

TESÍS DOCTORAL

**CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y
TRÁFICO DE DROGAS.**
*Las transformaciones del sistema jurídico
penal sustantivo y procesal*

AUTORA: LOURDES EXPOSITO LÓPEZ
LICENCIADA EN DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA
FACULTAD DE DERECHO
UNED
2015

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA
FACULTAD DE DERECHO
UNED

**CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y
TRÁFICO DE DROGAS.**
*Las transformaciones del sistema jurídico
penal sustantivo y procesal*

AUTORA: LOURDES EXPOSITO LÓPEZ
LICENCIADA EN DERECHO

DIRECTOR: Dr. D. CARLOS VÁZQUEZ GÓNZALEZ
CODIRECTORA: Dra. D^a. ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ

AGRADECIMIENTOS

Quisiera aprovechar estas líneas para dar las gracias de manera muy especial a mi director y codirectora, el Dr. Carlos Vázquez González y la Dra. Ana Isabel Luaces Gutiérrez, por su apoyo e interés en el tema de este trabajo de investigación, por su orientación, persistencia, buenos consejos, profesionalidad, cercanía, y por hacer fácil lo difícil. Ha sido un gran privilegio poder contar con su guía y ayuda.

A mis padres, por enseñarme a luchar por lo que quiero, por su apoyo constante e incondicional, su ánimo, su paciencia, y por estar siempre a mi lado, durante la realización de este trabajo de investigación.

A mi novio, por confiar y creer en mí y en mis expectativas, por impulsarme y motivarme siempre en todos mis retos, por su comprensión, y por soportar tantas ausencias.

Finalmente, expresar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que de una u otra manera, han contribuido para el logro de este objetivo.

A todos, gracias por vuestra ayuda.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
LISTA DE TABLAS	19
PRÓLOGO	21

PARTE PRIMERA *TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS*

Capítulo I - CONCEPTO Y CLASES DE DROGA	29
1. Conceptos Extrajurídicos de Drogas	29
2. Clases de Drogas: Naturaleza y Efectos	35
2.1. Opiáceos	38
2.2. Derivados de la coca	48
2.3. Alucinógenos	57
2.4. Psicofármacos	62
2.5. Drogas de síntesis	67
2.6. Derivados del cannabis	74
Capítulo II - EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y REGULACIÓN ACTUAL	81
1. El Tráfico de Drogas en la Normativa Penal Decimonónica	82
2. Los Códigos Penales Anteriores a la Constitución Española de 1978	84
3. La Reforma del Código Penal por la LO 8 / 1983, de 25 de junio	89
4. La Reforma del Código Penal por la LO 1 / 1988, de 24 de marzo	94
5. La Reforma del Código Penal por la LO 8 / 1992, de 23 de diciembre	98
6. El Código Penal de 1995 y las Reformas de 2003, 2010 y 2015	100
Capítulo III - TIPO BÁSICO DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS	113
1. Elementos Objetivos	113
1.1. Cuestiones generales. Bien jurídico protegido. Delito de peligro abstracto	113
1.2. Conducta típica	118
1.2.1. Actos de cultivo	120
1.2.2. Elaboración	122
1.2.3. Tráfico	124
1.2.4. Promover, favorecer o facilitar	128
A. Donación	130
B. Actos de transporte	132
1.2.5. La posesión	134
1.2.6. Consumo ilegal	138
1.3. Objeto material	139
1.4. Supuestos de atipicidad	146
1.4.1. Consumo compartido	148
1.4.2. Invitación gratuita	156
1.4.3. Invitaciones recíprocas y consumo compartido en la pareja	159
1.4.4. Consumo compasivo	160

1.5. Venta de una cantidad mínima de droga. La dosis mínima psicoactiva	168
2. Elementos Subjetivos.....	179
Capítulo IV - TIPOS AGRAVADOS.....	189
1. Agravaciones de Primer Grado.....	191
1ª. “El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”.....	191
2ª. “El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.....	195
3ª. “Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”.....	198
4ª. “Las sustancias a las que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamientos de deshabitación o rehabilitación”	203
5ª. “Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”	208
6ª. “Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud”. “Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud”	211
7ª. “Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades”	213
8ª. “El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho”	218
2. Tipo Cualificado	219
3. Tipos Agravados de Segundo Grado	221
Capítulo V - PENALIDAD.....	237
1. Penas	237
2. Personas Cualificadas	245
3. Disposiciones Comunes a la Pena de Multa	252
4. Supuestos Atenuados para Drogodependientes	254
5. Decomiso	256
6. Tráfico de Precursores	262
7. Conspiración, Proposición y Provocación para Delinquir.....	266
8. Reincidencia Internacional	272
9. Responsabilidad Civil.....	273
PARTE SEGUNDA	
CRIMEN ORGANIZADO	
Capítulo I - CRIMEN ORGANIZADO Y GLOBALIZACIÓN	279
1. Introducción.....	279
2. Factores de la Globalización del Crimen Organizado	284
3. Principales Actividades Delictivas	296

3.1. Tráfico ilícito de drogas	297
3.2. Tráfico de armas y material nuclear.....	302
3.3. Trata de personas	308
Capítulo II - CONCEPTO DOCTRINAL DE CRIMEN ORGANIZADO. CARACTERISTICAS	313
Capítulo III - DEFINICIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL	325
1. Naciones Unidas	326
2. Unión Europea	330
3. Recapitulación	334
Capítulo IV - CONCEPTO EN EL DERECHO ESPAÑOL	337
1. En el Código Penal	337
2. En la Legislación Procesal	347
Capítulo V - CONCEPTO JURISPRUDENCIAL	353
Capítulo VI - PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL	361
Capítulo VII - AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA ...	371
Capítulo VIII - PRINCIPALES ORGANIZACIONES CRIMINALES	381
1. La Mafia Siciliana o Cosa Nostra	382
2. Camorra (Campania).....	384
3. Ndrangheta (Calabria)	386
4. Sacra Corona Unita (Apulia)	387
5. Cosa Nostra Americana (Estados Unidos y Canadá).....	388
6. Yakuza (Japón)	389
7. Las Tríadas Chinas.....	391
8. Cártels (Colombia).....	392
9. Cártels (Mexico)	395
10. Mafias Rusas.....	397
11. Mafia Albanesa	398
12. Maffiya Turca	399

PARTE TERCERA

***LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL TRÁFICO ILEGAL DE
DROGAS: TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL***

Capítulo I - CONSIDERACIONES PREVIAS	403
Capítulo II - LA ENTREGA VIGILADA	409
1. Regulación Jurídica y Concepto	409
2. Requisitos.....	415
2.1. Requisitos subjetivos.....	415

2.1.1. El Juez de Instrucción competente.....	417
2.1.2. Ministerio Fiscal	419
2.1.3. Policía Judicial	420
2.2. Requisitos objetivos	423
2.3. Requisitos de actividad	427
2.3.1. De tiempo.....	427
2.3.2. De lugar.....	428
2.3.3. De forma	428
Capítulo III - AGENTE ENCUBIERTO.....	439
1. Regulación Jurídica y Concepto	439
2. Sujeto Activo en las Operaciones de Infiltración	443
3. Presupuestos de la Infiltración Policial.....	446
4. Autorización para la Infiltración.....	450
4.1. La iniciativa policial.....	450
5. La Autorización Inicial de la Infiltración	451
5.1 El Juez de Instrucción	452
5.2. Ministerio Fiscal	453
6. Forma y Contenido de la Autorización.....	455
7. Duración y Prórroga de la Operación Encubierta.....	458
7.1. Duración.....	459
7.2. Prórroga de las operaciones encubiertas	461
8. Extensión de la Autorización	463
9. Extinción de la Infiltración	464
10. Responsabilidad Penal del Agente Encubierto	465
11. Medidas de Protección del Agente Encubierto.....	470
Capítulo IV - EL ARREPENTIDO	475
1. Antecedentes, Concepto, Naturaleza, Fundamentos.....	475
2. Requisitos.....	479
3. Protección del Colaborador con la Justicia en Derecho Penal Español.....	484
4. Valor Probatorio de la Declaración Incriminatoria del Arrepentido	488
Capítulo V - PROTECCIÓN DE PERITOS Y TESTIGOS	493
1. Introducción	493
2. Análisis Descriptivo de la Ley Orgánica 19 / 1994, de 23 de diciembre	496
2.1. Ámbito de aplicación objetivo	496
2.2. Ámbito de aplicación subjetivo.....	497
2.3. Presupuesto material de aplicación	500
2.4. Medidas protectoras	502
Capítulo VI - ENTRADAS Y REGISTROS DOMICILIARIOS	517
1. Introducción	517
2. Concepto de Domicilio	517
3. Presupuestos para la Adopción de la Medida	519
3.1. Consentimiento del titular	519

3.2. Delito flagrante	521
3.3. Entrada mediante resolución judicial motivada	522
3.4. Forma de ejecución de la entrada y registro	523
Capítulo VII - CACHEOS E INSPECCIONES E INTERVENCIONES CORPORALES.....	527
1. Introducción	527
2. Cacheos	528
3. Inspecciones Corporales	530
4. Intervenciones Corporales	532
Capítulo VIII - VIGILANCIA	537
1. Introducción	537
2. Vigilancia Directa	538
2.1. En sitios abiertos	538
2.2. En sitios cerrados públicos	539
2.3. En sitios cerrados privados	539
3. Tecnovigilancia.....	540
3.1. Videograbaciones.....	541
3.2. Otras formas de tecnovigilancia.....	546
3.2.1. Por satélite.....	546
3.2.2. Por teléfono móvil.....	547
3.2.3. Por control de movimientos bancarios.....	547
3.2.4. Por ordenador	547
Capítulo IX - INTERVENCIONES TELEFÓNICAS	549
1. Concepto, Naturaleza y Regulación Legal	549
2. Competencia	551
3. Requisitos.....	552
4. Incorporación al Proceso	556
Capítulo X - INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ESCRITAS.....	559
1. Correspondencia Postal.....	559
1.1. Normativa legal.....	559
1.2. Concepto de correspondencia	560
1.3. Requisitos para su apertura	562
1.4. Procedimiento	563
2. Comunicaciones Electrónicas.....	565

PARTE CUARTA
POLÍTICA CRIMINAL

Capítulo I - PLANTEAMIENTO.....	571
Capítulo II - DISCUSIÓN POLÍTICA CRIMINAL EN TORNO AL TRÁFICO DE DROGAS	573
1. Tesis de los Partidarios de la Legalización.....	573
2. Tesis de los Defensores de una Política Prohíbilista de las Drogas.....	576

Capítulo III - LA POLÍTICA INTERNACIONAL DE CONTROL DE DROGAS	579
1. Orígenes del Régimen Internacional de Control de Drogas	579
2. Estructura y Funcionamiento del Regimén Internacional de Control de Drogas Actual.....	581
2.1. Convenciones Internacionales sobre control de drogas	582
2.1.1. La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961	583
2.1.2. El Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971	585
2.1.3. La Convención de Viena de 1988	586
2.2. Los organismos de control de drogas en el marco de Naciones Unidas	588
2.2.1. La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes	588
2.2.2. La Comisión de Estupefacientes	590
2.3. La aplicación nacional de las normas internacionales de control de drogas	591
Capítulo IV - LA POLÍTICA SOBRE DROGAS EN ESPAÑA	593
1. Prevención	593
1.1. Prevención primaria	598
1.1.1. Prevención escolar	600
1.1.2. Prevención familiar	607
1.1.3. Prevención comunitaria.....	609
1.1.4. Prevención laboral.....	611
1.1.5. Prevención en el ámbito de los Medios de Comunicación Social	613
1.2. Prevención secundaria.....	621
2. Control y Represión	636
2.1. Regulación en el Código Penal	636
2.1.1. Los delitos de tráfico ilegal de drogas	636
2.1.2. El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas	644
2.1.3. La responsabilidad penal del drogodependiente	649
2.1.4. La suspensión de la ejecución de la pena para los drogodependientes	655
2.3. Principales indicadores policiales, judiciales y penitenciarios	662
Capítulo V - UN GIRO EN LA POLÍTICA GLOBAL DE CONTROL DE DROGAS	669
1. Apertura del Debate sobre la Política de Control de Drogas	669
2. Alternativas a la Política Actual de Control de Drogas	673
2.1. Las políticas de reducción de daños.....	674
2.2. Las políticas de reducción de daños en América Latina.....	676
2.3. Descriminalización y Despenalización	678
2.4. Descriminalización y Despenalización de las drogas en América Latina....	680
2.5. Descriminalización del cannabis.....	683
2.6. Clubes sociales de cannabis en España.....	686
2.7. El caso de Holanda.....	688
2.8. EEUU. Las iniciativas de Colorado y Washington.....	690
CONCLUSIONES.....	693
RESOLUCIONES CITADAS	709
BIBLIOGRAFÍA	725

ABREVIATURAS

AATS:	Autos del Tribunal Supremo
ABORDA:	Associação Brasileira de Redutoras e Redutores de Danos
AP:	Audiencia Provincial
ARDA:	Asociación de Reducción de Daños de la Argentina
Art:	Artículo
Arts:	Artículos
ATS:	Auto del Tribunal Supremo
BM:	Banco Mundial
BOCG:	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CAFAC:	Centro Caritas de Formación para la Atención de las Farmacodependencias y Situaciones Críticas Asociadas
CC:	Código Civil
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
cfr:	Compárese
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
cm ³ :	Centímetros cúbicos
Coord.:	Coordinador
CP:	Código Penal
DGPI:	Dirección General de Política de Inversiones
DGPNSD:	Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas
DINA:	Dirección de Inteligencia Nacional
dir.:	Director
dirs:	Directores
dmp:	Dosis mínima psicoactiva
ECOSOC:	Consejo Económico y Social de la ONU
EDADES:	Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y Drogas en España
eds.:	Editores
EMCDDA:	European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction
ENFOPOL:	Polícia de Refuerzo
ESDID:	Encuesta Estatal sobre Salud y Drogas entre los Internos en Prisión
<i>et al</i> :	Y otros
ETA:	Euska di Ta Askatasuna
EUROPOL:	Oficina Europea de Policía
FAC:	Federación de Asociaciones Cannábicas
FAD:	Fundación de Ayuda contra la Drogadicción
FMI:	Fondo Monetario Internacional

FRIDE:	Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior
GABA:	Acido gamma - aminobutírico
GATT:	Acuerdo General de Comercio y Tarifas
GHB:	Gammahidroxibutirato o ácido de gammahidroxibutírico
GID:	Grupo Interdisciplinar sobre Drogas
GIFA:	Grupo de investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil
grs:	Gramos
IHRA:	International Harm Reduction Association
IINT:	Informe del Instituto Nacional de Toxicología
INCB:	International Narcotics Control Board
INT:	Instituto Nacional de Toxicología
JAI:	Justicia y Asuntos de Interior
JIFE:	Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes
Kgr:	Kilogramo
Km:	Kilómetro
KW:	Kilovatios
LECr:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO:	Ley Orgánica
LOFCSE:	Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPSC:	Ley Orgánica de Protección y Seguridad Ciudadana
LRCP:	Ley de Reforma del Código Penal
LSD:	Dietilamida de ácido lisérgico
m:	Metro
MDA:	Metilendioxiánfetamina
MDEA:	Methylenedioxy - N - Ethylamphetamine
MDMA:	Metilendioxi metanfetamina
mg:	Miligramo
nº:	Número
núm.:	Número
OEA:	Organización de Estados Americanos
OED:	Observatorio Español sobre Drogas
OEDT:	Observatorio Europeo sobre Drogas y Toxicomanías
OIEA:	Organismo Internacional de Energía Atómica
OMS:	Organización Mundial de la Salud
ONU:	Organización de Naciones Unidas
ONUDD:	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
p:	Página
PAD:	Plan Autonómico sobre Drogas
PIJs:	Programa de Intercambio de Jeringuillas
PNUD:	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
PNSD:	Plan Nacional sobre Drogas
pp:	Páginas
RD:	Real Decreto
RDA:	República Demócrata Alemana
RDPJ:	Real Decreto de Policía Judicial
REDUC:	Rede Nacional de Redução de Danos

SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SITEL:	Sistema Integrado de Interceptación Telefónica
SIPRI:	Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación la Paz
SOCTA:	The EU Serious and Organised Crime Theat Assessment
ss:	Siguientes
ST:	Sentencia
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
SVA:	Servicio de Vigilancia de Aduanas
THC:	Tetrahidrocannabinol
TNP:	Tratado de No Proliferación Nuclear
Trad.:	Traducción
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
TUE:	Tratado de la Unión Europea
UDYCO:	Unidad de Drogas y de Crimen Organizado
UE:	Unión Europea
UNISCI:	Unidad de Investigación sobre Seguridad y Cooperación Internacional.
UNODC:	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
Vid:	Véase
Vol.:	Volumen
VVAA:	Varios autores

LISTA DE TABLAS

TABLA 1

Evolución de la edad media de inicio en el consumo de sustancias psicoactivas entre los estudiantes de enseñanzas secundarias (14 a 18 años) 1994 - 2010..... 616

TABLA 2

Prevalencia del consumo de sustancias psicoactivas entre los estudiantes de enseñanzas secundarias (14 a 18 años) 2010..... 618

TABLA 3

Prevalencia del consumo de una sola o más sustancias psicoactivas (legales e ilegales) entre los estudiantes de enseñanzas secundarias (14 a 18 años) 2010..... 619

TABLA 4.1

Características sociodemográficas de los admitidos a tratamiento por abuso o dependencia de drogas psicoactivas, según existencia de tratamiento previo y según sexo. España. 2009 630

TABLA 4.2

Características del consumo de la droga principal, inyección de drogas e infección por VIH entre los casos admitidos a tratamiento por el consumo de drogas, según exista o no tratamiento previo y según sexo. España. 2009..... 632

TABLA 5

Muertes por causa de las droga*. España. 2003 - 2011..... 635

TABLA 6

Evolución de las cantidades de drogas decomisadas en España. 2002 - 2012 663

TABLA 7

Evolución de número de decomisos de sustancias psicoactivas. España. 2006 - 2012...
..... 664

TABLA 8

Detenciones por tráfico de drogas (números absolutos) España. 2002 - 2012..... 665

TABLA 9

Denuncias por consumo o tenencia ilícita de drogas (números absolutos). España. 2003 - 2012..... 665

TABLA 10

Distribución de las detenciones y de las denuncias por tipo de sustancias (porcentajes). España. 2012..... 666

TABLA 11

Estadística nacional: Procedimientos judiciales incoados en España por delitos de tráfico de drogas 666

PRÓLOGO

Este trabajo de investigación aborda de forma sintética, el estudio del delito de tráfico ilegal de drogas, desde la óptica de su conexión con la criminalidad organizada transnacional.

No se puede obviar, que hoy en día, el tráfico de drogas, constituye un instrumento idóneo del crimen organizado para expansionarse y lograr ámbitos mayores de impunidad, socavando la estructura de los Estados democráticos. De ahí, que este fenómeno interese y preocupe tanto a los responsables de la política internacional, a los gobiernos y a las instituciones, sin que se haya podido encontrar hasta la fecha, la solución para frenar su avance.

Me he planteado este tema como objeto de mi investigación por diversos motivos, algunos vinculados con mi formación y experiencia profesional como Fiscal.

Durante el tiempo que he venido desempeñando mis funciones como Fiscal, he podido constatar que los problemas que origina la droga son varios y diversos.

En primer lugar, los derivados del consumo abusivo, como son los sociales, sanitarios y jurídicos. En el ámbito que nos ocupa, cabe resaltar que el consumo incita al adicto a delinquir, bien para obtener la droga, bien a consecuencia de ella. Siendo frecuentes los delitos cometidos por drogodependientes tal y como revela la estadística policial.

En segundo lugar, el crimen organizado, cuya principal actividad delictiva sigue siendo el tráfico de drogas y el ulterior blanqueo de capitales.

A pesar de que en los últimos años se ha venido efectuando una eficaz labor policial en materia de drogas, y en correspondencia de ello, se ha venido observando una tendencia ascendente de los procedimientos judiciales incoados por la Fiscalía Antidroga respecto al delito de tráfico de drogas cometido en el seno de organizaciones o asociaciones criminales, no se han obtenido hasta la fecha los resultados deseados. El problema está lejos de resolverse.

En tercer lugar, la ineficacia de las técnicas tradicionales de investigación criminal en materia de criminalidad organizada, y la necesidad de acudir a medios excepcionales de persecución, en ocasiones, de dudosa constitucionalidad.

En la práctica, se presentan grandes dificultades en la persecución policial y judicial del complejo entramado organizativo de estas redes criminales, que actúan en la clandestinidad, emplean medios cada vez más sofisticadas, y disponen de una gran capacidad de corrupción y de infiltración en el sistema económico.

En cuarto lugar, la ineficacia del modelo prohibicionista, represivo y sancionador, para combatir esta forma de criminalidad. Alguno de los problemas de la droga es consecuencia de la prohibición (el favorecimiento del crimen organizado, el aumento de la corrupción, etc.).

Comprender cómo se insertan social y económicamente estas redes criminales, es determinante para diseñar políticas criminales dirigidas a combatir esta forma de criminalidad y restablecer las instituciones legítimas y democráticas en el territorio.

Todo lo anterior, me ha llevado a tener especial interés por los aspectos de Derecho Penal, Criminología, Derecho Procesal y Política Criminal, de especial trascendencia, que comprende este tema.

A lo que debo añadir, la toma de conciencia, de la enorme importancia que reviste esta forma de criminalidad no sólo en el ámbito nacional, sino en el contexto mundial. Siendo uno de los problemas más relevantes a los que nos enfrentamos en la sociedad contemporánea.

No hay duda de la trascendencia que ha adquirido el crimen organizado a escala mundial, convirtiéndose en la principal amenaza para la seguridad de la comunidad internacional.

A pesar de la diversidad delictiva propia del crimen organizado, el tráfico de drogas continúa siendo su principal fuente de financiación, constituyendo un factor poderoso para su crecimiento y expansión a nivel mundial.

El análisis de los principales indicadores relativos al problema de las drogas, ha generado la aceptación del término “mundialización del problema de las drogas” para referirse a la difusión de las redes organizativas intra e internacionales de producción, tráfico ilícito de drogas y delitos conexos.

Es un fenómeno sumamente complejo que tiene que ver con la producción, el tráfico, el consumo, la adicción y el blanqueo de capitales, en el que a pesar del enorme esfuerzo que realizan los Estados en su lucha contra las drogas, las potentes organizaciones criminales viene adquiriendo, cada vez más, una mayor capacidad para sustraerse a la persecución de los organismos especializados, por lo que debe combatirse no sólo a nivel local y nacional, sino internacional.

En este contexto, la cooperación internacional es necesaria para tratar de erradicar la criminalidad organizada transnacional, requiriendo una cooperación coordinada supranacional en todos los ámbitos, legislativo, judicial y policial.

La pretensión de este trabajo de investigación es hacer un pequeño aporte, al tratar de sintetizar la cuestión, al estudio del narcotráfico y sus peculiaridades, las cuales le han conferido especial importancia en el ámbito internacional, siendo objeto de preocupación mundial, pese a lo cual no aparece existir un consenso respecto a la

concreción del significado de dicha expresión, ni por parte del legislador penal ni por parte de la doctrina científica, por lo que resulta importante profundizar en la problemática del tráfico ilegal de drogas, desde la perspectiva de su conexión con el crimen organizado.

Antes de entrar en el estudio de la problemática de la droga, surge la necesidad de establecer un concepto de droga. Es por ello, que la Parte primera de este trabajo, comienza con el análisis del concepto y clases de drogas.

Dado el carácter multidisciplinar de esta materia, es conveniente advertir que, no existe un concepto único, cada disciplina científica aporta su peculiar concepción. Y a su vez, dentro de cada disciplina, resulta complejo delimitar una noción de droga que incluya los distintos tipos de sustancias. Puesto que los efectos farmacológicos, socio-sanitarios y jurídicos de dichas sustancias son muy variados y no coinciden siempre.

Por otra parte, a pesar de los continuos esfuerzos por establecer una clasificación homogénea de las drogas, lo cierto, es que las clasificaciones de dichas sustancias, varían ateniendo al criterio conceptual de referencia. Siendo, sin duda, de mayor utilidad práctica el criterio normativo utilizado en nuestro Código Penal.

Dado el ámbito en el que nos movemos, nuestro objetivo será examinar los aspectos fundamentales de las sustancias más importantes. Para ello optaremos por enumerarlas agrupadas por naturaleza y efectos claramente identificables.

A continuación, dada la gran expansión que ha adquirido el consumo y el tráfico ilegal de drogas, se exponen las diversas modificaciones con las que el legislador español, ha ido adaptando el Código Penal, conforme a la dimensión que ha adquirido el problema de la droga en cada momento histórico.

Seguidamente, se realiza un estudio detenido de la noción de delito de tráfico ilegal de drogas, analizando desde el punto de vista jurídico penal, su estructura típica en la legislación penal española, aportando las principales soluciones que la doctrina y, sobre todo, la Jurisprudencia ofrecen a la hora de interpretar y aplicar tales preceptos penales.

No obstante, este tema está repleto de problemas mal resueltos, unos por el legislador, otros por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, a veces, por ambos. Además, puede observarse la existencia en la Jurisprudencia, en esta materia, de dos líneas interpretativas contradictorias, lo que conlleva a soluciones radicalmente opuestas en idénticos supuestos.

Por otro lado, también se analizará el narcotráfico desde el punto de vista criminológico, haciendo referencia a las características que perfilan estas conductas.

En la Parte segunda, dada la importancia de establecer la conexión entre el narcotráfico y el crimen organizado, se efectúa un estudio en profundidad del fenómeno de la globalización y de su incidencia en el ámbito jurídico penal.

El crimen organizado ha utilizado los instrumentos y recursos de la globalización de la economía, para alcanzar de forma paralela, su propia globalización.

Desde que se inicia la llamada era de la globalización el crimen organizado se convierte en un fenómeno internacional. Se ha globalizado y diversificado en sus actividades delictivas.

Resulta de suma importancia contar con un concepto de crimen organizado, fundamentalmente, para facilitar el diseño de mecanismos de prevención. Pero como veremos, a pesar de las diversas perspectivas con las que se ha afrontado este concepto, no se ha alcanzado hasta el momento actual consenso para delimitar dicho concepto.

Como respuesta al crimen organizado los sistemas penales contemporáneos se están transformando rápidamente. Se tiende al endurecimiento del Derecho Penal y a la restricción de los derechos fundamentales. En esta dinámica se ha venido a tipificar de forma individualizada la pertenencia a organización criminal.

Una de las dificultades que se presenta en el estudio del crimen organizado, es la diferenciación entre autor y partícipe en la organización criminal, muy especialmente a raíz de la figura del “hombre de atrás”, habiéndose formulado diversas teorías doctrinales.

Se concluye esta parte, con el examen de las principales organizaciones criminales existentes en el panorama mundial. Cabe resaltar que no existe un modelo único de organización criminal transnacional. En principio, su estructura y tamaño, así como la capacidad y especialización difieren de un grupo a otro. Actúan en zonas geográficas distintas y en mercado de productos diferentes y utilizan una diversidad de tácticas para sustraerse a las medidas de represión y persecución. Si bien, las recientes investigaciones han evidenciado una estrecha vinculación y cooperación entre estos grupos.

En la Parte tercera de la tesis, se realiza un examen pormenorizado de las técnicas de investigación criminal en la lucha contra la criminalidad organizada en el tráfico ilegal de drogas.

La lucha contra la criminalidad organizada, especialmente en el marco del tráfico de drogas y el terrorismo, es una materia ardua y compleja.

Las dificultades para desarticular esta compleja estructura organizativa de cara a la prevención y a la persecución de los delitos que forman parte de su actividad criminal, y el descubrimiento de sus máximos responsables, son enormes.

Tales dificultades se agravan en la actualidad por el proceso de globalización - actuación en diversos Estados -, por el sorprendente desarrollo de las comunicaciones, por el entramado de tales redes organizativas, el empleo de tecnologías cada vez más sofisticadas, y la clandestinidad con la que actúan.

Ante este nuevo reto, surge la necesidad de articular nuevos mecanismos de investigación criminal que permitan combatir eficazmente esta forma de criminalidad. Estos nuevos mecanismos, deben ser respetuosos con los principios básicos del derecho penal y procesal - fundamentalmente el principio de legalidad, proporcionalidad y control judicial -, y tener siempre presente la supremacía de los derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo investigado.

A los medios extraordinarios de investigación criminal incorporados en nuestro ordenamiento procesal en los últimos años, nos referimos en esta parte de la tesis.

No obstante, conviene resaltar, respecto a España, que para afrontar con éxito este gran reto, antes es necesario una intensa, integra y urgente reforma de la LECr, dado la necesidad de cambio, ante el acelerado y extraordinario desarrollo que está adquiriendo el crimen organizado en la sociedad globalizada actual.

Se concluye la tesis con la Parte cuarta en la que se estudia las diversas políticas criminales trazadas para combatir este tipo de criminalidad.

Constituye un tema de suma importancia en cuanto se trata de saber cuál es la política criminal en materia de drogas, ya que hasta el momento la lucha contra las drogas y el narcotráfico resulta bastante ineficaz, ya que no se ha conseguido frenar ni la elaboración / producción, ni el tráfico, ni el consumo de drogas que no deja de crecer.

Es por ello, que resulta necesario un replanteamiento de la situación, no sólo a nivel interno, sino internacional en el seno de las Naciones Unidas, para proceder al estudio, y en su caso, implantación de políticas antidrogas más eficaces, proyectadas tras un debate serio y realista de la situación.

En los últimos años el debate en torno al fenómeno de las drogas ilícitas, comenzó a abrirse y a adoptar un nuevo giro. Se planteó la necesidad de revisar el régimen internacional de control de drogas y las políticas represivas contra el tráfico de drogas con el objeto de reducir el daño causado tanto por la producción, tráfico, y el consumo, como por las propias políticas antidrogas.

Por tanto, el debate está sobre la mesa y son cada vez más los partidarios de una revisión del prohibicionismo, en mayor número de países y ámbitos ideológicos. La apertura del debate se produce además sobre la base de una falta de pleno consenso respecto al régimen internacional de control de drogas.

PARTE PRIMERA

TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

Capítulo I

CONCEPTO Y CLASES DE DROGA

1. CONCEPTOS EXTRAJURÍDICOS DE DROGAS

Antes de entrar en el estudio de la problemática de la droga, surge la necesidad de establecer un concepto de “droga”. Dado el carácter multidisciplinar de esta materia, es conveniente advertir que, no existe un concepto único, cada disciplina científica aporta su peculiar concepción. Y a su vez, dentro de cada disciplina, resulta complejo delimitar una noción de droga que incluya los distintos tipos de sustancias. Puesto que los efectos farmacológicos, socio - sanitarios y jurídicos de dichas sustancias son muy variados y no coinciden siempre.

Como señala PRIETO RODRÍGUEZ, en sentido amplio el término droga “denomina un fenómeno contracultural, un concepto deformado y excesivamente amplio en que se da cabida el consumo indebido de todo tipo de sustancias no admitidas por un colectivo determinado, a las mismas sustancias y a los individuos que las consumen”¹. En sentido estricto, existen diversos conceptos de droga, dependiendo del criterio que se adopte para definir este fenómeno: vulgar, médico, farmacológico, científico, jurídico, etc.

Para analizar dicho concepto, resulta prioritario anteponer las diversas concepciones extrajurídicas de la droga, a la que nos ofrece la disciplina jurídica. Posteriormente, se observará como dichas concepciones se reflejan en la regulación legal. Como veremos, nuestro legislador, no sólo ha utilizado dichos criterios sino que ha tenido en cuenta otros diferentes.

Antes de la aparición de las primeras leyes antidrogas por las que se sancionaba su consumo, prevalecía la definición griega de droga. Se hablaba de *Phármakon* como “la sustancia que comprende a la vez el remedio y el veneno; no una cosa u otra, sino ambas a la vez”. Si cualquier droga constituye a la vez, un remedio y un veneno, el hecho de ser buena o nociva para la salud depende exclusivamente de “a) la dosis; b) ocasión para la que se emplea; c) pureza; d) condiciones de acceso a ese producto y pautas culturales de uso”².

Desde un punto de vista *etimológico*, según el Diccionario de la Real Academia Española “droga” proviene del árabe andalusí *hatrúka* (literalmente “charlatanería”)³.

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

² ESCOHOTADO, A.: *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, perjuicios y desafíos*, Anagrama, Barcelona, 2006, pp. 30 y 31.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001, en <http://www.rae.es>

El uso del término procede del holandés, de la palabra *droog* que aludía al estado en que entraban en Europa las plantas medicinales procedentes de América⁴.

Como indica la Organización Mundial de la Salud (OMS) el término analizado ha tenido un uso diverso, “en Medicina se refiere a toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos. De ahí que una droga sea una sustancia que está o pueda estar incluida en la Farmacopea”⁵.

En el lenguaje coloquial, el término alude a las sustancias que producen efectos psicoactivos y muy especialmente a las drogas ilegales. Sin embargo, no se utiliza para hacer referencia a otras sustancias cuyo uso está aceptado social y jurídicamente, como es la cafeína, el alcohol o el tabaco, y cuyo consumo se lleva a cabo, en gran parte, por provocar los mismos efectos.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, establece diversas acepciones en torno a lo que se debe entender por droga, de las que podemos extraer el concepto *vulgar* de la droga. Así, droga es:

“Toda sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o bellas artes”.

“Las sustancias o preparados medicamentosos de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno”⁶.

De estos conceptos se desprende, que la droga tiene un carácter esencialmente farmacológico, hasta el punto de equipararse el término droga con el de fármaco o medicamento⁷.

En el mismo sentido, la OMS (Informe Técnico nº 407 / 1969) desde un punto de vista *clínico* consideraba que la droga es “toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede alterar una o varias funciones de éste”⁸. Definición que resultaba excesivamente amplia al incluir todo tipo de medicamentos.

Más aceptación ha tenido en el ámbito jurídico, médico y científico, la acepción de la OMS (Informe Técnico nº 551/1974) de la droga como “toda sustancia cuya interacción con un organismo vivo puede provocar un estado de dependencia física, psíquica o de ambos tipos”⁹. Es determinante, a la hora de fijar el concepto de droga, hablar de

⁴ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 12.

⁵ OMS, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Madrid, 2008, p. 33.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, *Op. cit.*

⁷ LORENZO SALGADO, JM.: *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 14. MUÑOZ CONDE, F.: “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” en *La Reforma Penal de 1983*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 197.

⁸ OMS, *16º Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia, nº 407*, Ginebra, 1969, p. 6.

⁹ OMS, *20º Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia, nº 551*, Ginebra, 1974, p. 6.

dependencia física y psíquica, como característica y efecto común de una amplia variedad de sustancias consideradas drogas.

En nuestro país, y con el fin de precisar dicha definición, se distingue desde un punto de vista *farmacológico*, entre drogas de abuso y no abuso. Drogas de abuso son las sustancias que introducidas en el organismo humano, provocan una alteración del funcionamiento del sistema nervioso central, originando dependencia física, psicológica o ambas. Y drogas de no abuso que son las medicinas¹⁰.

Desde el punto de vista *científico*, LLORENS BORRÁS define la droga como “toda sustancia que introducida en el organismo actúa sobre el sistema nervioso central y puede provocar una compulsión interna a su consumo continuado, produciendo los fenómenos de tolerancia y dependencia”¹¹. Desde un punto de vista *médico*, se entiende la droga “como aquella sustancia química que incorporada a nuestro organismo es capaz de desencadenar una serie de interacciones en el sistema nervioso que pueden traducirse en cambios en los sistemas fisiológicos naturales del individuo y que pueden ser objeto de abuso y dependencia”¹².

En el ámbito médico y científico, se utiliza el término droga, para aludir a las sustancias que reúnan las siguientes características:

- a) Introducidas en el organismo humano alteren o modifiquen alguna o varias funciones psíquicas de éste (carácter psicoactivo);
- b) Induzcan al consumo habitual (acción reforzadora positiva);
- c) El cese del consumo origine efectos físicos y psíquicos (dependencia física y psíquica);
- d) No tengan ninguna indicación médica, y de tenerla se podrá usar de forma no terapéutica.

De acuerdo a ello, se define la droga como “aquellas sustancias psicoactivas con acción reforzadora positiva, capaces de generar dependencia física, psíquica o ambas, y que ocasionen en muchos casos un grave deterioro psicoorgánico y de conducta social” equivalente al de la droga de abuso¹³.

De forma más precisa, CIMAS GIMÉNEZ afirma que una sustancia será considerada como droga:

- 1º. “Cuando actúa sobre el sistema nervioso central, siendo compatible con el hecho de actuar sobre otros sistemas.

