



Universidad de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EN LA LO 1/2015

Y EN LA LO 4/2015

Autor: Leticia García Briones

Tutor: Prof.-Dr. Carlos García Valdés

Co- director: Prof.-Dr. Esteban Méstre Delgado

Tribunal de Calificación (nombres y firmas)

Presidente		
Vocal 1º		
Vocal 2º		
Vocal 3º		

Calificación	
Fecha	

RESUMEN

El consumo de drogas ha ido en aumento en los últimos años en nuestro país, motivo por el cual el tráfico y la producción de las mismas se han visto incrementados. Las autoridades cada vez más se centran en parar el delito de tráfico de drogas, persiguiendo a las organizaciones criminales, infiltrándose en ellas a través de agentes encubiertos e incautando el mayor número posible de drogas ilícitas. Sin embargo, ¿son suficientes las penas que se imponen o producen efectos?, ¿terminará algún día éste fenómeno o al menos se verá reducido? El legislador ha regulado todo esto en el Código Penal, la Ley de enjuiciamiento Criminal y leyes específicas, aunque con constantes modificaciones a lo largo de los años para una mejor efectividad.

PALABRAS CLAVE

Agente encubierto; agravación; arrepentidos; circulación o entrega vigilada; comiso; colaboración; conspiración; consumo; consumo propio; cultivo; delito provocado; drogas tóxicas; drogodependientes; elaboración; estupefacientes; facilitación; hiperagravado; inhabilitación; Jefe, administrador o encargado de la organización criminal; multa; organización delictiva; precursores; promoción; proposición; provocación; sanciones; sustancias psicotrópicas; tenencia; testigo protegido; tolerancia al consumo; tráfico; infracción grave.

ABSTRACT

Drug use in our country has been increasing in recent years. Related to this, trafficking and production have also increased. The authorities consequently focus on stopping the crime of drug trafficking, pursuing criminal organizations, infiltrating them through undercover agents and seizing the largest number of illicit drugs. But are the penalties imposed sufficient to achieve some results? Will someday this situation end, or at least decrease its severity? Legislators have regulated all this in the Criminal Code, the Law on Criminal Procedure and then in certain specific legislation, albeit with constant changes over the years for better effectiveness.

KEY WORDS

Aggravation; Boss, manager or person in charge of the criminal organization; caused offense; circulation or controlled delivery; collaboration; confiscation; conspiracy; consumer tolerance; consumption; criminal organization; cultivation; development; disqualification; drug addicts; drugs; facilitation; fine; hiperagravation; own consumption; ownership; penalties; precursors; promotion; proposition; protected witness; provocation; psychotropic substances; repentant; serious infringement ; toxic drugs; traffic; Undercover agent.

Índice

Introducción.....	8
a. Tema.....	8
b. Metodología.....	8
c. Fuentes.....	9
Capítulo I. Aspectos penales.....	10
a. Códigopenal.....	10
1. Art 368 CP.....	10
▪ Tipo básico.....	10
▪ Tipo objetivo.....	10
○ “Drogas tóxicas, estupefacientes y sustancia psicotrópicas”.....	10
○ “Cultivo, elaboración o tráfico”.....	14
○ “Promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal”.....	17
○ “Tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.....	20
▪ Tipo subjetivo.....	21
2. Cualificaciones de primer grado: pena superior en grado a la del 368.....	21
▪ Art. 369 CP, agravaciones.....	21
○ Por razón del sujeto activo.....	22
○ Por razón del sujeto pasivo o perjudicado.....	22

○ Por razón del lugar.....	23
○ Por razón del objeto materia.....	24
○ “El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”.....	24
▪ Art. 369 bis. CP, pertenencia a una organización delictiva.....	26
3. Cualificaciones de segundo grado: pena superior en uno o dos grados a la del art 368.....	27
▪ art 370 CP, hiperagravados.....	27
○ “Utilizar a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos”.....	27
○ Condición de jefe, administrador o encargado de la organización.....	28
○ Conductas de extrema gravedad.....	28
• Casos en los que las cantidad de la sustancias exceden notablemente de la considerada de notoria importancia.....	28
• Utilización de buques, embarcaciones o aeronaves como medio específico de transporte.....	29
• Simulación de operaciones de comercio internacional y la utilización de redes internacionales.....	30
• Concurrencia de tres o más circunstancias de las previstas en el art. 369 CP.....	30
○ Multa.....	30
4. Tráfico de precursores (art 371 CP).....	31

▪ Tipo objetivo.....	31
▪ Tipo subjetivo.....	31
▪ Supuestos agravados.....	31
5. Inhabilitación especial y absoluta (art 372 CP).....	32
6. Punibilidad de los actos de preparación intentada (art 373 CP, provocación, conspiración y proposición).....	33
7. Decomiso (art 374 CP).....	34
▪ Modificación art. 127 CP.....	34
▪ aplicación del comiso.....	37
8. Reincidencia internacional (art 375 CP).....	39
9. Atenuación de la pena para arrepentidos y colaboradores y drogodependientes (art 376 CP).....	40
▪ Abandonar voluntariamente las actividades delictivas.....	40
▪ Colaborar activamente con las autoridades o sus agentes.....	41
10. Regla para la determinación de la multa (art 377 CP).....	42
11. Responsabilidad civil (art 378 CP, pagos del penado).....	43
Capítulo II. Aspectos procesales.....	44
a. Ley de enjuiciamiento criminal.....	44
1. Art. 263 bis. LECrim. Circulación o entrega vigilada.....	44
2. Art. 282.4 bis. LECrim. Delincuencia organizada.....	47
3. Art. 282 bis (apartados 1, 2, 3,5) LECrim. Agente encubierto.....	48
▪ Concepto.....	48
▪ Delito provocado; responsabilidad del sujeto provocado.....	49
▪ Control judicial.....	50

▪ Efectos agente provocador o encubierto ante algunos Derechos Fundamentales.....	51
▪ Responsabilidad del agente provocador o encubierto.....	52
4. Art. 367 quinquies LECrim. utilización bienes decomisados.....	54
b. Ley Orgánica del Poder Judicial.....	55
1. Art. 23.4 f) LOPJ delitos de persecución internacional.....	56
2. Art. 65.1 d) LOPJ competencia Audiencia Nacional.....	56
c. Testigo protegido. Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.....	57
Capítulo III. Aspectos administrativos.....	62
a. LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana	62
1. Infracciones: art. 33 y 36.....	62
2. Sanciones: art. 38, 39 y 40.....	65
Conclusiones.....	67
Jurisprudencia citada.....	68
Bibliografía.....	72
Páginas web.....	74

Introducción:

a. Tema:

El presente trabajo tiene por objeto el estudio penal, procesal y administrativo del delito de tráfico de drogas. En virtud de ello, tendremos en cuenta los diferentes artículos del Código Penal¹, la Ley de Enjuiciamiento Criminal², así como diferentes leyes orgánicas relativas al delito tratado.

La elección de éste tema es debida al aumento considerable en los últimos años del tráfico de drogas. La rapidez para conseguir dinero y el constante problema de falta de trabajo entre otras muchas circunstancias, hace que las organizaciones criminales se aprovechen de las necesidades que con la crisis muchas personas e incluso familias de varios miembros están sufriendo. Hoy en día hay una gran cantidad de resoluciones que tratan el tema, diferenciando al pequeño distribuidor de droga (un simple camello) de las grandes organizaciones, teniendo por lo tanto diferente trato y condena.

Con el paso de los años, se ha ido aumentando la picaresca para facilitar éste delito. Ya no sólo se utilizan lanchas, coches o aviones entre otros (por vía marítima, terrestre y aérea respectivamente) sino que se han encontrado drones teledirigidos desde otro lugar como medios de transporte.

A lo largo del trabajo se irá diferenciando los diferentes matices que contempla éste delito.

b. Metodología:

En cuanto a la metodología del trabajo, en primer lugar vamos a tratar de desgarnar los diferentes artículos que recogen el CP. Esto es del 368 al 378 CP ambos inclusive, así como las reformas del tema que introduce la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹En adelante CP.

²En adelante LECrim.

Trataremos también las importantes figuras de entrega o circulación vigilada y el agente encubierto recogidas ambas en la LECrim. (art. 263 bis y 282 1, 2, 3 y 5 bis respectivamente. El apartado 4 del art. 282 bis, lo trataremos respecto a la definición de delincuencia organizada) así como cuándo éstos delitos son de persecución internacional y cuándo son competencia de la Audiencia Nacional (arts. 23.4 y 65.1 LOPJ). Haremos especial mención en otro apartado a la figura de los testigos protegidos, tan importantes para éste tipo de delitos, regulada en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Por lo que respecta al aspecto administrativo, se tendrá en cuenta la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y cuya vigencia (al igual que la reforma del CP) se da a partir del 1 de julio de 2015, por lo que es la que se encuentra actualmente en vigor. Se tendrá en cuenta la sanción administrativa al presunto responsable en los casos de tenencia o consumo de drogas. Si bien el consumo propio es impune penalmente, administrativamente conlleva una infracción y una consecuente sanción.

Como punto final a este trabajo, se presenta un apartado con conclusiones finales para una mejor comprensión. Éstas tienen por objeto la recopilación de las ideas principales que se han ido teniendo en cuenta en el estudio y desarrollo del delito de tráfico de drogas.

c. Fuentes:

Las fuentes de información que vamos a utilizar son, principalmente fuentes primarias tales como la legislación y libros doctrinales, además de referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y artículos de revistas.

Capítulo I. Aspectos penales:

a. Código Penal:

1. Art. 368 CP. Tipo básico, tipo objetivo y tipo subjetivo:

Tras la modificación de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, el artículo 368 quedó redactado de la siguiente manera:

“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.”

Tipo objetivo:

Una vez determinado el tipo básico del artículo 368 CP hay que determinar el tipo objetivo. El objeto de la acción típica viene constituido por:

a) “Drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”:

Éstos conceptos no se encuentran definidos doctrinalmente, por lo que se utiliza el término utilizado por la OMS³, según la cual se puede entender por droga⁴ “cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un

³ Organización Mundial de la Salud.

⁴ Siendo aplicable la definición también para estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

1º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).

2º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).

3º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).”

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como “el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética”, y la dependencia como "el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma”⁵.

Con ésta definición, se han elaborados listas de las sustancias aceptadas a nivel internacional, estatal y jurisprudencialmente.

Las disposiciones normativas internacionales y estatales reguladoras de esto son las siguientes:

- Convención única de Nueva York de 30 de Marzo de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de Marzo de 1972⁶.
- España promulgó, en ejecución de ésta Convención, la Ley 17/1967 de 8 de abril, de estupefacientes.⁷

5 SSTs. 708/2014 de 6 de noviembre, 1190/2011 de 27 de diciembre, 111/2010 de 29 de febrero, 1045/2009 de 4 de noviembre.

6 Publicado en BOE núm. 264, de 24 de noviembre de 1981

7 BOE núm. 86 de 11 de abril.

- Convenio de Viena de 31 de febrero de 1971 sobre uso de sustancias psicotrópicas. Instrumento de Adhesión de 2 de febrero de 1973.⁸
- Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Instrumento de Adhesión de 30 de julio de 1990.⁹

Dentro de la regulación normativa se diferencia dos niveles de represión punitiva según la clase de droga, diferenciando el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud y los que no causan grave daño (o daño no clasificable como grave). Por lo tanto la nocividad de la droga constituye un elemento del tipo que tiene que ser determinado con ayuda de criterios médicos y farmacológicos y no por remisión a Convenios Internacionales. Al no existir una enumeración legal de las drogas que causan grave daño a la salud, como hacen otras legislaciones, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Según ésta, se considera droga que causa grave daño para la salud: la heroína¹⁰, la cocaína¹¹, el LSD¹², anfetaminas y derivados¹³, éxtasis, el speed o MDMA como drogas de diseño¹⁴, centramina, bencidiazepinas en general¹⁵. Su peligrosidad, en mayor o menor medida legal, se caracteriza por la producción de adicción en el consumidor, es decir, su compulsión a tomarlas de modo continuado con necesidad de incrementar la dosis, llegando a afectar el sistema nervoso central del individuo.¹⁶

8 BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976. Éste convenio fue modificado por Anexo y Enmiendas publicadas en el BOE núm. 246, de 13 de octubre de 1976, y BOE de 10 de Marzo de 1978.

9 BOE núm. 270 de 10 de noviembre.

10 STSS 13 de octubre, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986; STS 16 de mayo de 2002; STS 15 de diciembre de 2006...

11 STS 4 de junio de 2002; STS 16 de marzo de 2003; STS 20 de octubre de 1992; STS 15 de junio de 1990...

12 STS 14 junio 2002, STS 24 junio 2006; STS 20 noviembre 1996...

13 STS 8 de junio 1985, STS 7 de febrero de 2005 ...

14 “Drogas de diseño producidas en un laboratorio sin aplicación terapéutica alguna, el MDMA es conocido como droga del amor, drogas muy perjudiciales para el organismo humano, en directa relación con las anfetaminas y la mescalina” (STS 28 de Febrero de 2002).

15 STS 16 de diciembre de 2008.

16 GARCÍA VALDÉS, CARLOS; MESTRE DELGADO, ESTEBAN; FIGUEROA NAVARRO, CARMEN. “Lecciones de derecho Penal, parte especial” ed. Edisofer S.L. Madrid 2011 pág. 211.

La Consulta 12/85 a la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de que los psicotrópicos se incluyan entre las sustancias que causan grave daño para la salud, recoge en el párrafo último de su punto IV: “que si abstractamente todas las sustancias psicotrópicas incluidas en las Listas del Convenio de Viena de 1971 son nocivas para la salud, ante un hecho concreto de tráfico, y en trances de precisar si son productores además de un grave daño, se considera indispensable que, dado un preparado farmacéutico, a través de la actividad probatoria adecuada queden aclaradas las siguientes circunstancias: identificación exacta del producto, naturaleza de la sustancia psicotrópica que interviene en su composición, riqueza de sus principios activos, nocividad o riesgo para la salud de su uso extraterapéutico y acción farmacológica y efectos (dependencia física y potencial, dependencia psicológica)”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado como droga que no causa grave daño para la salud el hachís, cannabis y sus derivados y así lo considera en sus STSS de 25 de octubre y 21 de noviembre de 1986; en la STS de 4 de julio de 2002 se afirma que “fundados estudios señalan que el hachís produce una fuerte dependencia psíquica y que, ingerido habitualmente, reduce la capacidad intelectual del sujeto, llegando a calificarse de veneno de la inteligencia”. En la STS de 15 de enero de 2005 se expone lo siguiente: “en todo caso se trata de una droga ilegal incluida en las Listas I y IV del Convenio Único sobre estupefacientes firmado en Nueva York”.

