En sede de penalidad se ha censurado por Serrano Gómez que el precepto no distinga según que los *precursores* lo sean de sustancias que causen grave daño a la salud o de sustancias que no causen tal grave daño¹⁰⁸, consideración esta que parece oportuna, sin que a ella obste que sean los *precursores* de las drogas gravemente nocivas para la salud (las llamadas drogas «duras») los más fácilmente imaginables en referencia a la remisión normativa efectuada por el art. 371, dado que no conviene olvidar que este precepto —al margen ya de que se refiere también a equipos o materiales— queda abierto a futuras regulaciones internacionales, con la posibilidad de que se abra el abanico de sustancias susceptibles de integrar su objeto material.

5. 5. Consecuencias jurídicas y actos preparatorios punibles, pena de multa, comiso, reincidencia internacional y abandono de actividades delictivas

Sentado ya que los arts. 369 y 370 contienen cualificaciones de primer y de segundo grado, respectivamente, y que en el art. 372 se prevé la pena de inhabilitación especial y absoluta en determinados casos, nos resta por apuntar en este último apartado alguna de las características y alcance de las consecuencias jurídicas en relación a los actos preparatorios punibles, a la pena de multa, al comiso, a la denominada “reincidencia internacional” y al abandono de las actividades delictivas.

—En lo que atañe a los llamados **actos preparatorios**, cabe significar que la conspiración, proposición y provocación para delinquir, punibles en el CP de 1973 en referencia a toda clase de delitos, únicamente se castigan en nuestro vigente texto punitivo cuando así se establezca por la ley (art. 17 y art. 18, precepto éste último que incluye la apología como modalidad de provocación¹⁰⁹), y ello sólo sucede en conexión a delitos de cierta gravedad. Tal opción de política-criminal viene a armonizar nuestra legislación penal con el principio de intervención mínima, en la medida en que las formas alejadas de ataque al bien jurídico solamente serán sancionadas en supuestos graves. Y, entre ellos, figuran los delitos relativos al tráfico de drogas, como recoge el art. 373, a cuyo tenor “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos

¹⁰⁸ Cfr. Serrano Gómez, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 622.

¹⁰⁹ Vid., sobre ello, Rebollo Vargas, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

368 al 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores”.

—Por lo que respecta a la **pena de multa** consignada para las conductas hasta ahora examinadas, ha de decirse que, en esta concreta materia, responde al modelo de multa proporcional (dando su impago lugar, de acuerdo con los términos del art. 53-2, a una responsabilidad personal subsidiaria que podrá cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad, sin que el CP explicita que, alternativamente, dicha responsabilidad pueda ejecutarse en régimen de arresto de fin de semana, como sucede, según el art. 53-1, en los casos de impago de la multa impuesta conforme al sistema de los días-multa, diferencia no explicada por el legislador y, desde luego, sorprendente¹¹⁰). Para fijar la cuantía de dicha pena

¹¹⁰ Que en este caso no se especifique por el art. 53-2 que se pueda acudir igualmente al arresto de fin de semana es algo que, en efecto, resulta difícilmente comprensible, “olvido” que ha llevado a Molina Blázquez a proponer, incluso, que tal arresto, pese a la omisión legal, pueda ser impuesto como modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria procedente del impago de la multa proporcional, aplicando para ello análogicamente el art. 53. 1, siempre que el reo lo admita para no incurrir en la analogía *contra reo* (*La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 34). Para Tamarit Sumalla —autor que califica de despropósito la omisión de referencia—, si no quiere caerse en “una descomunal contradicción de todo el sistema sancionatorio”, es preciso entender que “el arresto de fin de semana constituye junto a los trabajos en beneficio de la comunidad, la única forma de cumplir la mencionada responsabilidad” (en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, vol. cit., p. 369). A juicio de López Barja de Quiroga, “a primera vista no aparece prevista la posibilidad del cumplimiento mediante el régimen de arresto de fin de semana, pero realmente no hay razón alguna para esta exclusión, lo que sucede es que el Código en el art. 53. 2 no ha querido repetir lo que ya había establecido en el apartado 1º, es decir la posibilidad de cumplimiento en régimen de arrestos de fin de semana” (*La pena de multa*, en “Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)”, Estudios de Derecho Judicial, 2, CGPJ, Madrid, p. 336). Martínez-Buján Pérez se inclina, asimismo, por considerar que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional puede ser cumplida, además, mediante la pena de arresto de fin de semana, argumentando al respecto que el CP tampoco menciona la posibilidad de que la misma sea cumplida a través de la pena de prisión. Ante esta falta de explicitación, la indicada responsabilidad “puede exigirse tanto a través de una pena de prisión continuada, como a través de la pena de arresto de fin de semana. Y esta interpretación se ve, desde luego, corroborada por el hecho de que el inciso 2º del propio art. 53.2 incluya la posibilidad de que el órgano judicial acuerde que la susodicha responsabilidad se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Si el legislador ha citado expresamente esta última sanción y no ha mencionado ninguna más, es, evidentemente, porque considera que *en todo caso* la responsabilidad personal subsidiaria puede cumplirse a través de las dos penas que el apartado anterior viene a reputar principales con relación al supuesto de los días-multa” (*Penas pecuniarias. El sistema de los días-multa*, en “Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 124). Por el contrario, Gracia Martín señala que “en el caso de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional se trata de una pena de sustitución única, pues la pena sustitutiva prevista es únicamente la de trabajos en beneficio de la comunidad”. Y por más que resulte absurdo que la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa proporcional sólo pueda ser sustituida por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y no, alternativamente, por la de arresto de fin de semana, como sucede cuando la responsabilidad ha surgido por el impago de la multa por cuotas, entiende Gracia que el principio de legalidad en materia de substitutivos hace discutible *de lege lata* assimilar la sustitución de la