¹⁰ CIMAS GIMÉNEZ, MC.: “Delitos relativos al narcotráfico. Visión General” en *Delitos contra la salud pública. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, CGPJ, Madrid, 2007, p. 16.

¹¹ LLORENS BORRÁS, JA.: *La droga y su problemática actual*, Acervo, Barcelona, 1986, p. 11.

¹² LLEBOT MARCH, S / GUAL I SOLÉ, A.: *Toxicomanías. Cara y cruz de las drogas*, Morales i Torres editores, Barcelona, 2004, p. 17.

¹³ MARTÍN DEL MORAL, M / LORENZO FERNÁNDEZ, P.: “Conceptos fundamentales en drogodependencias” en *Drogodependencias. Farmacología. Patología Psicológica. Legislación*, Editorial Panaamericana, Madrid, 2001, p. 4.

- 2º. Cuando produce tolerancia, es decir cuando exige el aumento de la dosis de forma progresiva, para producir el mismo efecto que al principio.
- 3º. Cuando produce dependencia física, es decir, cuando causa el llamado síndrome de abstinencia, que no es otro, que el conjunto de cambios fisiológicos adversos que surgen cuando se interrumpe su consumo.
- 4º. Cuando produce dependencia psicológica, es decir, un sentimiento de bienestar y de búsqueda de la repetición de la experiencia para obtener esa satisfacción o evitar el malestar que produce su privación”¹⁴.

En virtud de lo expuesto, podíamos definir la *droga* como toda sustancia que introducida en el organismo humano por cualquier vía, altera el sistema nervioso central, produce tolerancia y puede originar una dependencia física, psíquica o ambas. Partiendo de este concepto, cabe realizar diversas precisiones. En primer lugar, que la introducción de la droga en el organismo humano se puede producir por distintas vías. Cuestión de máxima importancia puesto que la vía de administración de la droga incide directamente en la rapidez con que surge la dependencia. Cuanto más inmediatos sean los efectos de la droga, dependiendo de la vía de administración, mayor será la adicción a la sustancia.

Las vías de administración de la droga son: 1) la oral, ingiriéndola, masticada o sublingual; 2) La pulmonar, inhalada o fumada; 3) la nasal, esnifada; 4) la rectal o genital, mediante la aplicación de la droga en la mucosa anal o genital; 5) la parental o intravenosa¹⁵.

En segundo lugar, que el consumo habitual de drogas crea adicción. Es decir, una compulsión incontrolable de consumir y obtener la droga por cualquier medio. De ir aumentando progresivamente la dosis, produciéndole al consumidor tolerancia a la droga. Y provocándole unas dependencias físicas, psicológicas o ambas, que le lleva a padecer el “síndrome de abstinencia” en el caso de que no consuma.

La OMS describe la *adicción* como el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo repetido de una sustancia natural o sintética¹⁶. El adicto “vive con la droga y para la droga”¹⁷. La adicción se inicia con el consumo de la droga. El individuo empieza a consumir por causalidad, curiosidad, por experimentar, o por la influencia de factores personales (como personalidad, carácter o predisposiciones depresivas), sociales (costumbres o amistades), laborales (como profesión, estabilidad laboral o paro), etc. La duración de esta fase de inicio dependerá del tipo de adicción, de la frecuencia del consumo, y de las condiciones psicofísicas del individuo. Suelen ser adolescentes los que se inician en la droga. A medida que se consume el metabolismo del individuo se va adaptando a la droga. Es la fase de acostumbamiento, en la que se aumenta la dosis, y se acorta los plazos de consumo, produciéndose la tolerancia a la droga¹⁸.

¹⁴ CIMAS GIMÉNEZ.: *Op. cit.*, p. 16.

¹⁵ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, pp. 16 y 17.

¹⁶ OMS, *Glosario de términos...*, *Op. cit.*, p. 13.

¹⁷ HERRERO HERRERO, C.: *Criminología. Parte General y Especial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 664.

¹⁸ PÉREZ PINEDA, B / GARCIA BLÁZQUEZ, M.: *Manual de Medicina Legal para profesionales del derecho*, Comares, Granada, 1990, pp. 274 y 275.

La *tolerancia* a la droga es la resistencia del organismo a los efectos de la misma, de tal modo que debe aumentarse progresivamente la dosis para que se produzcan iguales efectos psicoactivos que al principio del consumo. La tolerancia sólo se produce durante el consumo de la droga. En el caso de sustancias que originan una tolerancia inmediata, debe suspenderse su consumo durante unos días para apreciar sus efectos. Sin embargo, en las sustancias que originan una tolerancia paulatina, provocan que los efectos disminuyan de igual manera. La tolerancia es igual en las sustancias del mismo tipo, y es esencialmente física¹⁹.

Se habla de *tolerancia cruzada* cuando la tolerancia a una determinada sustancia, provoca a la vez tolerancia respecto de otra²⁰.

La fase de *dependencia* es la alteración física o psíquica que se padece como consecuencia de la introducción habitual de drogas en el organismo. El individuo está totalmente “enganchado”. Cada día necesita mayores dosis, pureza de la droga, mezclar unas sustancias con otras, para potenciar y multiplicar sus efectos²¹.

Abandona sus actividades personales, familiares y profesionales habituales, dedicando todo su tiempo al consumo de drogas. El desarrollo de la dependencia en cada individuo es variable, atendiendo a sus circunstancias personales y ambientales²².

Si bien, tradicionalmente se diferenciaba entre dependencia física y psíquica, en la actualidad, cabe hablar además de una dependencia social, cada una de estos tipos responden a unas causas específicas y presentan una sintomatología propia, sin embargo, tienen en común la tendencia del individuo dependiente de buscar y consumir droga²³.

La dependencia *física* (denominada hoy neuroadaptación) es el estado que se produce tras la adaptación del organismo humano a la droga. Por la que el individuo siente la necesidad de mantener determinadas dosis de droga en su interior, originándose un vínculo entre la droga y el organismo del adicto. Cuando se rompe el vínculo droga - organismo, tras cesar en el consumo de la droga, surge lo que se denomina *síndrome de abstinencia*²⁴.

La OMS (Informe Técnico nº 551 / 74) define la dependencia física como “el estado de adaptación que se manifiesta por la aparición de intensos trastornos físicos cuando se interrumpe la toma del fármaco (...). Estos trastornos, es decir los síndromes de interrupción o abstinencia, se manifiestan en forma de conjuntos de síntomas y signos de de naturaleza psíquica y física que son característicos de cada tipo de fármaco (...)”²⁵.

¹⁹ LLORENS BORRÁS.: *Op. cit.*, p. 13.

²⁰ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 665.

²¹ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 275.

²² LLEBOT MARCH / GUAL I SOLE.: *Op. cit.*, p. 16.

²³ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 7.

²⁴ *Ibidem*, p. 10.

²⁵ OMS, 20º Informe Técnico..., *Op. cit.*, p. 15.

Así, el síndrome de abstinencia es la “situación clínica constituida por trastornos tantos físicos como psíquicos, de gran intensidad, y que se produce cuando el drogodependiente no se suministra la dosis de droga o la dosis suficiente de la misma. El síndrome de abstinencia obedece, pues, a los efectos de privación de la droga”²⁶.

El “síndrome de abstinencia” se desarrolla en diversas fases:

- 1ª. Superficial: sus efectos e intensidad varían de una persona a otra, pudiendo producirse dolores musculares, de cabeza, náuseas, angustia y ansiedad, agitación, agresividad, insomnio, inapetencia, y sequedad de boca.
- 2ª. Medio: produce convulsiones, temblores, y episodios psicóticos.
- 3ª. Profundo: en esta fase se experimentan de forma conjunta, síntomas agravados de las dos primeras fases, a lo que se añade graves convulsiones y alteraciones de la conciencia, pudiendo producirse incluso el coma y la muerte. El drogodependiente presenta alteración de la respiración pulmonar, pulso rápido, sudoración, deshidratación o fiebre²⁷.

Estas alteraciones patológicas que ocasionen el síndrome de abstinencia, sólo se producen en el caso de la dependencia física. Si bien la dependencia física es la más grave, es más fácil de superar que la psíquica, ya que la recuperación médica del organismo se puede lograr tras varias semanas de tratamiento. Por otra parte, en el caso de la dependencia psíquica, suelen ser frecuentes las recaídas durante el tratamiento.

La dependencia *psíquica* es el deseo del drogodependiente de continuar en el consumo de la droga para seguir experimentando los efectos placenteros que le ocasiona su consumo, y evitar el dolor que le produce cuando deja de consumir, a través de lo que se denomina “síndrome de querencia”²⁸.

La curación de la dependencia psíquica resulta compleja ya que requiere un tratamiento de larga duración. La OMS (Informe Técnico nº 551 / 74) define la dependencia psíquica o psicológica como “el estado en que un fármaco produce una sensación de satisfacción, un impulso psíquico que lleva a tomar periódicamente o continuamente el fármaco para experimentar placer o para evitar un malestar”²⁹.

La dependencia psicológica puede originar un cuadro de *síndrome de abstinencia tardío*, que puede surgir tras el síndrome de abstinencia agudo (dependencia física), o en su lugar, trascurridos varios días o semanas del abandono del consumo de la droga. Éste síndrome se manifiesta mediante alteraciones psíquicas y del sistema neurovegetativo, prolongándose meses, incluso años. También se asocia a la dependencia psicológica el *síndrome de abstinencia condicionado* en el que el usuario que no ha consumido durante meses o años, sufre los mismos síntomas que en el síndrome de abstinencia agudo³⁰.

²⁶ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 666.

²⁷ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 276.

²⁸ LLORENS BORRÁS.: *Op. cit.*, p. 12.

²⁹ OMS, *20º Informe Técnico...*, *Op. cit.*, p. 15.

³⁰ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 13.

La dependencia *social* es la necesidad de consumir la droga “como signo de pertenencia a un grupo social que proporciona una clara señal de identidad personal”. El cese del consumo puede ocasionar graves crisis en el dependiente que le llevan a reanudar el consumo con el fin de recuperar su estabilidad social³¹.

En ocasiones, se da también lo que se conoce como dependencia *cruzada* que es la dependencia que el consumo de una droga, provoca a su vez, respecto de otra de la igual especie.

TOMÁS ESCOBAR describe la dependencia cruzada como “la capacidad que tiene una droga para suprimir las manifestaciones de dependencia física producida por otras, manteniendo el estado de dependencia física con respecto a ella. Puede ser total o parcial, y está más relacionada con los efectos farmacológicos de las drogas que con las semejanzas clínicas”³².

La definición de droga que hemos expuesto, es aplicable igualmente a otras sustancias como son los “estupefacientes” y las “sustancias psicotrópicas”. Son especies de drogas, cuya diferencia radica en el modo de actuar al introducirse en el organismo humano. Se definen los estupefacientes como “las sustancias que producen sueño o estupor y que alivian el dolor”³³. Sustancias psicotrópicas son “aquellas sustancias que cambian o transforman la “psique”, calmándola o estimulándola”³⁴.

Efectuada una primera delimitación conceptual de lo que son las drogas, en la que en principio podrían incluirse una inmensa variedad de sustancias, surge ahora la necesidad de especificar las clases de drogas que se consumen en la actualidad. Para ello, como se verá seguidamente, se pueden utilizar diversos criterios de referencia. No obstante, el criterio más importante ha sido el de los efectos que cada tipo de droga causa en la salud de las personas.

2. CLASES DE DROGAS: NATURALEZA Y EFECTOS

A pesar de los continuos esfuerzos por establecer una clasificación homogénea de las drogas, lo cierto, es que las clasificaciones de dichas sustancias, varían ateniendo al criterio conceptual de referencia.

Desde el punto de vista antropológico, partiendo del uso que se le dado a las drogas a lo largo de la historia, cabe clasificarlas en *drogas de uso ritual, mágico, religioso, médico o lúdico*³⁵. El uso de las drogas es tan antiguo como la humanidad. La utilización de diversas sustancias clasificadas como drogas, tiene “hondas raíces en la

³¹ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 14.

³² TOMÁS ESCOBAR, R.: *El crimen de la droga: tóxicos, depresores, estimulantes, drogadicción, narcotráfico, lavado de dinero, sida., mafias, geoestratégica, narcoterrorismo*, 2ª edición, Universidad de Buenos Aires, 1995, p. 51.

³³ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 15.

³⁴ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 658.

³⁵ SÁNCHEZ TOMÁS, JM.: *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002, p. 17.

historia de los seres vivos, de uso ritual, mágico o como remedio ya en la prehistoria, han ido sufriendo múltiples adaptaciones, al ser empleadas según las épocas y lugares, según contextos étnicos, religiosos o políticos”³⁶.

Atendiendo a su procedencia, se puede diferenciar entre *drogas naturales o sintéticas*. Drogas naturales son las que se obtienen de la naturaleza, de materias primas naturales (planta adormidera, cannabis, etc.). Drogas sintéticas son las producidas en laboratorios a raíz de procedimientos químicos (drogas de síntesis, etc.). Las primeras drogas aparecieron en “plantas o partes de plantas, como resultado de lo que hoy se llama coevolución entre el reino botánico y el animal”³⁷.

En 1924, L. LEWIN, creador de la psicofarmacología moderna, establecía la siguiente clasificación de las drogas “*euphorica* (opio y sus derivados, cocaína), *phantastica* (mescalina, marihuana, beleño, etc.), *inebriantia* (alcohol, éter, cloroformo, bencina, etc), *hypnotica* (barbitúricos y otros somníferos) y *excitantia* (café y cafeína, tabaco, cat, cola, etc.)”³⁸.

Posteriormente, se han sucedido clasificaciones más complejas que trataban de subsanar los defectos de la clasificación de LEWIN. Así, se distinguió entre *drogas fatalmente adictivas* y *drogas que sólo originan hábito*, siguiendo los postulados del médico A. POROT. Si bien, se observó, que las sustancias que sólo originaban hábito conllevaban mayores consecuencias dañosas para el organismo³⁹.

Otra clasificación más reciente de las drogas, es la que se efectúa en atención al concepto farmacológico de dichas sustancias, y de su fiscalización, distinguiendo entre *drogas legales* (alcohol, tabaco y café) e *ilegales* (el resto de las drogas). Si bien, como indica SÁNCHEZ TOMÁS esta distinción no resulta de gran utilidad, “en primer lugar, por su carácter coyuntural y, en segundo lugar, porque la legalidad o ilegalidad no puede aparecer referida a la sustancia sino a determinadas actividades relacionadas con ellas”⁴⁰.

Según la OMS son drogas ilegales “las sustancias psicoactivas cuya producción venta o están prohibidos. En sentido estricto, la droga en sí no es ilegal, lo son su producción, su venta, o consumo en determinadas circunstancias en una determinada jurisdicción”. Se consideran drogas legales “las drogas legalmente disponibles mediante prescripción médica o en ocasiones también sin ella, en una determinada jurisdicción”⁴¹.

ESCOHOTADO por su parte, clasifica las drogas atendiendo a su psicoactividad, en virtud de ello diferencia entre *fármacos de paz* (opiáceos naturales, sucedáneos sintéticos del opio, tranquilizantes, somníferos, narcóticos, etc.) que proporcionan la paz

³⁶ ESCOHOTADO, A / MARKEZ, I / DÍEZ RIPOLLÉS, JL.: *Las drogas: de ayer a mañana*, Talasa, Madrid, 1994, p. 9.

³⁷ *Ibidem*, p. 37.

³⁸ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 31.

³⁹ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁰ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 17.

⁴¹ OMS, *Glosario de términos sobre alcohol y droga...*, *Op. cit.*, p. 34.

interior, calmando el dolor, el sufrimiento y la ansiedad; *fármacos de energía* (coca, cocaína, crack, anfetaminas, etc.) que potencian la energía del consumidor; *fármacos visionarios* (alucinógenos, derivados del cáñamo, marihuana, hachís, MDMA, LSD, etc.) que proporcionan “algún tipo de visión en excursiones a zonas no recorridas del ánimo y la conciencia”⁴².

Además, se han efectuado otras clasificaciones farmacológicas de las drogas, partiendo de otros criterios, como los efectos que producen dichas sustancias en el organismo humano, lo que permite hablar de *drogas depresoras* (como alcohol o heroína) reducen el ritmo de la actividad corporal, y de las funciones del sistema nervioso; *psicoestimulantes* (principalmente, cocaína, anfetaminas y drogas de diseño) potencian la actividad nerviosa e incrementan el ritmo de las funciones corporales; *alucinógenas* (como LSD o cannabis) que alteran la percepción sensorial, ofreciendo imágenes sensoriales⁴³.

O el criterio que atiende al tipo de dependencia que origina el consumo de determinadas sustancias: física (estupefacientes), psíquica (cocaína, cannabis, etc.), o a la vez, dependencia física o psíquica (los opiáceos, las anfetaminas, barbitúricos, etc.)⁴⁴; y el de los efectos que producen en el sistema nervioso central en función de la dosis administrada⁴⁵.

No obstante, las clasificaciones aludidas son un tanto confusas y poco precisas, ya que se confunden los diversos elementos de las drogas, y sus efectos. Una misma droga, como expusimos más arriba, puede producir efectos diversos, dependiendo de las condiciones del adicto, de la droga y del consumo.

De más utilidad práctica, resulta el punto de vista normativo, utilizado en nuestro Código Penal, que clasifica las distintas sustancias teniendo en cuenta el daño que ocasiona en la salud, diferenciando entre *sustancias que causan o no grave daño para la salud de las personas*. Clasificación realizada a partir de las listas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España⁴⁶, en los que se enumeran las diversas sustancias que reúnen las características necesarias para ser consideradas como drogas.

Nuestro objetivo aquí, dado el ámbito en el que nos movemos, consistirá en examinar los aspectos fundamentales de las sustancias ilegales más importantes (“drogas duras y blandas”). Para ello optaremos por enumerarlas agrupadas por naturaleza y efectos claramente identificables. De tal modo, que en los siguientes epígrafes se estudiarán de

⁴² ESCOHOTADO, A.: *Historia general de las drogas*, Espasa Calpe, Madrid, 2005, pp. 1190 y ss.

⁴³ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁴ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 667.

⁴⁵ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁶ Convenio Único de Estupefacientes de 30 de marzo de 1961, ratificado por España el 3 de febrero de 1966 (BOE nº 96 de 22-04-1966) enmendado por el Protocolo de 25 de marzo de 1972, ratificado por España el 15 de diciembre de 1976 (BOE nº 39 de 15-02-1977); el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971, ratificado por España el 2 de febrero de 1973 (BOE nº 218 de 10-09-1976); y la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena de 20 de diciembre de 1988, ratificado por España el 30 de julio de 1990 (BOE nº 270 de 10-11-1990).

forma separada *los opiáceos, los derivados de la coca, los alucinógenos, los psicofármacos, las drogas de síntesis y los derivados del cannabis.*

No obstante, antes de iniciar el análisis de cada tipo de droga, es conveniente realizar unas precisiones previas. Dado la gran diversidad de drogas que existen en la actualidad, y ante la imposibilidad de examinar cada una de ellas, seguidamente se procederá al estudio de las más importantes.

Tienen la consideración de drogas, las sustancias incluidas en las listas de los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por España, listas que son abiertas, con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica, ya que se incorporan y se eliminan sustancias. Al clasificar las sustancias enumeradas en dichas listas, como hemos señalado más arriba, el Código Penal, atiende a la composición de dichas sustancias, a sus efectos y a las secuelas que producen en el organismo humano. No obstante, conviene precisar que una misma droga puede producir efectos diversos, dependiendo de su cultivo, elaboración, del país de procedencia, etc. Además, es de destacar otros factores como la condición del adicto, la dosis consumida, la forma de administrar la droga, las expectativas del usuario con el consumo de la droga, las circunstancias ambientales, etc. Así, se ha venido afirmando que “una misma droga puede producir efectos diferentes según el quién, cómo, cuándo y dónde”⁴⁷.

2.1. Opiáceos

Los opiáceos son aquellas sustancias que se extraen de la planta adormidera (*papaver somniferum*), por incisión en la cápsula de sus flores, obteniendo una resina que es el opio⁴⁸. De cada cápsula de la planta adormidera puede obtenerse de 10 a 100 mg de opio.

La planta adormidera es anual, alcanzando una altura de 1 a 1.5 m. de altura, con pétalos de diverso color y tamaño, su siembra suele ser a finales de otoño, o a principios de primavera. Cuando las semillas están inmaduras, se hace una leve incisión en la cápsula de sus flores, obteniendo un látex blanco que en contacto con el aire adquiere un color marrón. Al acumularse y mezclarse se obtiene una resina que es el opio crudo, que se convierte en opio cocido, al fumarlo en pipa o cocerlo a una temperatura no superior a 80°.

En algunas zonas de Irán, para un mejor aprovechamiento de esta sustancia, se hacen las incisiones al anochecer, recogiendo el látex al amanecer, moviendo después la masa con rodillos con los que se adquiere un calentamiento adicional del opio, con el fin de evitar daños al pulmón, a la hora de ser fumado. Fumándose las barras, mediante su

⁴⁷ ESPINAZO GARCÍA, J.: *La droga. Perspectiva criminológica*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 265.

⁴⁸ *La Convención Única...*, cit., en su art. 1 define el opio como el “jugo coagulado de la adormidera”; la adormidera como “planta de la especie *Papaver Somniferum L*”; y la paja de adormidera como “todas las partes (excepto las semillas), de la planta adormidera, después de ser cortada”. En el mismo sentido, se definen en el art. 2 de *la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes...*, cit.

colocación en el orificio de la cazoleta al lado de un carbón sujeto con una pinza. El opio curado se va acumulando en el fondo de la pipa, pudiendo ser fumado de nuevo⁴⁹.

El origen del cultivo de la *papaver somniferum* se sitúa en la cuenca mediterránea, en los territorios de Cádiz, Argel y Chipre, desde donde se exportó a Asia y América⁵⁰. Cultivándose de forma significativa en los países asiáticos, especialmente en el llamado “triángulo de oro” (Birmania, Laos y Tailandia). Hoy en día, esta zona sigue siendo importante en la producción de opio, cuyo destino final es Estados Unidos. Si bien, la mayor producción se concentra en Oriente Medio (Afganistán, Pakistán, Irán), cuyo mercado de destino es Europa Occidental. Además, están surgiendo nuevas zonas de producción, en el Sudeste Asiático (Vietnam y Camboya), en el Asia Central en la zona de las repúblicas ex soviéticas (Kazakstán, Tayikistán y Ucrania), y Latinoamérica (México, Ecuador, Venezuela, Perú, Colombia)⁵¹.

Los más importantes cultivadores legales a nivel mundial “(a fin de obtener codeína, sobre todo) son India, Australia, Hungría, Bulgaria, Unión Soviética y España)”⁵².

Los principales opiáceos utilizados como drogas son: *el opio, la morfina y la heroína*. También, algunos opiáceos como *la morfina y la codeína*, han sido utilizados con frecuencia en la Medicina, por sus propiedades analgésicas.

El opio ha sido usado desde antiguo con una finalidad terapéutica. Era considerado como el “medicamento por excelencia frente al dolor físico y psíquico”, Su utilización como analgésico y calmante se remonta al Antiguo Imperio Egipcio. Siendo empleado también por las civilizaciones posteriores, dado sus propiedades medicinales. Es a finales del siglo XVII, cuando empieza a consumirse el opio como droga, difundiéndose de forma preocupante durante el siglo XVIII⁵³.

La clase humilde china llegaba a destinar dos tercios de sus ingresos al consumo de opio, siendo ésta una sustancia de importada de Occidente, dado que su cultivo estaba prohibido en China. En 1729, se prohibió la venta y consumo de opio en China, lo que favoreció la aparición de un fuerte mercado negro, frente a las costas chinas, en las que se intercambiaba opio por plata. Consolidándose, paulatinamente, las redes mafiosas o Tríadas chinas. Constituyendo, la primera manifestación del narcotráfico y crimen organizado. Reino Unido controlaba la producción mundial de opio, mediante sus plantaciones en la India y Golfo de Bengala⁵⁴.

En el siglo XIX, se produce en China el consumo masivo de dicha sustancia, a raíz de las “Guerras del opio” entre China y Gran Bretaña. Acontecimientos decisivos en la historia moderna del opio.

⁴⁹ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1198.

⁵⁰ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 41.

⁵¹ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 19.

⁵² ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, pp. 1197 y 1198.

⁵³ ESCOHOTADO / MARKEZ / Díez Ripollés.: *Op. cit.*, p. 12.

⁵⁴ PLAN NACIONAL SOBRE DROGAS, *heroína. Informe nº 5 de la Comisión Clínica*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009, pp. 16 y 17.

ESCOHOTADO aclara: a) China consumía opio desde el siglo X sistemáticamente; b) cuando se producen las “Guerras del Opio” el consumo de dicha sustancia era legal y elevado en Europa; c) los contrabandistas pretendieron mantener la ilegalidad del opio, dado los beneficios que le generaba su contrabando, si bien se volvió al cultivo de opio en China d) los emperadores y la corte manchú eran consumidores habituales de opio, por lo que su prohibición se produjo por motivos económicos. Estos sucesos, junto a otros dos factores, como a) el consumo de opio por el proletariado de la revolución industrial, durante los fines de semana; b) la sustitución por las empresas farmacéuticas de sustancias alternativas al opio, como la morfina y la heroína, determinaron la pérdida de prestigio del opio en toda Europa⁵⁵.

El opio, a lo largo de la historia, ha sido consumido, de diversas formas: bebido, en infusión, mezclado con otras sustancias, o puro fumado en pipa (previamente cocido). Si bien, ésta última ha sido la forma tradicional de administración por los consumidores de opio. Para que el opio pueda ser fumado, debe cocerse. Se hierve en agua, se pasa por un filtro, con el que se separan las impurezas, obteniendo opio líquido. Se vuelve a calentar, hasta que el agua se evapore, con lo que se obtiene opio cocido, que adquiere un color marrón, preparado ya para poder fumarse⁵⁶.

Debido a los grandes contrastes en actividad de las plantas adormideras, atendiendo a su lugar de cultivo y al procedimiento de manufactura, resulta irrealizable concretar con precisión el margen de seguridad. A juicio de ESCOHOTADO “suponiendo que el opio posee un contenido medio de morfina próximo al 10 por 100, la dosis letal media para un adulto puede rozar los 70 miligramos por kilo de peso, que para una persona próxima a los 70 kilos, equivalen a unos 5 gramos. Sea como fuere, esa cantidad es monstruosa de una sola vez en un neófito, pues veinte veces menos producen una ebriedad notable, que dura más de seis horas. Además, se conocen casos de coma y muerte con sólo 3 gramos de una vez”⁵⁷.

En la actualidad, ha adquirido mayor difusión el consumo de ciertos derivados del opio, como morfina, y muy especialmente, heroína. Obtenidos por las transformaciones del opio, como resultado de la aplicación de procedimientos químicos, que se llevan a cabo en laboratorios instalados en los países de producción.

La *morfina* se obtiene “al precipitar los alcaloides presentes en el opio tras colocarlo en agua hirviendo junto a productos alcalinos. Si, después, se añade ácido clorhídrico, se obtiene el clorhidrato de morfina que es soluble en agua y puede inyectarse. Después, se amasa en paquetes similares a ladrillos que pesan 1,6 kilos. Se necesitan 13 kilos de opio y un día de trabajo para obtener cada pieza de clorhidrato de morfina”⁵⁸.

La morfina debe su nombre a Morfeo “deidad griega del sueño”, sustancia descubierta

⁵⁵ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, pp. 42 y 43.

⁵⁶ ÁLVAREZ, Y / FARRÉ, M.: “Farmacología de los opioides” en *Aspectos farmacológicos y neurobiológicos de los opiáceos*, Monografía opiáceos, adicciones, Vol. 17, suplemento 2, Valencia, 2005, p. 22. Se puede consultar en <http://www.adicciones.es>

⁵⁷ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, pp. 1198 y 1199.

⁵⁸ PNSD, *heroína. Informe nº5...*, *Op. cit.*, p. 32.

en 1806 por Serturmer, siendo utilizada con una finalidad terapéutica, para atenuar dolores agudos, extendiéndose rápidamente su uso. Produciéndose un consumo masivo de dicha sustancia, durante la guerra civil americana (1861-1865), y después, en la guerra franco - prusiana de 1870. Apareciendo casos de lo que se conoció inicialmente como “mal militar” y posteriormente, como “dependencia artificial”⁵⁹.

La morfina se usa terapéuticamente como analgésico frente a dolores intensos por lesiones, tumores, etc. Dado su efecto depresor se utiliza también, como fármaco en el shock traumático, hemorragias internas o enfermedades como el tifus, el cólera, la pulmonía, etc. Durante el siglo XIX fue empleada frecuentemente durante la fase preoperatoria, ya que permitía reducir la cantidad de anestesia a utilizar, y mantenía el efecto de la misma, además se incrementaba la sedación y amnesia en el paciente. En menor medida, se usaba en el postoperatorio. Si bien, cada vez es menos utilizada en los preoperatorios o en caso de accidentes, pese a prolongar sus efectos a dosis inferiores frente a dosis mayores de otros fármacos más perjudiciales para el organismo. Es además eficaz, en trastornos cardíacos y pulmonares al ocasionar la dilatación de los vasos circulatorios, resultando una disminución de la presión sanguínea. Si bien, en otro tiempo se empleó con finalidad lúdica, dicho uso hoy en día, es casi inexistente⁶⁰.

Hoy en día, se utiliza de forma frecuente, en los pacientes con cánceres terminales. Es el mejor fármaco con efectos analgésicos de origen natural. Dado el control legal de esta sustancia, no constituye una droga de abuso, fuera de su aplicación terapéutica⁶¹.

La morfina se adquiere en estado puro cuando se emplea la vía legal, mientras que la que se ofrece en el mercado negro suele estar adulterada, dónde puede encontrarse “cortada con lactosa, dextrosa, quinina, y otras drogas depresoras como barbitúricos y sedantes; o contaminada con bacterias, virus, hongos o partículas”⁶².

Se estima que la dosis analgésica óptima de morfina para una persona de unos 70 kilos, ronda los 15 miligramos. Su efecto dura cuatro o cinco horas, prolongándose en sueño, cuando el individuo no sea habitual o no se administre algún estimulante. La dosis letal dependerá de cada consumidor, si bien se ha observado que se requiere como mínimo 5 miligramos por kilo de peso. La morfina se administra por vía intramuscular, nasal o mediante supositorios. Siendo menos eficaz para alcanzar sus efectos, la vía digestiva⁶³.

En opinión de ESCOHOTADO la morfina es “una especie de opio concentrado, que acumula lo responsable de aliviar dolor /sufrimiento. De ahí que la mínima dosis activa de morfina sea más depresora (a nivel general) que la mínima dosis activa de opio y también más analgésica”⁶⁴.

⁵⁹ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 55.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 62.

⁶¹ BEGOÑA IGLESIAS, E.: *Bases científicas de la prevención de las drogodependencias*, Ministerio del Interior, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2002, p. 35.

⁶² GAINZA, L / MARTÍNEZ VELASCO, C *et al.*: “Intoxicación por drogas”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Vol. 26, núm. extra 1, 2003, p. 103.

⁶³ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, pp. 1206 y 1207.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 1208.

Debido a los graves problemas de dependencia que conllevaba el uso de morfina en el paciente, se trató de buscar una nueva sustancia con las propiedades analgésicas de la morfina, que no provocara dependencia. Así, en 1874 se descubrió la *heroína*, por el Dr. Heinrich Dresser de la empresa farmacéutica Bayer. Se comercializó como fármaco eficaz en la curación de los morfinómanos, de la tos, de los asmáticos y tuberculosos⁶⁵.

Se usó ampliamente de forma terapéutica durante diez años, hasta que en el siglo XX, se prohibió su consumo en la mayor parte de los países, tras apreciarse que carecía de propiedades terapéuticas, y el peligro que implicaba su empleo, dado su alta capacidad tóxica. A lo que cabe añadir, el riesgo que implica la adulteración de la droga (no se vende heroína pura, sino mezclada con otras sustancias), la introducción de la heroína por vía intravenosa, el peligro de contagio de enfermedades graves (hepatitis, sida) por el uso compartido de jeringuillas, y las consecuencias ocasionadas por la falta de higiene al inyectarse dicha sustancia (sepsis, abscesos, etc.)⁶⁶.

La heroína base se obtiene de la síntesis de la morfina clorhidrato o de la morfina base, en reacción con el anhídrido acético. El aspecto de la heroína es variable según su origen y proceso de depuración. Así, se puede distinguir los siguientes tipos:

- 1º. Heroína nº 2: Heroína base o *Tsao - ta*, procedente del sudeste asiático y de fácil producción. Tras los procesos químicos adecuados, puede convertirse en heroína número 3 y 4. La heroína base es de color blanco u oscuro, y se consume por vía intravenosa o fumándola.
- 2º. Heroína nº 3: Heroína blanca o *brown sugar*. Se mezcla con otras sustancias como cafeína, estricnina, azúcares, etc. Contiene entre un 25 y 50% de heroína. Se consume fumada.
- 3º. Heroína nº 4: Heroína clorhidrato, heroína blanca o heroína Tailandesa. Con un 90% de principio activo. Se administra fundamentalmente por vía intravenosa.
- 4º. Heroína negra: Conocida como “goma” o “alquitrán negro” *black tar heroin*. Procede de América. Es una sustancia negra y pegajosa. Con un porcentaje de principio activo de un 20 %. Se administra por vía intravenosa⁶⁷.

BEGOÑA IGLESIAS distingue entre heroína blanca y marrón. La blanca “es soluble, es una sal; la marrón es base y para poder inyectarla es necesario mezclarla con limón. Gusta más la heroína blanca, siendo predominante, en ciudades como Barcelona. El que exista un tipo u otro de heroína es importante para la vía de uso”⁶⁸.

Los nombres más usuales con los que se designa a la heroína son: caballo, pasta, *junk*, H, jaco, lenguazo, y goma. En inglés, es conocida como *smack*, *H*, *skag*, *junk*, *black tar*, *horse*, *shit* y *brown*⁶⁹.

La heroína hoy en día, se administra habitualmente fumada en pipa o cigarrillo (chino)

⁶⁵ BEGOÑA IGLESIAS.: *Op. cit.*, p. 35.

⁶⁶ SÁNCHEZ TOMAS.: *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

⁶⁷ PNSD, *heroína. Informe nº5...*, *Op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁶⁸ BEGOÑA IGLESIAS.: *Op. cit.*, p. 36.

⁶⁹ PNSD, *heroína. Informe nº5...*, *Op. cit.*, p. 31.

o por vía de inhalación intrapulmonar (*chasing the dragon* o chino). Otras vías, es la aspirada por vía nasal, y finalmente, la vía intravenosa. Para la utilización de esta vía, se disuelve el polvo blanco en agua, tras lo que se añade unas gotas de limón o vinagre para aumentar la solubilidad, se coloca en una cucharilla y se calienta, usando un filtro de cigarrillo o algodón, se carga la jeringa con dicha sustancia. La mezcla de heroína con alguna droga estimulante (cocaína, anfetamina, etc.) por vía intravenosa se conoce como *speedball*⁷⁰.

La administración por vía intravenosa, origina callos y tatuajes con el transcurso del tiempo. Usándose las venas de la flexura del codo, la muñeca, la mano, o incluso las dilataciones venosas del pene y de las piernas. El heroinómano se inyecta solo o a través de otra persona, y lo hace en privado o en comunas. Hay heroinómanos que se inyectan en “comunas con rituales heroinómanos, dónde suelen asociarse espectáculos sexuales, insólitos”⁷¹.

Si bien la utilización de la vía intravenosa es frecuente en Europa y América, a raíz de la proliferación de casos de Sida y de nuevos tipos de heroína en el mercado, se tiende a nivel mundial, a un consumo mayoritario de heroína por vía fumada⁷².

La dosis analgésica de la heroína oscila entre los 5 y 7 miligramos administrada por vía intramuscular, cada gramo contiene de 150 a 200 dosis medias y aproximadamente 250 más leves, como sedante. Por inhalación, su actividad es superior a la mitad. La dosis letal oscila entre los 2 o 3 miligramos por kilo de peso, administrada en una sola vez⁷³.

La pureza de la heroína puede oscilar entre el 5 y 35% (según las últimas estadísticas del Plan Nacional sobre drogas decomisadas es del 21%)⁷⁴. Se vende en el mercado (cortada) mezclada con lactosa, glucosa o almidón⁷⁵.

La adulteración de esta droga puede realizarse con “quinina, lactosa, bórax, azúcar, almidón, etc., incluso se ha utilizado estriquina y otros depresores del sistema nervioso central como barbitúricos y sedantes. Las adulteraciones son las causantes de una parte de los problemas médicos derivados de su consumo, a lo que hay que añadir el contagio con bacterias, virus, hongos o partículas tóxicas”⁷⁶.