La distinción viene a coincidir con la terminología “droga dura” (fuertemente adictiva) y “droga blanda” (no es adictiva o lo es en bajo grado). Ésta es utilizada también por el Tribunal Supremo.

Los encargados de emitir el dictamen pericial sobre el tipo y la cantidad de sustancia psicoactiva aprehendida son equipos técnicos de laboratorios oficiales (Instituto Nacional de Toxicología, laboratorios de Policía Científica y de la Agencia Española del Medicamento). La Instrucción 7/2004 de la Fiscalía General del Estado establece que al efecto de la valoración de la prueba los peritos autores de los informes sobre el análisis de las sustancias intervenidas deben ser citados en el acto del juicio oral.¹⁷

17 LAMARCA PÉREZ, CARMEN, “Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal” 2ª Edición, Editorial Colex, Madrid 2013, pág.622.

Ante la dificultad que plantea el castigo del tráfico al menudeo con una pena adecuada y proporcional, el Tribunal Supremo por *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de enero de 2003* solicitó un dictamen técnico al Instituto nacional de Toxicología para precisar la dosis mínima psicoactiva de cada droga, del que resultó : 0,66 mg de heroína, 50 mg de cocaína, 20 mg de LSD, 20 mg de MDMA y 2mg de morfina (*Informe del Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología. Núm. 12691/03, de 22 de diciembre de 2003*)¹⁸

b) “Cultivo, elaboración o tráfico” :

El cultivo¹⁹ hace referencia a la producción de plantas de las que se obtienen los principios activos naturales de ciertas drogas, con independencia del proceso de elaboración para obtenerla.²⁰

Tanto el lugar de cultivo como la extensión que éste ocupe son indiferentes para el tipo del 368 si no se dirigen al favorecimiento, promoción o facilitación. Por su parte, la tenencia de semillas constituiría un acto preparatorio impune de imposible adecuación en el término “cultivo”, aunque podrían llegar a ser constitutivos de tentativa, ya que aunque no se hayan realizado los actos de preparación de la tierra, podrían destinarse a ello. Por lo tanto, esta conducta típica se circunscribe a la expresa punición de los actos preparatorios a la siembra o plantación, cuidado y recolección de plantas destinadas a la producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear para la obtención de aquellas.²¹

Serán autores aquellos quienes posean el dominio de la plantación o del cultivo, y aquellos que ayuden al mismo, cómplices o cooperadores necesarios según lo aportado al hecho.

Estarán excluidos de ésta conducta típica:

¹⁸Ídem. *Op. Cit.*

¹⁹ STS DE FECHA 17/09/2015, referida al cultivo, en la que se acredita que los acusados son consumidores habituales de sustancias estupefacientes, apreciándose en una de ellos una historia de consumo crónico de drogas compatible con un trastorno por consumo de tipo abusivo o al menos con un consumo de riesgo(sic)". La audiencia falla absolviendo a los acusados y el TS lo confirma. Ánimo subjetivo de venta no acreditado.

²⁰ Artículo 1.1 i) Convención Única de 1961, sobre estupefacientes.

²¹ STSS de 17 de Marzo y 25 de junio de 1993; STS 19 de enero de 1995; STS 24 de abril y 3 de octubre de 1996 y 17 de noviembre de 1997.

- Los cultivos destinados al consumo propio o consumo compartido cuando se trate de personas adictas ligadas por vínculos familiares o de amistad, por no estar destinadas a expandir el mercado ilícito del consumo ilegal.²²
- Los cultivos autorizados o que no necesiten autorización, o incluso aquellos no autorizados que objetivamente carezcan de capacidad de expansión del consumo.²³

Por lo tanto, tal y como destaca García Valdés, el autoconsumo es impune, así como la tenencia en cantidad razonable y ajustada a ese fin. En éste sentido se han considerado dosis mínimas por ejemplo 0,60 mg de heroína, 10 de hachís, 20 de LSD o MDMA y 50 de cocaína. Distinto es que la conducta pueda sancionarse administrativamente (LO 1/1992, de seguridad ciudadana). Por lo que hace al denominado autoconsumo compartido, es preciso para la impunidad que: todos los concentrados sean consumidores esporádicos; no haya beneficio económico; que no se amplíe el sector de adictos con invitación de terceros; que dentro de un círculo íntimo de amigos se entregue la droga en única ocasión.²⁴

La elaboración se refiere al proceso de manipulación necesario para obtener la droga en sus diversas versiones (droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica) ya sea para otros manipuladores, ya sea para hacerla llegar al público. La Convención Única distingue entre fabricación y preparación.²⁵

No será necesario en este caso completar el proceso de obtención de la sustancia deseada, por lo que bastará con la ejecución de cualquiera de los pasos para obtenerla. Para que la conducta sea penalmente relevante se requiere que el proceso se haya iniciado. En el concepto se incluyen la producción, depuración y transformación.

²² STS de Fecha 07/09/2015. Ponente Excmo. Sr. D. : Antonio del Moral García, referida a asociaciones canábicas. Se especifica que el máximo de éstas deben ser 30 socios (en el caso concreto de la sentencia eran más de 290); debe existir un periodo de caréncia desde que se inscribe hasta que se entrega la primera cantidad. Éstas cantidades no pueden rebasar las que se van a consumir en el momento, no diariamente.

²³ CORDOBA RODA, JUAN; GARCÍA ARÁN MERCEDES. “Comentarios al Código penal, parte especial Tomo II” Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid 2004. Pág. 1568.

²⁴ GARCÍA VALDÉS, CARLOS; MESTRE DELGADO, ESTEBAN; FIGUEROA NAVARRO, CARMEN. *Op. Cit.* Pág. 212.

²⁵ Artículo 1.1 n) y t) Convención Única de 1961, sobre estupefacientes.

La STS de 12 de julio de 1991 advierte que “no será necesario acudir a la finalización del proceso para afirmar la consumación del tipo, no siendo viable en recurso a la tentativa. Será precisa en cualquier caso, la finalidad de favorecimiento, facilitación o promoción del consumo ilegal, por lo que quedarán fuera del tipo los actos de cultivo controlado con fines de investigación, o de elaboración de drogas para el consumo legal”.

Será autor aquel que ostente el dominio del hecho, siendo partícipes, salvo que se acredite coautoría, los que de modo doloso ayuden intelectual o materialmente a la elaboración de la sustancia o del producto.

No cumplen la conducta típica los actos dirigidos a separar la sustancia tóxica (ya elaborada) de otras sustancias no tóxicas con las que se haya mezclado.

El tráfico incluye todas las conductas de expansión, extensión o facilitación destinadas a introducir en el mercado drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes. Por tráfico se entiende cualquier fase del proceso de transporte, almacenaje, compraventa, intermediación, devolución, tránsito etc. tal y como reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La STS de 22 de febrero de 1997 expone: “comprende cualquier acto de tráfico en virtud del cual, fuera de la fase de preparación, cultivo o elaboración del producto, se hace circular la droga, mediante la transferencia a terceros en virtud de cualquier título, en principio, que permita el cambio de poseedor o de tentador de la cantidad máxima o mínima de que se trate. Dentro de ésta configuración es evidente que se encuentran incluso tanto el vendedor o donante como cualquier intermediario que, a través de la necesaria conexión mecánica, permite la transmisión del alucinógeno, siempre en la idea de facilitar, favorecer o promover el ilícito consumo.”

Destaca Rey Huidobro, que no basta con un único acto de tráfico, sino una actividad reiterada que demostrara su presencia en el mercado, por lo que los actos aislados no poder ser considerados como tráfico por falta de habitualidad o de actos complementarios que aseguren el tráfico. Sin embargo serán subsumidos en el tipo debido a la especial subjetividad del dolo en estas conductas.²⁶

26QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMÍN. “Comentarios a la parte especial del Derecho penal” 3ª Edición. Editorial Aranzadi. Madrid 2002. Pág. 1433.

Rey Huidobro entiende que quien trata de comprar estupefacientes, no logrando finalmente disponibilidad sobre ellos se mantiene en la órbita de la tentativa. Sobre el particular deben distinguirse dos hipótesis:

- Que la cantidad a obtener se halle dentro de los límites del autoconsumo (supuesto de impunidad para el comprador). Sin embargo sería sujeto pasivo del delito.
- Que la cantidad a obtener rebase considerablemente los límites del autoconsumo, caso en el que el tipo impide el ámbito de la tentativa, pues los actos encaminados a la compraventa quedan probados a la consumación.

No habiéndose acreditado las exigencias que se otorgan a la coautoría, que no se presume, aquel que solo ayuda al tráfico ejecutado por el autor es cooperador necesario o cómplice en la difusión o mantenimiento del mercado del consumo ilegal. Quien es reclutado esporádicamente por quienes controlan el tráfico que se va a llevar a cabo, para efectuar un transporte puntual de sustancia a un precio determinado (“camellos”) y entregarla a terceras personas para que procedan a su introducción en el tráfico ilícito, ni facilita ni favorece ni promueve el consumo ilegal, sino que “coopera” al acto del tráfico.

- c) La promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal mediante la realización de conductas distintas al cultivo, elaboración o tráfico (“o de otro modo”):

La sala segunda del TS no ha contribuido a la acotación de éstos conceptos sino que los ha subsumido, creando jurisprudencia al respecto, en el tráfico o no diferenciando entre ellos.

La jurisprudencia ha entendido como actos de promoción la financiación para la adquisición de la sustancia tóxica, tanto si la finalidad era obtener beneficios propios de la inversión (STS 24 de marzo de 1994) como la mera financiación de la compra de drogas para su posterior venta a terceros que califica como “causa del mismo, pues si se suprimiera mentalmente tal condición, del delito (el tráfico) no se hubiera podido cometer...” (STS de 14 de octubre de 1995) y de favorecimiento la colaboración en la recuperación química de la droga (STS 27 de abril de 1996).

Igualmente, la organización de la operación, la financiación de transporte o el proporcionar materialmente el transporte (STS 5 de febrero de 2001).

Igualmente consideran la custodia o almacenamiento de sustancia perteneciente a un tercero, formalmente a título de autoría (STS 14 de octubre de 1992), pero materialmente a título de cooperación necesaria, puesto que la condena según la STS de 8 de junio de 1993 sería por autoría por cooperación necesaria.

El transporte por cuenta ajena ha sido considerado como acción de favorecimiento por la STS de 6 de mayo de 1991, sin embargo en la mayoría de resoluciones no existe un pronunciamiento claro sobre si al conducta cumple el tipo de tráfico, aunque en alguno de los casos se estime autoría y en otros cooperación necesaria (STS de 30 de septiembre de 2002).

Los actos de mediación (puesta en contacto entre el comprador y vendedor por ejemplo) los califica la jurisprudencia del TS como autoría directa, a pesar de identificarlo en numerosas ocasiones con la cooperación necesaria (STS 18 de abril de 1994) por constituir un acto de favorecimiento o facilitación (STS de 21 de diciembre de 1992) y en ocasiones como acto de tráfico a título de autoría (STS 18 de julio de 2000).

Según la STS de 23 de diciembre de 1992, la invitación al consumo es un acto de facilitación o favorecimiento, al igual que lo es el hecho de prestar el automóvil para que una persona lleve a cabo la compra de droga que posteriormente pensaba dirigir al tráfico²⁷ o efectuar funciones de vigilancia²⁸.

Igualmente se han considerado actos de favorecimiento o facilitación la prescripción de recetas médicas con producto catalogables como drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para la adquisición de las mismas o el suministro de recetas firmadas en blanco con el mismo fin.²⁹

Doctrinalmente se ha intentado dar un significado a éstos conceptos:

27 STS de 7 de abril de 1992.

28 STS 2 de marzo de 2000.

29 STS 30 de octubre de 1992.

Por promover debe entenderse aquella actividad que crea las bases o condiciones necesarias para el inicio de una acción u operación o que posibilitan una mejor puesta en marcha y desarrollo de ms misma sin llevar a cabo directa o mediatamente la operación misma y que cristalizaría en una acción u operación destinada a expandir, difundir o mantener el mercado del consumo ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.³⁰

En concepto favorecer, adquiere dos significados: por un lado ayudar a una persona o apoyar un intento. Éste último es compatible con el favorecimiento del consumo ilegal típico como conducta de autoría.

Responderá a título de autor aquel que sin poner parte o totalmente el dinero para la adquisición de las sustancias, ayude a la obtención de las mismas para la obtención de beneficios aportando parte del capital o gratuitamente; el que financie organice el transporte etc.

También el término facilitar tiene un doble significado: por un lado proporcionar o entregar material directamente (integraría un acto de tráfico) y hacer fácil la ejecución de una cosa o consecución de un fin. Éste último sería el que da más sentido al concepto.

Según éste concepto responderá a título de autor el dueño de un establecimiento que permita que sus empleados o terceros se dediquen al tráfico de sustancias ilícitamente en su interior³¹; quien actúa de intermediario; quien prescribe recetas médicas para sustancias catalogadas como tóxicas. No realizan actos de tráfico, pero si lo facilitan.

Todas y cada una de estas conductas de autoría deben poseer en sí mismas y autónomamente consideradas entidad bastante para poner en peligro el bien jurídico protegido. En el caso de que no la posean, se tratará de conductas coadyuvantes al hecho del autor principal.

30CÓRDOBA RODA, JUAN; GARCÍA ARÁN MERCEDES. *Op. Cit.* Pág. 1575.

31 La STS de 11 de febrero de 2002 condena a la propietaria de un establecimiento por realización del favorecimiento (comisión del tipo por omisión, al ser garante de que en el mismo no se cometieran delitos de ésta gravedad). No integra el tipo el mero conocimiento de la futura comisión del delito por no constituir tal extremo al sujeto en posición de garante. STS de 4 de febrero de 2002.

Con la expresión “de otro modo” utilizada en el artículo 368 CP, se pretende integrar en el tipo a aquella persona que proporcione la financiación o infraestructura material o humana necesaria para realizar una operación destinada al tráfico o consumo ilegal de sustancias. No realizan actos de tráfico o cultivo pero realizan una actividad idónea para la difusión.

- d) La tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal:

Ésta conducta típica se concreta en la posesión de droga, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con la finalidad de realizar alguna de las acciones que he venido apuntando (promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal). La simple tenencia para el consumo no es delito, como no lo es el autoconsumo. Para determinar la cantidad a tener en cuenta en el tipo delictivo habrá que descontar la parte que se considere destinada al consumo propio (por ejemplo en la heroína a partir de 0.66 mg se establece la dosis mínima psicoactiva.)