pecuniaria, hay que atender al valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos, valor que, en los términos del art. 377, “será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”.

De otra parte, el art. 378 prescribe que “Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 368 a 372 se imputarán por el orden siguiente: 1º A la reparación del daño causado o indemnización de perjuicios.— 2º A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por cuenta de la causa.— 3º A la multa.— 4º A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.— 5º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados”.

Este art., pues, y de modo distinto al régimen general previsto en el art. 126, tiene como característica básica la de anteponer el pago de la pena de multa al pago de la defensa del procesado. Se evita así que el culpable invoque la falta de recursos para satisfacer la multa alegando el pago de considerables sumas (a veces incrementadas ficticiamente) por derechos de defensa.

Con razón destaca, por otra parte, Muñoz Conde¹¹¹, como aspecto importante del precepto, la indemnización al Estado, pues, en efecto, los gastos que se generan en alguno de los procesos por tráfico de drogas son ciertamente cuantiosos.

—Los arts. 127 y 128 regulan el **comiso** en general (con la naturaleza de consecuencia accesoria y no con la de pena, como incorrectamente se recogía en el texto refundido de 1973), comiso que cumple una importante función, que se torna particularmente relevante cuando, al igual que sucede con la pena de multa, se halla vinculado a los delitos que hemos analizado (el art. 374, a tal efecto, prevé el comiso específico), puesto que a su través se trata de privar a los traficantes del gran incentivo para su actividad ilícita: las ingentes ganancias que de tal actividad se derivan. Es evidente, en definitiva, que si el tráfico de drogas existe es porque constituye una fuente de inmensos beneficios económicos; y, por ello, no resulta extraño que la Convención de 1988 subraye muy especialmente la trascendencia de privar a los traficantes de tal provecho patrimonial.

Y al respecto, se ha indicado por la doctrina (así, entre otros, por Fabián Caparrós¹¹²) que el comiso cumple dos funciones primordiales: 1) La amenaza

referida responsabilidad originada por impago de la multa proporcional a la sustitución que señala el CP para la responsabilidad surgida por el impago de la multa por cuotas (en *Las consecuencias del delito en el nuevo Código penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 259, y nota 89).

¹¹¹ Cfr. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 582.

¹¹² Cfr. Fabián Caparrós, E. A., *Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, en ADPCP, 1993, pp. 617 ss.

abstracta (conminación legal) de decomiso opera, en primer lugar, como elemento de prevención general, puesto que se hace saber que asociada a la pena privativa de libertad y a la multa deviene aplicable la privación de los bienes que se hayan obtenido a través de los comportamientos prohibidos; y 2) en segundo lugar, el comiso está llamado a impedir que los capitales ilícitamente obtenidos consoliden la organización criminal y alimenten el propio ciclo delictivo, tratando de evitar, así, que a través del “blanqueo” se produzca la irrupción del capital ilícito en los mercados económicos y financieros ordinarios.

Sobre la base de tales funciones, el legislador de 1995 se ha decidido por continuar el camino del art. 344 bis e) del CP de 1973, previendo, pues, como antes se adelantó, en el art. 374 el comiso específico¹¹³. Según dicho precepto, “1. A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, los vehículos, buques aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de los delitos previstos en los artículos anteriores, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.- 2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar asimismo que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.- 3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado”¹¹⁴.