Otro de los opiáceos empleados con fines medicinales ha sido la *codeína*, descubierta en 1832, “como resultado de metalizar la morfina”, siendo utilizada como sedante, analgésico, antiespasmódico y como remedio para la tos⁷⁷.

⁷⁰ PNSD, *heroína. Informe nº5...*, *Op. cit.*, p. 33.

⁷¹ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, pp. 183 y 184.

⁷² PNSD, *heroína. Informe nº5...*, *Op. cit.*, p. 34.

⁷³ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1214.

⁷⁴ OBSERVATORIO ESPAÑOL SOBRE DROGAS Y LAS TOXICOMANIAS (OEDT), *Informe 2011*, PNSD, 2011, p. 209.

⁷⁵ ÁLVAREZ / FARRÉ.: *Op. cit.*, p. 22.

⁷⁶ PNSD, *Guía sobre drogas*, Ministerio de Sanidad y Consumo, publicada por la Delegación del Gobierno para el PNSD, 2007, p. 49.

⁷⁷ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 63.

Dicha sustancia se usaba como sustitutiva de la morfina. No se trata de una sustancia más “sana” que la morfina, pero si más “decente”, siendo incorporada en múltiples preparados de la industria farmacéutica. Los consumidores de opio y morfina, tienden a sustituir el consumo de dichas sustancias por codeína, al considerarlo como un “mal menor”. Lo que unido al hecho de que la codeína esquivara el estricto control legal, provocó una amplia comercialización de tal sustancia por las empresas farmacéuticas. Los laboratorios vendían partidas de codeína como “relleno de heroína muy cortada”, multiplicando su precio en el mercado negro. No obstante, la fabricación de dicha sustancia se lleva a cabo a gran escala, vendiéndose sin receta médica⁷⁸.

La codeína se encuentra en el mercado farmacéutico como comprimidos o líquido (en jarabes o ampollas) mezclado habitualmente con aspirina o paracetamol. Produce efectos similares a la morfina, si bien de menor intensidad. Se usa terapéuticamente en los dolores moderados y como antitusígeno. No suele utilizarse como droga de abuso⁷⁹.

La dosis analgésica de la codeína es de 30 miligramos cada 5 horas, si bien como euforizante se exige una dosis de 80 a 100. La dosis letal comienza con 20 miligramos por kilo de peso, produciendo colapso respiratorio⁸⁰.

Hoy en día, se utilizan con finalidad terapéutica, otros opioides como la tramadol o el fentalino (en el campo de la analgesia - anestesia), y el difenoxilato o la loperamida (como antidiarreicos)⁸¹.

Los opiáceos, son drogas depresoras del sistema nervioso central, que causan una alta *tolerancia* que se manifiesta “por una disminución de la intensidad de la respuesta o por el acortamiento en la duración de la acción, lo que obliga a aumentar la dosis o a su administración a intervalos menores”. Pudiendo producir además, *dependencia* (física o psíquica), que implica “una falta de control frente a la sustancia, su uso compulsivo, una conducta de búsqueda de la droga y la presencia de problemas médicos y sociales”. Por lo que el cese del consumo, origina el *síndrome de abstinencia*⁸².

Sus efectos se producen de forma rápida, siendo más intensos con el consumo de heroína y morfina, que con el opio. En el caso de la morfina, los efectos aparecen a los 10 minutos del consumo, y permanecen cerca de una hora. Con la heroína, los efectos se producen tras inyectarse, de forma inmediata (*flash*), y perdura unos segundos. Dichos efectos “(...) van desde la relajación, somnolencia y sedación hasta la hipnosis, anestesia y coma, dependiendo de la dosis”⁸³.

Los efectos de la heroína, cuando es consumida por vía nasal, se inician a los tres o cinco minutos, alcanzando su mayor intensidad a la media hora, decreciendo durante las cuatro horas siguientes. De ahí, que el consumidor suele iniciarse con dosis bajas, que

⁷⁸ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1213.

⁷⁹ GAINZA / MARTÍNEZ VELASCO.: *Op. cit.*, p. 103.

⁸⁰ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1212.

⁸¹ LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 30.

⁸² ÁLVAREZ / FARRÉ.: *Op. cit.*, pp. 28 a 30.

⁸³ *Ibidem*, p. 27.

va variando en función de los efectos alcanzados. Cuando es fumada (en forma de chino, aspirando el humo que desprende al ser calentada sobre papel de aluminio), los efectos de la heroína se experimentan de forma inmediata⁸⁴.

El opio reduce la temperatura del individuo y el ritmo del funcionamiento corporal. Se contraen las pupilas, y a medida que disminuye el ritmo del sistema nervioso central, la respiración es cada vez más lenta. En el supuesto de intoxicación grave el individuo padece depresión y coma respiratorio, el cual puede ser reversible o irreversible dependiendo del momento en que se atiende al paciente. La tolerancia al opio es elevada, de modo que un consumidor habitual puede administrarse una dosis diez o veinte veces superior a un neófito, sin experimentar efectos más graves. Tras la sensación de euforia o calma, surge la necesidad de consumir de nuevo para sentirse “normal”. Pudiendo desembocar en el síndrome de abstinencia sino no se consume dosis más elevadas. Siendo discutible, la dosis y el periodo de tiempo necesario, para llegar a tal estado⁸⁵.

Los efectos adversos del consumo de morfina son fundamentalmente depresión del sistema respiratorio, circulatorio, y digestivo. Así, como náuseas, vómitos y disforia. La muerte accidental o voluntaria por el consumo de morfina se produce por colapso respiratorio, tras varias horas en coma del individuo. La tolerancia de la morfina es alta. Pues, un consumidor habitual puede ingerir durante un periodo de cinco o diez años, diariamente, dosis letales para ocho o diez personas. La dependencia física, se puede producir tras la administración aproximada de una dosis de un cuarto de gramo, durante un mes. Originando su suspensión el síndrome de abstinencia, manifestándose de forma similar que en el opio. Cesando los síntomas del síndrome de abstinencia a los pocos días⁸⁶.

En el caso de la codeína, los efectos orgánicos vienen a coincidir con los de la morfina, la codeína tiene aproximadamente un 12 por 100 de su actividad. La tolerancia de la codeína es también alta, un consumidor habitual puede administrarse varios gramos diariamente sin peligro, aunque el aumento de la cantidad no se equiparará con un incremento de la sensación de calma. Basta una dosis diaria mínima de un gramo y medio a dos, para exponerse al síndrome de abstinencia. Siendo éste idéntico al que se produce en el caso de la morfina⁸⁷.

Los efectos que producen las primeras administraciones de heroína en el individuo son: náuseas, vómitos y disforia. Posteriormente, aparecen los síntomas buscados como placer, euforia y disminución de la ansiedad, prolongándose durante “la fase de miel” mientras el individuo continúa consumiendo. En la fase posterior, se consume con el fin de evitar los síntomas del síndrome de abstinencia⁸⁸.

Los opiáceos son sustancias que ocasionan una fuerte *adicción*, en especial en el caso

⁸⁴ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1215.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 1199 y 1200.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 1207 y 1208.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1212.

⁸⁸ BEGOÑA IGLESIAS.: *Op. cit.*, p. 35.

de la heroína. “A las dos o tres horas de desaparecer el efecto se experimenta ya el fuerte deseo de inyectarse de nuevo. A las tres semanas, de estarse inyectando, el 97% de los usuarios están ya “enganchados” y les resulta muy difícil sustraerse de la dependencia física. Se presenta igualmente la tolerancia, mayor en cuanto a los efectos sedantes y menor en los euforizantes, de forma que cuando desaparecen los efectos de la dosis, va aumentando la ansiedad del sujeto y su afán irrefrenable de conseguir una nueva inyección”⁸⁹.

La búsqueda de droga constituye el principal objetivo de la vida del adicto. Se aísla de su entorno personal, familiar, profesional, social, etc. Se centra en la obtención de droga. Pierde el sentido de la responsabilidad frente a sí mismo y los demás, incumpliendo en ocasiones, las obligaciones de su vida de estudiante o profesional. Tiende a separarse de sus amigos, a la disminución de su capacidad profesional, a la pérdida de su empleo, y a la marginación social⁹⁰.

Para alcanzar la total reinserción social del drogodependiente, no bastará con tratar su adicción, sino que “se deberá incidir especialmente en fomentar aquellos otros aspectos que potencien y reafirmen su disposición a alejarse del mundo de la droga y evitar así los factores de riesgo que pueden llevar al drogodependiente a las tan comunes caídas (consumos ocasionales o esporádicos) y recaídas en su adicción”⁹¹.

El consumo habitual de heroína provoca, como en todos los opiáceos, un nivel alto de tolerancia. El heroinómano puede administrarse diversas dosis diariamente. La dependencia a la droga, surge inmediatamente, siendo prioritario para el consumidor la obtención y consumo de heroína. Dicha sustancia, tiene efectos psicoactivos. Su consumo potencia el estado de ánimo y la sensación de placer. Es además, un potente depresor del sistema respiratorio y de la tos. Causa estreñimiento y miosis⁹².

Si bien, el consumo de opiáceos produce tolerancia, ésta es especialmente significativa en el caso de la heroína. Así, en ensayos clínicos en los que se ha administrado heroína por vía intravenosa para el tratamiento del mantenimiento de la dependencia, se hizo en dosis de 500 mg, al día, repartida en varias veces, en pacientes adictos. Mientras que la dosis recomendada para pacientes no habituados, es de 4 o 5 mg cada 6 horas⁹³.

La intoxicación por heroína produce síntomas como: pupilas muy dilatadas, apatía, irritabilidad, retardo psicomotor, sopor, dificultad en el lenguaje, disminución del juicio y de la capacidad de atención. Otros síntomas son bradicardia, hipotensión, hipotermia,

⁸⁹ LLORENS BORRAS.: *Op. cit.*, p. 32.

⁹⁰ PNSD, *Guía sobre drogas...*, *Op. cit.*, pp. 51 y 52.

⁹¹ VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C.: “Algunas interrogantes sobre la eficacia de la política criminal española en materia de drogas”, *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1524 y 1525. En este ámbito, vid. BETHEN COURT, JM, *et al.*: “Intervención familiar en drogodependientes con causas judiciales” en *Implicaciones de la Psicología en la Criminología actual*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, Sola *et al* (eds.), 1998, pp. 205 a 213. CASTANYER, M (coord.), *Servicios sociales y drogodependencias*, Madrid, PNSD, 1998, pp. 73 y ss.

⁹² BEGOÑA IGLESIAS.: *Op. cit.*, p. 36.

⁹³ ÁLVAREZ / FARRÉ.: *Op. cit.*, p. 29.

analgésia, y a veces, estreñimiento. En el caso de intoxicación aguda, se puede producir sobredosis y muerte⁹⁴.

El síndrome de abstinencia (conocido coloquialmente como “mono”) en los opiáceos comienza a manifestarse a las pocas horas del cese del consumo, dependiendo del grado de intoxicación del consumidor. Como señala ESCOHATADO el síndrome de abstinencia en el caso del opio se manifiesta mediante gripe y alteración del ánimo. El individuo presenta en el caso de la gripe, síntomas como: sudoración, aceleración de la respiración, temblores, secreciones nasales, calambres en las piernas o retortijones; excepcionalmente, se producen crisis convulsiva y muerte. La alteración del ánimo consiste en una pérdida “de límites entre vigilia y ensoñación, terminado en un insomne desasosiego crónico”.

El síndrome de abstinencia provoca efectos más perjudiciales en el organismo, que el consumo habitual, dado que la “depauperación física” dependerá de los síndromes padecidos por el individuo⁹⁵.

El síndrome de abstinencia de la heroína, exige una dosis inferior que la morfina. En opinión de BEGOÑA IGLESIAS aparece a las ocho horas del último consumo. A los dos o tres días, alcanza su cúspide, desapareciendo entre los siete y diez días. Los síntomas iniciales son: piloerección, sudoración, lagrimeo, bostezos y rinorrea; después, diarrea, dolor en las articulaciones, aumento del ritmo respiratorio, vómitos, dilatación de las pupilas y disminución del peso corporal. A las 36 horas del último consumo, se agravan los síntomas, pudiendo aparecer: fuertes contracciones musculares, calambres, escalofríos alternados con sudoración, incremento del ritmo cardíaco, de la presión de la sangre y alteraciones del sueño. Los síntomas más agudos se prolongan 72 horas, tras lo cual disminuyen progresivamente entre los cinco a diez días siguientes⁹⁶.

A pesar de los intensos síntomas que experimenta el heroinómano durante el síndrome de abstinencia, puede superarlo sin riesgo para su salud. La intensidad del síndrome de abstinencia depende de factores como la dosis consumida, vía de administración, frecuencia del consumo, expectativas del sujeto, apoyo familiar y profesional del que disponga, etc⁹⁷.

La sobredosis de opiáceos no adulterados producen coma respiratorio durante horas y muerte. En la actualidad, los casos de personas aparecidas muertas, con la aguja en el brazo, suele ser debidas a la administración de otras sustancias como estrocnina, quinina, etc. La heroína no produce una muerte instantánea⁹⁸.

La muerte del heroinómano se suele producir por sobredosis o adulteración. Ahora bien, como destaca VÁZQUEZ GÓNZALEZ⁹⁹ no debe olvidarse la corriente seguida

⁹⁴ BEGOÑA IGLESIAS.: *Op. cit.*, p. 36.

⁹⁵ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, pp. 1200 y 1201.

⁹⁶ BEGOÑA IGLESIAS.: *Op. cit.*, p. 36.

⁹⁷ GAINZA / MARTÍNEZ VELASCO.: *Op. cit.*, p. 109.

⁹⁸ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1215.

⁹⁹ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1524.

por un gran número de especialistas que abogan por un cambio en la política criminal antidrogas española, relativa al número de muertes por sobredosis. Sosteniéndose, que del total de muertes contabilizadas por las autoridades competentes por sobredosis, únicamente un reducido número se produce por tal causa, produciéndose la mayoría de los hechos por drogas de mala calidad, adulteradas o de distinta pureza a la habitual”¹⁰⁰. Por ello, abogan por una legalización controlada de estas drogas, para garantizar una calidad al consumidor, conllevando un beneficio para su salud¹⁰¹.

Advierte PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ “por el interés criminalístico que tiene, hay que decir que gran número de muertes, etiquetadas de sobredosis, son adulteraciones intencionadas para suprimir un “drogata” potencialmente peligroso en su fase. Cuando un individuo está muy deteriorado psíquicamente y no es capaz de conseguir medios económicos para continuar sustentando su dependencia heroínómana, entra en conflicto con los traficantes intermedios, llegando a veces a la amenaza. En este estado, ha dejado de ser un consumidor habitual, para convertirse en un peligro latente, por lesiones o denuncias. Llegado a estos extremos, se le suele dar una papelina con heroína de alta pureza, o lo que es más frecuente, una dosis adulterada con sustancias letales, produciéndose una muerte instantánea tras el picotazo”¹⁰².

De los datos de la Encuesta domiciliaria sobre alcohol y drogas en España (EDADES) del 2011- 2012, se desprende que el consumo de heroína se ha estabilizado, persistiendo las prevalencias de años anteriores. El 0,6 % de los encuestados afirmaron haber consumido heroína alguna vez, mientras que un 0,1% la había consumido el último año. Se sitúa en 20,7 años, la edad media de consumo de la heroína, siendo más tardía que la de drogas como cannabis, alucinógenos, anfetaminas o inhalables volátiles¹⁰³.

2.2. Derivados de la coca

Son aquellas sustancias que se extraen del arbusto de coca (*Erithroxylum*), mediante el secado de sus hojas¹⁰⁴. Planta que procede de los Andes, y que se cultiva en América Central y Sudamérica, Indonesia y algún estado de África¹⁰⁵. Dicha planta, puede alcanzar una altura de dos metros, crece en terrenos arcillosos, a una temperatura media de 20 grados, y a una altitud de 500 a 1200 metros. Produce entre 50 y 100 gramos de

¹⁰⁰ En tal sentido, AMBOS, K.: *Control de drogas. Política y legislación en América, EE.UU y Europa. Eficacia y alternativas*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Argentina, 1998, p. 163. LEGANÉS, S / ORTOLA, ME.: *Criminología. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 169. MUÑOZ CONDE, F.: “Drogas y Derecho Penal” en *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 576.

¹⁰¹ REEG, A.: “El papel del derecho penal en materia de estupefacientes. Una vista general de las posibles vías a seguir” en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Tomo II, UNED, Madrid, 1989, p. 179.

¹⁰² PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 184.

¹⁰³ OBSERVATORIO ESPAÑOL SOBRE DROGAS Y TOXICOMANÍAS, *Encuesta domiciliaria sobre alcohol y drogas en España 2011- 2012*, PNSD, 2013, p. 16.

¹⁰⁴ La Convención Única..., *cit.*, en el art. 1 define “el arbusto de coca como la planta de cualquiera especie del género *Erithroxylum*; la hoja de coca es la hoja del arbusto de coca, salvo las hojas de las que se haya extraído toda la ecgonina, la cocaína, o cualquier otro alcaloides de ecgonina”. De forma similar, la Convención sobre tráfico ilícito de estupefacientes..., *cit.*, define en su artículo 1, el arbusto de coca.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ TOMAS.: *Op. cit.*, p. 20.

hojas secas durante tres veces al año, cultivándose 15.000 plantas por hectárea. Como media, las hojas tienen un 1% de cocaína¹⁰⁶.

El uso de la coca se remonta al 5000 a.d.C, apareciendo en restos funerarios del 2500 a.d.C. Empleándose para amparar al difunto en la otra vida. Se ha encontrado en las bocas de momias, y en sacos llenos de hojas que se colocaban junto al difunto para ayudarlo a atravesar el equivalente “Inca del Estigia”. Sobre el 1500 a.d.C se utilizaba una sustancia elaborada con hojas de coca como anestesia en cirugía. En la época precolombina se usó la coca como medicina, droga y ritual. La coca se mascaba con lima para liarla en objetos precolombinos hallados en el 1000 a.d.C y en estatuas del siglo III a.d.C, aparecen individuos con la boca llena de coca. Los incas consideraban a Mama Coca como una bendición que les había otorgado Manco Copac, para hacer frente al cansancio y al hambre. Mama Coca era una deidad a la que le ofrecían en rituales y ceremonias religiosas coca, ante la creencia de ofrecer a los dioses lo más valioso¹⁰⁷.

Desde antiguo, y con anterioridad a la conquista de América, los indígenas de la zona andina, usaban las hojas de coca, masticándola, para paliar los efectos del hambre, o del agotamiento, causado por la altura de la zona. Utilizándola, igualmente, en sus rituales religiosos como talismán¹⁰⁸.

Se mascaban las hojas de coca con cenizas vegetales, conchas molidas o cal, con lo que se liberaban los alcaloides infiltrándose rápidamente en la corriente sanguínea. Se consideraba que un niño tenía capacidad para trabajar, cuando aprendía a masticar las hojas de coca. El masticado de las hojas se producía fundamentalmente, entre los nativos más humildes, que constituían el 11% de la población adulta de Perú y Bolivia hace algunos años¹⁰⁹.

En Europa, la hoja de coca llegó a finales del siglo XVIII, siendo recomendada por los médicos y boticarios frente al agotamiento de soldados y obreros. A principios del siglo XIX, se empezaron a observar los efectos adversos de un consumo excesivo a largo plazo, si bien se seguía afirmando que el consumo moderado de coca era beneficioso para la salud. Extendiéndose su consumo a finales del siglo XIX¹¹⁰.

Es de destacar, que en el siglo XIX se inició el empleo de coca en algunas bebidas, siendo una de las primeras Coca - Cola. Como señala ESCOHOTADO “a nivel mundial es significativo que Coca - Cola sea el mayor adquirente singular de cola, cafeína, y una variedad específica de coca (*la Erythroxylon novogranatense*) cultivada en Ecuador, que se usa como aromatizante para el producto. De acuerdo con su propia propaganda, ese brebaje mixto concede sensación de vivir”¹¹¹.

¹⁰⁶ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1262.

¹⁰⁷ PASCUAL PASTOR, F.: “Aproximación histórica a la cocaína. De la coca a la cocaína” en *Monografía cocaína. Adicciones*. Francisco Pascual, Meritxell Torres, Amador Calafat, vol., 13, 2001, p.8. Se puede consultar en <http://www.pnsd.msc.es>

¹⁰⁸ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁹ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, pp. 1262 y 1263.

¹¹⁰ PASCUAL PASTOR.: *Op. cit.*, p. 11.

¹¹¹ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1264.

En la actualidad, el masticado de coca sigue siendo una práctica de los aborígenes en algunas zonas de América del sur. Mastican las hojas de coca durante tres horas, junto a una piedra pequeña de cal o polvo de cal, o se emplea en infusiones para paliar el cansancio, el hambre, y el mal de altura. En Bolivia y Perú el consumo de coca es legal, empleándose en pasta de dientes, chicles, vino, y te¹¹². En gran parte de las poblaciones indígenas de América del Sur, cumple las “funciones desempeñadas en nuestra cultura por el café, el tabaco, la aspirina y el bicarbonato sódico”¹¹³.

La gravedad del problema de la coca, no es el masticado de sus hojas, sino los derivados que se obtiene de esta planta. “Estos se obtienen a partir de la aplicación de sucesivos precursores químicos, produciéndose, de menor a mayor concentración de los principios activos: la pasta de coca (sulfato de cocaína), la cocaína (clorhidrato de cocaína) y el crack”¹¹⁴.

La *cocaína* (clorhidrato de cocaína) es el derivado de la coca, que mayor difusión ha adquirido. Para obtener un Kgr de cocaína pura se necesita unos 500 Kgr. de hoja de coca seca y diversos productos químicos¹¹⁵.

Fue descubierta en 1859, por el científico alemán Albert Niemann, que aisló el alcaloide principal de la coca: la cocaína¹¹⁶, a través de un procedimiento que utilizaba para la extracción alcohol, ácido sulfúrico, bicarbonato sódico y éter. Rápidamente, fue recomendada por la Medicina y los laboratorios farmacéuticos como “buen alimento para los nervios”, para combatir las adicciones al alcohol, opio y morfina, u otorgar “sempiterna, vitalidad y hermosura” a las damas. Se comercializó, bajo el lema comercial “no pierda tiempo, sea feliz; si se siente pesimista, abatido, solicite cocaína”. Tras las investigaciones de Sigmund Freud en 1880, y ante la posibilidad de inhalar la droga en polvo, se popularizó el consumo de cocaína en todos los sectores de la sociedad. No sólo se utilizaba en la cirugía menor y en la odontología, sino también en las reuniones de la clase alta, media y en el mundo artístico e intelectual¹¹⁷. Tanto Freud como W. A. Hammond resaltaron su uso tanto terapéutico como lúdico. Observaron, que a dosis pequeñas, distancias en el tiempo, se experimenta euforia y energía, y a dosis más elevadas, se crea malestar físico, ansiedad y alteración del comportamiento¹¹⁸.

Tras las indagaciones del Dr. J. B. MATTISON en 1887 por las que aseveraba que la cocaína produce adicción, se inició el desprestigio de esta sustancia, limitándose a un uso clínico. A principios del S.XX se discrepaba entre los que la consideraban una sustancia letal y los que defendían su utilidad o inutilidad dependiendo de las personas.

En 1914 la Ley de Antinarcóticos de Harrison (primera legislación antidroga en la historia de los Estados Unidos), prohibió su consumo en Estados Unidos. Pero fue en los años 30, y tras la ilegalización de la cocaína a nivel internacional, cuando su

¹¹² PASCUAL PASTOR.: *Op. cit.*, p. 10.

¹¹³ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1263.

¹¹⁴ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 20.

¹¹⁵ PASCUAL PASTOR.: *Op. cit.*, p. 19.

¹¹⁶ LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 72.

¹¹⁷ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, pp. 128 y 129.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 134.

consumo se redujo considerablemente. En los años 60, dada la popularidad que adquiere la cocaína, frente a los graves efectos que originaba la heroína, se vuelve a difundir su consumo. A partir de los 70 se convierte en la droga de la sofisticación y del lujo, dado su elevado coste. En la actualidad, el consumo de cocaína se encuentra extendido a todas las clases sociales, habiendo disminuido considerablemente, además, la edad de inicio del consumo, situándose en los 15 años¹¹⁹.

Los principales fines del uso de la cocaína han sido medicinales, la comunicación social, y el ejercicio de una actividad concreta. Pues, se ha utilizado en diversos grados y tipos de anestesia local, trastornos gastrointestinales, asma, congestión nasal o como laxante suave y diurético. Dado que se trata de una droga estimulante, elimina el cansancio e incrementa la capacidad intelectual. Fomenta la capacidad de relacionarse y comunicarse con los demás. Y se potencia la energía sexual “en el hombre ese aumento tiende a manifestarse como mayor control del orgasmo (sea o no capaz de incrementar su número, y en la mujer como mayor entrega a la voluptuosidad, elevando en ambos el poder de la imaginación”¹²⁰. Actualmente, el único uso aceptado en Medicina es como anestésico local y vasoconstrictor, si bien no suele ser habitual su utilización sustituyéndose por otras sustancias menos tóxicas¹²¹.

Como indica ESCOHOTADO la cocaína es “un tropano, parecido estructuralmente a los alcaloides de las solanáceas alucinógenas (belladona, beleño, daturas, mandrágora, etc.), aunque muy distinto por su acción fisiológica y psicológica. En su forma habitual (clorhidrato de cocaína) no resulta alterado por la luz y admiten bien casi cualquier temperatura exterior, pero necesita ambientes secos, pues la humedad del aire hace que se licúe”¹²².

“Los términos de argot para la cocaína son coca, nieve, perico o farlopa”¹²³. Puede tener aspecto diverso, en forma de escamas, rocas y polvo, indistintamente, de color blanco o del mate al beige. Suele relacionarse el aspecto de la droga con la pureza de la misma. Para concretar su pureza, se utiliza el test térmico, que consiste en calentar la sustancia a una temperatura que oscila entre los 192 y 197 grados, fundiéndose la droga, lo que permite detectar fácilmente cualquier adulterante. Otro test es el de la lejía, que consiste en dejar caer la cocaína en polvo sobre un trozo de tela, si bien este test es únicamente eficaz en la detección de anestésicos locales sintéticos, que deja una traza de color rojo¹²⁴.

Normalmente se utiliza en forma de polvo blanco y cristalino de sabor amargo, con una pureza variable, siendo administrada habitualmente “por las mucosas, generalmente por la nasal, mediante aspiración con un canuto o a través de la mucosa oftálmica, aplicado mediante pomadas o colirios que llevan un soporte analgésico, para disminuir sus efectos. Puede consumirse por vía oral, pero un proceso de hidrólisis la inactiva parcialmente o casi en su totalidad, sin embargo en consumidores habituales por vía oral

¹¹⁹ PASCUAL PASTOR.: *Op. cit.*, pp. 14 a 16.

¹²⁰ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, pp. 1273 y 1274.

¹²¹ PASCUAL PASTOR.: *Op. cit.*, p. 13.

¹²² ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, pp. 129 y 130.

¹²³ LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 73.

¹²⁴ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1268.

ha obligado a buscar sustancias, que mezcladas a la cocaína, y mediante una variación en su PH, evita la hidrólisis o destrucción. Otras formas de consumo, son las inyecciones subcutáneas o intravenosas, en forma de soluciones aisladas o asociadas a la heroína”¹²⁵. También, la mezcla de cocaína en bruto con marihuana o tabaco, produciéndose una sustancia muy adictiva y toxica conocida como basuco. Suele ser frecuente, además, que los cocainómanos mezclen cocaína con heroína para compensar los efectos estimulantes y prolongar la euforia (*speedball*)¹²⁶.

La dosis activa mínima, por vía nasal es de 20 o 30 miligramos. La dosis letal media oscila entre 1 y 1.5 gramos para un individuo de unos 70 kilos, ingeridos en una sola vez o rápidamente. Dada la imposibilidad de obtener en el mercado negro cocaína pura, dichos datos nos sirven únicamente para establecer ciertos límites. Así, aún cuando el individuo posea cocaína adulterada para su consumo, conoce que una dosis veinte veces superior a la dosis activa, cada dos horas, le ocasionaría una intoxicación grave¹²⁷.

La pasta de coca (sulfato de cocaína), conocida también como *suko*, *baserolo* o *suzuki* es una pasta que se obtiene por maceración de la hoja de coca con ácido sulfúrico, durante 1 o 4 días, previa exposición al petróleo y carbonato potásico. Se consume fumada, pudiendo ocasionar saturnismo. Es una sustancia de color blanco - pardo. Surge en California en el año 1974¹²⁸. La pasta de coca contiene un promedio de un 50% de cocaína, (oscilando entre el 30% al 80 %) ¹²⁹.

El crack o rock se extrae de la mezcla de clorhidrato de cocaína con amoníaco y una base fuerte, la cual una vez calentada, presenta la forma de roca con trozos de porcelana. Adquiriendo un color beige. Dada la impureza de la sustancia, se consume fumada en pipas especiales de vidrio o inhalándose una vez se haya calentado sobre papel de plata¹³⁰.

En el proceso por el que se obtiene el crack se producen determinados crujidos, al ser calentadas las piedras, llamados *craquements* en francés o *cracking* en inglés, de los que procede su nombre. El empleo del término crack, aparece por primera vez en 1985 en el New York Times. Dicha droga surge en los años 80 adquiriendo inmediatamente una gran popularidad en la población de Estados Unidos, especialmente entre los jóvenes, dado su bajo precio¹³¹.

A juicio de ESCOHOTADO a pesar de la insuficiencia de los estudios realizados sobre el crack, esta sustancia pertenece a las denominadas drogas de diseño, siendo una alternativa del mercado negro ante las dificultades de obtener un “original prohibido” (en este caso la cocaína). Su uso está vinculado de forma especial a ambientes marginales¹³².

¹²⁵ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 181.

¹²⁶ PASCUAL PASTOR.: *Op. cit.*, p. 20.

¹²⁷ ESCOHOTADO.: *Op. cit.*, pp. 1266 y 1267.

¹²⁸ PASCUAL PASTOR.: *Op. cit.*, p. 19.

¹²⁹ PNSD, *Cocaína, Informe nº 3 de la Comisión Clínica*, 2008, p. 44.

¹³⁰ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1275.

¹³¹ PASCUAL PASTOR.: *Op. cit.*, pp. 19 y 20.

¹³² ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1276.

Los derivados de la coca, son *drogas estimulantes*, que provocan en el consumidor, de forma inmediata, los siguientes efectos: euforia, aumento de lucidez intelectual, exaltación de la autoconfianza, falta de cansancio, de sueño y de apetito, incremento del ritmo cardíaco y de la tensión arterial, sudoración, y mayor deseo sexual. No obstante, dichos efectos inmediatos varían con el incremento de la dosis, observándose en el consumidor, agresividad, irritabilidad, ansiedad, alucinaciones y convulsiones. Con dosis elevadas, se produce coma y muerte, por parálisis cardiorespiratoria¹³³.

Se puede desarrollar en el individuo una importante tolerancia al efecto euforizante, de modo que muchos cocainómanos afirman no experimentar los efectos con la misma intensidad que cuando consumieron por primera vez. De ahí, que se tienda a elevar la dosis con el fin de incrementar y alargar la euforia. Si bien, se puede dar una tolerancia al “subidón”, también es posible que el adicto haya desarrollado una mayor sensibilidad a la cocaína, sin haber incrementado la dosis¹³⁴.

Los efectos de la cocaína cuando es absorbida por vía nasal, surgen a los 2 o 5 minutos, prolongándose 30 minutos, tras los cuales los efectos comienzan a decrecer. En el caso de administración por vía intravenosa, los efectos surgen de forma instantánea, persistiendo 4 o 5 minutos. Produciendo una fuerte ansiedad y la necesidad irrefrenable de inyectarse de nuevo. Suele ser habitual que quién se administra cocaína por vía intravenosa, se inyecte también opiáceo o tranquilizante, con el fin de evitar graves efectos psíquicos.

Los efectos de la administración de la cocaína por otras vías, son variables, según se trate de una dosis alta, media o leve. Cuando se trate de una dosis alta, los efectos que experimenta el cocainómano son los siguientes: disminución del peso corporal, desequilibrio emocional, debilidad, desgana, impotencia, falta de sueño, delirio persecutorio y alucinaciones. Una dosis media o leve origina irritabilidad, falta de sueño y apetito¹³⁵.

El crack ocasiona efectos más intensos que la cocaína, llegando de forma inmediata al cerebro del consumidor (5 segundos), pero también menos duraderos (4 minutos). A los segundos de inhalarse el crack, el individuo experimenta un “subidón” intenso, apareciendo euforia, autoconfianza o disminución de la ansiedad. Se altera el juicio, y se tiende a realizar actividades peligrosas. Se acelera el habla, y el individuo se expresa de forma incoherente. Al empezar a disminuir los efectos decae el ánimo del consumidor, hasta caer en un estado de disforia¹³⁶.

El declive de sus efectos es tan insoportable para el individuo, que le provoca un consumo compulsivo. Así, se ha dicho que “el crack es el sueño del traficante y la pesadilla del adicto”. Produce una dependencia psicológica tan absoluta, que resulta imposible dejar su consumo¹³⁷. La sobredosis de crack suele ser frecuente.

¹³³ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 182.

¹³⁴ PNSD, *Cocaína, Informe nº 3...*, *Op. cit.*, p. 65.

¹³⁵ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1271.

¹³⁶ OMS, *Glosario de términos...*, *Op. cit.*, p. 24.

¹³⁷ LIZASOAIN / MORO / LORENZO.: “Cocaína: aspectos farmacológicos” en *Monografía cocaína...*, *Op. cit.*, p. 39.

El consumo de estas sustancias, de forma continuada, provoca problemas psíquicos y físicos. Dependiendo de la dosis y de la forma de administración, se pueden originar consecuencias más graves para el adicto, pudiendo llegar hasta la muerte por infarto de miocardio.

En el caso de la cocaína, su consumo habitual afecta al funcionamiento del cerebro, ocasionando trastornos psíquicos como episodios paranoides, depresión, psicosis y esquizofrenia. Físicamente, altera el sistema circulatorio y respiratorio, y provoca daños neurológicos y gastrointestinales. También, puede ocasionar pérdida del olfato, hemorragias nasales, ronquera y perforación del tabique nasal, cuando se administra por vía nasal. La administración de cocaína por vía intravenosa, puede provocar además, reacciones alérgicas a la droga o alguno de los elementos adulterantes o infecciones (VIH, hepatitis, etc.)¹³⁸.

Según la OMS tanto los cocainómanos que experimentan por primera vez con la cocaína como los habituales, pueden padecer reacciones tóxicas agudas. Consiste “en un delirio parecido al pánico, hiperpirexia, hipertensión, arritmias cardíacas, infarto de miocardio, colapso cardiovascular, crisis convulsivas, estado epiléptico y muerte”. Otras secuelas pueden ser delirio paranoide, alucinaciones auditivas y visuales a las que se les denomina “luces de nieve”¹³⁹.

El uso habitual de crack puede ocasionar alucinaciones, agresividad, episodios paranoides e intentos de suicidio. El uso prolongado puede desembocar en alteraciones respiratorias, del ritmo cardíaco y muerte. Los efectos del crack afectan a individuos de cualquier edad, incluso a los fetos en el útero¹⁴⁰.

A pesar del amplio debate mantenido durante años, hoy en día, se considera que las sustancias derivadas de la coca, son las que producen mayor *adicción*, originando una fuerte *dependencia* (física y psíquica) y en ocasiones, la aparición inmediata del *síndrome de abstinencia*. El drogodependiente, experimenta depresión, ansiedad y un deseo incontrolable de consumir, y aumentar la dosis.

Tal y como sucede con otras drogas de abuso, la *adicción* a la cocaína viene determinada por diversos factores, son los siguientes: las características farmacológicas de la cocaína, la vía de administración (fumada o por vía intravenosa produce una mayor adicción), las características individuales del individuo (el antecedente de trastorno por déficit de atención con o sin hiperactividad, o la vulnerabilidad genética), y los factores ambientales (como disponibilidad y accesibilidad a la droga, falta de percepción del riesgo que conlleva su consumo), son factores que favorecen la adicción a la cocaína¹⁴¹.

La *dependencia* a la cocaína se vincula a ciertos patrones de consumo:

¹³⁸ PNSD, *Guía sobre drogas...*, *Op. cit.*, p. 41

¹³⁹ OMS, *Glosario de términos...*, *Op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁰ PASCUAL PASTOR: ..., *Op. cit.*, p. 20.

¹⁴¹ PNSD, *Cocaína, Informe de la Comisión Clínica nº 3...*, *Op. cit.*, p. 66.