Para examinar de forma correcta el concepto de la tenencia, es necesario tener en cuenta los artículos 431 y 432 del Código Civil. Según éstos, no cabe distinguir dos clases de posesión, sino situaciones distintas en las que el poseedor puede encontrarse respecto de la cosa o del derecho, refiriéndose el artículo 432 a la titularidad de la posesión y el 431 al ejercicio de la misma. Por lo tanto el ejercicio de la posesión se puede desvincular de la titularidad en dos ocasiones: cuando se posee por un título que implica el reconocimiento de la posesión de otro (mandatario, depositario) o cuando sólo se posee para otro.

Quien posee en concepto de dueño, cumple la conducta típica si posee drogas. El que las posea custodiando o almacenando el de otro, también cumple el tipo ya que tiene un poder sobre la sustancia, aunque la titularidad sea de otro.

El TS ha añadido algunos requisitos para concretar los casos punibles de posesión: junto a la cantidad de la sustancia habrá de valorarse la clase de droga y su nivel de pureza la manipulación a la que ha sido sometida, el lugar donde se encuentra, la presencia de instrumental específico para la elaboración manipulación o dosificación de la sustancia.³²

32STS 2 de mayo de 2006 y 8 de abril de 2008.

Tipo subjetivo:

Una vez desgranado el tipo objetivo del artículo 368 CP, es necesario determinar el tipo subjetivo. Éste se integra por el dolo que debe abarcar el conocimiento de que se está llevando a cabo algunas de las conductas típicas y de su idoneidad para el mantenimiento o expansión del consumo ilegal de las sustancias prohibidas. No cabe la punición en los supuestos imprudentes. El TS es reactivo en su jurisprudencia a reconocer la existencia de supuestos de error.

Para la presencia del dolo no es preciso un exacto conocimiento de la pureza y cantidad de la droga y ni siquiera del tipo o clase de droga que se posee con destino al tráfico o se transporta a tal fin.³³

La jurisprudencia más reciente admite la presencia de dolo eventual en los supuestos en los que el sujeto conoce o debe conocer la peligrosidad de la acción sin mayor precisión y a pesar de ello “la lleva indiferentemente a cabo”.³⁴

2. Cualificaciones de primer grado: pena superior en grado a la del 368 (art 369 CP, agravaciones; art 369 bis. CP, pertenencia a una organización delictiva):

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, reformó las cualificaciones sometidas en el artículo 369, que de nuevo han sido modificadas por la LO 2/2010, de 22 de junio, dándole un tratamiento agravatorio específico a éstos delitos cuando son cometidos en el ámbito de una organización o por persona jurídica, suprimiendo el apartado segundo y regulando el tema en el nuevo 369 bis.

Estas cualificaciones se pueden clasificar en función de los siguientes criterios:

33STS 18 de junio de 2000.

34STS 16 de octubre del 2000: el sujeto actuó en dolo eventual referido a la sustancia que causa grave daño a la salud (cocaína), “entendido éste como aceptación de la colaboración que se le pide, sea cual fuese el tipo de droga que se trata de introducir, en la medida que se asiente en su colaboración y se mantiene en ella haciendo lo que se le solicita y lo hace a cambio de los beneficios económicos que ello le reporta”.

1) Por razón del sujeto activo: se prevé la agravación para el caso de que “el culpable fuere autoridad, funcionario público³⁵, facultativo³⁶, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”³⁷ (artículo 369.1.1° CP).

Es requisito que haya realizado el hecho en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. A ninguno de los citados les es aplicable la agravación cuando actúan como personas particulares. Habrá de excluirse a aquellas personas que teniendo la titulación no ostenten el cargo por estar en paro, de baja etc. Ésta exigencia implica que además se imponga penas de inhabilitación que se prevén en al art. 372 CP.

En el artículo 369.1.2 impone la citada agravación analógica cuando el sujeto activo “participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”³⁸. Ésta cualificación carece de sentido una vez que la pertenencia a una organización se ha convertido en un tipo cualificado específico del 369 bis.

2) Por razón del sujeto pasivo o perjudicado: la circunstancia 4° del artículo 369.1, establece como motivo de agravación que la droga se facilite a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos³⁹ o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación⁴⁰. Ésta agravación es debida a la mayor vulnerabilidad

35Condiciones dispuestas en el artículo 24 del CP.

36el párrafo segundo del artículo 372 dispone lo que se entiende por facultativo: “los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”.

37Aunque no se exige que el autor actúe con abuse de su profesión, oficio o cargo, la jurisprudencia viene entendiendo que el autor se aprovecha de su situación personal que facilita la comisión del delito, la extensión del mismo y la alta probabilidad de quedar en la impunidad (STS de 24 de octubre de 2007: se condena a un miembro de la Guardia Civil; STS de 7 de febrero de 2011: complicidad de un miembro del Cuerpo Nacional de Policía)

38La referencia a otras actividades organizadas sin precisar que hayan de ser ilícitas permite incluir la utilización de empresas con actividad legal, tal y como hace referencia la STS de 8 de noviembre de 2006: se utiliza para la importación ilegal de la droga una sociedad mercantil sin actividad en el momento de la comisión de los hechos.

39Sobre la minoría de edad o la disminución psíquica del adquirente no cabe argumentar error puesto que las conductas serían realizadas en dolo eventual, salvo en los casos en los que la apariencia externa sea obvia en los que se recurriría a dolo directo (STS de 10 de abril de 2006. Sobre minoría de edad)

40Una persona en éstas fases tiene gran facilidad de volver a la droga. Con mucha frecuencia se tropezará con problemas de prueba, pues quien facilita la droga ha de conocer que el sujeto pasivo se encuentra en periodo de deshabitación o rehabilitación.

de los sujetos a los que se refiere el artículo. Ésta cualificación solo podrá ser aplicable al sujeto activo que las difunda entre éstas personas, o al intermediario que conozca la circunstancia.

3) Por razón del lugar: se agravará el tipo básico cuando los hechos se realicen en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos (art. 369.1.3^a) o en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades (art 369.1.7^a).⁴¹

La ley no especifica ningún tipo de local o establecimiento concretamente, por lo que puede ser cualquiera abierto al público, como bares, cafeterías, discotecas etc. No se considera abierto al público la cocina de un bar, pues éste no entra habitualmente a los lugares de personal (STS de 19 de diciembre de 1997). La agravación solo comprende a las conductas ilícitas llevadas a cabo por empleados del recinto o responsables del mismo⁴², no a terceros que puedan afectar dichas conductas en el interior. Por otro lado las conductas únicamente serán punibles mientras se esté en el horario de apertura al público, no cuando se encuentre cerrado para los posibles usuarios. La agravación de la conducta no se produce cuando el establecimiento sirve únicamente de depósito de paso para traficar fuera de él.⁴³

Por lo que se refiere a la circunstancia 7^a anteriormente citada, los lugares quedan restringidos a los enumerados en la misma. Se incluyen también sus proximidades, no geográficas sino del aprovechamiento de la situación para potenciar el consumo en los lugares especialmente protegidos.

41 STS de 10 de julio de 2003: tráfico de drogas en un centro penitenciario; se encontró a un interno 10 gr de heroína en un frasco, no era consumidor, no hay constancia de que tuviera ingresos económicos lícitos; STS de 2 de octubre de 2007: quien posee la droga consigue burlar los controles de acceso al centro; STS 16 de diciembre de 2010: el recurrente llevaba quince años prestando sus servicios como capellán en centros penitenciarios y sabía igualmente que con su forma de actuar evitaba la efectividad de esos controles).

42 STS de 20 de diciembre de 2006: en un bar con conocimiento del encargado; STS de 6 de marzo de 2007: se utilizó la normal explotación de un establecimiento abierto al público para el tráfico de estupefacientes con la intermediación de un camarero.

43 SAP de Pontevedra (sección 4^a) de 9 de noviembre de 2006.

4) Por razón del objeto material: en principio es motivo de agravación la adulteración de la droga (art. 369.1.6º) incrementando el posible daño a la salud. En estas manipulaciones habrá de excluirse de la agravación aquellas mezclas necesarias para el consumo ya que en ocasiones, como por ejemplo la sobredosis, se produce por consumir con mayor grado de pureza de lo habitual. Si a consecuencia de la adulteración se produce lesiones o la muerte del consumidor, será aplicable un concurso de delitos.

También puede incluirse en éste grupo la notoria importancia de la cantidad (art. 369.1.5º). El principal problema de éste concepto es determinar cuándo nos encontramos ante cantidades de “notoria importancia” para ello el TS ha establecido un criterio: cuando supera 500 dosis respecto a la diaria de cada sustancia que necesita un adicto, que aparece en el informe anual del Instituto Nacional de Toxicología desde 18 de octubre de 2001 (así se fijó por el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS de 19 de octubre de 2001)⁴⁴. Las cantidades de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas hay que entenderlas, a efectos de la valoración por el tribunal en cada caso, a productos puros, pues su peso no ha de considerarse teniendo en cuenta su mezcla con otras sustancias. Si un alijo de 3 kg de supuesta cocaína solamente contiene 100 gr de cocaína pura, la cantidad a tener en cuenta será ésta⁴⁵. El TS excluye el hachís y sus derivados. Para apreciar la agravación de notoria importancia en la cantidad de droga aprehendida cuando hay varios tipos de droga, es habitual que la jurisprudencia admita la suma de todas esas sustancias encontradas.⁴⁶

5) “El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho” artículo 369.1.8º. Debe ir orientado a la comisión del hecho, no siendo aplicable si se utilizan en algún momento posterior. La mera exhibición será suficiente.

44 De acuerdo con el informe del mencionado instituto, a modo de ejemplo, las cantidades de notoria importancia serán a partir de: 300 gr de heroína, 1000 gr de morfina, 120 gr de metadona, 750 gr de clorhidrato de cocaína, 300 gr de LSD, 240 gr de MDMA, 12 kg de marihuana, 2.5 kg de hachís, 500 gr de aceite de hachís etc.

45“El grado de pureza de la cocaína no debe ser calculado sobre la cocaína base, sino sobre el clorohidrato de cocaína que exista en el producto” STS de 9 de octubre de 1987.

46 STS de 20 de enero de 2004.

Tal y como disponen las STSS de 16 de febrero de 2007 y de 18 de mayo de 2007, si el arma es encontrada durante el registro sin que se haga exhibición o uso de ella, se podrá dar un concurso real de delitos entre el tráfico ilícito de drogas y la tenencia ilícita de armas si el autor carece de licencia.

En cuanto al artículo 369 bis., este viene a construir un sistema de incriminación de los supuestos de tráfico de drogas realizados por quienes “pertenezcan a una organización delictiva” previendo una cualificación⁴⁷ de responsabilidad cuando el responsable del delito además desarrolla funciones de relevancia como “jefe, encargado o administrador de la organización”. En éste mismo artículo se prevé⁴⁸ la posible responsabilidad de las personas jurídicas.

Por lo tanto el CP distingue la organización delictiva que tiene una estructura organizada (y piramidal), de la asociación para delinquir que carece de ésta estructura y de la persona jurídica constituida según la legislación mercantil.

La jurisprudencia viene aplicando los siguientes requisitos para determinar la existencia de delincuencia organizada:⁴⁹

- 1) Una estructura más o menos formalizada y establecida.
- 2) El empleo de medios de comunicación no habituales.
- 3) Una pluralidad de personas previamente concentradas.
- 4) La atribución diferenciada de tareas.
- 5) Una estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado ilícito apreciado.

47Como hace el marco de los delitos de asociaciones ilícitas (arts. 515 y ss.)

48 Como exige el art. 31 Bis CP.

49STS de 16 de mayo de 2007; de 22 de junio de 2007; SAN de 23 de noviembre de 2005; SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2011: “las notas que caracterizan a la organización criminal son: la forma jerárquica, el reparto de papeles y funciones, relaciones de estabilidad y permanencia en el tiempo).

En la Instrucción FGE⁵⁰ 4/2006 se considera que existe delincuencia organizada cuando se dan las siguientes características: pluralidad de personas, estructuración mediante jerarquía y división funcional, vocación a permanencia temporal, actuación concentrada.

Se castiga a la organización delictiva, aunque de acuerdo con la STS de 26 de septiembre de 2007, no se aplicará este supuesto agravado a quien sin pertenecer a la organización distribuye la droga de ésta.

Según la STS de 25 de febrero de 2004, la delincuencia organizada implica “la concentración de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que por su propia naturaleza necesita de un tejido estructural que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas”. En el concepto de delincuencia organizada se incluye el concepto de asociación de carácter transitorio, siendo suficiente una mínima permanencia. La transitoriedad debe ir referida a los fines de la organización y no a la relación del acusado con la misma, así lo ha dispuesto la STS de 22 de junio de 2007 al disponer lo siguiente “ la mera presencia de varias personas con la decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización”.

El artículo 369 bis. Distingue una agravación específica “cuando el culpable sea jefe, encargado o administrador de la organización” en su párrafo segundo.

Según la STA de la SAP de Barcelona, sección 7ª de 29 de noviembre de 2011, “jefe” sería la persona que da órdenes a los otros miembros de la organización. La agravación comprende a aquellos que por su superior posición en el entramado de la organización delictiva tienen capacidad de decisión sobre los restantes, impartiendo las instrucciones necesarias que serán necesariamente cumplidas por los distintos niveles de atribución de las tareas organizativas.

⁵⁰Fiscalía General del Estado.

3. Cualificaciones de segundo grado: la pena superior en uno o dos grados a la del art 368 (art 370 CP, hiperagravados):

c.1.

Con éste tipo se han querido agravar hasta en dos grados las previstas en el art. 368 CP. Tras la reforma de noviembre de 2003 y junio de 2010, son tres los supuestos que se tienen en cuenta en esta cualificación de segundo grado:

En primer lugar utilizar a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos; que se trate de jefes, administradores o encargados de las organizaciones delictivas a las que se refieren las circunstancias 2ª y 3ª del art. 369; y por último cuando las circunstancias descritas en el art 368 fuesen de extrema gravedad.⁵¹

1) “Utilizar a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos”: la edad de 18 años es la establecida tanto para la mayoría de edad civil como penal. No importa cuál sea la edad del menor, al igual que no importa el grado que tenga el disminuido psíquico. En este caso se da una instrumentalización de los menores o los disminuidos para la comisión del hecho delictivo, sin embargo también se aplica la agravación cuando lo hacen voluntariamente.