Como puede comprobarse, no recoge esta norma una cláusula de proporcionalidad semejante a la prevista por el art. 128 CP, pese a lo cual la jurisprudencia —con el apoyo de la doctrina— la interpreta restrictivamente, limitando, en definitiva, su alcance, por razones de proporcionalidad (así, STS 28 abril 1997).

En relación a lo dispuesto por el apartado 3 del art. 374, ha de tenerse en cuenta la *Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre la creación de un fondo procedente de los*

¹¹³ El art. 374 no presenta más variaciones respecto del art. 344 bis e) del ACP que la de aludir expresamente, en su apartado 1, al decomiso de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, en su apartado 2, a que la utilización por la policía judicial, mientras se sustancia el procedimiento, se circunscriba a bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio (excluyéndos, así, la utilización de la droga), uso que ha de realizarse —y esta es otra de las novedades del art. 374— con las “debidas garantías” para la conservación de dichos objetos.

¹¹⁴ Un análisis crítico del anterior art. 344 bis e), válido para el actual art. 374, puede encontrarse en Queralt Jiménez, J. J., *La reforma penal y procesal en materia de drogas*, en Jueces para la democracia, Información y debate, 1983, números 16 y 17, p. 118 y s.

bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, Ley que regula el destino de los bienes, efectos e instrumentos objeto de comiso adjudicados al Estado.

—La institución de la llamada **“reincidencia internacional”** —conforme a la cual se estiman equivalentes las condenas de los Jueces y Tribunales extranjeros y las de los nacionales, en relación con la agravante 8ª del art. 22 y con el art. 66— se encuentra prevista en el art. 375, precepto que dispone que “Las condenas de Jueces o Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 368 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”, inciso este último que viene a diferenciar el contenido de este precepto del previsto en el art. 344 bis f) del ACP.

El problema para la efectividad de esta norma es, sin embargo, el de la inexistencia de un Registro internacional de antecedentes penales que afecte a todos los países, si bien España ha ratificado Convenios como el celebrado en Lisboa el 12 de octubre de 1984 (por Instrumento de 11-4-1989) sobre comunicación de antecedentes penales e información sobre las condenas por tráfico de drogas entre los países hispano-luso-americanos, lo que puede paliar la tradicional falta de operatividad de esta disposición, antes prevista en el art. 344 bis f) del CP 1973.

—La regulación del **abandono de las actividades delictivas** —que constituye una novedad en este ámbito¹¹⁵— se contiene en el art. 376: “En los delitos previstos en los artículos 368 al 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 se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, 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”. El precepto, como puede comprobarse, exige la concurrencia acumulativa de los requisitos de abandono de las actividades delictivas, presentación a las autoridades y colaboración activa con éstas.

El alcance punitivo de esta figura en el CP difiere notablemente de las primeras formulaciones del Proyecto de 1992 y del de 1994, pues el precepto se limita ahora a facultar al Juez o Tribunal para rebajar la pena correspondiente en uno o dos grados, y no —como sucedía en los Proyectos citados en el caso de que “la

¹¹⁵ Una norma de similares características se encuentra en el art. 579, referida a los delitos de terrorismo, art. cuyo antecedente hay que buscarlo en el art. 57 b) del ACP.

colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes o evitar el delito”— para que puedan acordar la remisión total de la pena.

No siendo este el lugar para examinar las razones a favor y en contra de la consagración legal de esta modalidad (que se suele conocer con el no siempre apropiado nombre de la figura del “narcotraficante arrepentido”)¹¹⁶, hemos de limitarnos a señalar que la misma responde, en decir de la doctrina, a razones utilitarias, esto es, a las necesidades de la Administración de Justicia y a motivaciones de prevención general intimidatoria (en la medida en que con la misma se pretende la inhibición de comportamientos delictivos, precisamente por los efectos perturbadores que el “premio a la delación” introduce en las organizaciones criminales, al sembrar el temor y la desconfianza entre sí de sus miembros, reforzándose, de este modo, la eficacia de la pena), al tiempo que con la posible rebaja en uno o dos grados se pueden conseguir, además (en tanto se incentivan comportamientos de colaboración con la Justicia, que la sociedad valora positivamente), efectos de prevención general integradora¹¹⁷.

¹¹⁶ Para una exposición de dichas razones —a favor y en contra de esta figura—, puede consultarse Lorenzo Salgado, J. M., *El Proyecto de Código penal de 1992 y los delitos relativos a drogas: una valoración crítica*, en *Drogodependencias*, I, Introducción, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 68 ss.

¹¹⁷ Vid. el amplio análisis de Cuerda Arnau, M^a L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 334 y ss., con consideraciones a lo largo de toda la monografía perfectamente válidas en relación al art. 376 de nuestro vigente texto punitivo.