1. Vía de administración: El consumo de crack fumado y de cocaína inyectada son los más adictivos.
2. Tiempo de consumo y dosis: Cuanto mayor sea el tiempo de consumo y la dosis administrada, mayor será la posibilidad que se ocasione un uso compulsivo dependencia en el individuo. Así frecuentemente, es compulsivo y adictivo, un empleo de cocaína superior a 6 o 8 horas, con una dosis superior a 1 o 2 gramos.
3. Tendencia a la compulsión y a la aparición de movimientos estereotipados. El cocainómano que muestra este comportamiento, presenta una adicción más intensa y rápida.
4. Presencia de *crash*. La aparición de un cuadro de abstinencia, y la disforia que afecta al individuo, puede inducirle al consumo para calmarlo.
5. Presencia de síntomas generales de abuso o dependencia¹⁴².

La dependencia a la cocaína se puede desarrollar tanto en el consumidor esporádico del fin de semana, como en el adicto que consume diariamente. La dependencia física a la cocaína “es el resultado de los fenómenos de neuroadaptación que han tenido lugar en el cerebro durante el proceso de consumo crónico de la droga”¹⁴³.

En opinión de CABALLERO MARTÍNEZ “el perfil clínico más característico del dependiente de cocaína es el de un paciente que presenta tolerancia, autoadministración compulsiva, y en ocasiones, síntomas de abstinencia cuando interrumpe el consumo. La dependencia de cocaína suele producirse años después de iniciar el consumo, pero en algunos casos se establece poco tiempo después de iniciarlo (en meses)”¹⁴⁴.

Según la OMS el consumo reiterado de cocaína denominado en inglés *run* va seguido de un “bajón” cuando se interrumpe el consumo. Dicho bajón puede considerarse como un síndrome de abstinencia en el que desaparece la euforia, siendo reemplazada por la ansiedad, depresión profunda, etc¹⁴⁵.

Cuando hablamos de *síndrome de abstinencia*, nos referimos a los síntomas físicos y psíquicos, que surgen en el individuo tras dejar el consumo de la sustancia adictiva o disminuir la dosis. El síndrome de abstinencia conlleva a la búsqueda compulsiva de la droga. Cuando el adicto consume de nuevo, tienden a remitir los síntomas llegando a desaparecer por completo. La cocaína, sin embargo, no responde al cuadro clásico del síndrome de abstinencia. El cocainómano no tiende a la búsqueda de la droga. Además, el uso de esta sustancia durante el periodo de abstinencia, no elimina los síntomas de la depravación¹⁴⁶.

El síndrome de abstinencia, padecido solo por un porcentaje de cocainómanos, surge a las horas o pocos días de dejar el consumo o disminuir la dosis, prolongándose durante varios días o incluso semanas. Se pueden diferenciar varias fases:

¹⁴²CABALLERO MARTÍNEZ, L.: *Adicción a cocaína: Neurobiología, clínica, diagnóstico y tratamiento*, Ministerio de Sanidad y Consumo centro de publicaciones, PNSD, Madrid, 2005, p. 61.

¹⁴³ PNSD, *Cocaína, Informe de la Comisión Clínica nº 3...*, *Op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 62.

¹⁴⁵OMS, *Glosario de términos...*, *Op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁶ LLOPIS LLÁCER, JJ.: “Dependencia, Intoxicación aguda y síndrome de abstinencia por cocaína” en *Monografía cocaína...Op. cit.*, pp. 153 y 154.

- 1ª. Abstinencia aguda o *crash*, que aparece tras 6 - 12 horas, y se prolonga cuatro días.
- 2ª. Abstinencia retardada, se prolonga de 1 a 10 semanas, apareciendo un deseo incontrolable de consumir.
- 3ª. Extinción indefinida, de duración indefinida, en la que se producen “crisis esporádicas de *craving* y situaciones de recaída”¹⁴⁷.

Los síntomas del síndrome de abstinencia son: disforia, agotamiento, alteración del sueño (insomnio o hipersomnias), sueños vivos displacenteros, aumento del apetito, retardo o aceleración psicomotriz, anhedonia y apetencia de consumo. Durante el síndrome de abstinencia, existe asimismo, el riesgo de la tendencia suicida del individuo¹⁴⁸.

Como indican BOBES y SÁIZ, de los datos aportados en los últimos años por el Observatorio Europeo de las drogas y las Toxicomanías, se desprende un incremento importante del consumo de cocaína en toda Europa, de su disponibilidad y de los problemas que acarrea su consumo. Siendo España el primer país consumidor de Europa, debido a la gran difusión de dicha droga entre la población más joven, de ambos sexos. Habiéndose reducido la edad de inicio del consumo, situándose en torno a los 15 años. No obstante, el consumo de cocaína es inferior al de otras sustancias como el cannabis o las drogas legales.

Otro dato preocupante es el policonsumo vinculado con la cocaína. Es decir, la tendencia del cocainómano a consumir con la cocaína otras sustancias, especialmente, alcohol, tabaco o cannabis. Paralelamente al incremento del consumo de cocaína, en los últimos años, se ha ido aumentando el número de casos clínicos, y de muertes ocasionadas por el consumo de dicha sustancia¹⁴⁹.

De los datos proporcionados por el OEDT, en su Informe del 2011, se desprende que la cocaína es la segunda droga ilegal de mayor prevalencia de consumo en España: el 10,2 % de la población de entre 15 a 64 años la ha probado alguna vez en la vida, el 2,6 % lo ha hecho en el último año y un 1,2% en el último mes. España ocupa los primeros puestos de los países más consumidores a nivel mundial, si bien se ha estabilizado la prevalencia del alza al consumo a partir del *Programa de Actuación frente a la cocaína 2007- 2010*. La prevalencia de consumo es mayor entre los hombres que en las mujeres. La edad media del primer consumo de la cocaína en polvo se mantiene en 20,9 años, y para la cocaína base, en 23,1 años¹⁵⁰.

El consumo de la cocaína, al igual que sucede con el resto de las drogas estimulantes, está vinculado a la noche, a salir de fiesta, a los fines de semana, días festivos o celebraciones especiales. Dado que favorecen la diversión, deshibición, comunicación con los demás, etc.

¹⁴⁷ PNSD, *Informe de la Comisión Clínica nº 3...*, *Op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁸ CABALLERO MARTÍNEZ.: *Op. cit.*, p. 66.

¹⁴⁹ BOBES, J / SÁIZ, PA / GÓNZALEZ, MP.: “Epidemiología del uso / abuso de cocaína” en *Monografía cocaína...*, *Op. cit.*, pp. 35 y 36.

¹⁵⁰ OEDT, *Informe 2011...*, *Op. cit.*, pp. 32 a 34.

No obstante, algunos cocainómanos hacen del consumo de coca una práctica habitual e incluso diaria en determinadas etapas de su vida. También, existe un consumo de estas drogas entre individuos muy activos socialmente que trabajan en el mundo de la noche. El consumo suele realizarse tanto en el interior de los locales (especialmente en cuartos de baño y lugares apartados) como en el exterior. Siendo habitual que la cocaína se consuma de madrugada, tras haber ingerido previamente otras sustancias. Hoy en día, la cocaína se valora especialmente por los consumidores, por facilitar la fiesta y ser un buen acompañante del alcohol¹⁵¹.

La mayor parte de la cocaína que se consume actualmente a nivel mundial, procede de Colombia, Perú y Bolivia. La mayor parte de la cocaína incautada en Europa, procede de Sudamérica, bien directamente o a través de América Central, el Caribe, y África Occidental. Siendo España el principal punto de entrada de la cocaína en Europa. El tráfico de cocaína se efectúa a través del Caribe y África (países del Golfo de Guinea y de la costa de Cabo Verde)¹⁵².

2.3. Alucinógenos

Drogas alucinógenas son las sustancias de origen natural o sintético, que causan alucinaciones, alteración de las sensaciones y del estado de ánimo¹⁵³.

Los alucinógenos *naturales*, se extraen de plantas, hongos, setas o animales. Por las condiciones climáticas, crecen en zonas tropicales. Desde tiempos remotos, han sido usadas en rituales místicos y religiosos, por las más diversas civilizaciones. La población indígena de diversas zonas del mundo descubrió en su entorno natural, sustancias que tenían la propiedad de “alterar el sentido del tiempo, producir distorsiones de los sentidos y alterar la organización racional del pensamiento”¹⁵⁴.

En Asia, África, Australia y América son drogas utilizadas por el brujo, chamán o sus sucesores, con la que adquiere poderes mágicos que no comparten con el resto de la tribu, como trasladarse misteriosamente de un lugar a otro¹⁵⁵. Actualmente, se continúa su uso, en el sudeste de Estados Unidos, y muy especialmente en México, y gran parte de Sudamérica. Son alucinógenos naturales, *la mescalina*, *la psilocibina*, *la psilocina*, *la bufoteina*, *la ayahuasca*, entre otras¹⁵⁶.

La *mescalina* es la droga alucinógena natural más consumida. Se obtiene del cactus Peyote (nombre azteca con el que se conoce, originario de Méjico) o botón de mescal y ciertas cactáceas oriundas de América (*trichocereus* o *sampedro* que crecen en todo el mundo). El uso de esta sustancia determinaba la cultura de pueblos como el cora, el

¹⁵¹ PNSD, *Cocaína, informe de la Comisión Clínica nº 3...*, *Op. cit.*, p. 24.

¹⁵² *Ibidem*, p. 17.

¹⁵³ LLEBOT MARCH / GUAL I SOLÉ.: *Op. cit.*, p. 97.

¹⁵⁴ CAMI, J / FARRÉ, M.: “Farmacología de los alucinógenos”, en *Alucinógenos: la experiencia psicodélica*, Neurociencias, Barcelona, 1996, p. 11. Se puede consultar en <http://www.dipucadiz.es>

¹⁵⁵ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1293.

¹⁵⁶ LLEBOT MARCH / GUAL I SOLÉ.: *Op. cit.*, pp. 97 y 98.

tarahumara, el tepehuani y el huichol, que recorrían anualmente cientos de kilómetros a pie, para abastecerse del botón de mescal que utilizaban en sus ceremonias y ritos mágicos, conocidos por todos los adultos de la tribu¹⁵⁷.

La planta de la que se obtiene la mescalina fue objeto de amplias investigaciones por Lewin, a principios del siglo XX. En los escritos de los descubridores del siglo XVI ya se aludía al uso del peyote en todo tipo de rituales. Durante años, el peyote constituyó el elemento principal de los rituales religiosos de los indios del sudeste de Estados Unidos y del norte de Méjico. Hoy en día, se sigue utilizando en las ceremonias religiosas de la Iglesia Nativa Americana fundada en 1880. El alcoide de la mescalina fue aislado en 1896 por A. Heffter, y sintetizado por E. Spath en 1919¹⁵⁸.

Se consumía masticada, o con agua como infusión. Además, hoy en día, se presenta en polvo, siendo la dosis activa mínima de 100 miligramos, produciendo efectos intensos a partir de la administración de una dosis de 500 miligramos, prolongándose entre 6 y 10 horas. No existe dosis letal, al no haberse conocido casos de muerte por el uso de esta droga. Dependiendo del tamaño de los botones de la planta, la dosis oscila entre 2 y 30. Una dosis de 30 constituye aproximadamente unos 600 miligramos.

La mescalina en forma vegetal se consume tras el secado de las hojas del cacto, ocasionado en consumidores no habituados, náuseas, vómitos y dolor de cabeza. Afectando fundamentalmente, al hipotálamo, dentro del sistema nervioso central¹⁵⁹.

Suele ser frecuente, que el individuo que se inicia en el consumo de esta sustancia, lo haga en compañía de un consumidor habitual que tenga conocimiento de las sensaciones que se experimentan y que le sirva de “guía”, preparándose además internamente, mediante el ayuno, y externamente, eligiendo la ocasión. Así, las primeras veces que se consume suelen realizarse de noche (durante el crepúsculo o amanecer), con el fin de potenciar las visiones del individuo, y evitar que sea perturbado con ruidos o exceso de luz. Se eligen lugares conocidos, variables y tranquilos. No obstante, la experiencia del consumo de esta droga, depende en gran parte del estado anímico del individuo¹⁶⁰.

La *psilocibina* y la *psilocina* son principios activos de diversos hongos y setas, que se encuentran fundamentalmente en México. Existen más de 70 variedades de hongos alucinógenos que contienen distintas cantidades de psilocibina y psilocina. La dosis activa mínima es de 2 miligramos, la dosis media oscila entre los 10 y 20 miligramos, y la alta es a partir de los 30 miligramos¹⁶¹.

La *bufotenina* se extrae de las semillas de ciertas plantas leguminosas (*Piptadenia peregrina*, *Virola theiodora*), vulgarmente conocida como Yopo, Cohoba o Epena. Muy utilizada por los indios de la región del Orinoco.

¹⁵⁷ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 199.

¹⁵⁸ CAMÍ / FARRÉ.: *Op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁹ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1328.

¹⁶⁰ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, pp. 205 y 206.

¹⁶¹ PENADO ABILLEIRA, M.: “Repercusiones penales de las drogas alucinógenas”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 21, Madrid, 2011, p. 19.

También, son alucinógenos naturales, los alcoídes de la harmala, que se consumen como bebida, como es el caso de la *ayahuasca*. Muy utilizada en la zona amazónica de Perú, Ecuador, Colombia, Bolivia, Brasil Occidental y en la zona del río Orinoco¹⁶².

La palabra *ayahuasca* significa “liana amarga”. Esta infusión se obtiene de diversas lianas y raíces de plantas con propiedades psicoactivas como la liana *Banisteriopsis caapi* y *Psychotria viridis*. Los indios guahibos del Orinoco mastican los tallos de la *Banisteriopsis caapi*, en vez de beberla. La ayahuasca se usa en rituales religiosos o se emplea con una finalidad médica, social, o también en los rituales de iniciación de la adolescencia. La infusión de la ayahuasca se obtiene tras hervirla en varios litros de agua, durante una hora. También, se usa la pulpa que se forma con la corteza, tras haber sido macerada en agua fría¹⁶³.

Los alucinógenos *sintéticos* son el LSD 25 y PCP o *fenciclidina*. El LSD 25 es el alucinógeno más consumido y extendido, y el que provoca efectos más intensos. El LSD 25 (dietilamida del ácido lisérgico), se descubrió en 1938 por el químico suizo A. Hoffman, cuando se encontraba investigando los alcaloides del cornezuelo del centeno. Se llamó LSD 25 por ser el compuesto número 25 de los que se había sintetizado. Si bien, las propiedades alucinógenas del LSD, fueron detectadas por Hoffman en 1943, cuando por error ingirió una cantidad pequeña de LSD¹⁶⁴.

En los años 50, se investigó científicamente su utilidad en las enfermedades mentales. Era consumida por sectores restringidos de la sociedad como estudiantes, intelectuales, etc. Popularizándose su consumo con el movimiento hippie de los años 60.

Posteriormente, surgió un debate sobre su utilidad, entre algunos psiquiatras que defendían su eficacia en la psicoterapia y otros sectores que dudaban de su utilidad terapéutica, y de sus efectos beneficiosos para el organismo. Prohibiéndose su consumo en Estados Unidos a mitad de los años 60, y a nivel internacional en 1971, tras la Convención celebrada en Viena, sobre control de sustancias psicotrópicas¹⁶⁵.

El LSD 25 es una sustancia cristalina, que se funde entre los 80 y 85 grados. El tartrato es soluble en agua. Se puede presentar de diversas formas, siendo ingerida habitualmente por vía oral, como comprimidos o impregnando un terrón de azúcar, un trozo de papel secante o una tela, con dicha sustancia. Rara vez, se administra inyectándola por vía intramuscular o intravenosa, con el fin de obtener efectos más inmediatos. En el mercado negro, se vende en forma de píldoras negras muy pequeñas, o de figuras geométricas de color rojo o azul, o en pegatinas de sustancias solubles, o en soportes como chicles, caramelos, etc¹⁶⁶.

¹⁶² LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 98.

¹⁶³ CAROD ARTAL, FJ.: “Síndromes neurológicos asociados con el consumo de hongos y plantas alucinógenos”, *Elementos*, núm. 60, Vol. 12, 2005, p. 49. Se puede consultar en <http://www.elementos.Buap.mx>

¹⁶⁴ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 206.

¹⁶⁵ LIZASOAIN HERNÁNDEZ, I / MORO SÁNCHEZ, MA / MARTÍN DEL MORAL, M.: *Drogodependencias. Farmacología, Patología, Psicología, Legislación*, Panamericana, Madrid, 2001, p. 217.

¹⁶⁶ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 178.

La dosis activa mínima del LSD es inferior a 0,001 miligramos por kilo de peso. La dosis letal de esta droga no se ha alcanzado. Si bien, el margen de seguridad llega a alcanzar el 1 a 650. Es una sustancia de gran toxicidad, cuyos efectos pueden aparecer tras el consumo de una dosis de 0,02 miligramos, en una persona de 50 a 70 kilos de peso. Si bien, la dosis estándar es de 0,10 miligramos. La dosis alta es a partir de 0,30 miligramos, prolongándose los efectos durante más tiempo¹⁶⁷.

Es una sustancia de gran toxicidad, cuyos efectos pueden aparecer tras el consumo de una dosis de 40 microgramos.

En el caso de la administración de la droga por vía oral, los efectos aparecen entre los 15 y 40 minutos. Cuando se inyecta por vía intramuscular o intravenosa, se experimentan a los 10 minutos o inmediatamente, respectivamente. Dependiendo del drogodependiente y de la dosis administrada, los efectos pueden prolongarse hasta 10 horas.

El LSD 25 suele ser consumido por el drogodependiente junto a otras drogas, es “una droga típica de asociación con otras”, dado que su consumo único conllevaría de forma rápida, a la demencia o psicosis del drogadicto¹⁶⁸.

La intoxicación aguda por LSD se exterioriza mediante reacciones psicóticas agudas (ansiedad, disforia intensa, terror, alucinaciones o desorientación), agresividad y riesgo de suicidio. Se conocen casos de suicidio y de homicidios de individuos que habían consumido esta sustancia¹⁶⁹.

Los alucinógenos son drogas que provocan importantes efectos psíquicos. No producen *dependencia* física, pero sí *psíquica*. Así, psíquicamente se producen alteraciones intensas de la percepción visual, y del espacio y del tiempo. Los colores, aparecen más intensos y brillantes. Las formas, perfectamente delimitadas y en movimiento. Las imágenes se presentan desfiguradas. Se acortan y alargan los minutos. Las alucinaciones son tan potentes, que provocan en el sujeto delirio. También se produce un aumento de la sensibilidad del sujeto a los estímulos, debilitándole emocionalmente. De ahí, que experimente estados como la euforia, la angustia, el terror o el delirio¹⁷⁰.

Además, se producen cambios en la organización del pensamiento, como aturdimiento de ideas que el sujeto no es capaz de ordenar verbalmente¹⁷¹.

A los efectos del LSD se les conoce como *trips* o viajes, de ahí que coloquialmente se les conozca como *tripsis*. Los efectos negativos del LSD son designados como “mal viaje”. El individuo padece crisis de ansiedad o pánico, pudiendo aparecer psicosis en las que el individuo se siente desorientado y confuso. Frente a los “malos viajes” suele

¹⁶⁷ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1334.

¹⁶⁸ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 178.

¹⁶⁹ LIZASOAIN HERNÁNDEZ / MORO SÁNCHEZ / MARTÍN DEL MORAL.: *Op. cit.*, p. 219.

¹⁷⁰ LLEBOT MARCH / GUAL I SOLÉ: *Op. cit.*, pp. 101 y ss.

¹⁷¹ CAMI / FARRÉ.: *Op. cit.*, p. 9.

ser muy eficaz lo que se conoce como *talk down* o habla tranquilizadora de un individuo con experiencia que sepa sosegar al consumidor¹⁷².

Dichos efectos no sólo dependen de la dosis consumida o de la calidad de la droga, sino muy especialmente de las circunstancias personales del adicto, de la vía que se utiliza para ser ingerida, del entorno en el que es consumida y de los efectos que el adicto espera obtener con el consumo.

Trascurridas 8 o 10 horas desde el consumo, el drogodependiente “regresa a su mundo y lo hace sumido en una fuerte depresión, que generalmente se ve obligado a combatir con otras drogas, frecuentemente las anfetaminas. En estas salidas depresivas existe alto riesgo de suicidio. En personas jóvenes, no heroinómanos y cocainómanos, que se suiciden sin causa aparente, en las primeras horas de la mañana, hay que pensar en la posibilidad de muerte suicida por LSD, en esa fase de salida depresiva”¹⁷³.

A largo plazo, el LSD presenta, además, la peculiaridad de producir el efecto del *flash backs*. Consiste en repetir las alteraciones sensoriales ocasionadas con el LSD, como alucinaciones o alteraciones en la percepción de carácter visual. Aparece esporádicamente, y permanece en el sujeto, después de transcurrir varios años sin consumir¹⁷⁴. Otro efecto que persiste con el tiempo, es el de la psicosis o alteración de la percepción de la realidad, de la capacidad de pensar y relacionarse con los demás.

Físicamente, el consumo de LSD 25, puede ocasionar náuseas, sudoración, temblores, pupilas dilatadas aumento de la tensión arterial y del ritmo cardíaco. Como indican PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ “entre los 30 y sesenta primeros minutos, se observan pupilas muy dilatadas (midriasis), el pulso no es regular o estará muy acelerado o muy alentecido. Podemos encontrar en el primer caso hasta 160 pulsaciones por minuto y en el segundo unas 40, hay lagrimeo y sudoración, cierta palidez, ruidos de oído, dolor de cabeza y de abdomen, y náuseas o vómitos”¹⁷⁵.

Otros efectos clínicos del LSD pueden ser “neurológicos (temblor, ataxia, aparestesias y vegetativos, tanto simpaticomiméticos (midriasis, taquicardia, taquipnea, diaforesis) como parasimpaticomiméticos (sialorrea, lagrimeo). Se ha descrito la inducción de crisis epilépticas en usuarios de drogas y en pacientes epilépticos previos; un estado epiléptico no es común, pero también se ha asociado”¹⁷⁶.

Los alucinógenos son drogas poco adictivas, en las que la tolerancia a la sustancia aparece en breve, en el caso del consumo habitual, desapareciendo a los pocos días, rara vez se manifiesta el síndrome de abstinencia.

En el caso de la mezcalina, la tolerancia dependerá de la frecuencia del consumo. Si se usan dosis diariamente, una o varias veces, la tolerancia surge inmediatamente

¹⁷² PENADO ABILLEIRA.: *Op. cit.*, p. 17.

¹⁷³ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 179.

¹⁷⁴ LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁵ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁶ CAROD ARTAL.: *Op. cit.*, p. 49.

alcanzando un nivel alto. Cuando se consume durante intervalos de tiempo (por ejemplo, cada mes) el nivel de tolerancia es casi inexistente. Con la administración semanal, se origina una tolerancia leve. Cuando se emplea esta sustancia durante años, en intervalos separados de siete o quince días, la dosis se puede doblar o triplicar¹⁷⁷.

El consumo habitual de LSD, origina un alto nivel de tolerancia. Produciéndose una tolerancia cruzada con los variados alucinógenos, pero no con las anfetaminas y los derivados del cannabis. No obstante, el consumo del LSD suele espaciarse en el tiempo (semanas o meses), ello es debido en parte, a que la euforia que siente el individuo no es constante. El cese del consumo de sustancias alucinógenas, no produce síndrome de abstinencia¹⁷⁸.

El perfil del consumidor de alucinógenos se caracteriza por ser joven de 20 a 24 años de edad, que consume esporádicamente o durante los fines de semana, en determinados entornos como: bares o discotecas. Habitualmente consume drogas alucinógenas con otras sustancias psicoactivas, mezclándolo con estimulantes o alcohol. El uso de alucinógenos es más frecuente en varones jóvenes de ciudades medianas o grandes, y con buen entorno social. Son individuos que persiguen experimentar y nuevas emociones¹⁷⁹.

De los datos proporcionados por la Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y Drogas en España (EDADES), se desprende que en el 2009, un 3,7% de la población comprendida entre los 15 y 64 años había consumido alguna vez en la vida alucinógenos, un 0,5% lo había consumido alguna vez en la vida, y un 0,2% el último mes. La prevalencia del consumo fue superior en los varones que en las mujeres, y en los individuos de 15 a 34 años (1,1%) que en los de 35 a 64 años (0,1%)¹⁸⁰.

2.4. Psicofármacos

Los *psicofármacos* son fármacos con propiedades depresoras del sistema nervioso central (tranquilizantes), o psicoestimulantes (anfetaminas), cuya utilización para fines no terapéuticos, dado los efectos que provocan, dio lugar a su fiscalización.

Los *tranquilizantes* son aquellas sustancias que alteran el funcionamiento normal del sistema nervioso central, actuando como ansiolíticos, sedantes o provocadores del sueño. Entre los fármacos con efectos tranquilizantes, más conocidos, destacan los barbitúricos y las benzodiacepinas.

Los *barbitúricos* según la OMS es “un medicamento que pertenece a un grupo de depresores del sistema nervioso central; atendiendo a su estructura química, es un derivado del ácido barbitúrico obtenido por sustitución; son ejemplos el amobarbital, el

¹⁷⁷ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1328.

¹⁷⁸ LIZASOAIN HERNÁNDEZ / MORO SÁNCHEZ / MARTÍN DEL MORAL.: *Op. cit.*, p. 219.

¹⁷⁹ PENADO ABILLEIRA.: *Op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁰ OEDT, *Informe 2011, EDADES 2009-2010...*, *Op. cit.*, p. 41.

fenobarbital, o el secobarbital”. Se utilizan como antiepilécticos, anestésicos, sedantes, hipnóticos y, ansiolíticos¹⁸¹.

Los barbitúricos y sus derivados, fueron descubiertos en 1863, comercializándose ampliamente su uso terapéutico, hasta que 1971 se fiscalizó a nivel internacional, dada la adicción y el riesgo para la salud que provocaba su consumo. Siendo sustituidos paulatinamente por otras sustancias más seguras como las benzodiacepinas, sintetizadas a final de los años 50, utilizadas para paliar la ansiedad y el insomnio¹⁸².

Los barbitúricos, generalmente se ingieren por vía oral, si bien, también se pueden administrar intravenosamente. No suele establecerse una dosis activa mínima o letal, dado que la intoxicación aguda de cualquier tipo de barbitúrico ocasiona la muerte. Esta es debida a la falta de oxígeno en el cerebro o a complicaciones derivadas del aparato respiratorio (como pulmonía)¹⁸³.

Producen efectos sedantes, anticonvulsivantes, relajantes e inductores del sueño. El consumo habitual de barbitúricos produce físicos y psíquicamente importantes efectos adversos. Físicamente disminuye la presión arterial y el ritmo cardiaco, pudiendo provocar, una sobredosis, el coma, e incluso la muerte. Psíquicamente, provoca desorientación, alucinaciones, pánico o depresión, pudiendo llegar al suicidio. Los barbitúricos, es la sustancia más utilizada para el suicidio¹⁸⁴.

El uso crónico de barbitúricos puede desarrollar un alto nivel de dependencia (física y psíquica) incluso cuando no se ha sobrepasado la dosis recomendada. La tolerancia surge rápidamente aunque “su aparición no hace retroceder el umbral de la dosis mortífera”. A medida que se aumenta la dosis, se va reduciendo el margen de seguridad para el individuo, tendiendo a la sobredosis accidental.

Son drogas fuertemente adictivas, originando dependencia física a las cuatro semanas con dosis altas, o a las seis semanas con dosis medias. La intensidad del síndrome de abstinencia, provoca que el individuo deba ser ingresado en cuidados intensivos. Surge un cuadro de “*delirium tremens* con crisis epileptoides cuyo desenlace es un *estado epiléptico* bastantes veces mortal, seguido por semanas de caos psíquico”¹⁸⁵.

La OMS determina que la disminución brusca de la dosis o la supresión total del consumo, dan lugar al síndrome de abstinencia con síntomas como: náuseas, vómitos, agotamiento, sudor, pulso acelerado, aumento de la tensión arterial, insomnio, temblor. Así, como delirio en la semana siguiente tras reducir o suprimir el consumo¹⁸⁶. Efectos que se intensifican y agudizan tras el transcurso de los días, sin haber consumido. Suele ser habitual, el ingerir barbitúricos con alcohol u otras drogas, como es en el caso de la heroína o las anfetaminas.

¹⁸¹ OMS, *Glosario de términos...*, *Op. cit.*, p. 19.

¹⁸² SÁNCHEZ TOMAS.: *Op. cit.*, p. 22.

¹⁸³ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1243.

¹⁸⁴ SÁNCHEZ TOMAS.: *Op. cit.*, pp. 22 y 23.

¹⁸⁵ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1243.

¹⁸⁶ OMS, *Glosario de términos...*, *Op. cit.*, p. 20.

La muerte barbitúrica por coma se produce por la ingesta masiva de comprimidos, diluidos en agua y masticados con la boca, para obtener una rápida absorción. Cuando la ingesta no ha sido excesiva, puede ocasionar coma sin llegar a la muerte. Por otra parte, suele ser frecuente la ingesta de comprimidos, especialmente en chicas adolescentes, sin ánimo suicida, con la única finalidad de llamar la atención. Dándose casos en los que por circunstancias exógenas, no se ha llegado a tiempo o se ha producido efectos graves, encontrándose personas moribundas, que han sido reanimadas en el hospital¹⁸⁷.

La *benzodiacepina* es “el medicamento perteneciente a un grupo de fármacos relacionados estructuralmente que se emplean sobre todo como sedantes / hipnóticos, relajantes musculares y antiepilépticos”. Producen efectos terapéuticos al potenciar la acción del ácido gamma - aminobutírico (GABA)¹⁸⁸.

Las benzodiacepinas son el psicofármaco más utilizado en atención primaria, siendo prescrito habitualmente a mujeres y ancianos. La prescripción masiva de este fármaco, unido a un amplio consumo crónico de los pacientes, sin prescripción médica, provoca adicción. Suele darse además, un uso abusivo de dichas sustancias, entre la población heroínomana. Según los datos del Plan Nacional sobre Drogas, el 2% de la población general consume este tipo de fármacos sin prescripción médica, así como el 84.5% de la población heroínomana¹⁸⁹.

Los adictos a las benzodiacepinas, suelen ser aquellos pacientes que han estado sometidos a un tratamiento prolongado de las mismas, por padecer ansiedad y depresión. De igual forma, suelen darse en los alcohólicos, que suelen combinar dosis de estos compuestos con bebidas alcohólicas con el fin de potenciar los efectos del alcohol¹⁹⁰.

La dosis activa mínima de estos compuestos es de 5 miligramos. La dosis letal oscila entre los 200 y 500 miligramos. El margen de seguridad, varía atendiendo al compuesto de que se trate, pudiendo situarse entre 1 a 60 y 1 a 100, si bien estas dosis en un individuo no acostumbrado, puede ocasionar importantes efectos adversos¹⁹¹.

Las benzodiacepinas se diferencian de otros narcóticos y sedantes sintéticos, por afectar sólo a partes del sistema nervioso central, principalmente el sistema límbico. Las dosis pequeñas o medias de estos compuestos, actúan como sedantes; a dosis altas, se emplean como hipnóticos o inductores del sueño. Funcionan además, como relajantes musculares¹⁹².

Afectan gravemente a las facultades cognitivas del consumidor. Su utilización de forma reiterada provoca tolerancia y dependencia. Y la supresión brusca de su consumo, provoca efectos tales como: ansiedad, insomnio, sudoración, alteraciones intensas, son

¹⁸⁷ PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, pp. 176 y 177.

¹⁸⁸ OMS, *Glosario de términos...*, *Op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁹ LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹⁹¹ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1239.

¹⁹² ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 95.

los efectos del síndrome de abstinencia. La intoxicación con una dosis alta, junto a otras sustancias depresoras pueden ocasionar la muerte¹⁹³.

Según los datos aportados por la Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y Drogas en España, en el 2009, el 13,4% de la población encuestada entre 15 - 64 años reconoció haber consumido alguna hipnosedantes alguna vez en la vida. Siendo mayor el consumo en las mujeres (17,7%) que en los varones (9,9%). La prevalencia de consumo en los últimos 12 meses de hipnosedantes es de un 7,1 %, siendo el grupo de personas comprendidos entre los 55 a 64 años, los que muestran una prevalencia superior. Son las drogas, cuya edad de inicio de consumo es más tardía situándose en los 34,5 años¹⁹⁴.

Las *anfetaminas* (*amfetamine*, *amphetamine*) son los psicofármacos con propiedades estimulantes sobre el sistema nervioso central más extendidos. Tienen su origen en la planta *Efedra*, obtenidas por la síntesis de la efedrina. Se inició su comercialización en los años 30, extendiéndose ampliamente su consumo en los años 50 y 60, con finalidad curativa, para el tratamiento del asma, de la fatiga, de la obesidad, o de estados neuróticos. Fiscalizándose su uso internacional en 1971, dado los graves problemas de dependencia psíquica que producían.

No obstante, en la década de los 70 y los 80 difundió considerablemente su uso con una finalidad puramente recreativa, que ha llegado hasta el momento actual. La proliferación de laboratorios clandestinos dedicados a la elaboración de anfetaminas junto a otro tipo de drogas, como son las drogas de síntesis, la han convertido en una de las drogas duras más consumidas por la juventud a nivel mundial¹⁹⁵.

Los principales usos de las anfetaminas son los que se producen en el tratamiento de niños hiperactivos, de sobredosis por sedantes, crisis de hipo, de mareos terrestres, marítimos y aéreos, siendo especialmente eficaces para esfuerzos físicos, intelectuales, o para comunicarse con otros¹⁹⁶. También, han sido utilizadas por los deportistas como sustancias dopantes. Actualmente, figuran en las listas de sustancias prohibidas del Comité Olímpico Internacional¹⁹⁷.

La dosis activa mínima de anfetaminas, en terapéutica, es de 10 miligramos. El primer caso de muerte por sobredosis en 1941, se produjo por una dosis de 100 miligramos en una sola vez, por lo que el margen de seguridad es mínimo, siendo de 1 a 10. No obstante, basta ingerir dos o tres pastillas en sujetos que se inicien, para experimentar los efectos de estos fármacos¹⁹⁸.

Las anfetaminas conocidas vulgarmente como *anfet*as o *speed*, se venden en forma de polvo blanco, píldoras y pasta. El polvo blanco, que presenta apariencia de sal, se

¹⁹³ LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 47.

¹⁹⁴ OEDT, *Informe 2011...*, *Op. cit.*, pp. 38 y ss.

¹⁹⁵ SÁNCHEZ TOMAS.: *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

¹⁹⁶ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1282.

¹⁹⁷ LIZASOAIN HERNÁNDEZ, I / LORENZO FERNÁNDEZ, P.: "Anfetaminas" en *Drogodependencias...*, *Op. cit.*, p. 149.

¹⁹⁸ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 147.

envuelve en un papel doblado, conocido como “paco” pudiendo contener hasta 1 gramo. No obstante, dichos envoltorios no suelen contener más de 5 mg de anfetamina pura, ya que se cortan con impurezas para agrandar su tamaño¹⁹⁹.

Si bien, las anfetaminas normalmente son ingeridas por vía oral, también se pueden esnifar o inyectar. Sus efectos son diversos en función de la dosis, de la vía de consumo y de las circunstancias en que se produzca su consumo. Producen euforia, excitación, autoconfianza, insomnio, falta de apetito incremento de la concentración, de la energía, de la capacidad intelectual. Físicamente se produce alteración de la tensión arterial y del ritmo cardiaco, sudoración, insomnio, convulsiones, alucinaciones, o afecciones de tipo respiratorias, a medida que se va incrementando la dosis²⁰⁰.

El uso crónico de dosis medias o altas de anfetaminas produce efectos similares a los que se origina con el consumo habitual de cocaína en dosis paralelas, más graves. Los efectos psíquicos como paranoia o delirio persecutorio surgen antes, y en ocasiones, de forma irreversible. La intoxicación por anfetaminas es tratada igual que la intoxicación por cocaína²⁰¹.

No suele ser frecuente la intoxicación por anfetaminas, cuando se producen son intoxicaciones “potenciadas por alcohol o interacciones medicamentosas”²⁰². Los síntomas de la intoxicación en estos supuestos son: “taquicardia, dilatación de las pupilas, aumento de la tensión arterial, hiperreflexia, sudor, escalofríos, náuseas, vómitos, insomnio y alteraciones del comportamiento como, tales como agresividad, delirios de grandeza, hipervigilancia, agitación y alteración del juicio”²⁰³.