El fundamento de ésta agravación se encuentra en la vulnerabilidad de estas personas, que deben ser objeto de mayor protección. La STS de 26 de febrero de 2009 acordó que “El tipo agravado previsto en el artículo 370.1 CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata”. Por lo tanto y según la jurisprudencia citada, estamos frente a un supuesto de autoría mediata en la cual el autor utiliza como instrumento a un inimputable, lo utiliza para realizar alguna de las conductas del 368 CP. Por otro lado el dolo debe abarcar el conocimiento de la minoría de edad o de la condición de disminuido psíquico.

⁵¹dentro de éste, se consideran de extrema gravedad según el artículo, los casos en los que la cantidad exceda notablemente de las consideradas como notoria importancia, se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico o se hayan llevado a cabo las conductas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1.

2) La condición de jefe, administrador o encargado de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2ª y 3ª del apartado 1 del art. 369: con la LO 5/2010 se dio un tratamiento especial en el artículo 329 bis. a la pertenencia a organizaciones criminales. Por lo tanto esta agravación requiere la pertenencia a estas organizaciones y la realización a través de éstas de las conductas del art. 368.

Por jefe habrá que entender el que tiene el mando de la empresa, sea a título de dueño, o como gerente. El término administrador abarca lo mismo a los que de modo efectivo llevan la administración de la empresa en todas o en alguna de sus ramas, como a los miembros de la administración si los hubiere, siempre y cuando que tengan conocimientos de los fines a que se dedica la organización, aunque sea parcialmente. Por último encargado, es un término bajo el que deben caer todos los que no siendo administradores asuman una función directiva en la organización, basta que lleven la dirección y control de un grupo dentro de ella. Según la jurisprudencia en una organización puede existir más de un jefe, administrador o encargado.⁵²

3) Las conductas que fuesen de extrema gravedad:⁵³

a. Casos en los que la cantidad de las sustancias a que se refiere el 368 excedan notablemente de la considerada de notoria importancia:

La doctrina jurisprudencial considera tres causas para aplicar ésta agravación. En primer lugar, las STSS de 19 de junio de 1995, 16 de octubre de 1998 y 20 de marzo de 1999 consideran ésta tanto si la sustancia es de las que causas grave daño para la salud como de las que no tienen ésta calificación. En segundo lugar, las STSS de 31 de octubre de 1994, 29 de diciembre de 1995, 4 de febrero de 1998 y 29 de marzo de 2001 entre otras, consideran que la cantidad de sustancia tóxica objeto de alguna de las conductas del 368 siempre exceda de la “notoria importancia”. Por último las STSS de 29 de diciembre de 1995, 7 de diciembre de 1996, y 6 de junio de 1997 entre otras, consideran la vinculación de extrema gravedad a los supuestos en los cuales la cantidad de sustancia tóxica era desorbitada. Por ejemplo se considera de ésta

⁵²SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; SERRANO MAÍLO, ALFONSO. “Derecho penal, parte especial” 16ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid 2011. Pág. 724.

⁵³Corresponde al tribunal determinar la extrema gravedad “desde criterios de experiencia, de técnica y de lógica” STS de 30 de mayo de 2008.

gravedad la cantidad cercana o superior a la tonelada, de cocaína la cantidad cercana o superior a los 80 kg etc.

Como pauta genérica, el TS, en Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, ha dado por tal cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por 1000 la cuantía aceptada como módulo para la apreciación de la agravación citada de notoria importancia.⁵⁴

b. La utilización de buques, embarcaciones o aeronaves como medio específico de transporte.

En éste caso se tiene en cuenta el medio de transporte utilizado para determinar la extrema gravedad. Sólo se tendrán en cuenta cuando los citados medios de transporte se fleten especialmente para el fin específico del transporte de las sustancias ilícitas. No resultará de aplicación esta agravación sin embargo, cuando se transporten junto con otras mercancías, no siendo el buque, embarcación o aeronave destinada exclusivamente para ese fin.

Tras la reforma de 2010 se incluyó el término “embarcaciones”. Ello supone un endurecimiento respecto a la regulación anterior, especialmente la jurisprudencia y el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2008, que había excluido el término de “buque” las lanchas motoras y planeadoras. Ésta exclusión tiene lógica si se tiene en cuenta que se trata de una agravación muy cualificada, y que el término “embarcación” puede ser incluso una barca sin remos. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, rechaza expresamente esta interpretación jurisprudencial al indicar que se introduce el término “embarcación” “a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizados en estos delitos, como por ejemplo, las semirrígidas”⁵⁵

54GARCÍA VALDÉS, CARLOS; MESTRE DELGADO, ESTEBAN; FIGUEROA NAVARRO, CARMEN. *Op. Cit.* pág. 214.

55MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “Derecho penal parte especial” 18ª edición. Ed. Tirant to Blanch, valencia 2010. Pág. 686.

c. La simulación de operaciones de comercio internacional y la utilización de redes internacionales:

La extrema gravedad de estos conceptos se fundamenta en el carácter transnacional de las operaciones de expansión del consumo ilegal de las sustancias tratadas en el tipo básico del 368. Estas operaciones se llevan a cabo simulando comercio internacional⁵⁶ entre empresas o redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

Para que se dé la agravación, es necesario que exista una red⁵⁷, y que ésta sea de carácter internacional, lo que supone que ésta tenga conexiones con diversos países.

d. Concurrencia de tres o más circunstancias previstas en el apartado 1 del art. 369.

Las conductas del artículo 368 cuando concurren tres o más circunstancias del artículo 369.1 se consideran de extrema gravedad.

4) El último párrafo del artículo 370 dispone que los supuestos en los números 2º y 3º del citado artículo, se impondrá “una multa del tanto al triplo del valor de la droga”. Se especifica que ésta multa irá para “los culpables” es decir, los autores del delito en quienes concurren las circunstancias de los párrafos 2º y 3º. Por lo tanto a los autores se les impondrá la pena superior en uno o dos grados prevista en el artículo 368 (un grado de seis a nueve años, dos grados de nueve a doce años y seis meses) y multa, y además una tercera pena de multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito. Esto es en total una multa del tanto al séxtuplo del valor de la droga objeto del delito.

⁵⁶Se da la simulación de una operación de comercio internacional lícito, desplazando en realidad sustancias de un país a otro. Es indiferente que las empresas operen realmente en el mercado en cualquier actividad del tráfico mercantil lícito.

⁵⁷

4. Tráfico de precursores (art 371 CP):

1) Tipo objetivo:

Doctrinalmente se ha denominado tráfico de precursores a la incriminación a título de autoría de conductas para el cultivo, producción o fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

El objeto de la acción lo constituyen los equipos, materiales⁵⁸ y sustancias enumeradas en los cuadros I⁵⁹ y II⁶⁰ del Convenio de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, siempre que hayan sido ratificados por España.

Se trata de actos preparatorios que han sido elevados a la categoría de delitos consumados.

2) Tipo subjetivo:

Siempre que el cultivo, producción o fabricación de drogas, sea “a sabiendas” del mismo modo que la realización de alguna de las conductas típicas con la finalidad de cultivar, producir o fabricar directamente el propio sujeto de dichas sustancias, imponiendo una pena de prisión de tres a seis años y multa de tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

3) Supuestos agravados:

El artículo 371.2 contempla un supuesto agravado cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización

⁵⁸Entiende la Convención de 1988 en su artículo 1.d., que son equipos o materiales las balanzas de precisión o dinamómetros, alambriques, pequeñas prensas, molinillos de café con restos de sustancias ilícitas, bolsitas de plástico y cualesquiera otros objetos o productos empleados en la fabricación, corte, mezcla o fragmentación de las drogas, así como las semillas destinadas al cultivo.

⁵⁹Recoge las siguientes sustancias: ácido lisérgico; efedrina; ergometrina; ergotamina; 1-fenil-2-propanona; seudofedrina; las sales de las sustancias enumeradas en este cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

⁶⁰Recoge: Acetona, ácido antranílico, ácido fenilacético; anhídrido acético, éter etílico; piperdina; las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

dedicada a los fines de ese mismo apartado, a las que se le impondrá una pena en su mitad superior; se da también otro supuesto agravado en el que se impondrá la pena superior en grado si se trata de jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones. Además en éstos casos se impondrá la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria por tiempo de tres a seis años. Las penas del art 369. 2 CP, no se podrán imponer puesto que el citado artículo fue suprimido por la LO 5/2010. No hay distinción con respecto a la pena por el tipo de droga, que cause o no grave daño a la salud.

A tal efecto se ha creado la *Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas* (publicado en BOE núm. 145 de 16 de junio de 2009. vigencia desde 17 de junio de 2009.). Citar también el *Real Decreto 824/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionado*

5. Inhabilitación especial y absoluta (art 372 CP):

Éste artículo entiende aplicable las penas en él contenidas respecto al resto de artículos del Capítulo III. Va destinado a las personas que realicen los hechos delictivos de éste capítulo siendo empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

Establece que además de la pena correspondiente en cada caso se impondrá una de inhabilitación especial o absoluta. La pena de inhabilitación especial será de tres a diez años para los casos de empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio. La de inhabilitación absoluta, de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.

El apartado segundo del artículo 372 define qué se entiende por facultativos médicos, siendo estos psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

La aplicación de éste artículo no requiere la realización de acciones abusivas respecto al cargo que desempeñe, bastando la comisión de las conductas típicas en el ejercicio de su cargo.⁶¹

De especial interés tiene la responsabilidad penal de “la autoridad o los agentes de la misma”, los cuales se remiten a las cláusulas del artículo 24 CP, el cual los define, además de los reglamentos que otorga dicha cualidad a otras personas. Un ejemplo de esto son los inspectores de Hacienda a quienes, a pesar de que el Reglamento de Recaudación de Tributos les otorga la cualidad de autoridad, sería discutible atribuírsela penalmente por su régimen estatuario. Lo mismo ocurriría con los vigilantes jurados, al carecer de mando o jurisdicción propia.⁶²

La confusión entre autoridad y funcionario público también estuvo respecto a los Concejales, a quienes en un principio se les apartó de las potestades propias de la autoridad en función de la subordinación estatuaría al Alcalde⁶³, subsanándose en posteriores pronunciamientos del TS en los que se les considera autoridad al formar parte de una Corporación y actúan con mando propio.⁶⁴

6. Punibilidad de los actos de preparación intentada (art. 373 CP, provocación, conspiración y proposición):

En consonancia con los artículos 17 y 18 de CP, los actos preparatorios en el tráfico de drogas son igualmente punibles.

El contenido del precepto vendrá determinado por el hecho delictivo para cuya comisión se conspire, se provoque o se proponga, en relación con los artículos 368 a 372. Sin embargo en éste último artículo es de imposible aplicación el 373 puesto que en éste no se define ningún delito susceptible de ser cometido. De igual manera sucedería con los delitos agravados e hiperagravados del 368 contenidos en los artículos 369, 369 bis. y 370.

61STS de 11 de junio de 1992

62STS de 28 de diciembre de 1988

63STS de 13 de diciembre de 1985

64STS de 8 de octubre de 1990.

Con respecto a la conspiración, dispone la STS de 19 de marzo de 1998 “no es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta que ponga de relieve su voluntad de delinquir y no soportada por meras conjeturas o suposiciones... Y no cabe otra calificación de la conducta de los procesados que superan la fase interna del delito, se conciertan para su ejecución y resuelven ejecutarlo, aportando esfuerzo propio para el transporte de hachís desde la zona gaditana, pero que, finalmente, no han accedido aún a ninguna forma de disponibilidad del hachís ni han podido disponer tampoco de dinero alguno que debían entregar a terceras personas”.

7. Decomiso (art 374 CP):

Éste artículo ha sido uno de los afectados con la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se han suprimido los apartados 374.1.2; 374.1.3; 374.1.4; 374.1.5. Se han redactado en su lugar nuevos artículos (127 bis, 127 ter, 127 quater, 127 quinquies, 127 sexies, 127 septies, 127 octies) con contenido similar y con nuevas aportaciones legislativas. El Decomiso o Comiso se encuentra definido en los artículos 127y 128⁶⁵ (regula la posibilidad de no decretar el comiso o acordarlo parcialmente) CP. Es una consecuencia accesoria del delito que priva a los responsables de los efectos que provengan del hecho delictivo, los instrumentos y las ganancias obtenidas u otros bienes propiedad del responsable de valor equivalente si no se pudiera hacer efectivo sobre los bienes o ganancias derivadas del delito. Se modifica el primer apartado del artículo 127 CP. Se elimina la falta dolosa y la imposibilidad de decomisar a un tercero de buena fe no responsable del delito que haya adquirido de buena fe. El segundo párrafo del artículo 127 se recoge en una nueva redacción en el artículo 127 bis. En éste artículo se añaden varios delitos a los que afecta el decomiso, y en apartado 1 m) se especifican los delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.

En el apartado segundo del 127 bis se añaden a la desproporción entre el valor de los bienes y efectos que se trata, la ocultación de titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios

⁶⁵Sobre la proporcionalidad del comiso; STS de 20 de noviembre de 2003.

de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes y la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. En el apartado cuarto del 127 bis se especifica “si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento”. El apartado quinto incluye la imposibilidad del decomiso “cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

El apartado tercero del artículo 127 se modifica. Según éste, si no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los artículos anteriores se acordará el decomiso “de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.” (en la antigua redacción bastaba con el “valor equivalente”)

Por lo que respecta al 127 ter. Incluye el apartado cuarto de la antigua redacción del artículo 127 y se añade al acuerdo del decomiso dos apartados (“a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable). Además se añade en un segundo apartado que el “decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad...”.

El artículo 127 cuatr. añade la posibilidad de “acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos” en dos supuestos tasados.

El artículo 127 quinquies, añade la posibilidad de “acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa

del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos: a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal. b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada. c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa....” Así de los indicios en los que deben fundarse (desproporción, ocultación de titularidad, transferencia de bienes) siempre y cuando éstos indicios lo son en una cantidad superior a 6000 euros. En el apartado segundo, se indica cuándo se entiende que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada (“a) El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto. b) O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.”)

El artículo 127 sexies aplica una serie de presunciones: en el primer apartado se presume “que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.” En el segundo se presume “que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.” Y por último en el tercer apartado “se presume que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.” Sin embargo el último apartado, “las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.”

El artículo 127 septies, se encuentra relacionado con el artículo 374.1.4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Según la modificación “Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado. De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.”

Por último el artículo 127 octies, transcribe el art. 374.1.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Además se añaden dos apartados. Según el segundo “Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.” Y el tercero “Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.”

La STS de 26 de abril de 2007 declaró que “el solo hecho de transportar una vez cierta cantidad de una sustancia ilegal en el vehículo de uso personal, no transforma a éste sin más in instrumento del delito”.

En cuanto a las ganancias obtenidas, la STS de 15 de febrero de 2007 declaró que “en consecuencia de su instrumentalidad para dar salida a los beneficios obtenidos de la droga está justificada lo que ampara legalmente el comiso”. El comiso en éste caso tiene como finalidad el privar al delincuente de un aprovechamiento derivado del hecho delictivo.

El artículo 127.1 CP declara que no se podrán decomisar bienes de ilícito comercio que pertenezcan a terceros de buena fe no responsables del delito y que los hayan obtenido legalmente. Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que se podrá

acordar el comiso de los bienes en poder de terceros que no hayan actuado de buena fe en su adquisición o que siendo de buena fe, no se hayan adquirido legalmente.⁶⁶

En la sentencia que se acuerde el comiso, se deben razonar los motivos que lo argumentan. En consonancia con esto, destacar la STS de 24 de octubre de 2007 la cual declara que “en lo que refiere a los vehículos indicados, el comiso no sólo no está motivado, sino carece de toda justificación, pues nada aparece en el factum de que tales vehículos hayan sido utilizados en la comisión del delito. Ya es conocida en ésta Sala que incluye el deber de motivación el comiso de los efectos sobre los que se acuerde. Procede en éste caso admitir el motivo y alzar el comiso, sin perjuicio de ejecución en sentencia, puedan ser embargados los vehículos para hacer frente a las responsabilidades pecuniarias que se le imponen”.

Con ésta reforma del comiso, lo que se pretende es impedir cualquier ganancia patrimonial fraudulenta. Es aplicable a los delitos de blanqueo procedente del narcotráfico del art. 301,1, pfo. 2 y a los delitos C.S.P. arts. 368 a 372, se da el decomiso de todo, destrucción inmediata de la droga, se actúa desde las primeras diligencias, hay posibilidad de utilizar las que sean de lícito comercio por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas. Destacar una importante novedad: decomiso por sustitución y por el valor equivalente; comiso ampliado o comiso sin sentencia (fallecimiento o rebeldía), aplicándose una enajenación anticipada de los bienes y la nulidad de los actos y negocios jurídicos de transmisión o gravamen de esos bienes y derechos. Su producto no puede ser aplicado al pago de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni a las costas si nup que su adjudicación es íntegra al Estado.

El comiso se aplica también con ésta reforma a éstos delitos: trata de seres humanos; prostitución y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de quince años; delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 ó 264; patrimonio y orden socioeconómico con profesionalidad; insolvencias punibles; propiedad intelectual o industrial; corrupción en los negocios; receptación del artículo 298.2. ; blanqueo de capitales; contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; contra el derecho de los trabajadores de los artículos 311 a 313; contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; contra la salud pública de los artículos 368 a 373;

⁶⁶STS de 15 de julio de 2003.

falsificación de moneda; cohecho; malversación; terrorismo; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Por lo que respecta al comiso autónomo (LO 15/03) se da cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita (art. 127.4).

- Cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y exista riesgo de prescripción, en los supuestos de: (art. 127 ter con entrada en vigor el 1.7.15)

- Fallecimiento o enfermedad, riesgo de prescripción

- Rebeldía

- No se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse extinguido

- REQUISITO: Haya sido formalmente acusado o no se pueda seguir el procedimiento contra el mismo por encontrarse en alguna de las anteriores circunstancias

8. Reincidencia internacional (art. 375 CP):

Artículo modificado por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En ésta se añaden artículos a los que es aplicable el artículo. Se incluye la aplicación del artículo 361 (relativo a medicamentos y cuyo estudio no es susceptible en éste caso) al 372 CP. En éste artículo se admite la producción de efectos agravantes en caso de reincidencia internacional emitidos por sentencias en tribunales extranjeros, entendiéndose como reincidencia lo regulado en el artículo 22.8 CP, el cual dispone que “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de éste código, siempre que sea de la misma naturaleza. A efectos de éste número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que deberían serlo”. Sobre esto último también se pronuncia el art. 375 CP.

El Ordenamiento Jurídico español en éste caso debe atenerse a la legislación internacional y a los convenios ratificados por España. No es necesario que la sentencia sea firme.

9. Atenuación de la pena para arrepentidos, colaboradores y drogodependientes (artículo 376 CP⁶⁷):

Artículo modificado por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el primer párrafo se añaden artículos a los que es aplicable el artículo. Se incluye la aplicación del artículo 361 (relativo a medicamentos y cuyo estudio no es susceptible en éste caso) al 372 CP. Éste artículo se encaja dentro de los llamados privilegiados junto con el segundo párrafo del artículo 368 CP (por la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del autor puede imponerse la pena inferior en grado a las del tipo básico. No puede aplicarse éste beneficio sin concurre alguna de las circunstancias a las que hacen referencia los artículos 369 bis y 375 CP.⁶⁸).

Por lo que respecta al primer apartado del artículo 376, la pena será inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito del que se trate (delitos previstos en los art 368 a 372 CP). Es necesario destacar dos conductas que deben darse para que sea aplicable el precepto:

- En primer lugar, el sujeto debe abandonar voluntariamente las actividades delictivas.

El abandono guarda paralelismo con el arrepentimiento y el desistimiento, aunque no se trata de la misma figura. El arrepentimiento presupone un delito consumado del que ya no cabe desligarse o separarse. Tampoco de un desistimiento, puesto que no excluye el delito consumado. El abandono típico debe cristalizar en una separación o ruptura voluntaria sin coacción con algo existente previamente, lo que racionalmente sólo puede ir referido a actividades delictivas susceptibles de prolongar

67

68GARCÍA VALDÉS, CARLOS; MESTRE DELGADO, ESTEBAN; FIGUEROA NAVARRO, CARMEN. *Op. Cit.* Pág. 214.

sus efectos y más concretamente la vinculación delictiva con una organización dedicada al narcotráfico de mayor o menor envergadura.⁶⁹

Según han expuesto las STSS de 8 de mayo y 16 de septiembre de 2002, es condición sine qua non para la aplicación de la atenuación que el sujeto rompa definitivamente, de modo voluntario, con los vínculos que le unen con la organización delictiva, separándose definitivamente de su estructura.

Por lo tanto, lo que se pretende con éste artículo es desarticular las organizaciones a partir de la colaboración de uno de sus miembros, premiándoles por su colaboración activa. El sujeto deberá manifestar expresamente su voluntad de no continuar en el futuro con las actividades delictivas de la organización a la que se vincula.

Ésta interpretación, el abandono presupone que los hechos se cometen en una organización, por lo tanto cabe plantearse qué ocurriría con el traficante-consumidor que no pertenece a ésta, y si va a poder acogerse al beneficio del artículo 376. Parece que el legislador en éste caso piensa más en los miembros o cooperadores de grandes redes organizadas.

- En segundo lugar, el sujeto debe colaborar activamente con las autoridades o sus agentes.

Ésta colaboración debe ser activa y se exteriorizará por la aportación de información a la autoridad. La contribución debe ser real e ir destinada a alguna de las finalidades siguientes:

Impedir la producción del delito; obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables; impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

⁶⁹CÓRDOBA RODA, JUAN; GARCÍA ARÁN MERCEDES. *Op. Cit.*. Pág. 1680.

De acuerdo con la STS de 30 de abril de 2002. Resultará excluida la aplicación del precepto si no se acredita la concurrencia de todas y cada una de las exigencias típicas de modo que no existe constancia de un abandono libre y dotado de credibilidad objetiva de las actividades delictivas llevadas a cabo en el marco de una organización de mayor o menor alcance dedicada al tráfico de estupefacientes y la colaboración activa y directa del sujeto a las finalidades típicas, cualquier otro tipo de cooperación deberá reconducirse al atenuante del art. 21.6 CP.⁷⁰

En cuanto al segundo apartado del artículo, hace referencia a los drogodependientes que en el momento de la comisión de los hechos acrediten que han finalizado con éxito en tratamiento de deshabituación.

En éste caso lo que se pretende es dar a una respuesta al consumidor-trafficante rehabilitado de su adicción después de la comisión del delito. Es necesario que demuestre en el juicio oral que ha finalizado con éxito el tratamiento, no basta con encontrarse en pleno desarrollo del mismo. Este caso hace referencia al drogodependiente que se dedica al tráfico de drogas para poder paliar sus necesidades, por lo que quedan excluidos, tal y como dice el tipo, los casos en los que sea notoria importancia o de extrema gravedad.

10. Regla para la determinación de la multa (art. 377 CP):

La regla que se contiene en éste artículo es la siguiente: en primer lugar se procederá a determinar el grado dentro de los art 368 a 372, según lo dispuesto en el artículo 52 CP. A continuación, se procederá a establecer “el valor económico final del producto o, en su caso, el de recompensa o ganancia obtenida o a obtener”, para determinar la cuantía concreta dentro del grado que corresponda. La cuantía multa debe ser proporcional.

Puede resultar como una confiscación de todo lo que fuera hallado en poder del autor, por lo que podría llegar a plantearse si ambas sanciones infringen el principio de non bis in ídem.

⁷⁰CÓRDOBA RODA, JUAN; GARCÍA ARÁN MERCEDES. *Op. cit.* Pág. 1682.

En caso de que no conste el precio aproximado de las sustancias en el tráfico ilícito, debe acudir a los siguientes supuestos del tipo, es decir a las ganancias obtenidas por el reo que se fija a partir de la cantidad de dinero incautada al autor del hecho. (STS de 29 de mayo de 2002)

11. Responsabilidad civil (art. 378 CP, pagos del penado):

Artículo modificado por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En ésta se añaden artículos a los que es aplicable el artículo. Se incluye la aplicación del artículo 361 (relativo a medicamentos y cuyo estudio no es susceptible en éste caso) al 372 CP. Éste artículo transcribe literalmente el 126 del CP, con la única salvedad de la anteposición del pago de la multa al abono de las costas del acusador particular o privado cuando le fuesen impuestas en sentencia y a las demás costas procesales.

Ésta alteración del orden de imputación de pagos representan el interés del legislador en el orden de preferencia de los mismos, considerando que los honorarios de la representación procesal y de defensa del penado sean las últimas en satisfacerse. Sin embargo refleja la preocupación de la reparación de los daños e indemnización de perjuicios al establecerlos en primer lugar.

Capítulo II. Aspectos procesales:

a. Ley de enjuiciamiento criminal:

1. Art 263 bis. LECrim. Circulación o entrega vigilada:

Éste artículo tiene como finalidad reforzar al ordenamiento jurídico con medidas especiales que permitan facilitar las investigaciones en materia del tráfico de drogas a la policía judicial, penetrar en el sistema organizativo de sus organizaciones e informar sobre las actividades delictivas de los miembros, obteniendo pruebas inculpatorias para poder proceder a su detención.⁷¹

El artículo 263 bis LECrim, se incorporó a nuestro ordenamiento con la LO 8/1992 de 23 de diciembre. En su exposición de motivos se afirmaba que para cumplimentar lo establecido en el artículo 73 del Acuerdo de Schengen⁷² de 14 de junio de 1985, era necesario introducir en nuestra legislación los supuestos de entrega vigilada de drogas. Sin embargo, el artículo 263 bis LECrim. ha sido modificado por la LO 5/1999 de 13 de junio y por la LO 5/2010 de 22 de junio. Con ésta última modificación se extiende el ámbito del precepto alcanzándose también otras formas de criminalidad organizada además del tráfico de drogas.

La institución conocida como “circulación o entrega vigilada de drogas” se regula por primera vez en la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.⁷³ Según el artículo 2 de ésta convención los estados firmantes se

71SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO; “El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico” Ed. La ley Madrid 2000. Pág. 692.

72Conviene distinguir entre el Acuerdo de Schengen de 1985, el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1993 y el Acuerdo de adhesión de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

73En su artículo 1, se dice lo que se entiende por entrega vigilada: “la técnica de dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas [...] salgan del territorio de uno o más países lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos tipificados [...]” En el segundo párrafo se define lo que se entiende por estado de tránsito, siendo éste “El estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias psicotrópicas [...] de carácter ilícito y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias”.

El artículo 11 de ésta convención dispone que “si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades para que se pueda utilizar de forma adecuada en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con los acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en los delitos tipificados [...]”.

comprometen a adoptar las medidas legislativas y administrativas conforme a las disposiciones de sus derechos internos.

En cuanto a la autorización previa, prevista en el primer apartado del artículo, éste dispone que estén legitimados para realizarla “el Juez de instrucción competente, el Ministerio Fiscal o los jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial y sus mandos superiores”. Llama la atención la equiparación que se hace en el precepto de autoridad judicial y administrativa para autorizar ésta institución, ya que es susceptible de vulnerar determinados derechos fundamentales de las personas.

La medida deberá acordarse siempre mediante resolución fundada⁷⁴, en la que se exprese el objeto de la autorización o entrega vigilada así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Éste primer apartado del artículo continúa diciendo que, “se tendrá en cuenta los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia”.

En el caso de ser el juez quien autorice la entrega vigilada, puede plantearse un problema de competencia entre diversos juzgados de instrucción en cuanto a determinar a quién le corresponde instruir la causa, es decir si le corresponde al que efectúa la apertura del paquete o al que era destinatario del mismo. A éste supuesto ha dado respuesta el TS en su STS de 8 de marzo de 2001, al declarar que cuando proceda la entrega vigilada de un paquete postal incurriendo una primera intervención de un determinado juzgado que ya ha detectado la droga e iniciado las correspondientes diligencias penales, procediéndose la intervención de un segundo juzgado por estar el destinatario domiciliado en otro partido judicial, y siendo éste quien recibe los detenidos y realiza la apertura del paquete “ha de entenderse competente para la actuación de la causa el juzgado que primero actuó, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 18.2 de la citada Ley Procesal”.⁷⁵

El párrafo segundo del 368.1 Bis LECrim., autoriza igualmente la circulación o entrega vigilada de los llamados precursores, regulados en el art. 371 CP, los bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 CP así como de los bienes, materiales,

⁷⁴Deberá cumplirse el principio de adecuación y el de proporcionalidad.

⁷⁵MORILLAS CUEVAS, LORENZO. (Coord.); “Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines” Ed. Dykinson Madrid 2003 Pág. 172.

objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los art. 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569 CP.