El consumo de anfetaminas origina *tolerancia* lo que provoca que el adicto necesite dosis cada vez mayores. El nivel de tolerancia que se alcanza con las anfetaminas es excepcionalmente alto. Aparece a los tres o cuatro días, tras ingerir tres comprimidos diarios (dosis prescrita en el prospecto), pudiendo un usuario habitual consumir medio gramo. El alto nivel de tolerancia de esta droga permite elevar la dosis letal. Si bien, se produce un importante deterioro físico del individuo, que afecta a órganos como el corazón, hígado y riñones. Provocando, así mismo, daños irreparables al feto en mujeres embarazadas²⁰⁴.

El abuso de anfetaminas provoca *dependencia*. Los abusos más usuales son: a) la de los usuarios que persiguen incrementar su rendimiento físico o intelectual, o evitar el sueño (es el caso de deportistas, estudiantes, camioneros), b) la de aquéllos que buscan experimentar los efectos deseados de estas sustancias (como euforia, incremento de la capacidad física o psíquica, etc.) y c) los de las mujeres de edad media, que los emplean frente a la obesidad²⁰⁵.

¹⁹⁹ STOPPARD, M.: *Que son las drogas. Desde el alcohol, el tabaco hasta el éxtasis y la heroína*, Javier Vergara Editor, Barcelona, 2000, p. 66.

²⁰⁰ SÁNCHEZ TOMAS.: *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

²⁰¹ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 149.

²⁰² PÉREZ PINEDA Y GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 177.

²⁰³ OMS, *Glosario de términos...*, *Op. cit.*, p. 18.

²⁰⁴ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1280.

²⁰⁵ LIZASOAIN HERNÁNDEZ / LORENZO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 150.

La dependencia que origina las anfetaminas es esencialmente psíquica, al igual que la cocaína. Existiendo cierto debate en torno a la dependencia física, entre los autores que niegan la existencia de la misma, y los que afirman que el cansancio, el sueño prolongado, la hiperfagia y la depresión que aparecen tras el cese del consumo, se deben a la dependencia física²⁰⁶.

A los dos días de cesar en el consumo de anfetaminas, aparece el *síndrome de abstinencia*, experimentando el individuo síntomas como alucinaciones, irritabilidad, delirio, y depresiones con riesgo de suicidio, que tienden a desaparecer con el transcurso de los días²⁰⁷.

Según los datos de la Encuesta Domiciliaria sobre Consumo de Drogas y Alcohol en España, realizada en el año 2009, el 3,7% de los encuestados de entre 15 y 64 años, había consumido alguna vez en la vida anfetaminas. La prevalencia de consumo de las anfetaminas, es mayor en hombre que en mujeres, y entre varones del grupo de 15 - 34 años, que en el de 35 - 64 años. La edad media del primer consumo se sitúa en los 20,1 años. Consumo que, generalmente, suele estar unido al consumo de otro tipo de sustancias alcohol (95%), cocaína (90.1%), éxtasis (62,1%) y alucinógenos (37,3%)²⁰⁸.

2.5. Drogas de síntesis

El concepto “drogas de diseño” (*designer drugs*) se introdujo en los años 60 por el farmacéutico de la Universidad de California, Gary Henderson, para aludir a un nuevo tipo de drogas que se elaboraban en laboratorios clandestinos, y se utilizaban con fines recreativos²⁰⁹. Su consumo se popularizó ampliamente en España en la década de los 90.

En ocasiones, cuando se utiliza el término de “drogas de diseño” se hace de forma equivocada. No siempre se trata de un nuevo tipo de droga fruto de las investigaciones realizadas a raíz de nuevas tecnologías, sino que en la mayoría de las ocasiones se trata de sustancias sintetizadas con anterioridad, que no llegaron a comercializarse.

Las *drogas de síntesis* o *drogas de diseño* son aquellas sustancias psicoactivas que se obtienen en laboratorios clandestinos a partir de procesos de síntesis de determinadas sustancias químicas, con el fin de provocar efectos más intensos que las drogas tradicionales, y de destinarlas a un uso puramente lúdico.

Como indica SÁNCHEZ TOMAS “la elaboración de estas sustancias a partir de síntesis química en laboratorios clandestinos hace que, por un lado, sea difícil concretar su composición química y, por otro, que se modifique su composición de unas partidas

²⁰⁶ LIZASOAIN HERNÁNDEZ / LORENZO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 154.

²⁰⁷ LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, pp. 89 y 90.

²⁰⁸ OEDT, *Informe del 2011...*, *Op. cit.*, p. 37.

²⁰⁹ GARCÍA DEL CASTILLO, JA / LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Manual de estudios sobre cocaína y drogas de síntesis*, Edaf, Madrid, 2005, p. 27.

a otras, especialmente para evitar su fiscalización, con lo que en la mayoría de las ocasiones el propio consumidor desconoce realmente qué está consumiendo²¹⁰. Dentro de las principales drogas de síntesis cabe destacar cuatro grupos:

- 1º. *Análogos de los opiáceos u opioides sintéticos* (derivados del fentanil y de la meperidina)
- 2º. *Derivados de la metacualona* (meclocualona, nitrometacualona)
- 3º. *Análogos de la fenciclidina* (pcp o fenciclidina)
- 4º. *Análogos a las anfetaminas* (“éxtasis” o MDMA, *speed*, “píldora del amor” o MDA, “eva” o MDEA o MDE)²¹¹.

Si bien existe una amplia gama de drogas de síntesis, cabe señalar que las que constituyen un grave problema para la salud pública, dada su rápida extensión entre la población joven, son los derivados anfetamínicos. Así, el MDMA, MDA, MDEA o MDE, y *speed*.

El *MDMA* conocida vulgarmente como “éxtasis”, o también como “E”, “X”, “XTC”, “Adam”, y en España como “pastillas”, “pastis” y “pirulas”²¹², es la droga de diseño derivada de feniletilaminas de mayor importancia, tanto por la difusión alcanzada, como por las numerosas investigaciones realizadas sobre esta droga. Se desconoce el año en que fue sintetizada. La primera referencia de esta droga, surge en 1912 en la solicitud de patente sobre la misma, formulada por la compañía alemana Merck, y concedida en 1914. Su uso lúdico se popularizó en los años 70 y principios de los 80, especialmente entre los estudiantes americanos, extendiéndose posteriormente a toda Europa Occidental. En 1985 se restringió su uso en Estados Unidos. En 1971 se fiscalizaron a nivel internacional, siendo incluidas en la lista I del Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotropas, como sustancias nocivas para la salud²¹³.

En España las drogas de diseño llegaron a mitad de los años 80, difundiéndose en lugares concretos y siendo consumidas por específicos grupos sociales. Inicialmente, la distribución se centró en las Islas Baleares y en puntos concretos de Barcelona y el Levante. Se consumían por los jóvenes que frecuentaban discotecas con determinado tipo de música “bacalao y tecno”. Dado que los efectos que producía la mencionada sustancia, les permitía eliminar el cansancio y bailar toda la noche. Extendiéndose ampliamente su consumo desde la década de los 90 hasta la actualidad en todo el país. Lo que ha originado la aparición de un mercado ilícito en el que la producción del éxtasis crece de forma alarmante, se adultera con otras sustancias, con el consiguiente riesgo que ello supone para el organismo humano, y se abarata su precio. Ello ha facilitado el acceso de la población juvenil a este tipo de droga, a lo que ha contribuido, además, que los laboratorios clandestinos dónde se fabrican, se encuentren ubicados en

²¹⁰ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 24.

²¹¹ GARCÍA DEL CASTILLO / LÓPEZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 29.

²¹² PNSD, *Drogas de síntesis en España: Patrones y tendencias de adquisición y consumo*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 1997, p. 30.

²¹³ LORENZO FERNÁNDEZ, P / BOBES GARCÍA, M / COLADO MEGÍA, I.: “Drogas de diseño. MDMA (éxtasis)” en *Drogodependencias. Farmacología. Patología. Psicología. Legislación*. Panamericana, Madrid, 2001, p. 157.

las zonas de las discotecas dónde es habitual su consumo, es decir, lo que se conoce como “ruta del bacalao”²¹⁴.

Suelen ser los propios jóvenes consumidores, los que actúan como intermediarios, suministrando las drogas a otros jóvenes que las compran a crédito. Cada uno de aquellos, dispone de una pequeña cantidad de pastillas que vende en discotecas o fiestas²¹⁵.

Se ha destacado por psiquiatras y psicólogos los efectos terapéuticos del MDMA en los denominados “trastornos funcionales” como enajenación emocional, dificultades en la comunicación, impotencia por motivos psicológicos, etc. No obstante, prevalece el uso lúdico a nivel mundial, fundamentalmente en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, España, Holanda, Alemania y Francia. A ello ha contribuido la brevedad de los efectos de esta droga, la empatía y la facilidad de comunicarse en grandes reuniones sociales y el desconocimiento de casos en los que se haya experimentado un mal viaje²¹⁶.

El MDMA se ingiere por vía oral, generalmente como pastilla, tableta o capsula. Cada tableta puede contener una media de 60 a 120 miligramos de MDMA y suelen tener dibujos impresos mediante los que son identificados por los usuarios²¹⁷. Cada consumidor, generalmente, suele ingerir una o dos pastillas, en una misma noche o fiesta. Produce efectos a partir de los 100 miligramos, después de 30 o 60 minutos de ser consumida, prolongándose durante dos horas, desapareciendo sus efectos a las cuatro horas²¹⁸.

No obstante, se comercializa además, como polvo o en forma de roca, con el nombre de “cristal” (éxtasis cristalizado), administrándose fundamentalmente, por vía oral en cápsulas o introduciéndolo en un trozo de papel de fumar (bombitas), pudiendo ser además fumado, inhalado o inyectado²¹⁹.

La dosis de MDMA oscila entre el 1 y 2,5 miligramos por kilo de peso. Una dosis inferior a 50 o 70 kilogramos puede no ser psicoactiva, y superior a 250 miligramos puede ocasionar una intoxicación aguda. Siendo escaso el margen de seguridad en este tipo de drogas. Situándose la dosis letal media en 600 o 700 miligramos en una sola toma²²⁰.

Los efectos del MDMA, varían en función de la dosis, la habitualidad y el tiempo que ha durado su consumo. Así, el consumo de pequeñas dosis, de forma ocasional, físicamente incrementa la energía y la vitalidad, eliminando todo indicio de cansancio, y

²¹⁴ SANDRA LLEBOT / GUAL I SOLÉ.: *Op. cit.*, pp. 90 y 91.

²¹⁵ GARCÍA DEL CASTILLO, JA / LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Manual de estudios sobre cocaína y drogas de síntesis*, EDAF, Madrid, 2005, pp. 30 y 31.

²¹⁶ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1303.

²¹⁷ PNSD, *Guía sobre drogas...*, *Op. cit.*, p. 58.

²¹⁸ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 24.

²¹⁹ PNSD, *Guía sobre drogas...*, *Op. cit.*, p. 58.

²²⁰ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1298.

disminuyendo el apetito (lo que lleva a algunas chicas a consumir, con el fin de perder peso). Psíquicamente origina euforia, autoconfianza y mayor empatía con las personas y de la capacidad de relacionarse socialmente²²¹. Además, produce “alteración visual de la percepción, de la percepción temporal, de la concentración, de la sensibilidad táctil. Aunque el MDMA es un inhibidor sexual, el aumento de la intimidad y la apertura de la dimensión afectiva que provoca pueden desencadenar experiencias emocionales y sexuales”²²².

A largo plazo, junto a los efectos buscados por el individuo, la ingesta de estas sustancias provoca, además, efectos adversos tales como cansancio, tensión muscular, incremento de la temperatura corporal, temblores, dolor de cabeza, visión borrosa, insomnio, aumento de la tensión arterial y del ritmo cardíaco.

También, trastornos psíquicos como ansiedad, psicosis paranoide (con alucinaciones auditivas y visuales, delirio, tendencia suicida), depresión (agotamiento, falta de apetito, melancolía, desinterés por el entorno familiar, laboral o social), crisis de angustia (pánico), *flashbacks* / alucinaciones²²³.

La intoxicación aguda por MDMA parece deberse más a la naturaleza del sujeto que a la dosis consumida, desconociéndose el “nivel de sobredosis” del éxtasis, en el hombre. No obstante, se recomienda no ingerir una dosis superior a 250 mg. La intoxicación aguda surge entre los 15 minutos y las 6 horas tras el consumo, con síntomas como: agitación, taquicardia, sudoración, etc. En los casos más graves, se pueden producir deshidratación, hipertermia, convulsiones, etc²²⁴.

El consumo habitual de esta sustancia produce *adicción*. Pues, los individuos que lo consumen cada fin de semana, durante todo el fin de semana, experimentan una adicción similar a la que se produce con las anfetaminas²²⁵.

También, como el resto de las drogas, el éxtasis ocasiona *tolerancia*, *dependencia* y *síndrome de abstinencia*. El cese del consumo provoca efectos diversos, dependiendo de las características personales del individuo, de la edad en la que se inició en el consumo, la habitualidad, el uso de otras drogas y de las circunstancias ambientales. El 60 por ciento de los usuarios manifiestan haber padecido el síndrome de abstinencia con síntomas como: agotamiento, falta de apetito, dificultad para concentrarse, ansiedad, o depresión; el 40 por ciento, manifiestan haber experimentado síntomas del síndrome de dependencia²²⁶.

El *MDA* conocida también como “píldora del amor” (*love drug*), sintetizada en 1910, fue objeto de diversos estudios farmacológicos durante 1939 tratando de demostrar su

²²¹ GARCÍA DEL CASTILLO / LÓPEZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, pp. 32 y 33.

²²² PÉREZ PÉREZ, H / RUBIO, C / MARTÍN, RE.: “Toxicología de las drogas de síntesis”, *Revista de Toxicología*, Volumen 20, núm. 3, 2003, p. 184. Se puede consultar en <http://www.redalyc.org>

²²³ LORENZO FERNÁNDEZ / BOBES GARCÍA / COLADO MEGÍA.: *Op. cit.*, pp. 163 a 165.

²²⁴ PÉREZ PÉREZ / RUBIO / MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 184.

²²⁵ STOPPARD.: *Op. cit.*, p. 52.

²²⁶ PNSD, *Guía sobre drogas...*, *Op. cit.*, p. 61.

eficacia terapéutica para eliminar el apetito, la depresión o como antitusígena, que finalmente, fracasaron. En 1985 fue incorporada a la lista I²²⁷.

El MDA es un derivado anfetamínico, ampliamente consumido desde los inicios de su comercialización. Se ingiere por vía oral. Se presenta en cápsulas de 200 a 300 mg. Entre los adictos, está considerada como droga con la que se produce “buenos viajes” o “experiencias psicodélicas tranquilas”, y originar efectos afrodisíacos, lo que todavía no ha podido ser constatado²²⁸.

La dosis habitual oscila entre los 50 y los 150 mg. Los efectos surgen a los 30 o 60 minutos del consumo, y se prolongan de 8 a 12 horas. Sus efectos son variables, atendiendo a la dosis y a las circunstancias particulares de cada consumidor. Así, el consumo de una dosis pequeña origina euforia, empatía y aumento de la capacidad de relacionarse con los demás. A dosis más altas, se puede padecer convulsiones, taquicardia, hipertensión y además, paro cardíaco. Psicológicamente, pueden aparecer alucinaciones y delirio²²⁹.

El MDA tiene una toxicidad superior al MDMA, siendo similar a las que producen las anfetaminas, originado una “respuesta dosis - dependiente con midriasis, hiperactividad, sialorrea, piloerección, convulsiones, rigidez, fallo respiratorio y muerte, e incluso muerte súbita un tiempo después de consumir la droga”²³⁰.

El *MDMEA* o “eva” tiene una composición química semejante al MDA, y produce efectos farmacológicos similares, si bien, su toxicidad es más baja y sus efectos perduran menos tiempo. No obstante, se han dado casos de intoxicación grave e incluso algunos casos que han desembocado en muerte. Fue introducida en la Lista 1 en 1990. Prohibiéndose en 1992, suspendiéndose cualquier investigación clínica sobre esta sustancia²³¹.

La *metanfetamina* es un derivado anfetamínico de mayor toxicidad que la propia anfetamina. Llamada vulgarmente por los consumidores *speed*, *hielo*, *shabu*, *crank*, *meth*, *crystal* o *ice*.

Es un polvo blanco cristalino y amargo, que se diluye en líquido. Se ingiere habitualmente por vía oral como pastilla, si bien puede además, fumarse, esnifarse o inyectarse. La tolerancia a esta droga es muy alta. Los efectos varían dependiendo de la dosis consumida y de la vía de administración. Así, cuando se fuma o se ingiere por vía intravenosa, sus efectos son inmediatos, permaneciendo unos segundos. Sin embargo, cuando se consume por vía oral, sus efectos aparecen a los 15 o 20 minutos, se bien se prologan. Sus efectos son semejantes a los de las anfetaminas, manifestándose los efectos más perjudiciales para el organismo humano desde el momento que se adultera

²²⁷ LORENZO FERNÁNDEZ, P / BOBES GARCÍA, J.: “Drogas de diseño. Otras feniletilaminas. Opiáceos. Otros” en *Drogodependencias...*, *Op. cit.*, p. 173.

²²⁸ PÉREZ PÉREZ / RUBIO / MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 183.

²²⁹ GARCÍA DEL CASTILLO / LÓPEZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 41.

²³⁰ PÉREZ PÉREZ / RUBIO / MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 183.

²³¹ LORENZO FERNÁNDEZ / BOBES GARCÍA / COLADO MEGÍA.: *Op. cit.*, pp. 173 y 174.

con otras sustancias químicas, con el fin de disminuir costes. “El efecto adverso más grave es la aparición de toxicidad sobre el sistema nervioso, pues investigaciones recientes indican la destrucción de células implicadas tanto en procesos cognitivos como en el control del movimiento”²³².

El *GHB* (gammahidroxibutirato, o ácido de gammahidroxibutírico) es conocido de forma impropia por los usuarios como *éxtasis líquido*, es un derivado hidrolizado del GABA, sintetizado en 1967 por Laborit. Se usó en medicina como anestésico, en los años 80 en Estados Unidos, se prohibió su consumo, al considerarse como sustancia dañina para la salud²³³.

Es una de las drogas de diseño que mayor popularidad ha alcanzado en los últimos años. Es una droga depresora del sistema nervioso central que se elabora en laboratorios clandestinos, lo que ha favorecido la existencia de un importante mercado negro para tal sustancia²³⁴.

El GHB es una sustancia incolora, inodora y casi insípida. Se presenta como líquido transparente o en forma de polvo blanco. Se administra por vía intravenosa cuando se usa con finalidad anestésica. Cuando se consume como droga se disuelve el polvo blanco en agua, y se presenta en botes pequeños de cristal (“botes, potes o biberones”) de los que se bebe directamente, o se utilizan botellas de todo tipo. Se mezcla con otras bebidas. Se utiliza entre la población juvenil, como alternativa al éxtasis en fiestas y discotecas de música electrónica, siendo conocida también, como una de las “drogas del baile”.

El consumo inicial de GHB produce sensación de embriaguez, euforia, disminución de la ansiedad, potencia la libido, aumenta las sensaciones táctiles, y la comunicación social del individuo. Tras el consumo, en el caso de dosis elevadas, puede producirse en el consumidor, somnolencia y pérdida del control motor²³⁵.

Es de destacar, que el GHB tiene un margen terapéutico muy pequeño, dado que se pueda pasar de la euforia del individuo, a la depresión total del sistema nervioso, con coma y muerte, al aumentar levemente la dosis²³⁶.

La dosis habitual oscila entre los 500 mg y 2 - 3 gr. Sus efectos se empiezan a sentir a los 10 o 20 minutos del consumo, persistiendo entre hora y media y tres horas, cesando y extinguiéndose entre las 3 o 4 horas siguientes, o después, en el caso de que la dosis sea elevada o se haya mezclado con alcohol²³⁷.

El consumo de dosis mayores provoca sedación intensa e intoxicación aguda. En este caso, el individuo intoxicado presenta los siguientes síntomas: pulso débil, dilatación en

²³² LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 94.

²³³ LORENZO FERNÁNDEZ / BOBES GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 181.

²³⁴ LLEBOT MARCH / GUAL I SOLÉ. : *Op. cit.*, p. 110.

²³⁵ PNSD, *Drogas emergentes, Informe nº 6 de la Comisión clínica*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011, p. 124. .

²³⁶ LLEBOT MARCH / GUAL I SOLÉ. : *Op. cit.*, p. 110.

²³⁷ PNSD, *Drogas emergentes...*, *Op. cit.*, pp. 124 y 125.

las pupilas, convulsiones, y depresión respiratoria, que pueden conllevar a la muerte del individuo²³⁸.

El consumo de GHB puede producir *tolerancia y dependencia*. La interrupción de su consumo cuando éste es frecuente o se trata de dosis elevadas, puede producir *síndrome de abstinencia*. Siendo más frecuente entre los individuos recreativos, que en los que lo consumen con una finalidad meramente terapéutica. Los síntomas suele ser insomnio, ansiedad, náuseas, temblores, taquicardia, calambres o sudoración, remitiendo entre los 3 y los 10 días²³⁹.

Las drogas de diseño constituyen un claro ejemplo de la estrecha relación entre droga y sociedad. La gran difusión de estas drogas, ha sido debida en gran parte, a su capacidad para potenciar la unidad, la pertenencia “en un contexto social postmoderno en que la juventud ha sido engullida, casi por completo, por la sociedad de consumo, pero ahora también de la tecnología y de la globalización, que ha supuesto una acentuación de los procesos de individualización”²⁴⁰.

El consumo de estas drogas ha sido algo más que una moda transitoria vinculada a un determinado tipo de música y de ambiente, se ha extendido ampliamente entre diversos sectores de la población joven (y menos joven) de nuestro país. El perfil del consumidor habitual de drogas de diseño es el de un joven de 16 a 24 años de edad, que persigue con su consumo fomentar la comunicación y las relaciones sociales con los demás, por lo que le lleva a un consumo experimental y esporádico, en ambientes lúdicos - festivos²⁴¹.

De la Encuesta sobre drogas realizada a la población escolar en el 2006, se desprende que la edad de inicio en el consumo de drogas de diseño, se sitúa a los 16 años. Siendo las más consumidas las anfetaminas (3,4 %), éxtasis (3,2 %), los alucinógenos (2,8%) y el éxtasis líquido (1,2%).

El 6,8 % de los estudiantes reconocieron haber consumido drogas de diseño alguna vez, no siendo habitual que prueben los diversos tipos, sino alguno en concreto. Los principales motivos del consumo de estas drogas por los jóvenes son: divertirse (54,4%), experimentar (15,9 %), potenciar su comunicación con los demás (2,4%). Llama la atención que un 15,9 % de los encuestados consuman sin motivo alguno²⁴².

La producción de las drogas de síntesis, suele llevarse a cabo en los propios países consumidores, dado que en ellos existe una mayor disponibilidad de las sustancias químicas precursoras, reduciendo el riesgo de su tráfico internacional. Así, Estados

²³⁸ LLEBOT MARCH / GUAL I SOLÉ. : *Op. cit.*, p. 110.

²³⁹ PNSD, *Drogas emergentes...*, *Op. cit.*, p. 128.

²⁴⁰ LÓPEZ RÍOS, F / GÓMEZ MARTÍN, S.: “Una aproximación a la construcción social del problema de las drogodependencias” en *Drogas y adicciones en la sociedad actual*, Universidad de Almería, 2006, p. 35.

²⁴¹ PÉREZ PÉREZ / RUBIO / MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 182.

²⁴² OBSERVATORIO ESPAÑOL SOBRE DROGAS, *Encuesta estatal sobre uso de drogas en enseñanzas secundarias*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2006, pp. 25 y ss.

Unidos, Canadá y Europa son centros importantes de producción para proveer a sus consumidores²⁴³.

2.6. Derivados del cannabis

Los derivados del cannabis son aquellas sustancias que se extraen de la planta llamada *cannabis sativa*²⁴⁴, que suele alcanzar una altura de 1.5 metros, si bien en ocasiones y de forma excepcional, puede llegar a varios metros.

Es una planta originaria de climas templados y tropicales, así, se cultiva en Asia, Marruecos, y diversos lugares de Sudamérica. La distribución de las hojas de la planta, le dan forma de palma, reuniendo las hojas más grandes en el centro. Las hojas son alargadas con el borde de color verde oscuro, estando cubierta su superficie por pelos secretores.

No obstante, el aspecto de la planta depende del lugar en que se cultive la planta (temperatura y luz) y la finalidad del cultivo (elaboración de fibra, aceites de semilla o drogas de abuso). Los principios activos, se contienen en las flores, brácteas y hojas superiores, utilizándose diversos métodos de extracción dependiendo de la región²⁴⁵.

Su empleo medicinal, se remonta a tiempos antiguos, al imperio romano y a la Grecia Clásica. Siendo utilizada, además, por los indios en ceremonias funerarias, con una finalidad religiosa. Su difusión se debe a la cultura islámica del siglo XII y XIII. El uso lúdico del cannabis, fue introducido en Europa por los soldados de Napoleón. Convirtiéndose en la droga de las clases más elitistas. Posteriormente, pasó de ser una droga de élite, a una droga de consumo masivo en los años 60, como consecuencia de la gran expansión que alcanzó el movimiento *hippye* en Estados Unidos. El consumo masivo de cannabis en Estados Unidos, pronto se extendió a toda Europa²⁴⁶.

Así, IÑAKI MÁRKEZ señala que en “los años sesenta y setenta, sectores juveniles, intelectuales, radicales o contestatarios lo utilizan ampliamente, con una trascendencia social considerable. En estos años en la Universidad de California, Harvard, Mississippi y Georgia (también en Inglaterra y Alemania) proliferan las investigaciones sobre efectos médicos beneficiosos: en crisis asmáticas, tensión intraocular y glaucoma, frente a efectos secundarios de la quimioterapia, en anorexia, contra espasmos musculares. Después, llegaron los años duros de la prohibición y la “guerra de las drogas” en Estados Unidos”²⁴⁷.

²⁴³ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, pp. 24 y 25.

²⁴⁴ El art. 1 de la Convención de 1961..., *cit.* entiende por *cannabis* “las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe”; por *planta de cannabis* “toda planta del género cannabis”; y por *resina de cannabis* “la resina separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta del cannabis”.

²⁴⁵ LEZA CERRO, JC.: “Cannabis. Farmacología” en *Drogodependencias...*, *Op. cit.*, p. 192.

²⁴⁶ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 25.

²⁴⁷ ESCOHOTADO / MÁRKEZ / DíEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p.11.

Hoy en día, las propiedades terapéuticas del cannabis son objeto de continuas investigaciones científicas, habiéndose verificado su eficacia en diversos tratamientos.

“En la actualidad hay sustancias sintéticas cannabinoides con uso terapéutico en los tratamientos de quimioterapia, pero que nada tienen que ver con el uso lúdico de estas sustancias y sus patrones de uso²⁴⁸”. También se utilizan con fines terapéuticos en los tratamientos que se aplican a los enfermos de sida, o en el caso de la esclerosis múltiple.

El principio activo fundamental de la planta del *cannabis sativa* es el conocido como tetrahidrocannabinol (THC). *La marihuana, hachís y el aceite de hachís*, son las drogas más conocidas de las que se extraen de aquella planta. Cada una de estas sustancias tiene distintas proporciones de principio activo (THC) dependiendo del preparado que se use²⁴⁹.

Según los datos de la Guía sobre drogas publicada por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (PNSD) en el 2007, la concentración de THC de la marihuana oscila entre el 1 y el 5%, en el hachís del 15 al 50%, y en el aceite de hachís del 25 al 50%²⁵⁰.

Cabe destacar que la potencia del cannabis se ha ido incrementando paulatinamente en los últimos años. Ello ha sido debido a las técnicas de cultivo y a la elección genética de las modalidades más psicoactivas, lo que ha permitido obtener variedades con un 20% o más de THC²⁵¹.

La *marihuana* se obtiene de las flores, hojas y tallos desecados de la planta, colgados cabeza abajo, en lugares oscuros y ventilados, durante siete o diez días²⁵². Se consume fumada sola o mezclada con tabaco. Cada cigarrillo de marihuana contiene entre un 5 a 14% de principio activo, aunque si se humedece “la picadura” del cigarro con aceite, se puede duplicar la cantidad de principio activo²⁵³. La marihuana es el derivado del cannabis más suave, y más consumido.

Junto a la marihuana de origen natural cultivada en el exterior, existe la marihuana de interiores o hidropónica obtenida mediante la ingeniería genética y la luz artificial, dando plantas de cultivo más rápido y de mayor peso. Además, la mejor marihuana de interiores puede llegar a contener un 14 por cien de THC. Dichas plantas se cultivan en un pie hecho de “balsato en polvo o lana de piedra” humedecido asiduamente con una mezcla de minerales, diferente en cada fase de la planta. El cultivo de este tipo de marihuana ha convertido a Estados Unidos en el mayor productor de marihuana del planeta²⁵⁴.

²⁴⁸ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 25.

²⁴⁹ LLEBOT MARCH / GUAL I SOLÉ.: *Op. cit.*, p. 60.

²⁵⁰ PNSD, *Guía sobre drogas...*, *Op. cit.*, p. 29.

²⁵¹ PNSD, *Cannabis, Informe nº4 de la Comisión clínica*, Ministerio de Sanidad y Política Social, 2009, p. 36.

²⁵² ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1307.

²⁵³ LEZA CERRO.: *Op. cit.*, p. 194.

²⁵⁴ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, pp. 186 y 187.

El *hachís*, llamado coloquialmente “chocolate”, “costo” o “goma” se extrae mediante dos procedimientos. En primer lugar, el utilizado en países como Nepal, Tíbet y Afganistán, donde el recolector se cubre el cuerpo de cuero, y se roza con las plantas maduras. Lo que se incrusta al cuero se raspa con espátulas, dándole forma con la mano; después se aprietan con las manos cada hoja, raspando lo que queda en las yemas y la palma de la mano.

En segundo lugar, en Marruecos o Líbano, el procedimiento de obtención consiste en el prensado de resina de la planta hembra. Así, se sacuden las plantas una vez secadas, recogiendo la resina y el polvo mediante varios filtros; siendo el último de seda, por el que pasa la resina más pura²⁵⁵.

Se consume fumado en forma de cigarrillo, mezclado con tabaco (porro, canuto, petardo). Se vende en trozos de 0,5 a 2 gr (talego, chinas). Contiene de un 10 a un 20 % de principio activo²⁵⁶.

El *aceite de hachís* se obtiene de la concentración de hachís con algún disolvente. Su pureza depende de las veces que se vuelve a refinar, resultando un líquido verde o rojo, Dada la elevada proporción de THC (15 a 30 %) que contiene sus preparados, tiene una alta toxicidad, mucho más potente que el hachís. Sin embargo, lo habitual es que el aceite de hachís tenga aspecto de alquitrán muy viscoso, mezclado con tabaco, y produzca efectos similares a los que originan los pasteles elaborados con hachís de poca calidad²⁵⁷.

Los principales usos de la marihuana son: medicinales, empleándose en Oriente y África para el “insomnio, disentería, lepra, caspa, mal de ojo, enfermedades venéreas, jaquecas, tosferinas, oftalmia y tuberculosis”. Utilizándose además, como “tónico cerebral, antihistérico, antidepresivo, potenciador de deseos sexuales sinceros, fuente de coraje y longevidad”. No obstante, más significativo es el uso recreativo de esta droga. Su escasa toxicidad, su bajo coste frente a otro tipo de drogas, junto a sus efectos subjetivos, son factores decisivos en el consumo de estas drogas²⁵⁸.

En el caso del hachís, junto a un empleo terapéutico, prevalece el uso lúdico y de autoconocimiento similar al de la marihuana²⁵⁹.

Las vías por las que los cannabinoides pueden ingresar en el organismo son:”1. Por inhalación de humo procedente de pipas de agua o de cigarrillos, lo que produce una rápida absorción. 2. Por ingestión oral de bebidas o alimentos sólidos, con una absorción más lenta, lo que retrasa la manifestación de sus efectos. 3. Por medio de aerosoles o pulverizadores, para evitar los efectos perjudiciales asociados al humo. 4. En forma de gotas para el tratamiento ocular. 5. Por administración rectal, para evitar los problemas de absorción y las primeras etapas de degradación asociadas a su ingesta

²⁵⁵ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1317 y 1318.

²⁵⁶ LEZA CERRO.: *Op. cit.*, p. 194.

²⁵⁷ ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1323.

²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 1311 y 1312.

²⁵⁹ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 194.

oral. Otra vía de administración es la intravenosa, que requiere la disolución de THC en alcohol y su mezcla con una infusión salina, lo que la convierte en poco práctica para la medicina en general²⁶⁰.

Normalmente, los preparados del *cannabis* se consumen fumados en forma de cigarrillos liados que se mezcla con tabaco (porros) o en pipa. Excepcionalmente, se consumen de acuerdo al uso tradicional en forma de infusiones o en alimentos sólidos como son los pasteles de la India²⁶¹.

El nivel de toxicidad del hachís es más elevado cuando se ingiere por vía oral, pudiendo originar intoxicación aguda, cuando la droga sea de gran pureza; cuando esté adulterada, el margen de seguridad será mucho mayor. Dificilmente, se producirá una intoxicación aguda en el caso de ser fumado, dado las limitaciones de las vías respiratorias²⁶².

La toxicidad de la marihuana es inferior a la del hachís. No se conocen casos de intoxicación aguda, ni en el caso del consumo por vía digestiva. Con grandes cantidades, el individuo siente únicamente una gran somnolencia que desaparece tras dormir unas horas²⁶³.

“Los patrones de consumo van desde el uso esporádico o experimental hasta el uso compulsivo”²⁶⁴. El consumidor habitual, ingiere una dosis diaria de 2,5 a 10 gramos en el caso de la marihuana, y de 1 a 4 gramos, cuando se trata de hachís.

Los efectos de los preparados de estas sustancias, son diversos atendiendo a la proporción de THC, a la dosis, a forma y circunstancias en que se consume, y a la adulteración de dichas sustancias. Aparecen a los pocos minutos de ser fumadas, y se prolongan 2 o tres horas. Los efectos de la marihuana pueden tardar más tiempo, si bien dependiendo del tipo de marihuana puede originar efectos muy fuertes. Cuando se consumen por vía oral sus efectos aparecen lentamente, de 30 minutos a 2 horas, si bien se prolongan varias horas²⁶⁵. Como manifiestan PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLAZQUEZ la administración de una pequeña dosis “actúa como euforizante y relajante. A dosis medias produce embriaguez cannábica, y a altas dosis efectos alucinógenos pero sin llegar nunca a los del LSD”²⁶⁶.

Los síntomas que experimenta el individuo tras el consumo de cannabinoides son de dos tipos: a) agudos: físicos (taquicardias, bradicardia, broncodilatación, diarrea, dilatación de vasos conjuntivales, enrojecimiento de ojos), psíquicos (euforia, alteraciones en la percepción temporal, en la música y colores, impulsos irresistibles,

²⁶⁰RAMOS ATANCE, JA / FERNÁNDEZ RUÍZ, J.: “Cannabinoides: propiedades químicas y aspectos metabólicos”, en Monografía cannabis, Adicciones, Vol. 12, suplemento 2, Editores Julio Bobbes y Amador Calafat, Madrid, 2000, pp. 48 y 49.

²⁶¹SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 25.

²⁶²ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, pp. 190 y 191.

²⁶³ESCOHOTADO.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 1308.

²⁶⁴LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 60.

²⁶⁵*Ibidem*, p. 61.

²⁶⁶PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 180.

alteraciones en la memoria, bulimia). Tras la exposición aguda a estas sustancias, se pasa a una segunda fase en la que la sintomatología se manifiesta en alteraciones de la función motora, crisis de ansiedad, pánico, depresión, sequedad de boca, sed y aumento del apetito. b) crónicos: físicos (bronquitis, asma, laringitis, disminución de la libido, ciclos anovulatorios en la mujer, y anomalías estructurales y / o en la movilidad de espermatozoides en el hombre) psíquicos (pánico, ansiedad, crisis psicóticas, depresión y alteraciones en la memoria²⁶⁷ .

En opinión de ESCOHOTADO la marihuana, en el ámbito sexual “goza de prestigios no enteramente infundados. Sin ser un afrodisiaco genital, potencia y matiza las sensaciones en todas las fases del contacto erótico. Mirar y tocar pueden convertirse en experiencias nuevas, como el propio orgasmo”²⁶⁸ .

La *tolerancia* al cannabis surge a los tres o cuatro días de un uso continuo de dosis elevadas, y desaparece tras uno o dos días sin consumir. No obstante, la tolerancia puede surgir tras el consumo de dosis pequeñas en un usuario experimentado. El consumo habitual produce tolerancia a sus acciones cardiovasculares y a ciertos efectos psicológicos. Produce igualmente, tolerancia cruzada especialmente con las drogas depresoras²⁶⁹ .

Las manifestaciones del *abuso* del cannabis comienzan con aislamiento de amigos que no sean consumidores, desinterés en actividades que no están vinculadas con el consumo, y búsqueda de esta sustancia. Cuando se produce además un consumo compulsivo se habla de trastorno por dependencia. Siendo los familiares, amigos y profesores los que suelen detectarlo. En otras ocasiones, es el propio adicto el que solicita tratamiento.

Puede aparecer *síndrome de abstinencia* con síntomas como irritabilidad, agresividad, inquietud, nerviosismo, ansiedad, pérdida del apetito, o insomnio. Surgiendo de los 3 a los 7 días de cesar el consumo, y desapareciendo sobre los 28 días²⁷⁰ .

Se estima que entre el 7% y el 10% de los consumidores de cannabis, tienen el riesgo de desarrollar *trastorno por dependencia*. Lo que depende esencialmente del patrón de consumo, de la frecuencia de uso, de la cantidad de THC en las sustancias consumidas. Otros factores determinantes de la aparición del trastorno son ser varón, fumador de tabaco y tener una conducta antisociable²⁷¹ .

Los estudios sobre los efectos crónicos del cannabis, han constatado que afecta especialmente a la memoria y al rendimiento neuropsicológico. Así mismo, al ser mezclado con tabaco, produce un efecto tóxico y carcinogénicos para los pulmones, incrementándose el riesgo de padecer enfermedades pulmonares. Puede originar trastornos mentales. También ansiedad y crisis de angustia en consumidores noveles o

²⁶⁷ LEZA CERRO, JC.: “Cannabis (II). Dependencia” en *Drogodependencias...*, *Op. cit.*, p. 205.

²⁶⁸ ESCOHOTADO.: *Aprendiendo...*, *Op. cit.*, p. 183.

²⁶⁹ LEZA CERRO.: “Cannabis (II). Dependencia” en *Drogodependencias...*, *Op. cit.*, p. 203.

²⁷⁰ PNSD, *Cannabis, Informe n° 4...*, *Op. cit.*, p. 62.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 62.

con antecedentes personales. En el caso, de intoxicaciones agudas, el consumidor puede sufrir delirio e incluso presentar un cuadro psicótico, que pueden persistir varios días o semanas²⁷².

Tanto la producción como el consumo de cannabis se extienden a nivel mundial. México es el principal productor de marihuana, y abastecedor de Estados Unidos, dónde existe además una importante producción de esta sustancia. La mayor producción de hachís procede de Marruecos, con destino al mercado europeo. Otras zonas importantes de producción son: Colombia y zona del Caribe, Sudeste Asiático y países del Golfo de Guinea. Extendiéndose también a Rusia, Ucrania, etc²⁷³.

Por el contenido de sustancias tóxicas, especialmente THC, los derivados del cannabis aparecen entre las sustancias clasificadas como prohibidas en las Convenciones Internacionales de 1961, 1971 y 1988. Su peligrosidad depende de la cantidad de THC, la frecuencia del consumo, su intensidad, el contexto en el que se consuma, la edad del individuo, su estado de salud previa, y el uso con otras sustancias.

No obstante, existe un amplio debate en torno al cannabis. En muchos países consumidores, como es Estados Unidos, existen grupos que luchan por la legitimación y legalización del consumo del cannabis en similares términos que el alcohol y el tabaco. Habiendo logrado dichos grupos, la despenalización del consumo propio de cannabis, en números países. Debate que también se ha planteado en nuestro país²⁷⁴.

Los posibles efectos terapéuticos del cannabis en determinadas enfermedades, y la falta de evidencia científica de que su consumo esporádico origine efectos más adversos que otras drogas legales (alcohol y tabaco), han hecho que sea la droga ilegal más consumida en España, y que se haya abierto la polémica sobre la conveniencia de su despenalización para consumo personal²⁷⁵.

La Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y Drogas en España del 2009, muestra que la droga ilegal más extendida en la población española sigue siendo el cannabis. El 32,1% de la población manifiesta haberla probado alguna vez en la vida. Siendo también la droga cuyo consumo se inicia a una edad más temprana (18,6 años). Dándose claramente una prevalencia de consumo entre los chicos, frente a las chicas²⁷⁶.

²⁷² LLEBOT MARCH / GUAL SOLE.: *Op. cit.*, p. 62.

²⁷³ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 26.

²⁷⁴ PNSD, *Cannabis, Informe n°4...*, *Op. cit.*, p. 34.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 60.

²⁷⁶ OEDT, *Informe 2011...*, *Op. cit.*, pp. 29 y ss.

Capítulo II

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y REGULACIÓN ACTUAL

Las drogas están presentes, desde la antigüedad, en todas las civilizaciones, si bien, no se reconoce como problema hasta fechas relativamente recientes. Su regulación por el Derecho, surge tras demostrarse la adicción y los graves perjuicios que ocasionan en la salud de las personas. Del control social que se había ejercido en todas las culturas, se pasa a un control jurídico.

A principios del siglo XX, la principal preocupación de la sociedad, tanto a nivel nacional como internacional, era la rápida difusión del consumo y tráfico ilícito de drogas. Se empieza a combatir el consumo masivo y abusivo, a raíz de la celebración de las primeras Convenciones y Tratados Internacionales relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Actualmente, el consumo y tráfico de drogas son problemas reconocidos a escala mundial. Son problemas a los que se enfrentan todas las naciones.

En materia de Política Criminal, como veremos más adelante, se han propuesto distintas opciones, si bien, la mayoría de las naciones de la comunidad internacional han optado por una solución prohibicionista. Y entre ellas, España. Así, nuestro Código Penal ha venido castigando las conductas de tráfico de drogas, de forma paralela a la celebración de Convenios de Naciones Unidas sobre la materia²⁷⁷.

Los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas han sido encuadrados sistemáticamente por el legislador español de 1995 dentro de los delitos contra la salud pública, en el Capítulo III (“delitos contra la salud pública”), del Título XVII (“delitos contra la seguridad colectiva”) del Libro II, del Código Penal.

El legislador penal español, dada la gran expansión que ha adquirido el consumo y tráfico ilegal de drogas, ha ido adaptando el Código Penal con diversas modificaciones, de acuerdo con la dimensión que el problema de la droga ha adquirido en cada momento histórico.

No obstante, como veremos, la pretensión del legislador de dar respuesta a este problema no ha alcanzado hasta la fecha, el resultado esperado.

²⁷⁷ Así, el Convenio Único de Estupefacientes..., *cit.*, el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas..., *cit.*, y la Convención sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas..., *cit.*

1. EL TRÁFICO DE DROGAS EN LA NORMATIVA PENAL DECIMONÓNICA

Como señala PRIETO RODRÍGUEZ “la innovación de sistematizar los delitos contra la salud pública, aparece ya en la legislación española en el Título IV, de la Parte I, del Plan del Código Criminal de 1787, que lleva por título precisamente “De los delitos contra la salud pública”. Esta línea legislativa se conservó en el CP de 1822, perdurando en el de 1848, prototipo de todos los demás”²⁷⁸.

Así, el Título IV, de la Parte I, del *CP español de 1822* llevaba por rúbrica “De los delitos contra la salud pública”, y se dividía en tres capítulos:

Capítulo I: “De los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina, cirugía, arte obstetricia o flebotomía”.

Capítulo II: “De los boticarios que venden o despachan venenos, drogas o medicamentos perjudiciales a la salud sin la receta de facultativo aprobado o equivocando lo que está ya dispuesto”.

Capítulo III: “De los que venden géneros medicinales sin ser boticarios”²⁷⁹.

De dichos capítulos, se desprende que el bien jurídico protegido es la salud pública, tipificándose diversas conductas vinculadas al ejercicio ilegal de determinadas profesiones, que afectaban a la salud de las personas demandantes de aquellos servicios y de las sustancias nocivas que se vendían o se suministraban en ellos.

Como pone de manifiesto RODRÍGUEZ DEVESA los delitos contra la salud pública, “aparecen concebidos esencialmente como delitos profesionales”²⁸⁰.

De forma expresa se alude a las drogas en el Capítulo II, cuando se prohíbe a “los boticarios vender o despachar drogas que puedan ser nocivas para la salud sin receta de facultativo aprobado” (art. 366), o “cuya venta no esté autorizada” (art. 367), o “vender drogas o medicamentos, simples o compuestos, adulterados o sin virtud, o corrompidos” (art. 371).

De forma más evidente, el *CP de 1848* (Título V “Delitos contra la salud pública”)²⁸¹ tutelaba la salud pública como bien jurídico protegido, sancionando conductas que afectaban a la salud de las personas, configurándose por primera vez, como delitos de peligro abstracto. Se regulan únicamente en cinco artículos (246 a 250) castigándose la venta y expedición ilegal de medicamentos deteriorados, y sustancias nocivas para la salud destinadas al consumo público. Se trata de “los delitos que se pueden cometer en la elaboración y despacho de las sustancias medicinales. En lugar de este título

²⁷⁸ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 97.

²⁷⁹ CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, pp. 73 a 77.

²⁸⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, JM.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1975, p. 934.

²⁸¹ CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, Imprenta Nacional, Madrid, 1848, p. 65.

pomposo, que hemos encontrado como epígrafe, hubiera sido mucho más propio el simple y vulgar “de los droguistas y farmacéuticos”²⁸².

La reforma del *Código Penal de 1850*, al regular los delitos contra la salud pública, en su Título V, artículos 253 a 257²⁸³, repetía de forma literal la redacción de los artículos del Código Penal de 1848. Tanto el Código Penal de 1822, de 1848 y la reforma del Código Penal de 1850, al regular los delitos contra la salud pública, sancionaban la venta y expedición ilegal de sustancias nocivas, de forma extensa. El motivo de dicha regulación fue la proliferación del consumo del opio en aquél tiempo²⁸⁴.

Comentando la mencionada regulación, PACHECO manifiesta que: “Si las sustancias medicinales no pudieren hacer más que bien, y fueren indiferentes cuando no lo hicieren, nada tendría que decir la Ley Penal respecto a la elaboración y despacho. Entrarían bajo las reglas comunes de cualquier otro producto, y podrían venderse como se vende el pan o el agua. Pero el hecho no es así. Si esas sustancias tienen fuerza y vigor para producir algunas veces el bien, es a costa de tenerlo para causar a otros el mal. Todo remedio heroico es un veneno. Todo lo que sirve para curar sirve así mismo para dar muerte. Una sustancia que no sea peligrosa, de poca utilidad puede ser para ningún caso. Veneno es el opio, veneno es el mercurio, venenos son los medicamentos de alguna importancia. Aún los que emplea la homeopatía, son venenosos por su naturaleza si por ventura no pueden serlo por dosis o cantidad”²⁸⁵.

En el *CP de 1870* se tipifica los delitos contra la salud pública en el Capítulo II “De los delitos contra la salud pública”, del Título IV. Se amplía la regulación de estos delitos en los artículos 351 a 357²⁸⁶. Las novedades que se incorporan son:

- Se sanciona al que sin estar autorizado “elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan ocasionar estragos, para traficar con ellos” (art. 351).
- Se agrava la pena cuando “los traficantes sean farmacéuticos”, o “se ocasione la muerte de una persona” (artículo 353).
- Se regula los supuestos de “tráfico autorizado de sustancias nocivas” (artículo 352).
- Se sanciona además, “la fabricación o venta de objetos que sean nocivos para la salud” (artículo 356).

GROIZARD al comentar los arts. 351 y siguientes, señalaba que “la infracción aquí existente es meramente de carácter administrativo y que al no haber por parte del sujeto

²⁸² PACHECO, JF.: *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo II, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1867, p. 358.

²⁸³ CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA, Edición oficial reformada en la Imprenta Nacional, Madrid, 1850, pp. 68 y 69.

²⁸⁴ MOLINA PÉREZ, T.: “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, 2011, pp. 308 y 309. Se puede consultar en <http://www.dialnet.unirioja.es/>.

²⁸⁵ PACHECO, JF.: *Comentarios al Código Penal*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1850, p. 362.

²⁸⁶ CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA, Publicaciones de el consultor de ayuntamientos y de juzgados municipales, Madrid, 1872, pp. 58 y 59.

activo una intención dolosa, ni culposa, de causar mal, no es factible de incardinarlo dentro del Código Penal, dado que la pena que contempla el artículo 353, es una pena preventiva, y no de carácter represivo”, afirmando que “la única figura correcta es el párrafo segundo del artículo 353”, “dado que, cuando por la venta de un medicamento deteriorado o la sustitución de uno por otro, o por no hacer despacho con las formalidades prescritas, resulta la muerte de una persona”, y que “la Ley supone que el medicamento no se ha despachado con la intención dolosa de matar a nadie , porque entonces el artículo actual no sería aplicable, sino el que pena el homicidio voluntario, mejor aún el asesinato”²⁸⁷.

De lo que se desprende, que para el citado autor, al no exigirse un resultado lesivo para las personas, no existe justificación alguna para incluir dichas conductas en la legislación penal represiva. Si bien considero que dicha regulación era acorde a los problemas que planteaba la droga en el momento de la promulgación del Código. Se pretendía tutelar la salud de las personas, frente a falsos profesionales que bajo la promesa de curar, les suministraban todo tipo de sustancias nocivas.

2. LOS CÓDIGOS PENALES ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El *CP de 1928* tipificaba los delitos contra la salud pública en el Título VIII, del libro II, y se dividía en cuatro capítulos:

Capítulo I: “Inhumanación y exhumación ilegales” (artículos 545 y 546).

Capítulo II: “Propagación de epidemias y riesgo para la salud pública” (artículo 547 a 553).

Capítulo III: “Adulteración de artículos alimenticios y farmacéuticos” (artículo 554 a 556).

Capítulo IV: “Elaboración y comercio ilegales de productos químicos y drogas tóxicas” (artículos 557 y 558)²⁸⁸.

El CP de 1928 introduce importantes modificaciones “desterrando de este título la violación de sepulturas y admitiendo, en cambio, nuevas infracciones tan importantes como la propagación de epidemias o enfermedades contagiosas y el tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes”²⁸⁹.

Así, las novedades más significativas respecto a la regulación anterior, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos del CP de 1928, son en primer lugar, la introducción de nuevos delitos en el Capítulo II, que revisten especial gravedad. De este modo, se tipifica la propagación intencionada de epidemias poniendo en peligro la salud

²⁸⁷ GROIZARD, A / GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Timoteo Arnaiz, Burgos, 1891, pp. 36 y 37.

²⁸⁸ GAZETA DE MADRID núm. 257, de 13 de septiembre de 1928.

²⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASUA, L / ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal conforme al código de 1928. Parte Especial*, Tomo II, Reus, Madrid, 1929, p. 177.

de las personas, o de plagas que afecten a la agricultura o ganadería, perjudicando gravemente a la riqueza nacional, o la difusión de gérmenes nocivos para los campos y los bosques que pudieran ocasionar la destrucción de la riqueza forestal y agrícola. De especial importancia, son los artículos 549 al 551, en los que se castigan, no ya la infracción de disposiciones sanitarias, sino “la propagación maliciosa de males, lo mismo a las personas que en los ganados y plantas”²⁹⁰. El más grave de estos delitos es la propagación maliciosa de enfermedades transmisibles y nocivas a la salud de las personas. Se requiere que el culpable tenga la intención de propagar la enfermedad. Estando consumado el delito, cuando se haya difundido la enfermedad²⁹¹.

Además, en el Capítulo III, se introduce el cierre de del establecimiento mercantil, taller o fábrica de los que sean reincidentes en los delitos sancionados en el mencionado capítulo²⁹². Al hacerse mención expresa sólo al cierre del establecimiento en el supuesto de reincidencia, se deja abierta la posibilidad de que el Tribunal, no acuerde la suspensión del penado en el ejercicio de su industria o profesión, pudiendo, por tanto, continuar ejerciendo en otro establecimiento²⁹³.

En opinión de ALAMILLO SALGADO cuando el CP se refiere a la “reincidencia”, no debe entenderse referida a la reincidencia legal, sino a la comisión de delito del mismo capítulo. “Segunda reincidencia” debe ser interpretada gramaticalmente como “la tercera infracción de la misma índole, puesto que la primera no puede merecer tal consideración. La reincidencia implica la preexistencia de algo análogo y el infractor novel no puede ser insistente, reincidente”²⁹⁴.

Por otra parte, el Capítulo IV, alude por primera vez de forma concreta al tráfico ilícito de “drogas tóxicas y estupefacientes”. Como señala BELTRÁN BALLESTER este código “inicia ya la especial consideración de las drogas tóxicas y estupefacientes, al separarlas de las restantes sustancias nocivas a la salud”²⁹⁵. Los arts. 557 y 558 reproducen los arts. 253 y 254 del CP de 1848 de forma literal. No obstante, el artículo 558 tras castigar al que estando autorizado para vender sustancias nocivas, lo hiciera infringiendo la normativa reglamentaria, incorpora un último párrafo en el que se agravaba la pena:

“Cuando el tráfico ilícito sea de drogas tóxicas o estupefacientes, la pena será de 6 meses a tres años de reclusión y multa de dos mil a veinte mil pesetas”²⁹⁶.

La redacción del CP de 1928 en esta materia, reflejaba la preocupación del legislador ante una grave realidad, como era el incremento del tráfico ilícito de drogas tóxicas y

²⁹⁰ ALAMILLO SALGADO, I.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol. II, Imprenta de la Gaceta Regional, 1929, p. 226.

²⁹¹ JIMÉNEZ DE ASUA / ANTÓN ONECA.: *Op. cit.*, p. 180.

²⁹² SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código Penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta Clásica Española, Madrid, p. 161.

²⁹³ JIMÉNEZ DE ASUA / ANTÓN ONECA.: *Op. cit.*, p. 184.

²⁹⁴ ALAMILLO SALGADO.: *Op. cit.*, p. 229.

²⁹⁵ BELTRÁN BALLESTER, E.: *El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española*, Universidad de Valencia, 1977, p. 46.

²⁹⁶ SAN MARTÍN LOSADA.: *Op. cit.*, p. 160.

estupefacientes, y el consecuente número de muertes de personas víctimas de dichas sustancias. Como indica BELTRÁN BALLESTER “la dictadura del general Primo de Rivera desató una implacable lucha contra el uso y tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes”²⁹⁷.

CUELLO CALÓN al comentar el CP de 1928, resalta que dicho código culmina la legislación penal que en materia de drogas, se había publicado hasta la fecha. Así, la Real Orden de 27 de febrero de 1918, el Real Decreto de 31 de julio de 1918, la Real Orden de enero de 1927, Real Decreto Ley de 30 de abril de 1928, y Real Decreto Ley de 13 de Noviembre de 1928²⁹⁸.

El CP de 27 de octubre de 1932 reproducía la sistemática de los delitos contra la salud pública de los artículos 351 a 357 del CP de 1870, transcritos en su totalidad, en sus artículos 346 a 352²⁹⁹. Omitía toda referencia a las “drogas tóxicas o estupefacientes”³⁰⁰.

Señala NUÑEZ DE CEPEDA que “peligra, indudablemente la salud pública en cualquiera de los casos abarcados en el capítulo segundo, de este título VI. Los artículos 346 a 349 van a proporcionar no pocos casos de infracción, ahora que está vivo el pleito entre drogueros y farmacéuticos, sobre venta por aquellos de algunas sustancias que estos últimos pretenden monopolizar. También la venta clandestina de tóxicos y estupefacientes, al margen del Decreto de 13 de noviembre de 1928 y de la Orden de 10 de diciembre del mismo año, habrá de dar algún contingente sumarial”³⁰¹.

Dicha sistemática se mantuvo posteriormente en el Capítulo II, Título V, del Libro II, en los arts. 341 y siguientes del *Código de 1944*³⁰² que reproducían en su integridad lo dispuesto en los arts. 351 a 353 del CP de 1870. El motivo determinante de la incriminación de los delitos tipificados bajo la rúbrica “Delitos contra la salud pública”, es “el riesgo aparejado a las conductas que se castigan, consistentes en los perjuicios a la salud que ordinariamente acarrear”³⁰³.

El Código de 1944 fue ampliamente modificado, así, por las Leyes de Reforma del Código Penal (LRCP) de 24 de Abril de 1958, por las que se introducen los artículos 344 bis, 348 y 348 bis; la de 1963, y la de 16 de Noviembre de 1971, principalmente³⁰⁴.

El CP de 1944 aludía de forma expresa a las “drogas tóxicas o estupefacientes” en su artículo 344, configurándolo como tipo agravado de las conductas descritas en los artículos anteriores (341 y siguientes)³⁰⁵. Se refiere especialmente “a la fabricación

²⁹⁷ BELTRÁN BALLESTER.: *Op. cit.*, p. 47.

²⁹⁸ CUELLO CALÓN, E.: *Comentarios al Código Penal de 1928*, Bosch, Barcelona, 1929, p. 65.

²⁹⁹ GAZETA DE MADRID, núm. 310, de 5 de noviembre, de 1932.

³⁰⁰ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 110.

³⁰¹ NUÑEZ DE CEPEDA, H.: *Código Penal de 1932*, Litografía e Imprenta Roel, La Coruña, 1932, p. 277.

³⁰² BOE núm. 13, de 13 de enero de 1945.

³⁰³ ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Gráfica administrativa, Madrid, 1949, p. 178.

³⁰⁴ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 101.

³⁰⁵ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 313.

destinada a su expendición, venta o comercio, y para su despacho o suministro, de drogas tóxicas o estupefacientes. No será sancionado el drogodependiente que se encuentre en posesión de droga para su propio consumo, a no ser que la haya adquirido ilegalmente”³⁰⁶.

El *Texto revisado de 1963 del Código Penal*, aprobado por Decreto 691 / 1963, de 28 de marzo,³⁰⁷ sigue el criterio del CP de 1944, en el artículo 344 cuando dice:

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

A pesar de la redacción literal de dicho precepto, según QUINTANO RIPOLLES es dudoso que la agravación prevista en el mismo, se aplicable en el caso del art. 343; más bien, al “despachar una sustancia inocua como estupefaciente no siéndolo, no integraría, ciertamente, el tipo agravado, ni posiblemente el de contra la salud, sino si acaso el de estafa”³⁰⁸.

Especialmente significativa, fue la LRCP realizada conforme a la Ley 44 / 1971 de 15 de Noviembre de 1971, que dio lugar al texto refundido del *CP de 1973*, publicado por Decreto 3096 / 1973, de 14 de septiembre³⁰⁹, por la que se llevó a cabo una considerable modificación del art. 344, en consonancia con lo dispuesto en los Convenios de Naciones Unidas. “La reforma del art. 344 fue consecuencia de las disposiciones penales contenidas en el Convenio Único de 30 de Marzo de 1961 - art. 36³¹⁰ - , ratificado por España en 1966. El nuevo precepto fue redactado a imagen y semejanza de estas disposiciones internacionales, o al menos, tomando muy en cuenta las obligaciones asumidas en aquel texto. Se produce, a partir de aquí, un despliegue más claro con respecto a la tradicional legislación penal en la materia, para aproximarse más, en cambio, al sistema imperante en el ámbito jurídico internacional y, a través de la enorme influencia de éste, en el iuscomparatista”³¹¹.

Sin embargo, la reforma del art. 344 no sólo se llevo a cabo en cumplimiento de lo previsto en el art. 36 del Convenio de 1961 sino también por las necesidades que surgían en nuestra legislación interna.

³⁰⁶ CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*, Tomo II, *Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 310.

³⁰⁷ BOE núm. 84, de 8 de abril de 1963.

³⁰⁸ QUINTANO RIPOLLES, A.: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1966, p. 683.

³⁰⁹ BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.

³¹⁰ Así, el Convenio Único..., *cit.*, en su art. 36 establece 1. A) “ A reserva de lo dispuesto por su constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionadamente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad”.

³¹¹ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 111.

Así, la Exposición de Motivos de la LRCP de 1971 decía:

La ratificación por España (...) del Convenio Único de treinta de marzo de mil novecientos sesenta y uno, elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas, ha determinado la modificación del artículo 344 del Código Penal. Pero la reforma en este punto viene impuesta no sólo por el compromiso internacional, sino por la necesidad de disponer de los medios legales precisos para atajar con eficacia el problema social que entraña el tráfico y consumo ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes.

La LRCP de 1971, vino a introducir, por primera vez, un tipo básico del delito de tráfico ilegal de drogas. Como afirma PRIETO RODRÍGUEZ “es a partir de esta reforma cuando este delito aparece con sustantividad propia en el Código Penal, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma, cuyo complemento se encontraba en los artículos anteriores o norma penal en blanco, siendo una mera cualificación en los delitos contra la salud pública”³¹².

La nueva redacción del art. 344 “rompe su antigua relación con los artículos anteriores para tipificar expresamente el tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, su uso ilegal y la prescripción o despacho indebido”³¹³. El párrafo primero, tipifica hechos diversos: la producción y tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, y su uso ilegal.

El principal problema que presenta la reforma, es precisar el alcance del significado de la expresión “los que ilegítimamente ejecuten actos de (...) tenencia”. En opinión de RODRÍGUEZ DEVESA por tenencia debe entenderse “la posesión de drogas tóxicas o estupefacientes en condiciones tales que por su cantidad o circunstancias pueda inferirse que se destinaban a un tráfico ilícito, oneroso o gratuito”³¹⁴. Siendo impune la tenencia de una pequeña cantidad de droga por el drogadicto, destinada a su consumo personal. Los conceptos de cultivo, fabricación o tráfico, posesión, uso y consumo, se establecen en la Ley de 8 de abril de 1967. Requiere el precepto, además, que los actos tipificados se ejecuten ilegítimamente³¹⁵.

Además, el art. 344 se amplió considerablemente, añadiendo la pena de inhabilitación especial cuando el sujeto activo sea facultativo (párrafo segundo). Sujetos de este delito únicamente pueden ser los facultativos autorizados para prescribir o despachar tóxicos o estupefacientes. Es impune la prescripción o despacho de estas sustancias con fines terapéuticos. Lo que se sanciona, es la realización de dichas conductas abusando de su profesión³¹⁶.

Se incorporó también, el arbitrio judicial (párrafo tercero) la clausura del establecimiento (párrafo tercero), y la reincidencia internacional (último párrafo). No obstante, tanto la nueva redacción del art. 344 como la legislación sobre drogas, fue

³¹² PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 110.

³¹³ RODRÍGUEZ DEVESA.: *Op. cit.*, p. 945.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 949.

³¹⁵ CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1982, p. 375.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 376.

ampliamente criticada por la doctrina, al considerarla poca precisa e insuficiente para tratar de solventar el problema de la droga. Señalaba LUZÓN PEÑA que “la regulación por los textos actualmente vigentes (refiriéndose al CP de 1973) tanto del tráfico como del consumo drogas es gravemente injusta y desafortunada, y por ello, insostenible”³¹⁷. Los defectos que presentaban la redacción del art. 344, obedecían a la intención del legislador penal de hacer frente al aumento del consumo y tráfico de drogas, utilizando únicamente medios represivos³¹⁸.

En opinión de RODRÍGUEZ DEVESA se impone la necesidad de concretar los tipos y ponderar de forma proporcional las penas. Además, se preciso dotar de los medios necesarios, a los servicios encargados de la persecución de dichos delitos, con el fin de garantizar una lucha eficaz frente al consumo y tráfico de drogas³¹⁹.

Se hacía patente la urgente necesidad de modificar la legislación penal en materia de tráfico de drogas. Se trata de una materia ampliamente reformada desde el CP de 1973, dado la complejidad que presenta lograr una regulación completa, que abarcara todas las conductas relativas al tráfico ilegal de drogas. De ahí, que con la sola excepción del Proyecto del Código Penal (PCP) de 1980 que perseguía una reforma completa del Código Penal, lo cierto es que se realizaron reformas parciales con el fin de dar solución a los problemas más urgentes. Entre estos problemas de inaplazable resolución, se encontraba el tráfico ilícito de drogas.

3. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LO 8 / 1983, DE 25 DE JUNIO

Especialmente significativa, fue la reforma urgente y parcial del CP realizada por la Ley Orgánica (LO) 8 / 1983, de 25 de junio³²⁰, que dio lugar al *Código Penal de 1983*, que recoge el texto refundido promulgado por Decreto de 14 de Septiembre de 1973. Los delitos contra la salud pública aparecían tipificados en la sección 2ª (“Delitos contra la salud pública y el medio ambiente”) del Capítulo II (“De los delitos de riesgo en general”) del Título V (“Delitos contra la seguridad colectiva”) del Libro II del CP. Se ampliaba considerablemente las conductas que lesionan la salud pública (arts. 341 a 347 bis), diferenciando entre:

1. Delitos relativos a “sustancias nocivas para la salud o productos químicos que pueden ocasionar estragos”.
2. Delitos referentes a “medicamentos, sustancias medicinales o medios anticonceptivos”.
3. Delitos de tráfico ilícito de “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”.
4. Delitos que tienen por objeto bebidas, alimentos, y géneros corrompidos”.

³¹⁷ LUZÓN PEÑA, M.: “Tráfico y consumo de drogas”, en *la Reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, Edisa, 1982, p. 63.

³¹⁸ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 113 y 114.

³¹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA.: *Op. cit.*, pp. 952 y 953.

³²⁰ BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983.

5. Delitos contra el “medio ambiente”.
6. Delitos de divulgación maliciosa de enfermedades.

Si bien, en la rúbrica de la sección segunda se introduce junto a la salud pública otro bien jurídico: el ecológico. No cabe duda, como afirma PRIETO RODRÍGUEZ, que “protegiendo directamente el medio ambiente, se protege indirectamente la salud pública”³²¹.

Por lo tanto, deben entenderse por delitos contra la salud pública, “todos los cometidos por particulares encaminados a suspender los saludables efectos de las leyes dictadas para proteger tan importante derecho social”³²².

La LO 8 / 1983 abordó la modificación en profundidad del artículo 344 del CP, en un intento de superar los defectos de las sucesivas reformas de estos delitos. Así, la Exposición de Motivos, señala que:

(...) Como es sabido, el artículo 344 del Código Penal, concerniente al grave e importantísimo problema del tráfico de estupefacientes, es de hecho el único precepto penal del que se dispone para abordar materia tan compleja. La experiencia acumulada desde su introducción en nuestro sistema punitivo pone de manifiesto defectos cuya trascendencia no permite postergar una profunda modificación. Únicamente obedece al deseo ya mencionado de suprimir los más graves defectos que presenta el vigente artículo 344 (...).

Como indica MOLINA PÉREZ el delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aparece tipificado dentro de los delitos contra la salud pública, como delito de riesgo por el peligro inminente que implica para la salud colectiva, consumándose por la amenaza a la salud pública, sin necesidad de que se haya producido un daño efectivo³²³.

Ciertamente, el delito de tráfico de drogas se configura como delito de peligro abstracto para el bien jurídico protegido: la salud pública³²⁴. Desde otra perspectiva, el delito del art. 344 es además, un delito de peligro común o general, dado que el riesgo para la salud, afecta a toda la comunidad³²⁵.

La reforma de 1983 introdujo innegables mejoras, para las que se tomó como punto de partida el art. 326 del Proyecto del Código Penal (PCP) de 1980. Influyendo, además las aportaciones del Anteproyecto y Proyecto del CP de 1982. En el párrafo primero, se concretaron las conductas típicas, sancionando “(...) los actos de cultivo, fabricación o

³²¹ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 101.

³²² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo VI, Esteban Hermanos Impresores, Salamanca, 1981, p. 28.

³²³ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 315.

³²⁴ REY HUIDOBRO, LF.: *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 87.

³²⁵ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, p. 90.

tráfico³²⁶, o las poseyera (...). Es decir, se tipifica los actos de cultivo, fabricación, tráfico o la posesión con éste fin, de las sustancias que enumera el precepto, con la intención de promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal. Quedando excluidos la realización de dichos actos cuando se desarrollen con fines lícitos³²⁷.

Se suprimió la expresión legal de “drogas tóxicas o estupefacientes”, y se incorporó la de “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” para hacer referencia al objeto material de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas. Se delimitó la tenencia ilícita sólo a los que las (...) posean con éste último fin (...), es decir, la tenencia de sustancias para destinarlas al tráfico. Siendo impune la posesión de aquellas sustancias cuando estén destinadas al autoconsumo. Se consagró la exigencia legal de que las sustancias mencionadas ocasionen un daño en la salud. Se distinguió, a efectos de penalidad, entre sustancias que “(...) causen grave daño a la salud (...)”, y “(...) en los demás casos (...)”, expresión esta última que debía interpretarse como sustancias que no causan grave daño a la salud. Se suavizaron las penas³²⁸.

Según MUÑOZ CONDE el dolo en el art. 344 está integrado por dos elementos: 1. El conocimiento por el sujeto activo de que se trata de sustancias nocivas para la salud de las personas; 2. La voluntad de promover, favorecer o facilitar, el consumo ilegal de drogas de terceras personas. De ahí, que sea impune la posesión de drogas destinadas al autoconsumo³²⁹.

En el párrafo segundo se añadió como agravantes la difusión de la droga “entre menores de 18 años”, “en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios, “cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difundirlas”, o “cuando la cantidad de la droga poseída para traficar fuese de notoria importancia”, casos en los que se prevé la aplicación de la pena superior en grado a la establecida en el párrafo primero.

El fundamento de la primera agravación, como manifiesta ALFONSO SANJUÁN es reforzar la protección de individuos que por razón de su edad son especialmente vulnerables³³⁰. En cuanto a la segunda circunstancia, se entiende por “centros docentes” los destinados habitualmente a la enseñanza, sean públicos o privados. Son “establecimientos penitenciarios” los centros en los que se cumplen las condenas por infracciones penales. Y “unidades militares” cualquier división del ejército que actúa independientemente bajo las ordenes de un solo superior. La intención del legislador al incorporar esta agravante ha sido, por un lado, castigar más severamente a los que trafican en estos centros, al ocasionar un mayor daño para la salud, dada la multitud de

³²⁶ Con el término “tráfico” el CP se remite a lo dispuesto en el art. 15 de la Ley de Estupefacientes de 8 de abril de 1967 que determina: “Constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución, y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma”.

³²⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de derecho penal (Parte especial)*, Trivium, Madrid, 1985, p. 92.

³²⁸ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, pp. 119 y ss.

³²⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *La Reforma penal de 1983. Parte Especial*, Destino, Madrid, 1983, p. 200.

³³⁰ ALFONSO SANJUÁN, M.: *La droga. Razones de su consumo por la juventud*, Mezquita, Madrid, 1983, p. 21.

personas de los mismos, encontrando una mayor facilidad para su comisión. Y por otro lado, proteger a los sujetos de dichos centros que por sus características personales o situación son especialmente vulnerables³³¹.

No obstante, ARROYO ZAPATERO se muestra contrario a incluir tales agravantes, al afirmar que la única particularidad de las mismas respecto al tipo básico, es afectar a la disciplina interna de dichos centros, particularidad que no presenta la misma relevancia que el resto de las circunstancias del art. 344 del CP³³².

El motivo de la agravante de pertenencia a una organización es diferenciar al traficante individual de las organizaciones criminales. Siendo suficiente para aplicar la agravante que se acredite una vinculación entre el sujeto y la organización, cualquiera que sea la función que se le ha encomendado. La pretensión del legislador ha sido reforzar la lucha contra la droga, mediante la represión de las organizaciones criminales³³³. Es un tema de gran actualidad e importancia, no “sólo por el destacado papel que dichas organizaciones juegan en el tráfico ilícito de drogas, sino por las consecuencias derivadas de la existencia de las mismas”³³⁴.

Con la circunstancia de “notoria importancia” se trata de sancionar a los grandes traficantes de drogas que obtienen cuantiosos beneficios económicos. La cualidad de notoria importancia como indica REY HUIDOBRO es relativa, ya que depende de factores como: cantidad de la droga, tipo de sustancia, de su método de elaboración, de su estado de conservación, de su pureza y de su lugar de origen. Por tanto, deben ser los tribunales, los que establezcan criterios de unificación³³⁵.

En opinión de BERISTAIN hubiese sido preferible que el legislador al concretar esta agravante hubiese utilizado otro criterio como el beneficio económico obtenido por el traficante, atendiendo a la cantidad y a la clase de la droga³³⁶.

Por otra parte, es de destacar la imprecisión del legislador al incorporar esta agravación, en cuanto que no concreta que debe entenderse por notoria importancia. Como señala MUÑOZ CONDE “éste criterio de “notoria importancia” es bastante indeterminado y puede producir gran inseguridad en las penas”³³⁷.