Por su parte el segundo apartado de éste artículo (art. 368.2 Bis LECrim.) determina el contenido específico de la diligencia, la cual consiste en permitir que las sustancias prohibidas, los equipos y materiales, al igual que los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas circulen por el territorio español o salgan o entren en él sin ser interceptados por la autoridad competente o por funcionarios policías con el fin de descubrir e identificar a las personas que estuvieran implicadas en los delitos. Se trata de obtener pruebas suficientes para condenar a todos los que hayan participado en su comisión desarticulando las organizaciones criminales que existieren.⁷⁶

En cuanto al tercer apartado del citado artículo, hace referencia al recurso de entrega vigilada, la cual se hará caso por caso evitándose así las autorizaciones de carácter genérico. Se refuerzan de ésta forma las garantías procesales de una medida restrictiva de derechos. Por lo que respecta al plano internacional, el recurso se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

El segundo párrafo del 268.3 Bis, hace referencia a la necesaria información por parte de los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o mandos superiores al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado, y si existiera un procedimiento judicial abierto, al juez de instrucción competente.

Por su parte, el último punto de éste artículo, el 263.4 Bis, hace referencia a la apertura e interceptación de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior.

El envío mediante paquete postal es el más utilizado en la práctica y que menos riesgo conlleva para el ejecutor. Sin embargo, éstos envíos se pueden verificar más fácilmente por la Policía, ante la existencia de vías de introducción regulares (marítimas, aéreas...) que necesitan autorizaciones de despacho del servicio, con oficinas y dependencias estables. Hacer mención también al envío como equipaje a

⁷⁶Idem *Op. Cit.* Pág. 175.

través de transportista o porteador o el caso en el que se constituye el remitente como correo personal en autoportador del envío o utilizar a un tercero para dicho fin.⁷⁷

El artículo 18 CE garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones que también reconocen y tutelan de modo expreso el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el art. 8 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre 1950, y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Por otra parte, existe Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

En cuanto a la consumación del delito, la STS de 21 de diciembre de 2001, ha establecido que “como señala la STS de 20 de enero de 2001, núm. 28/2001, en los supuestos de envío de droga a larga distancia, sea cual sea el medio utilizado siempre que exista un pacto o convenio para llevar a cabo la operación, el tráfico existe como delito consumado desde el momento en que el remitente pone en marcha el mecanismo de transporte previamente convenido por el receptor, por entenderse que la droga quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios en virtud del acuerdo”.

2. Art 282.4 bis. LECrim. Delincuencia organizada:

Éste artículo se encuentra relacionado con el artículo 369 Bis CP, ya examinado. En éste artículo de la LECrim se define lo que se entiende por delincuencia organizada, la cual es “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer⁷⁸ [...] delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal”.

⁷⁷SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO; *Op. Cit.* Pág. 700.

⁷⁸En el citado artículo se mencionan más delitos, los cuales no son susceptibles de estudio.

3. Art 282 bis LECrim.(apartados 1,2,3 y 5) Agente encubierto:

Concepto:

El uso de agentes policiales encubiertos (o como anteriormente se les denominaba, provocadores) se trata de un instrumento de investigación del que se valen los diferentes Cuerpos de Policía de diferentes países a los efectos de lograr un mayor grado de eficacia en la lucha contra la criminalidad, en éste caso contra el tráfico de drogas. El agente tiene como fin aprovecharse de su conocimiento de los hechos criminales ya programados por la organización y los revele, no aceptándose que sea él quien los inicie y los cree.

En éste sentido se ha pronunciado Ruiz Antón señalando que, “el agente provocador ni contribuye ni quiere la lesividad social que comporta el menoscabo de un bien jurídico, desde el momento en que él mismo evita la consumación material”⁷⁹

Éste artículo de la LECrim tiene triple objeto: en primer lugar incrementar la eficacia policial posibilitando a sus agentes el acceso a una identidad supuesta sin quebrantar la legalidad, así como utilizarla para los fines concretos y determinados. En segundo lugar, blindar su propia protección una vez finalizada su actuación profesional, prolongando la discreción de su intervención en el trance definitivo del proceso. Por último, establecer un status de inmunidad reglada en cuanto a las responsabilidades criminales en las que pudiera haber incurrido un agente con su actuación.⁸⁰

⁷⁹RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE; “El agente provocador en el Derecho Penal” Madrid 1982 pág. 12.

⁸⁰SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO; *Op. Cit.* Pág 735.

Delito Provocado; Responsabilidad sujeto provocado:

Los elementos que articulan la estructura de éste delito, aparecían en las primeras sentencias de los años 50. Sobre éstas se ha pronunciado la STS núm. 2470/2001, de 27 de diciembre. Según ésta el delito provocado es el que surge “por obra y a estímulos de provocación” (STS de 18 de abril de 1972). Hay que tener en cuenta la existencia de un agente provocador y un sujeto provocado. La estructura de éste delito se articula en dos elementos: debe existir una iniciativa en el agente provocador sobre el sujeto provocado (actuando éste como consecuencia de la incitación); por otro lado, la intención que anima al provocador es la de formular la denuncia criminal contra el sujeto provocado (STSS de 22 de junio de 1950 y 3 de febrero de 1964).⁸¹

Tal y como señala la STS de 27 de junio de 1967, “[...] no puede llegar el resultado porque habiéndose previsto éste, se impide por el inductor sea alcanzado, haciendo baldía la actividad por el empleo de medidas precautorias defensivas o de garantía”. La inducción en el delito provocado no sería real, sino engañosa, por lo que la acción sería impune. García Valdés ha afirmado al respecto que “el problema que suscitan éstos pronunciamientos judiciales radica en cómo hacer judicialmente compatible la absolución del provocador y la condena del provocado”. Esto llevaría a la jurisprudencia a separar las actuaciones policiales del delito provocado.⁸²

Por lo que respecta a la responsabilidad del sujeto provocado, cabe diferencias el delito propiamente dicho provocado (sería impune por falta de libre iniciativa) y los casos de indagaciones policiales, en los que el delito es preexistente y es descubierto por la iniciativa del Agente policial, que simula aceptar su participación en el delito para consumarlo o como mecanismo o técnica de descubrir su comisión. En éste caso, la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento *iter criminis* en que aquella intervención se produjo bien limitándose a su descubrimiento, bien originando la tentativa si la intervención se produce antes de que el delito se haya consumado.

⁸¹SANZ DELGADO, ENRIQUE; “El agente provocador en el delito de tráfico de drogas”, Revista de Dº Penal, procesal y penitenciario. *La Ley Penal*. Nº 12, 2005. Pág. 31.

⁸²Idem. *Op. Cit.* Pág 31.

Por lo tanto el sujeto provocado sí sería responsable penalmente, puesto que ya existía una iniciativa previa.

Control Judicial:

Por lo que se refiere a las autoridades competentes para adoptar la medida de agente encubierto, la LECrim. regula que sólo puede autorizarla el Juez de Instrucción competente o en su defecto el Ministerio Fiscal, el cuál informará inmediatamente al primero, si bien éste podrá revocarla.

De acuerdo con la Constitución, todas las medidas limitativas de derechos fundamentales deben ser adoptadas por un órgano judicial, por lo que la concesión legal al Ministerio Fiscal para permitir la intervención del agente encubierto sólo operará en supuestos de urgencia (valorables) que impidan la autorización directa del Juez de Instrucción. Una vez puesta en su conocimiento, éste tendrá que dictar una resolución motivada y proporcionada con todos los requisitos legales exigidos, subsanando su falta de intervención inicial⁸³.

La figura del agente encubierto debe someterse al principio de proporcionalidad, por lo que el órgano jurisdiccional competente deberá ponderar todas las circunstancias del caso a la hora de autorizar la medida. Esto se dará cuando concurren indicios suficientes relativos al tráfico de drogas. Se valorará por lo tanto si la actuación del agente es “objetivamente idónea” y “necesaria a los fines de la investigación”.

De la lectura del artículo se desprende que cada autorización para la creación de la figura de agente encubierto es individual, por lo que se prohíbe adoptar medidas de carácter general las cuales serían nulas de pleno derecho y podrían desembocar en la comisión de un delito provocado.

En el art. 282.1 Bis LECrim se expresa la necesidad de constar en la resolución “el verdadero nombre del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el futuro”. Dicha identidad corresponde otorgarla al Ministerio del Interior y podrá durar un plazo máximo de seis meses, prorrogable por otros seis más, sin que se pueda

83MORILLAS CUEVA, LORENZO. (Coord.); *Op. Cit.* Pág 184.

dar una personalidad fingida permanente. El agente cuya identidad se cambia actúa bajo ella en lo relacionado con la materia a investigar, en éste caso delitos de tráfico de drogas.

Según el art. 282.2 Bis LECrim, los funcionarios de la policía judicial que hubieran actuado en una investigación con identificación falsa, podrán mantenerla cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en los que hubieran intervenido. Esto quedará al arbitrio del juez que otorgó la identidad simulada. Es de aplicación también en éstos casos la LO 19/1994, de 23 de diciembre, sobre Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales.

Debe existir por lo tanto, un control judicial de la actividad desplegada por el agente encubierto. Se podrán distinguir tres fases: la primera el momento en el que el juez dicta la medida que autoriza la medida (en un auto motivado); la segunda se dará en el momento en el cual el agente encubierto está desarrollando su actividad, debiendo informar al Juez (tal y como se recoge en el párrafo tercero del 282.1 Bis LECrim); por último, la tercera fase de control se corresponderá con la intervención del órgano judicial sentenciador cuando haya finalizado la actividad del agente.⁸⁴

Efectos agente provocador o encubierto ante algunos Derechos Fundamentales:

Esto se encuentra regulado en el art. 282.3 Bis⁸⁵ LECrim. De la lectura de mismo se deduce el rechazo que existe en nuestro ordenamiento jurídico a cualquier técnica de investigación contrarios a las exigencias constitucionales y legales. Si el agente considera que sus actuaciones pueden afectar determinados derechos fundamentales, se verá obligado a pedir al Juez competente la pertinente autorización, la cual se plasmará en una nueva resolución.

84MORILLAS CUEVA, LORENZO. (Coord.); *Op. Cit.* Pág 186.

85“Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.”

La mayoría de estas actividades pueden afectar al derecho a la intimidad, como ocurre con las entradas y registros a domicilios o con las intervenciones telefónicas.

La actuación de un agente encubierto puede también resultar contrario al artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁶ y al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al interpretar éste artículo 8 ha declarado que la injerencia de un Estado en la vida privada de las personas puede quedar justificada siempre que esté prevista por la legalidad, su finalidad sea legítima y que sea necesaria en una sociedad democrática para la consecución de un fin.⁸⁸

En cuanto a la prueba obtenida, si existe una transgresión de derechos fundamentales se habría obtenido de forma ilegal y no puede ser utilizada.

Responsabilidad agente provocador o encubierto:

Se encuentra dispuesta en el art. 282.5 Bis LECrim. No regula ninguna técnica de investigación en particular, sino una causa específica de exención de responsabilidad⁸⁹. El legislador exime de responsabilidad criminal de los delitos que cometa al agente encubierto. Para que se de ésta exención es necesario que se cumplan unos requisitos legales, los cuales se expresan en el primer párrafo del art. 282.5 Bis LECrim.

86“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

87Derecho a la vida privada y familiar. “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

88MORILLAS CUEVA, LORENZO. (Coord.); *Op. Cit.* Pág 187.

89La exención ampara tanto en la responsabilidad civil, como penal y civil subsidiaria del Estado.

En primer lugar, ha de tratarse de un miembro de la Policía judicial autorizado como agente encubierto. Por lo tanto no le será aplicable la exención a cualquier funcionario de la Policía judicial que se encontrara en las mismas circunstancias que el agente encubierto y hubiera actuado de idéntica forma, pues es necesario que se haya otorgado una autorización específica. Por otro lado ha de tratarse de alguno de los delitos tasados en el apartado cuarto de éste mismo artículo, los cuales son el ámbito de actuación de ésta figura, el agente encubierto.⁹⁰

En segundo lugar, Las actuaciones realizadas por el agente encubierto “han de ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación”. El término “investigación” se corresponde tiene una acepción amplia, ya que no solo coincide con la actividad nuclear de la investigación, son que debe extenderse también a otras actividades que son necesarias para su buen desarrollo a efectos de facilitar la entrada y permanencia en la organización, tener contactos, informaciones...etc. El juicio de necesidad sobre la actuación de los agentes ha de formularse “*ex ante*” y no tras comprobar la efectiva aptitud de sus conductas a los fines de la investigación (“*ex post*”), pues tal comportamiento supondría un alto índice de inseguridad para ellos.⁹¹

En cuanto al requisito relativo a “la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”, ésta se averiguará tomando en consideración la actuación del agente encubierto y la finalidad de la investigación, aparecerá pues si éste dirige su actuación investigando las circunstancias del hecho y sus autores. La Constitución en el art. 126 separa la función de averiguación del delito de las funciones de descubrimiento y aseguramiento del delincuente, recogida también en el art 547 LOPJ. La LO 2/1986, de 13 de marzo de fuerzas y cuerpos de seguridad en su art. 11 diferencia también entre investigar delitos y detener a los presuntos culpables. Éste primer párrafo del apartado 5º del art 282 Bis hace referencia sobre todo a las acciones contra la vida, la integridad física, el patrimonio etc, aunque sus actuaciones pueden afectar también a otros derechos fundamentales como interceptar comunicaciones telefónicas, postales o realizar entradas y registros (éstas actuaciones no serán susceptibles de exención de responsabilidad criminal sin la debida autorización previa y motivada).⁹²

⁹⁰LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra 2014. Pág. 1014.

⁹¹ Idem. *Op. Cit.* Pág. 1015.

⁹² Idem, *Op. Cit.* Págs. 1015 a 1017.

Por último, el tercer requisito concierne a la exigencia legal de que sus actuaciones “no constituyan una provocación al delito”, puesto que ésta excede de los fines de la investigación, que ha de recaer siempre sobre infracciones ya cometidas o que se estén cometiendo. Éste apartado del artículo 282 bis, se ha hecho eco de la jurisprudencia de la sala segunda del TS, según la cual provocación debe entenderse como inducción al delito.⁹³

En cuanto a la prueba obtenida realizando una acción delictiva y se ha declarado que el agente no está exento de responsabilidad criminal, no sería utilizable, pues sería ilegal. Sin embargo si sí estuviera exento de responsabilidad criminal, la prueba obtenida se habría obtenido mediante una acción justificada, por lo que sí sería eficaz.

El párrafo segundo del art. 282.5 Bis LECrim, contienen una condición de procedibilidad consistente en que para poder proceder penalmente contra el agente encubierto es preciso que el Juez competente requiera informe de quien hubiera autorizado la identidad supuesta. De ésta manera el informe aparece como una condición.

Ha de entenderse que el informe ha de emitirlo el Juez de Instrucción que en su día acordó autorizar la medida o ratificar la del Ministerio Fiscal. Deberá referir en éste informe las circunstancias que le permitan decidir al Juez competente si resulta o no de aplicación la causa de justificación prevista en el primer párrafo del primer párrafo del 282.5 Bis LECrim. Si se estimara la causa justificable, dictará auto de sobreseimiento libre, al amparo del 637.3 LECrim. Sin embargo si no lo estimara, podrá decretar la apertura del juicio oral contra él.⁹⁴

4. Art 367 quinquies. LECrim utilización de bienes decomisados:

Éste artículo ya ha sido tratado en el 374 CP, en relación con los bienes decomisados.

El primer apartado del mismo, regula cuándo es posible la realización de efectos judiciales (“La entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones

⁹³MORILLAS CUEVAS, LORENZO (coord.); *Op. Cit.* Págs. 189 y 190.

⁹⁴MORILLAS CUEVAS, LORENZO (Coord.); *Op. Cit.* Págs. 190 y 191.

Públicas; la realización por medio de persona o entidad especializada; la subasta pública”). En el segundo apartado se especifica cuándo se podrá entregar el efecto judicial a entidades sin ánimo de lucro o Administraciones Públicas (se dará en los casos en los que el valor sea ínfimo o “se prevea que la realización por medio de persona o entidad especializada o por medio de subasta pública será antieconómica”).

El último punto (art 367.3 quinquies LECrim.), ha sido modificado por el apartado cinco de la disposición final segunda de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo) vigente desde 1 julio 2015. : “La realización de los efectos judiciales se llevará a cabo conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente. No obstante lo anterior, previamente a acordarla se concederá audiencia al Ministerio Fiscal y a los interesados.

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento. También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

En el caso de realización de un bien embargado o decomisado por orden de una autoridad judicial extranjera se aplicará lo dispuesto en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.”

b. Ley Orgánica del Poder Judicial:

1. Art. 23.4⁹⁵ LOPJ delitos de persecución internacional.

⁹⁵Número 4 del artículo 23 redactado por el apartado uno del artículo único de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal («B.O.E.» 14 marzo). Vigencia: 15 marzo 2014.

De acuerdo con éste artículo recogido en la LO 6/1985, de 1 de julio de poder judicial⁹⁶ “[...] será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos [...] d) tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, [...] i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1. ° el procedimiento se dirija contra un español; o,

2. ° cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.”

Éste artículo se encuentra relacionado con el 263 Bis LECrim., relativo la entrega vigilada. Las autoridades administrativas y judiciales lejos de abortar o impedir la prosecución de la actividad delictiva, permiten su movilidad bajo vigilancia y control hacia su destino, con el fin exclusivo de identificar a las personas involucradas en la comisión del delito. Por lo tanto, aunque el fin último de la droga sea otro país, serán la jurisdicción española competente con los requisitos expuestos en el artículo 23.4 LOPJ. El punto siguiente (art. 23.5 LOPJ) especifica los casos en los que no se dará la persecución internacional⁹⁷.

2. Art. 65.1 d) LOPJ competencia Audiencia Nacional.

De acuerdo con la redacción de éste artículo la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el caso que se está tratando, conocerá “del enjuiciamiento, salvo que

96BOE núm. 157, de 2 de julio; rect. BOE núm. 264 de 4 de noviembre.

97“a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1. ° la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2. ° se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.”

corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de los delitos de d) tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.”.

Por lo tanto se hace referencia al artículo 369 Bis CP, al citar a “bandas o grupos organizados”.

c. Testigo protegido. *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.*⁹⁸

En la lucha de los miembros de la delincuencia organizada es normal que los testigos o los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, se creen situaciones de miedo ante posibles represalias. Para la protección de testigos y peritos en causas criminales se crea ésta Ley Orgánica, estableciéndose así unas pautas para que los jueces resuelvan un conflicto en el que están implicado varios derechos, deberes, intereses jurídicos etc.

El ámbito objetivo de aplicación de la ley se ciñe según su artículo 1 los procesos penales cuando exista “un peligro grave para las personas, libertad o bienes del testigo o perito protegido” (incluidos los de la jurisdicción militar, los juicios de faltas y los relativos a menores), quedando al margen las investigaciones policiales y las realizadas por el Ministerio Fiscal de carácter preprocesal. Los artículos 2 y 4 atribuyen en exclusiva a los Jueces Instructores y Tribunales de enjuiciamiento la adopción y mantenimiento de todas las medidas dirigidas a preservar la identidad de testigos y peritos, y solo al amparo del art. 3 podrían acordar en el ámbito respectivo de sus competencias medidas de protección policial y de facilitación de nuevos documentos de identidad y medios económicos.⁹⁹

El ámbito subjetivo de aplicación de la ley queda restringido a los testigos y peritos. No se hace referencia a las personas del entorno familiar como sujetos protegibles, pese a que la utilización de los medios de protección legalmente previstos

⁹⁸Publicado en BOE de 24 de Diciembre de 1994. Vigencia desde 25 de Diciembre de 1994.

⁹⁹ROBLES GARZÓN, JUAN; “La protección de testigos y peritos en causas criminales” Ed. Gráficas San Pancraccio S.L. Málaga, 2001. Pág. 21.

puede sustentarse también en la existencia de riesgo o peligro para la persona, libertad o bienes del cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.¹⁰⁰

Las disposiciones de la Ley son aplicables a los agentes policiales. Se permite a los funcionarios policiales identificarse con el carnet profesional únicamente, ocultándose la verdadera identidad del funcionario y de sus circunstancias personales.

Por otro lado, en el proceso penal se considera testigo a la persona física que es interrogada sobre lo que sabe en torno a la perpetración del hecho delictivo, tanto si ha percibido los hechos de un modo directo, como si ha tenido noticia de los mismos a través de otras personas. Los testigos, de acuerdo con el artículo 433 LECrim. están sujetos a la obligación de decir verdad respecto de todo lo que supieren. La jurisprudencia viene atribuyendo la condición de testigo, tanto a las personas que pueden aportar su conocimiento directo de los hechos, como a los llamados testigos de referencia, que tienen conocimiento indirecto de los hechos por haberlos adquirido de algún testigo directo que no están a disposición de testificar (siempre que se den estas circunstancias: que no puedan declarar los testigos directos; que sean interrogados sobre el origen de la noticia, designando la persona que se la hubiere comunicado; que no se causen por injuria o calumnia vertidas de palabra, tal y como reconoce el art. 813 LECrim)¹⁰¹.

La Ley de protección de testigos y peritos, permite diferenciar el régimen de las medidas de protección según se esté en la fase de instrucción (dominado por las diligencias previas si se trata del procedimiento abreviado, por el sumario si se trata de un procedimiento ordinario) o durante el juicio oral.

En el artículo 2 de ésta ley se encuentran recogidas las medidas de protección que puede adoptar la autoridad judicial durante la fase instructora cuando exista “un peligro grave para las personas, libertad o bienes del testigo o perito protegido”. La decisión habrá de adoptarse mediante Auto motivado¹⁰², en el que el juez tendrá que fundamentar su decisión de conferir al testigo o perito.¹⁰³

¹⁰⁰Idem. *Op. Cit.* Pág. 22.

¹⁰¹Idem. *Op. Cit.* Pág. 114 y 115.

Por un lado se da la ocultación de la imagen y de la identificación ordinaria, tales como su nombre apellidos, el domicilio, profesión y lugar de trabajo. Esto es una excepción al artículo 236 LECrim, en un intento de garantizar la seguridad del testigo o perito a través de la preservación de su identidad real, al menos en la fase instructora. El artículo 3.2 de la ley permite que en circunstancias excepcionales, se les otorgue a los testigos o peritos protegidos documentos de nueva identidad, pudiendo pedir que en las diligencias no conste su nombre, identificándoles con un número o cualquier otra clave. Sin embargo, una vez abierto el juicio oral, tal y como prevé el art. 4.3 de la ley, si cualquiera de las partes solicitarse motivadamente en su escrito de calificación provisional, calificación o defensa, “el conocimiento de los testigos o peritos propuestos”, aunque el Juez o Tribunal puede verse obligado a facilitar su nombre y apellidos, caso que no sucederá con el agente encubierto.

Puede darse también la ocultación visual consistente en la utilización de capuchas, cascos de motorista, pelucas, utilización de mamparas, cortinas, biombos etc, métodos que se utilizan para evitar su “normal identificación visual” . el avance de la tecnología a posibilitado la ocultación visual utilizando sistemas de videoconferencia por ejemplo.

Se prevé también la posibilidad de señalar como domicilio a efectos de notificaciones y citaciones la sede del órgano judicial interviniente el cual hará llegar a su destinatario de forma reservada. Una vez acordada la medida, éstas citaciones o notificaciones deberán realizarse bajo el control del Secretario Judicial, por parte de la Policía Judicial.

En el artículo 3 de la Ley se recogen dos nuevas medidas de protección para garantizar el anonimato de los testigos o peritos protegidos. La primera de ellas tiende a preservar el anonimato de la persona protegida respecto de terceros ajenos al proceso, prohibiendo a los medios de comunicación y a otros hacerles fotografías o se

102El TS en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala, de fecha 6 de octubre de 2000, y posteriormente en las STSS de 16 de mayo de 2000 y 19 de octubre de 2000 se afirma que “la falta de motivación de la decisión de otorgar a los testigos la condición de protegidos, se trata de una infracción que se debe relacionar con el art. 24.1 CE”, esto es con el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, cuya ausencia puede provocar la nulidad de las actuaciones con retroacción a las mismas hasta el momento procesal en que haya debido dictarse la resolución en la que se acuerda la protección de los testigos.

103MORILLAS CUEVA, LORENZO (coord.); *Op. Cit.* Pág. 216.

tome su imagen por cualquier procedimiento. Esta cautela, puede conducir a una restricción judicial respecto al derecho de información gráfica contemplado en el art 20.1 d) CE, sin embargo ha de entenderse justificada en atención al interés prioritario de preservar la imagen del testigo protegido.¹⁰⁴

El apartado 2º del artículo 3 de la Ley, hace referencias a medidas de carácter personal aun después de la conclusión del proceso penal. Ésta protección será proporcional al peligro que puedan sufrir los testigos o peritos, pudiendo ser permanente o no.

En la situación actual, la Ley de protección de testigos y peritos no va acompañada de una previsión legislativa respecto de las infraestructuras técnicas, materiales y presupuestarias para la correcta práctica de las medidas de protección diseñadas. Para ello se utiliza la *Ley 13/2003, de 29 de mayo, reguladora del Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros medios relacionados*¹⁰⁵ y el Real Decreto 824/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. Este Fondo de titularidad estatal nutrido con el producto de bienes, efectos e instrumentos decomisados en el enjuiciamiento de los delitos de tráfico de drogas enumera la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención investigación, precursión y represión de los delitos aquí tratados, destinados a sufragar los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación, así como de facilitar el reembolso de los gastos en que lícitamente se hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones Públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de delitos de tráfico de drogas.¹⁰⁶

De acuerdo con el artículo 4.2 de la Ley, el órgano jurisdiccional competente para el juicio oral lo es también para establecer las medidas que deban repercutir en actos de ésta etapa procesal, por lo que éste órgano debe revisar de oficio los efectos establecidos por el Juez de instrucción y pronunciarse sobre las medidas procedentes en la etapa del juicio oral. La resolución de éste órgano que establece las medidas

¹⁰⁴Idem. *Op. Cit.* Pág. 220 y 221.

¹⁰⁵Publicado en BOE núm. 129 de 30 de Mayo de 2003. Vigencia desde 19 de Junio de 2003. Revisión vigente desde 01 de Enero de 2015.

¹⁰⁶MORILLAS CUEVA, LORENZO (coord.); *Op. Cit.* Pág. 222.

puede ser recurrida en reforma o en súplica según los casos, sin perjuicio de hacer valer en apelación y en casación las causas de nulidad o anulabilidad correspondientes si los recursos no devolutivos no fueran estimados. Sobre la clase de medidas de protección que pueden mantenerse o adoptarse de nuevo en ésta etapa, se deben seguir unos requisitos y es preceptiva la comunicación el nombre y apellidos de la persona protegida. Se debe solicitar motivadamente, que la declaración del testigo o perito haya sido admitida como prueba pertinente y que la solicitud puede formularse preventivamente en los escritos de acusación y defensa.¹⁰⁷

¹⁰⁷ROBLES ANTÓN, JUAN ANTONIO; *Op. Cit.* Págs. 174 a 177.

Capítulo III. Aspectos administrativos:

a. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana: ¹⁰⁸

Ésta ley establece un cuadro de infracciones en materia de drogas, estupefacientes y sustancias ilegales de forma que, mientras penalmente se sanciona el tráfico de sustancias prohibidas, el ámbito administrativo se dirige a la conducta individual de tenencia o consumo en lugares públicos, es decir no se sanciona el consumo privado sino la transcendencia social que se dé por el infractor.¹⁰⁹

El derecho administrativo sancionador se encuentra limitado por el derecho penal, ajustándose siempre al artículo 25.1¹¹⁰ CE. El régimen sancionador se establece en el capítulo V de la LOPSC, que comienza por tipificar las infracciones graves, las cuales son susceptibles de estudio en su artículo 36.

1. Infracciones:

Cabe destacar en cuanto a las infracciones el artículo 36 y 33 de la LOPSC . Por lo que respecta al artículo 36, se añaden nuevas conductas constitutivas de infracción: “17. El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito. 18. La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal.” En cuanto a la tolerancia al consumo o el tráfico se añade la falta de diligencia en el orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de locales o establecimientos públicos.

¹⁰⁸ Jefatura del Estado «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Referencia BOE-A-2015-3442.

¹⁰⁹ PEREÑA PINEDO, IGNACIO (Coord.); “Manual de Derecho Administrativo Sancionador” ed. Aranzadi, Navarra 2005 pág. 1375.

¹¹⁰ “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

El artículo 33 por su parte, regula la graduación de las sanciones por la comisión de infracciones. Se observará por tanto el principio de proporcionalidad, dividiendo las multas en tres tramos de extensión: grado mínimo, medio y máximo. Grado mínimo si se da la comisión de una infracción; grado medio si se acredita la concurrencia de al menos una circunstancia (por ejemplo reincidencia, se utilice a menores de edad etc.) y grado máximo cuando los hechos revistan especial gravedad. En cada grado para la individualización de la multa se tendrá en cuenta criterios como por ejemplo el beneficio económico obtenido, el grado de culpabilidad, la capacidad económica del infractor etc. entre otros casos

En cuanto a la tenencia ilícita de drogas, la STS de 28 de septiembre de 1998 en su FJ tercero dispone que “la mera tenencia ilícita de drogas constituye ilícito administrativo de carácter grave. Y por tanto sancionable por la Autoridad gubernativa. Sin que pueda verse excluida del precepto la tenencia de pequeñas cantidades, aunque se destinen al autoconsumo [...]”