En el párrafo tercero, se introduce como sujeto activo de las conductas agravadas del párrafo segundo, al funcionario público, al que se hace extensiva la aplicación de la pena de inhabilitación especial prevista también para el facultativo. Especificando que se entiende por facultativo “los médicos y personas que en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y sus dependientes”. A los facultativos alude el CP en el artículo 119, párrafo tercero, al señalar que son facultativos “todos los que por

³³¹ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, pp. 183 y 184.

³³² ARROYO ZAPATERO, LA.: “Aspectos penales del delito de tráfico de drogas”, *Revista del Poder Judicial*, núm.11, 1984, p. 24.

³³³ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, pp. 189 y 190.

³³⁴ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 267.

³³⁵ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, pp. 187 y 188.

³³⁶ BERISTAIN IPIÑA, A.: *Las drogas*, Mensajero, Bilbao, 1974, p. 138.

³³⁷ MUÑOZ CONDE.: *Op. cit.*, p. 200.

disposición inmediata de ley, por elección, o por nombramiento de la autoridad competente, participen en el ejercicio de las funciones públicas”. Siendo necesario para la aplicación de la agravación, que los funcionarios y facultativos se prevalgan de su cargo, para la comisión del delito.

Su fundamento, en opinión de REY HUIDOBRO es una mayor antisociabilidad dado el cargo que tienen dichos sujetos, lo que justifica que se les imponga además, la pena de inhabilitación especial³³⁸.

El párrafo cuarto, mantenía la redacción introducida por el PRCP de 1982, en el que se tipificaba como conducta agravada los supuestos de “extrema gravedad “y “cuando sean realizados en establecimientos públicos o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuera parcialmente, a los fines del párrafo primero (...)”, en el que incorpora como novedad, la posibilidad de imponer la pena superior en grado a la del tipo básico.

La redacción de esta parte del párrafo cuarto, merece en opinión de PRIETO RODRÍGUEZ una doble crítica: negativa, en cuanto que el legislador no ha concretado los supuestos de extrema gravedad, y no ha tipificado la conducta del propietario del establecimiento público; y positiva, en cuanto que se la eliminado el arbitrio de la redacción anterior³³⁹.

Se entiende por *jefe* el que ocupa la cúspide en la estructura organizativa, ejerciendo el mando de la organización. *Administradores* son los encargados de manejar los fondos y capital de la organización, destinándolos a los fines que persiga la misma. *Encargados* son los que asumen una función directiva en la organización, distinta de los jefes y administradores, siendo suficiente que ejerzan el mando sobre un determinado grupo o sector dentro de la organización³⁴⁰. *Establecimiento público* se entiende “aquellos lugares accesibles a cualquiera, pero sólo en ciertos momentos o en determinadas condiciones puestas por quién ejerce un derecho sobre el establecimiento”³⁴¹.

Por otro lado, el párrafo cuarto, previa también, la posibilidad de adoptar diversas medidas como la “clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, la disolución de la sociedad”, “la suspensión de las actividades de la empresa o sociedad” o “la prohibición a la empresa o sociedad de realizar ciertas actividades”. Introduciendo la posibilidad de llevar a cabo la intervención de la empresa, con el fin de garantizar los derechos de los trabajadores.

La reforma de 1983, vino a suprimir uno de los graves defectos de la regulación anterior, como era el ilimitado arbitrio judicial del art. 344, párrafo tercero, del CP de 1971. Arbitrariedad que según PRIETO RODRÍGUEZ ha sido “combatida no sólo reduciendo la desmedida extensión de la imprevisible pena a imponer, sino también

³³⁸ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, pp. 191 a 193.

³³⁹ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 272.

³⁴⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, JM.: *Derecho penal español. Parte especial*, 9ª edición, Gráficas Carása, Madrid, 1983, p. 1030.

³⁴¹ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, p. 195.

superando la falta de certeza o de criterios concretos que regulasen el ejercicio de aquel arbitrio ³⁴². Así, la reforma de 1983 ha establecido unas penas en el tipo básico según se trate de sustancias que causen o no grave daño a la salud de las personas, penas que podrán elevarse en grado cuando concurren alguna de las circunstancias de los párrafos 2º, 3º o 4º ³⁴³.

El último párrafo, sigue consagrando la reincidencia internacional en los mismos términos que la regulación anterior.

Si bien la reforma de 1983 llevó a cabo una trascendente mejora en la redacción del artículo 344, incorporando diversos aspectos positivos, tampoco estuvo exenta de críticas. Algunos sectores vieron en el art. 344 del CP una excesiva liberación del tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes. Suponía una despenalización del uso de las drogas blandas, cuando en realidad, no se había sancionado en España nunca. Lo que hay, pues, es una regulación más justa, y adaptada a los principios de legalidad y proporcionalidad de la pena ³⁴⁴.

4. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LO 1 / 1988, DE 24 DE MARZO

La redacción del art. 344 del CP, continuaba siendo insuficiente para afrontar las múltiples conductas delictivas que surgen entorno al fenómeno de la droga. De tal modo, que se llevó a cabo una nueva y amplísima reforma por la *LO 1 / 1988, de 24 de Marzo* ³⁴⁵, de reforma del CP en materia de tráfico ilícito de drogas. En la que el art. 344 del CP, no aparecía como único instrumento de lucha contra la droga, se incorporaban nuevos preceptos penales, y se disponía además, del Plan Nacional sobre Drogas aprobado en julio de 1985.

La LO 1 / 1988, incorporó importantes novedades. Se modificó la redacción del tipo básico. Añadiéndose la expresión “u de otro modo”. Con lo que se venía a ampliar considerablemente las conductas típicas. Debiendo incluir, no sólo los “actos de cultivo, elaboración o tráfico”, sino cualesquiera otros, que “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal”. Conteniendo todos los actos del “ciclo económico de la droga” ³⁴⁶.

Se incrementaban considerablemente las penas privativas de libertad, estableciéndose una estructura piramidal, en cuyo vértice se colocaba a los responsables de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilegal de drogas ³⁴⁷.

Se incorporó el 344 bis a), en el que se tipificaba los supuestos agravados del párrafo

³⁴² PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 255.

³⁴³ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, p. 268.

³⁴⁴ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 121.

³⁴⁵ BOE núm. 0074, de 26 de marzo de 1988.

³⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 453 y 454.

³⁴⁷ SOTO NIETO, F.: *El delito de tráfico ilegal de drogas*, Trivium, Madrid, 1989, p. 114.

segundo del artículo 344, si bien se introdujeron otros supuestos, así “cuando las referidas sustancias o productos se faciliten a personas sometidas a tratamientos de deshabitación o rehabilitación”, “cuando las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud”, y “cuando el culpable fuese autoridad o funcionario público (...)”.

En el primer supuesto, el fundamento de la agravación es la mayor reprochabilidad de la conducta, al empujar de nuevo al consumo, a un adicto que se encuentra rehabilitándose. De ahí, que resulte fundamental para la aplicación de esta agravante, que el individuo que le suministre la droga conozca la situación en la que se encuentra el adicto. En el segundo supuesto, se potencia la nocividad para la salud de las personas, lo que justifica la agravación de la pena. En el último supuesto, se introduce como novedad la expresión “incluso de carácter transitorio”, se justifica la agravación por la mayor alarma social que implica la expansión y difusión de la droga a través de organizaciones criminales. Dicha organización puede “ser episódica, de carácter transitorio, con miras a determinadas operaciones de promoción, favorecimiento o facilitación”³⁴⁸.

Se añadió el artículo 344 bis b) cuyo contenido reproducía el párrafo cuarto del art. 344, en la redacción dada por la reforma de 1983. Si bien, a efectos de penalidad establece como novedad, una agravación de segundo grado, al imponer la pena superior en grado a la prevista en el 344 bis a), cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el 344 bis b), lo que lleva a límites realmente graves en las penas privativas de libertad. Imponiéndose además, multas muy elevadas. Otorgándose a los Tribunales, la facultad, de imponer alguna de las medidas previstas en este artículo³⁴⁹.

Se agregó el artículo 344 bis c) que introducía como posible sujeto activo de las conductas del artículo 344 y 344 bis a) a los agentes de la autoridad. Así mismo, se introducía la pena de inhabilitación absoluta, imponiéndose cuando “los referidos hechos fueren realizados por la autoridad o agente de la misma”. En el párrafo segundo, se especificaba que se entendía por facultativo, “a tal efecto, se entiende que son facultativos los Médicos, Psicólogos, las personas en posesión del título sanitario, los Veterinarios, los Farmacéuticos y sus dependientes”.

Como indica SOTO NIETO la “intensificación de la pena en tales supuestos encuentra su razón justificativa en la fuerte censura que merecen las personas enumeradas, cuya presencia social y cometidos asignados les obligan, con más razón que a cualquier otro ciudadano, a un comportamiento alejado de las actividades integrantes del delito contra la salud pública recogido en el art. 344”³⁵⁰.

Una de las novedades más significativas de esta reforma, fue la incorporación de instrumentos que permitan atajar el gran negocio económico que es la droga. Uno de los mecanismos establecidos por la LO para limitar los elevados beneficios económicos que obtiene el crimen organizado de la droga, consistía en imponer cuantiosas multas. Como

³⁴⁸ SOTO NIETO.: *Op. cit.*, pp. 141 y ss.

³⁴⁹ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición..., *Op. cit.*, pp. 459 y 460.

³⁵⁰ SOTO NIETO.: *Op. cit.*, p. 148.

criterios de determinación de estas cuantías, se establece además, en el nuevo artículo 344 bis d): “(...) el Tribunal atenderá preferentemente al valor económico final del producto o, en su caso, al de la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener (...)”. Como afirma MUÑOZ CONDE “en este caso la pena de multa funciona más bien como una confiscación o privación de las ventajas económicas conseguidas ilícitamente”³⁵¹.

Por otra parte, en el 344 bis e) se ampliaba considerablemente el comiso de los bienes extendiéndose a cualquier bien que se haya utilizado o tenga su origen en alguna de las conductas delictivas de los artículos 344 a 344 bis b), pudiendo ser aprendidas por la autoridad judicial en cualquier momento del procedimiento. Habiéndose incorporado además, como novedad, el comiso de las ganancias, procedentes de cualquiera de los delitos que enumera el precepto, o las transformaciones que aquéllas hubieran podido manifestar.

Como comenta BOIX REIG “la necesidad de que la intervención penal interrumpa el proceso económico a que responde el tráfico de drogas a gran escala justifica la ampliación del nuevo precepto, extendiendo los efectos del comiso a las ganancias obtenidas y sus transformaciones”³⁵².

El tercer mecanismo consistía como señala la Exposición de Motivos:

(...) hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas, se incorpora un nuevo precepto al capítulo VII del título XIII del libro II del Código, que sanciona las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico, o lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas conductas que vienen denominándose de “blanqueo” del dinero de ilícita procedencia (...).

Dicho precepto es el artículo 546 bis f), en el que se prevé junto a un tipo básico sancionado con pena de “prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas”, conductas agravadas sancionadas con pena superior en grado, cuando “ se trate de reos habituales” o “ se trate de personas pertenecientes a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo”, imponiéndose cuando los hechos revistan especial gravedad, además, “ la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de 6 meses a 6 años o con carácter definitivo”. Supuestos en los que se podrá llevar a cabo el comiso de los bienes conforme a lo previsto en el artículo 344 bis e).

Comenta DÍEZ RIPOLLÉS que con la incorporación de dicho precepto se persigue introducir un instrumento eficaz frente a los grandes beneficios económicos obtenidos por el narcotráfico en el desarrollo de su actividad ilegal³⁵³.

³⁵¹ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición..., *Op. cit.*, p. 462.

³⁵² BOIX REIG, J.: *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 352.

³⁵³ DÍEZ RÍPOLLES, JL.: *Los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1 / 1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 90.

El aprovechamiento previsto en el tipo básico de la receptación, se refiere tanto a los bienes y efectos procedentes de los delitos mencionados, como a las ganancias de los mismos, y a las transformaciones que aquéllas hubiesen experimentado. Entendiendo el aprovechamiento como ventaja o beneficio patrimonial, sea para sí o para un tercero. Incorporándose en el párrafo segundo un subtipo agravado, cuando concorra alguno de los supuestos mencionados en el mismo. Previniéndose en el tercer párrafo la aplicación de medidas especiales, a los supuestos mencionados, así, como en los casos de “extrema gravedad”³⁵⁴.

Se añadió el artículo 344 bis f), que regulaba la reincidencia internacional por delitos de similar naturaleza a los tipificados en los arts. 344 a 344 bis c).

Sin duda, una de las innovaciones más importantes de la LO 1 / 1988 fue la autoridad judicial de conceder el beneficio de la remisión condicional, a los drogodependientes que incurran en la comisión de un hecho delictivo, como consecuencia de su adicción a las drogas siempre que el reo se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento, no sea reincidente, ni se le haya aplicado con anterioridad la remisión condicional.

Señala SOTO NIETO que “la regulación de esa alternativa se lleva a cabo con suficientes garantías a fin de salvaguardar, de un lado, la cobertura de los fines preventivos - generales, base de toda norma penal, y de evitar, de otra parte, un uso fraudulento de la disposición legal que permitiera su aplicación en supuestos distintos a los realmente queridos por el legislador”³⁵⁵.

El art. 93 bis se aplicara cuando aún no concurriendo las circunstancias del art. 93, se den las previstas en aquél, siempre que se traten de reos condenados a penas privativas de libertad no superiores a dos años.

Para la aplicación del beneficio de la remisión condicional, se exige los siguientes requisitos: 1. Que quede probada en la sentencia la condición de adicto del sujeto, así como que la comisión del hecho delictivo fue consecuencia de dicha adicción. Ello implica la necesidad de acreditar una evidente “relación, sino de causalidad, sí al menos de eficaz condicionamiento entre drogodependencia y delito”³⁵⁶. 2. Que se certifique suficientemente, por centro o servicio debidamente acreditado y homologado, que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio. Es decir, se exige que el certificado exprese de forma detallada el tratamiento que se ha aplicado al sujeto, y el resultado obtenido o que sea previsible que se obtenga³⁵⁷. 3. Que el sujeto no sea reincidente ni se le haya aplicado con anterioridad el beneficio de la remisión condicional. Concedido el beneficio de la remisión condicional se seguirá la evolución del individuo por la autoridad judicial tal y como dispone el art. 93 bis. Pues, el órgano judicial a través de la “observación personal y periódica del condenado, con el complemento de los informes periciales, permitirá

³⁵⁴ SOTO NIETO.: *Op. cit.* pp. 175 y 176.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 161.

³⁵⁶ JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: “La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas” en *Jornadas de derecho penal*, Albacete, 1988, p. 19.

³⁵⁷ SOTO NIETO.: *Op. cit.*, p. 166.

seguir la evolución del tratamiento”³⁵⁸. En el penúltimo párrafo se condiciona la suspensión de la pena a que el individuo no delinca en el tiempo que se establezca, ni que abandone el tratamiento. Disponiendo el último párrafo que transcurrido el plazo de suspensión, y acreditada la deshabitación del reo se remitirá la pena, en caso contrario, se ordenará su cumplimiento. La deshabitación y rehabilitación del drogodependiente (JIMÉNEZ VILLAREJO) no se trata de un proceso que necesariamente finalice “con la liberación, o el fracaso, sino que el estadio final admite una infinita variedad de grados, es decir. Se puede quedar más o menos deshabitado”³⁵⁹.

En opinión de DIEZ RÍPOLLES lo decisivo es que el drogodependiente haya demostrado clara voluntad de deshabituarse en el tiempo que ha durado su tratamiento, y haga prever que dicho intención es firme y sincera³⁶⁰.

5. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LO 8 / 1992, DE 23 DE DICIEMBRE

A pesar de los continuos esfuerzos por combatir el grave problema de la droga, lo cierto, es que el consumo y tráfico ilícito de tales sustancias no ha dejado de crecer, muy especialmente, tras la aparición de las organizaciones criminales. De ahí, que de forma paralela a ese crecimiento, se ha incrementado la respuesta penal, tanto a nivel interno como internacional. Así, como consecuencia de la celebración del Convenio de Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas celebrado en Viena el 20 de diciembre de 1988, se llevó a cabo una nueva reforma de nuestro CP. Por *LO 8 / 1992, de 23 de diciembre*³⁶¹ de reforma del CP sobre tráfico ilícito de drogas, se incorporaron las medidas penales acordadas en la Convención. Las principales modificaciones fueron:

La incorporación en el art. 344 bis a) del CP, de tres nuevas circunstancias: 8. “cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas”. 9. “cuando el culpable participare en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”. 10. “cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados mediante menores de 16 años o utilizándolos”.

Se justifica la agravación de la pena por la mayor peligrosidad de “quienes relacionan la conducta de tráfico de drogas con otras actividades delictivas, más aún si están organizadas, o faciliten actividades meramente ilícitas, lo que tiene relevante incidencia en el ciclo económico que genera el tráfico ilícito de la droga”. En el caso de la utilización de menores, se trata de eludir responsabilidades penales, de dificultar la investigación judicial y dar un mayor poder de actuación a la organización criminal, causas que justifican la aplicación de la pena³⁶².

³⁵⁸ SOTO NIETO.: *Op. cit.*, p. 167.

³⁵⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO.: *Op. cit.*, p. 21.

³⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 124.

³⁶¹ BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992.

³⁶² VIVES ANTÓN, TS / BOIX REIG, J / ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 350.

El art. 344 bis e) párrafo primero, amplía el comiso a las sustancias del art. 344 bis g), a los vehículos, buques, y aeronaves, y cualquier bien y efecto que hayan utilizado o provengan de la comisión del delito. Es decir, cualquier ganancia obtenida del delito, “cualesquiera sea las transformaciones que hubiera podido experimentar”. Se trataba de impedir la realización de “actividades económicas mediante el tráfico de drogas a gran escala, esto es, acabar con el blanqueo de dichas ganancias, que habitualmente se invierten en negocios legales”³⁶³.

En el párrafo segundo, se establece que la aprehensión de los bienes y efectos podrá realizarse al comienzo de las primeras diligencias penales, con el fin de garantizar su buen fin. Y se incorpora la posibilidad de que la policía judicial utilice provisionalmente los bienes decomisados durante la sustanciación del procedimiento, previa autorización judicial. Se añade un párrafo tercero: “los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado”³⁶⁴. Con ello, se desprotege a los perjudicados por estos delitos, ya que la adjudicación que se hace al Estado, impide que “el producto de la venta de los bienes decomisados, cuando sean de lícito comercio, se aplicara a cubrir las responsabilidades del penado”³⁶⁵.

Se tipifica la fabricación, transporte, distribución o comercialización de las sustancias, materiales e instrumentos necesarios para el cultivo, elaboración o fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en el art. 344 bis g). Dichos actos deben ser referidos a lo establecido en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, así, como cualquier ampliación del mismo, o a otros convenios que pudieran celebrarse en el futuro³⁶⁶.

En el mencionado precepto, se viene a sancionar de forma independiente el tráfico de determinadas sustancias, a sabiendas, de serán utilizadas posteriormente, en la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas³⁶⁷.

Se sanciona las conductas relativas al blanqueo de capitales obtenidos del tráfico ilícito de drogas en los arts. 344 bis h) y i). Incrementando la intervención penal con el fin de combatir el enriquecimiento injusto y el blanqueo de dinero, producido mediante el narcotráfico³⁶⁸. Estableciéndose dos conductas agravadas diferentes en el art. 344 bis j) cuando “se trate de personas pertenecientes a una organización dedica a los fines señalados (...)” o, “se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones”.

Se fija en el art. 344 bis k) el orden de prelación para satisfacer las responsabilidades pecuniarias del penado por delitos de tráfico ilegal de drogas, cuando no posea bienes suficientes.

³⁶³CARMONA SALGADO, C / GONZÁLEZ RUS, JJ / MORILLAS CUEVA, L.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1994, p. 166.

³⁶⁴VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER.: *Op. cit.*, p. 358.

³⁶⁵RODRÍGUEZ DEVESA, JM / SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 1086.

³⁶⁶RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ.: *Op. cit.*, p. 1087.

³⁶⁷CARMONA SALGADO / GONZÁLEZ RUS / MORILLAS CUEVA.: *Op. cit.*, p. 170.

³⁶⁸*Ibidem*, p. 171.

6. EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y LAS REFORMAS DE 2003, 2010 Y 2015

Con el fin de perfeccionar la regulación de nuestro Código Penal y adaptarlo a los cambios sociales, políticos y económicos, se plantea la necesidad de llevar a cabo una nueva reforma del Código Penal.

Reforma realizada por la *Ley Orgánica 10 / 1995 de 23 de Noviembre*, en la que “los delitos contra la salud pública” aparecen regulados en el Capítulo III (“delitos contra la salud pública), del Título XVII (“delitos contra la seguridad colectiva”)³⁶⁹. Tipificándose los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas en los arts. 368 a 378 del CP.

El tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas se regula en el art. 368 del CP. Incorpora la expresión “los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal” de forma semejante al viejo art. 344 del CP, en su formulación dada por la LO 1 / 1988, de 24 de Marzo que incorporó, por primera vez, dicha expresión en un Código Penal. Expresión con la que se pretende abarcar todas las etapas del tráfico ilícito de la droga³⁷⁰. Se establece una tipificación abierta, en la que se incluye cualquier conducta que tenga por finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal³⁷¹.

La posesión de la droga suscita el problema de delimitar, cuando está destinada al tráfico y cuando al autoconsumo, en que es impune³⁷². Para lo cual la Jurisprudencia acude a la concurrencia de circunstancias externas como: cantidad de droga poseída, variedad, condición de aicto o no, lugar en el que se encuentra la droga, utensilios para su preparación, etc³⁷³.

Se endurece considerablemente las penas privativas de libertad, mejorándose el sistema en cuanto a las penas de multa, al establecerse una proporción entre la cuantía de la multa y el valor de la droga³⁷⁴.

Se diferencia entre sustancias que causen grave daño a la salud castigándose con penas de “prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito”, y los demás casos, o sea, sustancias que no causen daño a la salud,

³⁶⁹ BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995.

³⁷⁰ Así, la STS (Sala 2), núm. 7176 / 1997, de 24 de noviembre establece que: “(...) al referirse a la frase “u otro modo”, expresan que lo que se pretende es abarcar, penalizando comportamientos, todo el proceso general que tiene por meta expandir la droga, y que puede realizarse a través de todas aquellas formas imaginables que puede ocurrírsele al ser humano; expansión que puede realizarse o en bien en una primera fase de cultivo o elaboración, en la producción agrícola o industrial, o bien una segunda cuando de la distribución del género prohibido se trate”.

³⁷¹ VIVES ANTON, TS / BOIX REIG, J / ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 632.

³⁷² LUZON CUESTA, JM.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 227.

³⁷³ STS (Sala 2ª), núm. 1881 / 1994, de 29 de octubre.

³⁷⁴ CÓNDE - PUMPIDO FERREIRO, C (dir) / BACIGALUPO ZAPATER, E / CÓNDE - PUMPIDO TOURÓN, C.: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Trivium, Madrid, 1997, p. 3418.

que se sancionarán con penas “de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo”³⁷⁵.

Las conductas agravadas se tipifican en los arts. 369 y 370 del CP, distinguiéndose entre agravaciones de primer y segundo grado, respectivamente. Se incrementan las penas, así, las conductas del art. 369 se castigarán con penas “privativas de libertad superiores en grado a las previstas en el artículo anterior, y multa del tanto al cuádruplo (...)”; las del art. 370 se sancionaran con “pena privativa de libertad superior en grado a la prevista en el artículo anterior, y multa del tanto al séxtuplo (...)”. En este artículo se prevé además, una serie de medidas, que la autoridad judicial, podrá imponer cuando concurra el supuesto segundo de este precepto, así como cuando concurra el supuesto contemplado en el número 2º del art. 369.

En el art. 369 del CP se añaden las siguientes conductas agravadas: 1º “las drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas se faciliten (...) o se introduzcan o difundan en (...) centros asistenciales”, y en la 8ª se añade que “el culpable (...) obrase con abuso de su profesión, oficio o cargo”.

En la 1ª circunstancia, la incorporación de los centros asistenciales, parece hacer referencia a los centros de deshabituación, si bien, no plantea problema realizar una interpretación amplia en la que tenga cabida “todo lugar en el que se presten servicios de carácter físico, psíquico, de asesoramiento, etc, incluyéndose entonces, hospitales, ambulatorios y clínicas”³⁷⁶.

En la 8ª la incorporación de aquéllas expresiones, determina que la agravación sólo será aplicable cuando las personas que se mencionan realicen el tipo básico, dentro del ejercicio de su cargo, mediante la utilización de medios que estén únicamente disponibles para quién ejercite aquellos cargos³⁷⁷. La razón de esta agravación es “la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de las drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria”³⁷⁸ además, se exige que “el delito guarde relación con el cargo público ejercido”³⁷⁹.

Deben excluirse de la agravación a las personas mencionadas cuando actúen como particulares. Así, como a los que teniendo titulación suficiente, estén en paro, en situación de excedencia, etc³⁸⁰.

El art. 370 prevé dos supuestos:

³⁷⁵ La STS (Sala 2ª), núm. 219 / 1996, de 1 de abril, señala “que la distinción a efectos de penalidad entre drogas duras y blandas (sustancias que causan grave daño a la salud y demás casos, en la terminología legal) es plenamente correcta tanto desde un punto de vista técnico como político- criminal, pero plantea el problema de la inclusión de las sustancias en uno u otro grupo, que ha falta de criterios legales ha de resolverse jurisprudencialmente”.

³⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, G / MORALES PRATS, F / VALLE MUÑIZ, JM.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1658.

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 1662 y 1663.

³⁷⁸ STS (Sala Penal), núm. 1762 / 1994, de 11 de octubre.

³⁷⁹ STS (Sala Penal), núm. 275 / 1995, de 24 de febrero.

³⁸⁰ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 686.

1. Que las conductas previstas en el artículo anterior sean de “extrema gravedad”. Debiendo los tribunales precisar que se entiende por tal.
2. Que se trate de “jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones mencionadas en el número 6”. Comprendiendo únicamente, las conductas de difundir las sustancias o productos³⁸¹.

La redacción del art. 371, párrafo primero, relativa a la punición de la fabricación, transporte o distribución de los denominados precursores³⁸², es coincidente con la del 344 bis g) en la formulación dada por la LO 8 / 1992, si bien por la LO 10 / 1995, se eleva la pena a “prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos”. Se introduce una agravación de la pena, en el párrafo segundo, cuando dichas conductas se realicen por personas pertenecientes a una organización dedicada a los fines expresados, o se trate de los jefes, administradores o encargados de las mismas. Se añade un último párrafo, en el que prevé igualmente la aplicación de las medidas de los apartados a), b) y c) del art. 370. La realización del tipo del art. 371 requiere que el sujeto actúe con conocimiento del destino de los precursores³⁸³.

En el artículo 372 se incorpora la pena de inhabilitación especial para empleo, cargo público o profesión, de tres a diez años, para los empresarios, intermediarios en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social o educador, que realice las conductas previstas en este Capítulo “en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”. Y la de inhabilitación absoluta de 10 o 20 años, cuando se trate de autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.

El artículo 373 sanciona la provocación, conspiración y proposición de las conductas de los arts. 368 al 372 con la pena inferior en uno o dos grados, a las previstas en los artículos anteriores.

La redacción del comiso en el art. 374 es coincidente con la del artículo 344 bis e) dada por la LO 8 / 1992. Así, se permite el comiso de las ganancias obtenidas de los delitos previstos en los párrafos anteriores, y de las transformaciones que éstas hubieran experimentado. Con ello, se trata de combatir el “blanqueo” de las ganancias obtenidas con estos delitos, que habitualmente se invierten en negocios legales, en bienes inmuebles etc³⁸⁴. Sin embargo, tal propósito se encuentra con la dificultad en la práctica, de demostrar que determinados bienes, proceden de aquéllas ganancias. De igual modo, resulta problemático preservar los derechos del tercero de buena fe no responsable del delito³⁸⁵.

³⁸¹ SERRANO GÓMEZ.: *Derecho Penal...*, *Op. cit.*, p. 688.

³⁸² El art. 1.10 de la LO 12 / 1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, define como precursores “las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros convenios ratificados por España”.

³⁸³ CALDERÓN CEREZO, A / CHOCLÁN MONTALVO, JA.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1999, p. 991.

³⁸⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 579.

³⁸⁵ VIVES ANTON / BOIX REIG / ORTS BERENGUER.: *Op. cit.*, p. 638.

La reincidencia internacional se tipifica en el art. 375 de forma similar a la redacción dada en las reformas anteriores. La dificultad que se plantea en la práctica es la creación y mantenimientos de registros de sentencias condenatorias internacionales³⁸⁶.

Se añade en el art. 376 un subtipo privilegiado en el que se establece la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente las actividades delictivas, presentándose ante la autoridad, confesando las actividades en las que haya participado y colaborando de forma activa con ésta, “(...) impidiendo la comisión del delito, facilitando pruebas para la detención de otros responsables o impidiendo la actuación de organizaciones a las que haya pertenecido o haya colaborado”. Como manifiestan CALDERÓN / CLOCLÁN este novedoso precepto se ha incorporado con la pretensión de avivar el arrepentimiento de ciertos delincuentes, mediante la imposición de la pena inferior en uno o dos grados, a la señalada por ley para el delito de que se trate³⁸⁷.

El art. 377 establece la regla para determinar la cuantía de las penas de multa que se “impongan en aplicación de los artículos 368 al 372”, previniéndose que el valor de la droga objeto del delito, será el precio final del producto o, en su caso, la ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”. Para la aplicación de dicha regla, se determinará en primer lugar, el grado correspondiente a la gravedad del delito, dentro de los márgenes previstos en el art. 368 o 369 y 370 del Código Penal. Concretándose después la cuantía de la multa conforme a lo previsto en el art. 377, dentro del grado correspondiente³⁸⁸.

De la redacción del art. 377 se desprende que la multa pueda basarse en “presupuestos tan imprecisos como los beneficios que el sujeto pudiera haber obtenido en la venta, donde juegan factores tan aleatorios como la pureza de la droga, precio en el tráfico ilegal, etc.”³⁸⁹.

El orden de prelación de las responsabilidades pecuniarias que se le imponga al responsable de estos delitos, se regula en el art. 378. Se refleja la preocupación por el pago de los daños e indemnizaciones de perjuicios derivados de la comisión de estos delitos, habiendo originado la creación por Ley 36 / 1995, de 11 de diciembre, de un fondo procedente de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas, y otros vinculados³⁹⁰.

Una de las novedades más significativas es el tratamiento autónomo que da al “blanqueo de bienes” que se regula de modo general en relación con cualquier delito como un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico (arts. 301 y siguientes). Es de destacar el impulso dado por los organismos internacionales (fundamentalmente la ONU, y la UE) en esta materia, estableciendo una regulación uniforme, como medio para combatir de forma eficaz, la criminalidad organizada³⁹¹.

³⁸⁶ CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 992.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 992.

³⁸⁸ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 11ª...*, *Op. cit.*, p. 578.

³⁸⁹ SERRANO GÓMEZ.: *Op. cit.*, p. 690.

³⁹⁰ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 11ª...*, *Op. cit.*, p. 582.

³⁹¹ CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 996.

Destaca por su importancia, la reforma realizada por *Ley Orgánica 15 / 2003 de 25 de noviembre*³⁹², que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y modifica los artículos 369, 370, 371, 374 y 376.

La Exposición de Motivos de esta Ley, especifica que:

Los delitos contra la salud pública han sido objeto de una mejora técnica modificándose su descripción, la determinación de los distintos supuestos agravados y atenuados, con sus correspondientes consecuencias en la pena y en la ampliación de la figura del comiso. Se amplía sensiblemente la protección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas y se establece un agravamiento de la pena cuando las conductas tengan lugar en centros docentes, en establecimientos o unidades militares, en centros penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades, así como cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

Por tanto, las principales novedades de la reforma son:

- 1) La ampliación de los supuestos de agravación de primer grado del artículo 369 del CP.
- 2) Mayor precisión en la redacción de los subtipos de agravación de segundo grado del artículo 370 del CP y la incorporación de nuevos supuestos a raíz de la delimitación de la extrema gravedad.
- 3) La posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas en el artículo 369.2 del CP.
- 4) Una mejor regulación del comiso y precursores en el tráfico ilegal de drogas.
- 5) Un nuevo sistema de penas.
- 6) La introducción de la figura del arrepentido.
- 7) La introducción de la figura del traficante consumidor.

A partir de la LO 15 / 2003 el art. 369 pasa a tener dos apartados. En el primero, se reordenan sistemáticamente las circunstancias que cualifican el tipo básico, que ahora son diez, de las cuales han sido incorporadas por la reforma, la 9ª y la 10ª. La 8ª constituye una reforma de la anterior circunstancia primera³⁹³.

En la circunstancia 8ª del art. 369, se añade la expresión “las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en (...) centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades”.

Se suprime los verbos “se introduzcan o difundan” de la regulación anterior. Se trata de una agravación de carácter local, en que el tráfico de la droga en alguno de los

³⁹² BOE núm. 283, de 26 de Noviembre de 2003.

³⁹³ COBO DEL ROSAL, M (coord.) / CARMONA SALGADO, C / DEL ROSAL BLASCO, B.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 781.

lugares que se menciona, requiere una previa introducción, si bien es preciso, que se realice además, en condiciones viables de difusión³⁹⁴. La difusión de drogas tóxicas prohibidas en determinados lugares puede constituir un mayor peligro, que la difusión en un lugar de tránsito común³⁹⁵.

Para la aplicación de esta agravación se requiere que se realice alguna de las conductas tipificadas en el artículo anterior, en cualquiera de los lugares establecidos de forma restringida en esta circunstancia. O en las proximidades de los mismos. No se trata simplemente de una proximidad geográfica sino del aprovechamiento de la situación para potenciar el consumo en los lugares especialmente protegidos o de las personas que acuden a ellos³⁹⁶.

Se establece como agravación en la circunstancia 9ª que “el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”. El empleo de la violencia, o la exhibición o uso de armas deben realizarse en el momento de cometerse el hecho delictivo, si se emplearan con posterioridad, no tendrá aplicación la agravación. Cuando el arma haya sido hallada en el registro, sin que se hubiese exhibido o usado en la comisión del delito, se podrá dar un concurso real de delitos entre el tráfico ilegal de drogas y la tenencia ilícita, en el caso de que el culpable no posea la licencia de armas³⁹⁷.

Por otra parte, se añadió la circunstancia 10ª con la siguiente redacción: “El culpable introdujera o sacara ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favorecimiento de la importación o exportación ilegal”. Se aplicará la agravación no sólo cuando se introduzca o saque ilegalmente droga del territorio nacional, sino también cuando se promueva o favorezca la entrada o salida ilegal de droga³⁹⁸.

El segundo apartado del artículo 369, establece medidas destinadas a sancionar penalmente a las personas jurídicas responsables de la comisión del delito. Pues, se prevé que cuando concurren las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del apartado 1º, es decir, en los casos en que el delito se cometa por organizaciones, asociaciones o establecimientos abiertos al público, se les impondrá la pena de “ multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito; el comiso de los bienes procedentes del mismo y de los productos y beneficios obtenidos del acto delictivo; la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas, incentivos, beneficios fiscales o de la Seguridad Social; y la aplicación de las medidas previstas en el art. 129”.

Resulta complicado conocer la naturaleza de esta multa, dado que se impone a una persona jurídica; por lo que más que una multa, parece más adecuado considerarla como

³⁹⁴ LUZÓN CUESTA, JM.: *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 252.

³⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, JJ.: *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 998.

³⁹⁶ CIRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005, de 31 de marzo, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas.

³⁹⁷ STS (Sala penal), núm. 851 / 2007, de 16 de febrero.

³⁹⁸ LAMARCA PÉREZ, C (coord.) / ALONSO DE ESCAMILLA, A / GORDILLO ÁLVAREZ - VÁLDES, I.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Colex, Madrid, 2008, p. 529.

una medida al estar más próxima a la naturaleza de las consecuencias accesorias o al resto de las medidas del art. 369.2³⁹⁹.

La aplicación práctica de estas medidas plantea el problema de determinar quién o quiénes son los responsables a los que se les debe aplicar, lo que no siempre es fácil de probar, por lo que en esta cuestión debe conectarse el apartado segundo del art. 369, con el art. 31 del CP⁴⁰⁰.