Por su parte la STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 1997 sanciona la tolerancia del consumo ilegal o tráfico de drogas tóxicas en un local. En su fundamento jurídico tercero dispone que: “los hechos fueron constatados por las fuerzas especializada en materia antidroga de la Guardia Civil, que se ratifican e informan sobre los hechos, denunciando que hicieron la inspección tras identificar una persona que manifestó que había adquirido dos papelina en un discopub de Alguazas [...]”

En cuanto al consumo en el interior de un vehículo particular, la doctrina y la jurisprudencia se muestran imprecisas. Se considera que si el vehículo por ejemplo, se encuentra estacionado en un parking público, sí se consideraría ilícito administrativo, aunque tenga lugar en el interior del vehículo allí estacionado, pues no puede ser considerado un ámbito privado. Por lo tanto constituiría una infracción administrativa cuando presente transcendencia pública o social, lo que dependerá de la situación y elementos circunstanciales de cada caso.¹¹¹

111 Idem. *Op. Cit.* Pág. 1377.

Según la STS 571/2016 de 29 de junio de 2016, referida a las asociaciones cannábicas, en su FJ segundo expresa lo siguiente: “La sentencia de instancia, después de describir en el factum los hechos que entendió probados, [...] y las sentencias de esta Sala: STS del Pleno nº 484/2015, de 7 de septiembre (Asociación Ebers); STS nº 596/2015, de 5 de octubre (Asociación Three Monkeys España); STS 788/2015, de 9 de diciembre (Asociación Pannagh), no estimó la existencia de un "consumo compartido" que diera lugar a la inexistencia del delito tipificado en el art. 368 CP, con inclusión del "cultivo compartido", que aquéllos precedentes calificaron de extensión inadmisibles, sino que, consideró que "una asociación como la Datura no puede entenderse amparada por la doctrina del consumo compartido, siendo típica su actividad , y conformando su funcionamiento normal el delito previsto en el art. 368.1 del CP ." Sin embargo, la sentencia de instancia, ahora recurrida, en el último párrafo de su FJ Segundo, sostiene que, a diferencia de los casos a que se refieren los precedentes jurisprudenciales citados (que estimaron la existencia de un error de prohibición vencible), donde se reprocha por el TS la existencia de unos estatutos oscuros, en los que no se describe el fin de un cultivo y consumo compartido claro de cannabis, "en los estatutos de la asociación Datura se expresaba y se expresa, claramente, finalidad de establecer un sistema de cultivo y consumo compartido para los socios y dichos estatutos fueron aceptados y se inscribió la asociación en el registro del Ministerio del Interior. Por ello estimamos que los acusados no podían representarse que su actuación era ilícita penalmente, si había sido autorizada por el organismo pertinente, y si velaban porque se cumplieran las normas asociativas para excluir cualquier riesgo de difusión de la droga y consiguiente lesión del bien jurídico protegido. El error de prohibición debe calificarse como invencible por las circunstancias expuestas, y aplicando la doctrina que acabamos de citar, lo que ha de llevar a su absolución conforme a lo dispuesto en el art. 14.3 CP ". Al desestimarse el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y no encontrarse indicio de infracción penal, igualmente no cabe infracción administrativa ni sanción.

Según la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 1º; en su fundamento jurídico primero y segundo: “Alega el recurrente vulneración de la tutela judicial efectiva por no haberse aportado al atestado una acta de infracción a la ley de seguridad ciudadana.[...]. Se alega igualmente vulneración del principio non bis in idem, al entender que la sanción por el consumo en la vía pública impide en el caso

presente la condena. Debemos salir al paso de tal infundada alegación, ya que, ante una dualidad de procedimientos, el penal es preferente, y, en tanto en cuanto no se resuelva no podrá sancionarse administrativamente, sanción que en el momento actual no consta que se haya impuesto. SEGUNDO .- ACUSACION FORMULADA CONTRA Onesimo .- Se imputa al referido un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal .- De la prueba practicada no se deduce acto alguno que favorezca el consumo de drogas, y, en concreto de anfetamina, por parte de terceros, ni mucho menos ninguna transacción de ella. Por el simple hecho de la huida, y, la circunstancia de arrojarla ante la presencia policial, no es posible configurar el tipo delictivo preconizado por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, por lo que, en aplicación del principio "in dubio pro reo", se impone una sentencia absolutoria como más acorde con el derecho a la presunción de inocencia que le asiste al acusado, declarando las costas de oficio, y acordando la destrucción de la droga”

De acuerdo con el artículo 38, las infracciones administrativas prescribirán al año de haberse cometido en casos graves, a contar desde el día en que se haya cometido la infracción. “En los casos de infracciones continuadas y de infracciones de efectos permanentes, los plazos se computarán desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita. La prescripción se interrumpirá por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento formal el interesado, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción si el procedimiento estuviera aplazado más de un ms por causa no imputable al presunto responsable.”

2. Sanciones:

Respecto a las sanciones, la LOPSC las regula en su artículo 39. En primer lugar se modifican las cantidades, las cuales pueden ir de 601 euros a 30.000 euros, divididos en diferentes tramos según sean grado máximo, mínimo y medio de las multas prevista por la comisión de infracciones graves. (de 601 a 10.400; de 10.401 a 20.200; y el grado máximo de 20.201 a 30.000 euros). La multa podrá llevar aparejada sanciones accesorias, regulado en el apartado b) de éste art. 39: “El comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción y, en su caso, de los efectos procedentes de ésta, salvo que unos u otros pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable de dicha infracción que los haya

adquirido legalmente. Cuando los instrumentos o efectos sean de lícito comercio y su valor no guarde relación con la naturaleza o gravedad de la infracción, el órgano competente para imponer la sanción que proceda podrá no acordar el comiso o acordarlo parcialmente.”

En cuanto a la prescripción, ésta se encuentra en el artículo 40 de la LOPSC. Las sanciones prescribirán a los dos años, computados desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza en vía administrativa la resolución por la que se impone la sanción. Según el apartado segundo, “Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél se paraliza durante más de un mes por causa no imputable al infractor”

Conclusiones:

Una vez realizado en estudio del presente trabajo llego a la conclusión de que España es uno de los países que, desde mi punto de vista, más afectado puede llegar a estar por éste delito debido a las diferentes entradas y salidas que puede tener la droga.

En torno al tráfico de drogas, se ha creado una estructura de crimen organizado para garantizar el mantenimiento del comercio y consumo de las drogas ilícitas. Esto ha llevado a los gobiernos, organismos internacionales y agencias no gubernamentales a declarar a las drogas ilícitas como un problema para la seguridad.

Para que la lucha contra el tráfico de drogas sea efectiva, se ejerce presión permanente sobre las vías de introducción y tránsito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas de nuestro país. Ejemplo de éstas zonas son el estrecho de Gibraltar, la zona del cantábrico o los aeropuertos con las llegadas de los denominados “vuelos calientes”, procedentes sobre todo de Sudamérica.

El tráfico de drogas es un problema social cuya solución necesita de la más amplia participación de la ciudadanía y de los organismos públicos y privados. Es necesario desarrollar programas de información, formación y educación preventiva a nivel escolar, familiar y comunitario, asignando de manera justa la responsabilidad, funciones e importancia que tiene ésta problemática.

Considero que la actual ley de Protección de Seguridad Ciudadana, en vigor desde julio de 2015, no es quizás la mejor forma de concienciar a la sociedad de los problemas que conllevan éste delito. Creo que es necesaria más educación y no tanta represión, porque ésto en ciertas ocasiones lo que genera es el efecto contrario. Consumir se va a consumir toda la vida, ya sea de una forma más permisiva o menos. Que impongan una multa (dependiendo de cada uno será elevadísima o irrisoria), puede hacer daño a su economía o no, hay otros métodos aparte de la sanción económica. Por lo que es necesario aumentar la educación a ésta sociedad llena de vicios. Desde los pequeños en la escuela, hasta a los adultos. Concienciar del peligro de las drogas y quitar de la cabeza las ideas que pudieran tener sobre una vida llena de lujos y diversión.

Jurisprudencia citada:

- STS 29 de junio de 2016
- STS 17 de septiembre de 2015
- STS 7 de septiembre de 2015
- STS 708/2014 de 6 de noviembre.
- STS 7 de febrero de 2011
- STS 1190/2011 de 27 de diciembre.
- STS 111/2010 de 29 de febrero.
- STS 16 de diciembre de 2010.
- STS 26 de febrero de 2009.
- STS 1045/2009 de 4 de noviembre.
- STS 8 de abril de 2008.
- STS 30 de mayo de 2008.
- STS 15 de febrero de 2007.
- STS 16 de febrero de 2007.
- STS 6 de marzo de 2007.
- STS 26 de abril de 2007.
- STS 16 de mayo de 2007.
- STS 18 de mayo de 2007.
- STS 22 de junio de 2007.
- STS 26 de septiembre de 2007.
- STS 2 de octubre de 2007.
- STS 24 de octubre de 2007.

- STS 10 de abril de 2006.
- STS 2 de mayo de 2006.
- STS 8 de noviembre de 2006.
- STS 20 de diciembre de 2006.
- STS 15 de enero de 2005.
- STS 25 de febrero de 2004.
- STS 10 de julio de 2003.
- STS 15 de julio de 2003.
- STS 4 febrero de 2002.
- STS 11 febrero de 2002.
- STS 30 de abril de 2002.
- STS 8 de mayo de 2002.
- STS 29 de mayo de 2002.
- STS 4 de julio de 2002.
- STS 16 de septiembre de 2002.
- STS 30 de septiembre de 2002.
- STS 5 de febrero de 2001.
- STS 8 de marzo de 2001.
- STS 18 de octubre de 2001
- STS 21 de diciembre de 2001.
- STS 247/ 2001 de 27 de diciembre.
- STS 2 de marzo de 2000.
- STS 18 de junio de 2000.

- STS 18 de julio de 2000.
- STS 16 de octubre de 2000.
- STS 19 de marzo de 1998.
- STS 28 de septiembre de 1998.
- STS 28 de diciembre de 1998.
- STS 22 de febrero de 1997.
- STS 17 de diciembre de 1997.
- STS 19 de diciembre de 1997.
- STS 24 de abril de 1996.
- STS 27 de abril de 1996.
- STS 3 de octubre de 1996.
- STS 18 abril de 1994.
- STS 24 de marzo de 1993.
- STS 17 de marzo de 1993.
- STS 25 de junio de 1993.
- STS 14 de octubre de 1993.
- STS 58 de abril de 1992.
- STS 11 de junio de 1992.
- STS 14 de octubre de 1992.
- STS 21 de octubre de 1992.
- STS 23 de diciembre de 1992.
- STS 30 de diciembre de 1992.
- STS 6 de mayo de 1991.

- STS 12 de julio de 1991.
- STS 8 de octubre de 1990.
- STS 25 de octubre de 1986.
- STS 21 de noviembre de 1986.
- STS 13 de diciembre de 1985.
- STS 27 de junio de 1967.
- STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 1997.
- SAP Zaragoza, sección 1ª, 190/2016 de 28 de junio de 2016
- SAP Barcelona, sección 7ª 29 de noviembre de 2011.
- SAP Pontevedra, sección 4ª 9 de noviembre de 2006.

Bibliografía:

- Consejo General del Poder Judicial “Delitos contra la salud pública”. Madrid 1993.
- CÓRDOBA RODA, JUAN; GARCÍA ARÁN, MERCEDES (directores); “Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo II”. Ed. Marcial Pons, Madrid 2004.
- DE FUENTES BARDAJÍ, JOAQUÍN (director); PEREÑA PINEDO, IGNACIO (coord.); “Manual de Derecho Administrativo sancionador”. Ed. Thomson, Navarra 2005.
- GARCÍA GIL, FCO. JAVIER; “Suma de las infracciones y sanciones administrativas”. Ed. Aranzadi, Navarra 2000.
- GARCÍA VALDÉS, CARLOS; “El agente provocador en el tráfico de drogas”. Ed. Tecnos, Madrid 1996.
- GARCÍA VALDÉS, CARLOS; MESTRE DELGADO, ESTEBAN; FIGUEROA NAVARRO, CARMEN; “Lecciones de derecho Penal: Parte especial”. Ed. Edisofer, Madrid 2011.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, “Tratado de derecho administrativo”. Ed. Thomson, Navarra 2008.
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN (coord.) “Delitos y faltas: La parte especial del Derecho Penal”. Ed. Colex, Madrid 2013.
- LINDE PANIAGUA, ENRIQUE; “Parte especial del Derecho Administrativo”. Ed. Colex Madrid 2007.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; “Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I”. Ed. Aranzadi, Navarra 2014.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO; “Estudios jurídico-penales y político criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines”. Ed. Dykinson, Madrid 2003.

- MORILLAS CUEVA, LORENZO (coord.); “Sistema de Derecho Penal español: Parte Especial”. Ed. Dykinson, Madrid 2011.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; “Derecho Penal parte especial”. 18ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO; “Lecciones de Derecho Administrativo: orden económico y sectorial de referencia”. 2ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- QUERALT JIMENEZ, JOAN J.; “Derecho Penal español: Parte especial”. 3ª edición. Ed. José María Bosh Editor S.L. Barcelona 1996.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (director); MORALES PRATS, FERMÍN (coord.); “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”. 3ª edición. Ed. Aranzadi, Navarra 2002.
- RIFÁ SOLER, JOSÉ MARÍA; VALS GOMBAU, JOSÉ; RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL. “El proceso Penal práctico”. 5ª edición. Ed. La Ley, Madrid 2005.
- ROBLES GARZÓN, JUAN; “La protección de testigos y peritos en causas criminales”. Ed. Gráficas San Pancraccio S.L. Málaga 2001,
- SANZ DELGADO, ENRIQUE; “El agente provocador en el delito de tráfico de drogas” *La Ley Penal* nº 12. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.
- SEQUEROS SANTATORNIL, FERNANDO; “El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico”. Ed. La Ley, Madrid 2000.
- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; SERRANO MARILLÓ, ALFONSO; “Derecho Penal: Parte especial”. 16ª edición. Ed. Dykinson. Madrid 2011.

Páginas web:

- <http://www.consumodedrogas.net/tratamiento/trafico+drogas.php>
- <http://www.eettiiccaymmoorrall.wikispaces.com>