En el art. 370 se establece que se elevará en uno o dos grados la pena prevista en el art. 368, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. “Se utilicen a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer el delito”. El fundamento de la agravación es reforzar la protección de las personas especialmente vulnerables, en la mayor facilidad del autentico culpable para la comisión del delito, y la mayor dificultad para la actuación de la justicia. El error sobre la edad conllevará la apreciación de dolo eventual, ya que el individuo que utiliza a otra persona para la comisión del delito debe conocer su edad⁴⁰¹. Esta cualificación se incluía antes de la reforma del 2003, si bien referida a la uso de menores de 16 años. Se aplicará tanto en el caso de que el menor sea consciente o no, de sus actos⁴⁰².
2. “Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a las que se refieren las circunstancias 2ª y 3ª del apartado 1 del artículo anterior”. La aplicación de esta agravante requiere que se haya cometido el delito utilizando organizaciones o asociaciones para delinquir, en las que los jefes, encargados o administradores ocupen puestos de responsabilidad para decidir sobre la ejecución de los hechos⁴⁰³.
3. “Las conductas fuesen de extrema gravedad”. Estableciéndose en el párrafo segundo del art. 370. 3º que se entiende por extrema gravedad. “Se consideran de extrema gravedad los casos en los que la cantidad de la sustancia a la que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurriesen tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1”. El legislador al precisar que se entiende por extrema gravedad, utiliza diversos criterios como el volumen del alijo, medios comisivos como utilización de transportes específicos, simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas, utilización de redes de

³⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, JM (dir.) / RAGUÉS I VALLÉS, R (coord.). : *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 264.

⁴⁰⁰ COBO DEL ROSAL / CARMONA SALGADO / DEL ROSAL BLASCO.: *Op. cit.*, pp. 781 y 782.

⁴⁰¹ LAMARCA PÉREZ / ALONSO DE ESCAMILLA / GORDILLO ÁLVAREZ - VÁLDES.: *Op. cit.*, p. 530.

⁴⁰² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 623.

⁴⁰³ LAMARCA PÉREZ / ALONSO DE ESCAMILLA / GORDILLO ÁLVAREZ- VÁLDES.: *Op. cit.*, p. 530.

ámbito internacional dedicadas a la comisión de estos delitos u otros análogos, o a la concurrencia de tres o más de las circunstancias del art. 369.1⁴⁰⁴.

El último párrafo del art. 370 prevé la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de la droga en los supuestos del número 2º y 3º.

Las circunstancias enumeradas en éste párrafo segundo son alternativas, sin perjuicio de que se puedan dar varias alternativamente.

A raíz de la Junta General de la Fiscalía para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, celebrada el 18 y 19 de noviembre del 2004, de acuerdo a los criterios adoptados por el Pleno de la Sala Segunda del TS de 19 de octubre del 2001, se estimó aplicable la circunstancia de extrema gravedad cuando la cantidad de droga objeto del delito sea 500 veces superior al límite mínimo acordado en dicho Pleno para concretar la notoria importancia.

No se podrá aplicar la agravación de utilización de buques o aeronaves como medio de transporte específico, cuando el culpable utilice estos medios como transporte colectivo para viajar llevando la droga consigo⁴⁰⁵. Respecto a la utilización de medios supranacionales como la simulación de operaciones de comercio internacional y de redes internacionales, dificultan considerablemente la persecución penal de este delito.

En lo que a la pena se refiere, a diferencia de la regulación anterior, en la que se preveía la imposición de la pena superior en dos grados a la establecida en el tipo básico, se deja ahora al Juez la posibilidad de imponer la pena superior en uno o dos grados, lo que, dentro de “la hipergravedad de la sanción a la que nos referimos, no deja de ser más justo y proporcionado a la trascendencia y significado del hecho mismo”⁴⁰⁶.

En lo relativo al tráfico de precursores, se modifica el apartado segundo del art. 371, que queda redactado como sigue:

“Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicadas a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el art. 369.2”.

Por otra parte, la LO 15 / 2003 introduce significativas reformas en el comiso, de forma paralela a las modificaciones introducidas en el art. 127 del CP, entre las que

⁴⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ.: *Op. cit.*, pp. 1001 y 1002.

⁴⁰⁵ LAMARCA PÉREZ / ALONSO DE ESCAMILLA / GORDILLO ÁLVAREZ- VÁLDES.: *Op. cit.*, p. 531.

⁴⁰⁶ COBO DEL ROSAL / CARMONA SALGADO / DEL ROSAL BLASCO.: *Op. cit.*, p. 783.

destaca la posibilidad de decomisar bienes diferentes, a los que constituyen el comiso propio, en los casos en los que no haya sido posible operar sobre ellos.

El art. 374 está constituido por dos apartados. En el primero, aparecen ciertas normas de carácter sustantivo - procesal, desglosadas en cinco números en los que se precisa el objeto del comiso. Atendiendo a dicha normativa, el objeto del comiso, se integra por: 1. El objeto material del delito; 2. Los instrumentos del delito; 3. El producto del delito. En el apartado segundo, se establece el régimen para la enajenación de los bienes decomisados, con anterioridad a que recaiga sentencia firme, conforme a lo dispuesto en la Ley 17 / 2003, de 29 de mayo, reguladora del Fondo de Bienes Decomisados del delito de tráfico ilícito de drogas y otras infracciones relacionadas con el mismo⁴⁰⁷.

El último párrafo prevé, al igual que en la regulación anterior, la adjudicación al Estado de los bienes definitivamente decomisados, si bien, conforme a la Ley 17 / 2003 se prohíbe que dichos bienes se destinen a la satisfacción de las responsabilidades civiles procedentes del delito o a las costas procesales⁴⁰⁸.

También, el art. 376 ha sido modificado por la LO 15 / 2003, estando integrado por dos párrafos. En el primero, se incorpora la figura del “arrepentido” en la comisión de los delitos previstos en los arts. 368 a 372. De tal modo, que “(...) los Jueces y Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por ley para el delito que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de estos responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o haya colaborado”. Se trata de una atenuación incorporada por motivos político - criminales y, en concreto, para incentivar a los culpables de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas, para que colaboren con las autoridades en su lucha contra el narcotráfico⁴⁰⁹.

Para la aplicación de esta atenuante se requiere que el individuo desista voluntariamente de la actividad delictiva o proporcione a los agentes o autoridades información concluyente que permita evitar la comisión del delito, o pruebas decisivas para detener a otros responsables e impedir la actuación de las organizaciones criminales a las que haya podido pertenecer, o conocer. Información que puede ser facilitada en cualquier momento, antes de que se dicte sentencia⁴¹⁰.

A juicio de COBO DEL ROSAL la LO 15 / 2003 también ha incidido de forma negativa en el contenido de esta causa de atenuación, eliminando dos de los requisitos legales que se exigían en la regulación anterior: 1. El reo se presentara ante las autoridades. 2. Confesará el hecho en el que hubiera participado. Lo que plantea el problema de la ampliación de la aplicación práctica del precepto que “desnaturaliza su

⁴⁰⁷ COBO DEL ROSAL / CARMONA SALGADO / DEL ROSAL BLASCO.: *Op. cit.*, p. 785.

⁴⁰⁸ QUERALT JIMÉNEZ.: *Op. cit.*, p. 988.

⁴⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ / RAGUÉS I VALLÉS.: *Op. cit.*, p. 266.

⁴¹⁰ QUERALT JIMÉNEZ.: *Op. cit.*, p. 989.

anterior configuración como modalidad próxima al *arrepentimiento* convirtiéndola en una auténtica figura de *delación de terceras personas* que poco o nada tiene que ver con la declaración o información de los propios hechos”⁴¹¹.

Además, la LO 15 / 2003 ha añadido un segundo párrafo al 376 del CP, que contiene una nueva atenuación en beneficio del drogodependiente que cometa alguno de los hechos tipificados en los arts. 368 a 372, siempre que en el momento de los hechos sea adicto a las drogas, y “acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación”. Siendo la mejor forma de acreditarlo, que haya abandonado su adicción a las drogas. La finalidad preventiva y utilitaria de este precepto es beneficiar a los adictos sometidos a tratamiento de deshabituación y eliminar su adicción a las drogas, dado el gran número de hechos delictivos cometidos por drogodependientes⁴¹².

Se exige también, que “la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad”, lo que conlleva un vínculo entre la adicción y la infracción cometida.

Tanto la atenuante del párrafo primero y segundo del art. 376, no guardan relación con la gravedad del hecho cometido, sino que se trata de un “premio a un comportamiento postconsumativo del autor”⁴¹³.

No obstante la importancia de esta reforma, se ha realizado una nueva modificación o mejora de estos delitos a través de la *Ley Orgánica 5 / 2010, de 22 de junio*⁴¹⁴, por la que se modifica la Ley Orgánica 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En el Preámbulo de la Ley, se expone que:

En materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de penas, de conformidad con las normas internacionales, en concreto con la Decisión Marco 2004 / 757 / JAL del Consejo, de 25 de octubre del 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. De acuerdo con los criterios punitivos marcados por dicha norma armonizadora, se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados del delito de tráfico de drogas. Las numerosas agravantes específicas que contiene el Código Penal también de acuerdo a la pauta europea siguen asegurando dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva frente a aquellas conductas que realmente exigen una reacción especial firme.

Asimismo, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la

⁴¹¹ COBO DEL ROSAL / CARMONA SALGADO / DEL ROSAL BLASCO.: *Op. cit.*, p. 788.

⁴¹² *Ibidem*, p. 788.

⁴¹³ SILVELA SÁNCHEZ / RAGUÉS I VALLÉS.: *Op. cit.*, p. 266.

⁴¹⁴ BOE Núm. 152, de 23 de junio de 2010.

posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.

Del mismo modo, se precisa más adecuadamente la agravante del buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término “embarcación” a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habituales utilizados en este delitos, como, por ejemplo, las semirrígidas.

Señala QUINTERO OLIVARES que en materia de tráfico de drogas cabe destacar las reformas relativas a las penas, de acuerdo a lo establecido en la Decisión Marco 2004 / 757 / JAI del Consejo, de 25 de octubre del 2004, y así, según el Preámbulo de la Ley, “reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados del delito de tráfico de drogas”.

El otro aspecto fundamental de la reforma es la incorporación de la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes⁴¹⁵.

Las modificaciones introducidas por la LO 5 / 2010, en el delito de tráfico ilegal de drogas son las siguientes:

- 1ª. La rebaja de la pena máxima del tipo básico (art. 368 del CP) cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud de las personas.
- 2ª. La incorporación de un tipo atenuado, añadiéndose el párrafo segundo del artículo 368, en el que se prevé la posibilidad de que los tribunales impongan la pena inferior en grado, atendiendo a la escasa entidad de los hechos y a las circunstancias personales del culpable.
- 3ª. La rebaja de la pena en los tipos agravados del artículo 369 del CP cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud de las personas.
- 4ª. La supresión de las circunstancias 2ª y 10ª del art. 369 del CP.
- 5ª. La incorporación del art. 369 bis del CP, en el que en el párrafo primero, se agrava la pena para el que perteneciendo a una organización criminal, realice las conductas del artículo 368 del CP. Imponiéndose, en el párrafo segundo, las penas superiores en grado a las previstas en el párrafo primero, a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones. Incorporándose en el último párrafo, la responsabilidad de las personas jurídicas que realicen alguna de las conductas previstas en el art. 368 o 369 del CP.
- 6ª. La modificación de la circunstancia 2ª del párrafo primero del art. 370, al aludir a los jefes, administradores y encargados de las organizaciones prevista en la circunstancia 2ª del apartado 1 del art. 369 del CP. Y la inclusión del concepto de embarcación en las conductas de extrema gravedad del último párrafo del artículo 370.

⁴¹⁵ QUINTERO OLIVARES, G (dir.) / ALVARÉZ GARCÍA, J / DE ALFONSO LASO, D.: *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 21.

La tipología de los delitos de tráfico de drogas se incluye en los artículos 368 al 378 del CP. La estructura legal se constituye con la inclusión de un tipo básico, en el artículo 368 del CP, y unos subtipos agravados, en el artículo 369 y 370 del CP, regulando a continuación otras cuestiones como el tráfico de precursores en el artículo 371 y las normas complementarias de los artículos 372 a 378 relativas a :

- a) La agravación de la pena del artículo 372 atendiendo al sujeto activo.
- b) La punición de las resoluciones manifestadas del artículo 373.
- c) Al comiso en el artículo 374.
- d) El artículo 375 relativo a la reincidencia internacional.
- e) Las atenuantes del artículo 376 relativas a las figuras del colaborador y del traficante consumidor, el delincuente funcional.
- f) El artículo 377 relativo a la multa proporcional.
- g) La imputación de pagos prevista en el artículo 378.

Recientemente, se ha llevado a cabo una nueva revisión y actualización del Código Penal, por *Ley Orgánica 1 / 2015, de 30 de marzo*, se modifica la LO 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Preámbulo de la Ley señala que:

El Código Penal aprobado mediante la Ley Orgánica 10 / 1995, de 23 de noviembre, es objeto de una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal. En general, se revisa el régimen de penas y su aplicación, se adoptan mejoras técnicas para ofrecer un sistema penal más ágil y coherente, y se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia (...). Gran parte de la reforma está también orientada a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España (...).

Las reformas introducidas por la LO 1 / 2015, de 30 de marzo en el delito de tráfico ilegal de drogas son las siguientes:

- 1ª. Una regulación más eficaz del comiso, habiéndose incorporado las siguientes novedades:
 - a) La modificación del apartado primero del art. 374 en cuanto que se viene a disponer que el decomiso de los bienes, medios e instrumentos de estos delitos se efectuara conforme a lo dispuesto en los arts. 127 a 128 del CP.
 - b) La nueva redacción del art. 127 CP, que contiene tres apartados, dedicados el primero al comiso como consecuencia accesoria, el segundo al comiso en delitos imprudentes, y el tercero al comiso por sustitución.
 - c) La regulación de dos regímenes paralelos de comiso ampliado (en el art. 127 bis y en los arts. 127 quinqués y sexies).
 - d) La regulación del decomiso sin sentencia en el nuevo art. 127 ter.
 - e) La regulación del decomiso de bienes de terceros en el nuevo art.127 quater.

- f) La incorporación del art. 127 septies en el que se regala el decomiso por sustitución.
- g) La introducción del art. 127 octies relativo al tratamiento de los bienes decomisados.
- h) La supresión del párrafo primero de la norma especial 1^a, 2^a, 3^a, 4^a y 5^a, del apartado primero, del art. 374.
- i) La supresión del apartado segundo y tercero, del art. 374 del CP.
- j) La alteración de la ubicación del anterior apartado cuarto del art. 374, que tras la reforma constituye la norma especial 2^a, del apartado primero, del aludido precepto.

2^a. La incorporación en el art. 375 del Código Penal de los delitos previstos en los arts. 361 a 367 del CP, a efectos de apreciar la reincidencia internacional.

3^a. La ampliación de los supuestos atenuados para drogodependientes del art. 376, a los delitos contemplados en los arts. 361 a 367 del CP.

4^a. La aplicación de las reglas de imputación de pagos previstas en el art. 378 del CP, a los delitos tipificados en los arts. 361 a 367.

Seguidamente, se llevará a cabo un estudio pormenorizado del delito de tráfico ilegal de drogas, en la redacción dada por el Código Penal vigente, tras las reformas incorporadas por la LO 5 / 2010 y LO 1 / 2015. Exponiéndose las principales soluciones aportadas tanto por la doctrina, como por la Jurisprudencia, en la aplicación e interpretación de dichos preceptos penales.

TIPO BÁSICO DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

1. ELEMENTOS OBJETIVOS

1.1. Cuestiones generales. Bien jurídico protegido. Delito de peligro abstracto

El tipo básico está regulado en el artículo 368 del Código Penal. Previamente al análisis de las conductas típicas, conviene señalar algunas cuestiones generales.

En primer lugar, nos encontramos ante un *tipo penal extenso*, en el que se regulan diversos comportamientos ilícitos con el fin de sancionar penalmente todas aquellas conductas que contribuyan al consumo de drogas. Para su aplicación es suficiente la realización de una de las conductas típicas, es un *tipo mixto alternativo*.

Es además, un *tipo penal abierto* en el que la descripción de la conducta típica se caracteriza por la falta de concreción, lo cual compromete el principio de taxatividad, y acarrea posiciones diversas y contradictorias a la hora de aplicar la norma con la consiguiente inseguridad jurídica.

Al encontrarnos con un tipo penal extenso en la formulación de las conductas típicas, la cuestión relativa al *bien jurídico protegido* tiene una gran importancia ya que como señala MONTERO LA RUBIA “por vía del principio de proporcionalidad, puede reducirse la respuesta penal, si se adopta por parte de la Jurisprudencia un concepto del bien jurídico que excluya determinados ataques, por considerar los mismos como carentes de lesividad suficientes”⁴¹⁶.

La OMS define la salud “como estado de bienestar total del individuo, tanto físico, psíquico o social”.

La Jurisprudencia a la hora de determinar cuando existe peligro para el bien jurídico ha seguido diversas orientaciones, si bien se ha inclinado por valorar la necesidad de protección del bien jurídico en cada caso concreto. Esta postura ha permitido excluir del ámbito de la tipicidad, como más adelante se expondrá, diversos supuestos como el autoconsumo, consumo compartido, la cantidad insignificante, las entregas compasivas o las donaciones no punibles.

⁴¹⁶ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 13.

El *bien jurídico protegido* en los delitos del Capítulo III es la salud pública. Reconocido constitucionalmente en el art. 43.1, 2 y 3, y en el art. 51.1.

Por su encuadramiento sistemático en el CP, la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido en el tráfico de drogas es también la **salud pública**, entendido como bien jurídico colectivo.

Señala MANJÓN - CABEZA que “el bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas ha sido entendido como seguridad colectiva, o sea, como la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para la salud pública es grave, porque puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave. Con esto se quiere evitar la generalización de un hábito insalubre entre personas indeterminadas”⁴¹⁷.

También la Jurisprudencia⁴¹⁸ considera que el bien jurídico protegido en estos delitos es la salud pública. Postura que ha sido mantenida por la normativa internacional, así, la Exposición de Motivos de la Ley de Estupefacientes de 1967 afirma que “es la salud física y mental de la población la razón determinante de toda acción pública sobre los estupefacientes (...)”, el Preámbulo del Convenio Único de 1961 habla de “preocupación por la salud física y moral de la humanidad”, el Convenio sobre uso de Sustancias Psicotrópicas de 1971 “los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias, y el Convenio contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988, señala la grave amenaza” para la salud y el bienestar de los seres humanos”. Por tanto, es la salud física y mental de la población la que justifica la intervención penal en materia de drogas.

“La salud pública se configura, así, como un bien jurídico colectivo digno de protección penal, si bien complementario de la salud individual”⁴¹⁹.

En cuanto a la forma de ataque al bien jurídico en el tráfico de drogas, presenta peculiaridades respecto a la que se da en los delitos relativos a medicamentos y productos deteriorados, conviene hacer, así, una serie de precisiones. En primer lugar, *se protege la salud pública a través de la salud individual* prohibiendo el consumo de sustancias dañosas para la salud.

Como consecuencia de ello, señala Díez Ripollés que en el Código Penal “la protección penal de la salud pública está basada, con la significativa excepción del tráfico de drogas, sobre la idea de no causar menoscabos o impedir mejoras en la salud de una pluralidad de personas que no quieren sufrirlas o dejar de obtenerlas”⁴²⁰.

⁴¹⁷ MANJÓN - CABEZA OLMEDA, A.: “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des) protección de menores e incapaces”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LVI, 2003, pp. 45 - 112 y ss.

⁴¹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 6316 / 2001, de 18 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 8478 / 2002, de 16 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 8486 / 2004, de 28 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 24 / 2005, de 12 de enero, STS (Sala 2ª), núm. 419 / 2009, de 30 de enero.

⁴¹⁹ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 101.

⁴²⁰ Díez Ripollés.: *Op. cit.*, p. 127.

En sentido estricto, la autentica protección de la salud pública en relación al tráfico de drogas, se lleva a cabo en el art. 369.1.6ª del CP que agrava la pena del tipo básico cuando “las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud”. Dado que las drogas se adquieren de forma ilegal, el bien jurídico se pone en peligro no solo por la nocividad de las sustancias que se consumen, sino también por la imposibilidad de llevar a cabo un control sanitario previo.

En segundo lugar, en los demás delitos del Capítulo III se lleva a cabo una protección global de los mismos, sin embargo, en el tráfico de drogas se realiza únicamente una *protección parcial*. Así, se considera que las llamadas drogas legales (alcohol y tabaco) causan un daño a la salud igual o superior a algunas drogas ilegales, es por ello por lo que se pone en tela de juicio el bien jurídico protegido: salud pública. Se estima que el hachís es menos dañino para la salud que el alcohol o tabaco, el consumo permitido de éstos frente a la prohibición del hachís “debilita la referencia a la salud pública como objeto de protección”⁴²¹.

Al sostenerse tales afirmaciones, no se baraja un concepto adecuado de salud pública, sino que por el contrario, se utiliza el concepto tradicional de salud como ausencia de enfermedad. Debe estimarse que “la salud no se verá afectada solo por inferir una enfermedad en sentido patológico, sino que basta una perturbación o alteración de las funciones físico-psíquicas o sociales”. Dado que las “drogas blandas” ejercen tales efectos sobre el organismo, deben ser tipificadas⁴²².

El distinto tratamiento del hachís y del alcohol se basa en que “el Derecho Penal tiene un componente cultural, en España, en Europa, y en todo el mundo. Que cada sociedad tenga su preciso carácter antropológico, sin perjuicio de que el paso del tiempo y la facilidad de las comunicaciones vayan paulatinamente mitigando las diferencias, es algo que no tiene que ser para el jurista o para el sociólogo casusa de escándalo o de asombro”⁴²³.

Por su parte, SEQUEROS SAZATORNIL señala que “la última razón tuitiva de la Salud Pública exige la averiguación del interés dominante, en la medida que confluyen diversos factores y condicionantes en su regulación, que pueda desvelarnos algo tan elemental como la justificación de por qué se consideran determinadas sustancias como proscritas y no se hace mención a otras más nocivas para la salud, pero de uso y abuso inveterado en los países de nuestro entorno. No resulta difícil advertir la concurrencia de intereses espurios, como los políticos y económicos que, entrando en conflicto ético con el altruismo que debe presidir la protección de la salud, ponen en tela de juicio la finalidad definitiva de su regulación”⁴²⁴.

⁴²¹ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 41.

⁴²² REY HUIDOBRO, LF.: *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 131 y 132.

⁴²³ QUINTERO OLIVARES, G.: “El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo”, en VVAA, *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, p. 161.

⁴²⁴ SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. (Evolución, Normativa, Doctrinal y Jurisprudencial)*, La Ley, Madrid, 2000, p. 66.

Considera VIVES ANTÓN que debe mantenerse la prohibición de las sustancias que causan igual o superior daño a la salud que las “drogas legales” porque “lo cierto es que el consumo de alcohol se halla tan fuertemente implantado en el país que el recurso a la pena para erradicar el tráfico sería en absoluto contraproducente y ocasionaría, quizás, más daño del que ocasionaría el propio consumo de alcohol; sin embargo, en el caso de las drogas a las que se refiere la incriminación, el problema no tiene las mismas dimensiones: su consumo no se halla aún generalizado hasta el extremo de que la pena deba ser considerada inútil o contraproducente como barrera al crecimiento de ese consumo nocivo”⁴²⁵.

En definitiva, la razón de la tipificación del tráfico de drogas consiste en evitar el consumo de las mismas a través de su prohibición. “Cuando se habla de salud pública en este delito, debe interpretarse como bienestar social. La adición a las drogas de una persona es una enfermedad para la sociedad, es “un cáncer social” y, como el consumo no es típico, debe castigarse al que introduce dichas sustancias y facilita la difusión de las mismas conforme a los arts. 368 y siguientes del CP”⁴²⁶.

De igual manera, REY HUIDOBRO resalta este carácter social del bien jurídico al decir que “cuando el Código alude a la salud pública no intenta referirse exclusivamente a verdaderas enfermedades que afectan epidémicamente a la población, sino a toda alteración de las condiciones del individuo, incluidas las sociales”. Concluye este autor aclarando, que “cuando se habla de salud pública, no se está haciendo referencia exclusivamente a la nacional, sino que por el contrario, al tratarse de un valor universal, afecta también a intereses externos a nuestras fronteras, de ahí que para la existencia del delito resulte indiferente que la droga aprehendida vaya destinada al consumo nacional o al extranjero”⁴²⁷.

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia mayoritaria estiman que es también *un delito de peligro abstracto* para el bien jurídico protegido salud pública. Así el Tribunal Supremo afirma que “el delito contra la salud es un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada en el que el bien jurídico protegido es la salud pública, consumándose la infracción con la ejecución de alguna de las acciones incluidas en el precepto penal, resultando indiferente a los efectos de la calificación la eventual lesión o perturbación física o psíquica de la persona que, finalmente, consume la droga objeto de del tráfico ilícito, precisamente porque en esta figura delictiva el sujeto pasivo no es la persona concreta, receptora y consumidora de la sustancia prohibida, sino el colectivo social cuyo bienestar sanitario es el objeto de protección de la norma, por lo que los resultados dañosos que dicho consumo produzca en el consumidor del producto queda extramuros del marco del tipo penal”⁴²⁸.

En la misma línea, se afirma que “el delito contra la salud pública por tráfico ilegal de

⁴²⁵ VIVES ANTÓN, TS.: “Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefácientes”, en *Aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1986, p. 268.

⁴²⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.: “Legislación penal europea occidental sobre drogas”, en *Fascículos de Ciencias Penales*, 1990, p. 55.

⁴²⁷ REY HUIDOBRO, LF.: *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 62 y 63.

⁴²⁸ STS (Sala 2ª), núm. 781 / 2003, de 27 de mayo.

drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión⁴²⁹.

Debe interpretarse que el peligro para la salud pública se producirá con el tráfico o difusión de las drogas de forma indiscriminada.

“No conviene confundir el peligro abstracto ni con la ausencia de verdadero peligro, ni con un pretendido peligro presunto, ni con un delito de simple desobediencia o formal⁴³⁰”.

En este sentido, la Jurisprudencia⁴³¹ señala que “lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido (...) desde el punto de vista de la antijuricidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. En delitos como el tráfico de drogas, lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico⁴³²”.

En definitiva, como indica MANJÓN - CABEZA “para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deban determinarse esas personas⁴³³”. En efecto, al encontrarnos ante un delito de peligro abstracto, con bien jurídico protegido de carácter colectivo, no se exige que se deje de existir peligro para el bien jurídico protegido.

Por otro lado, si bien se considera un delito de peligro abstracto, el legislador exige nocividad en las sustancias objeto del delito, lo cual deberá acreditarse en el juicio, “sin que ello convierta al delito examinado en un delito de peligro concreto, pues también los delitos de peligro abstracto exigen la prueba de la peligrosidad para el bien jurídico protegido⁴³⁴”.

De igual manera, la Jurisprudencia, entre otras sentencias, afirma que “en caso de acreditar un alto grado de adulteración que hiciera que el producto llegara a carecer de la nocividad atribuible farmacológica y médicamente, podría faltar el objeto material del delito⁴³⁵”.

⁴²⁹ STS (Sala 2ª), núm. 444 / 2005, de 11 de abril.

⁴³⁰ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, pp. 97 y 98.

⁴³¹ STS (Sala 2ª), núm. 444 / 2005, de 11 de abril.

⁴³² En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 1243 / 2006, de 27 de diciembre, y STS (Sala 2ª), núm. 717 / 2004, de 3 de junio.

⁴³³ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 95.

⁴³⁴ TERRADILLOS BASOCO, JM.: *Peligro abstracto y garantías penales*, NFP, 1999 (62), p. 25. Cit por ACALE SÁNCHEZ, M.: *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 27.

⁴³⁵ STS (Sala 2ª), núm. 171 / 1991, de 18 de enero. En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª) núm. 9616 / 2001, de 10 de diciembre.

Se exige además, que la acción sea idónea para ocasionar un peligro para el bien jurídico. Como señalan MUÑOZ SÁNCHEZ y SOTO NAVARRO el tipo requiere “una acción que por sus posibilidades materiales sea susceptible de ser considerada, según un juicio de pronóstico, como peligrosa para la salud pública; la posibilidad de un resultado de peligro para la salud pública, esto es, que el juez verifique si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y la salud pública, en cuya virtud hubiere podido producirse un peligro efectivo para ésta”⁴³⁶.

Finalmente, tanto la doctrina como la Jurisprudencia mayoritaria, consideran que nos encontramos además ante un *delito de mera actividad* en la medida en que el tipo se contenta “con la realización de un comportamiento, sin que se precise la producción de un resultado separable espacio - temporalmente de la conducta”⁴³⁷.

1.2. Conducta típica

Está prevista en el **artículo 368 del CP**:

“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 tratara de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

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 concurriese alguna de las circunstancias a las que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

Como se expondrá más adelante, a efectos de penalidad, la LO 5 / 2010, de 22 de Junio, en el párrafo primero rebaja la pena a prisión de 3 a 6 años, en las conductas de tráfico ilegal de drogas cuando se trate de sustancias o productos que causen grave daño a la salud de las personas. Y añade un párrafo segundo, en el que se establece la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.

El CP distingue entre actos de cultivo, elaboración o tráfico (directamente vinculados al comercio o tráfico) por un lado, y actos que promuevan, favorezcan o faciliten el

⁴³⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, J / NAVARRO SOTO, S.: *El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo*, RDP y Crim, 2001 (7), p. 71. Cit por ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 28.

⁴³⁷ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, pp. 33 y ss. En el mismo sentido, se pronuncia la Jurisprudencia, entre otras, en STS (Sala 2ª), núm. 353 / 2007, de 7 de mayo.

consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (relativos al tráfico indirectamente) por otro, y la tenencia de dichas sustancias con los mismos fines.

La redacción actual del 368 es semejante a la del viejo 344 en su formulación dada por la LO 1 / 1988, de 24 de marzo por la que se introdujo en dicho precepto, la referencia a los que “de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de las drogas”. La doctrina mayoritaria vino a afirmar que con ello “se ampliaba de forma desmesurada el tipo, dándose cabida a cualquier acto distinto de los que expresamente menciona que promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas”⁴³⁸.

Esta formulación tan amplia del tipo es criticable en cuanto que implica una vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, y dificulta “un grado de ejecución distinto a la consumación y una forma de contribución al hecho distinto de la autoría, equiparando valorativamente comportamientos que no pueden considerarse equivalentes”⁴³⁹.

Para DE LA CUESTA ARZAMENDI aquella referencia “permitirá incluir en el tipo básico supuestos hasta ahora discutidos o excluidos: propaganda, mediación en el tráfico, facilitación de locales, o medios para el tráfico o consumo ilícitos”⁴⁴⁰.

“La aspiración político criminal encubierta ha sido el deseo de incluir directamente en el tipo cualquier contribución, por mínima que fuera, al consumo y, lo que es más importante, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no, quedando, de esta manera difuminados los límites entre conductas prohibidas y permitidas, los actos preparatorios de la consumación o los actos de cooperación y los de autoría, sino el propio bien jurídico que se trata de proteger”⁴⁴¹.

Del mismo modo, manifiesta la Jurisprudencia que “la intervención propende a ser omnicompreensiva, a fin de cercar al máximo cualquier punto integrante del ciclo de la droga”⁴⁴².

“La incorporación de la expresión “o de otro modo” permitirá incriminar actos de promoción, favorecimiento o facilitación distintos de los estrictos de cultivo, fabricación o tráfico. Se quiere acarrear no sólo al tipo sino, a la vez, a la esfera de la autoría, cualquier actividad integrante del “ciclo” de la droga. La índole cualitativa de las conductas punibles se expande notablemente y la barrera punitiva se anticipa o adelanta”⁴⁴³.

⁴³⁸ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 30.

⁴³⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ.: *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 29.

⁴⁴⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.: “El marco normativo de las drogas en España”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, p. 396.

⁴⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁴² STS (Sala 2ª), núm. 7693 / 1992, de 14 de octubre.

⁴⁴³ BOIX REIG, J et al.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, p. 349. Cit por SOTO NIETO.: *Op. cit.*, p. 91.

Debe interpretarse que el 368 será aplicable cuando se ejecuten actos que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, o se lleve a cabo alguno de los actos concretos que se mencionan: actos de cultivo, elaboración o tráfico. Los ejemplos utilizados por el legislador del 95 en el artículo 368, como formas de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, no son causales. “El legislador deja señalado donde empiezan las conductas típicas (con el cultivo o la elaboración) y donde finalizan (con la puesta en circulación de las mercancías). Así, si la conducta típica comienza con los actos de cultivo o elaboración, aquellas que sean anteriores a estos actos, como por ejemplo, la tenencia de productos que van a ser utilizados para el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas será castigada, en su caso, por el delito del 371 CP”⁴⁴⁴.

De forma semejante, la Jurisprudencia⁴⁴⁵ afirma que: “el cultivo, la elaboración o el tráfico se vienen desarrollando en dos momentos completamente distintos de ese proceso general que tiene por meta la expansión de la droga, a todos los niveles. Se trata de una infracción de consumación anticipada que se produce y realiza en la primera fase, de producción agrícola o industrial, esto es, en el cultivo o la elaboración. Igualmente, se desarrolla, en un segundo periodo, cuando de la distribución del género prohibido se trata”.

En el mismo sentido, se señala que: “la producción, comprensiva de los actos de cultivo, fabricación y elaboración y la fase de distribución, esto es, el tráfico”⁴⁴⁶.

Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de delimitar la conducta típica del artículo 368 ha venido afirmando que deben incluirse *todos los actos del ciclo económico de la droga*, en concreto:

- Los actos de producción de la droga: cultivo o fabricación.
- Los actos principales del tráfico, entre los que cabe mencionar la transmisión onerosa (venta), gratuita (donación) y los actos de intermediación del tráfico.
- Los actos complementarios del tráfico como: tenencia y transporte destinados a promover, favorecer o facilitar el consumo. Así como los actos de fomento: la publicidad y la formulación de ofertas.

Examinando los actos que el legislador pretende sancionar por la vía del 368 cabe distinguir los siguientes:

1.2.1. Actos de cultivo

La primera conducta típica contemplada en el tipo básico es la ejecución de *actos de cultivo* de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. No obstante, como

⁴⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁴⁵ STS (Sala 2ª), núm. 4058 / 1991, de 11 de julio.

⁴⁴⁶ STS (Sala 2ª), núm. 6998 / 1992, de 21 de septiembre.

ha señalado la doctrina y muy especialmente MARTÍNEZ BURGOS la expresión cultivo es incorrecta dado que “no pueden ofrecerse jamás actos de cultivo (...) de drogas tóxicas o estupefacientes, sino tan sólo de plantas o especies botánicas que contengan en sí o de las que puedan obtenerse las referidas drogas”⁴⁴⁷.

Por ello, entiende PRIETO RODRÍGUEZ que “hubiera sido preferible referirse a cultivos de plantas destinados a la producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear como tales” tal como aparece en el artículo 7 de la Ley de Estupefacientes de 1967⁴⁴⁸. Lo criticable es la referencia directa que hace el precepto a los actos de cultivo de las drogas tóxicas y no a las plantas de las que se pueden obtener.

Según la Real Academia de la Lengua se entiende por cultivar “el dar a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que fructifiquen”.

Por su parte, JOSHI JUBERT define el cultivo como “la siembra, plantación y recolección de elementos a partir de los cuales puedan obtenerse las sustancias mencionadas”⁴⁴⁹.

Los actos anteriores a la siembra como por ejemplo la posesión de semillas, no son típicos, ya que el acto de cultivo no ha comenzado⁴⁵⁰.

En definitiva, considero que por actos de cultivo debe entenderse los actos que van desde la siembra de las plantas a la recolección de las sustancias tóxicas que se obtienen con ellas.

Al objeto material del cultivo se refieren, entre otros, los artículos 22, 28 y 1, apartado i) del Convenio único de 1961. Este último entiende por cultivo “el de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis”. Esta definición es insuficiente puesto que puede haber otros tipos de cultivo, teniendo en cuenta la gran diversidad de plantas y hongos que pueden tener sustancias tóxicas. De ahí, que resulte preferible hablar de “cultivos de plantas destinados a la producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear como tales” como aparece en el artículo 7 de la Ley 17 / 1967, de 8 de abril, de Estupefacientes.

“Al hablar de cultivo, debe entenderse por tal la producción de plantas de las que se obtienen los principios activos naturales de ciertas drogas, con independencia del proceso de elaboración para obtenerlas”⁴⁵¹. En consecuencia, el objeto material de los actos de cultivo, son todas las especies botánicas de las que se obtienen drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

⁴⁴⁷ MARTÍNEZ BURGOS, C.: *El cultivo como modalidad punible del art. 344 del CP*, Bol. Inf. Ministerio de Justicia, núms. 1320 -1323, año XXXVII. Cit por PRIETO RODRIGUEZ.: *Op. cit.*, p. 199.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 199.

⁴⁴⁹ JOSHI JUBERT, U.: *Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del art. 368 del CP*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 118.

⁴⁵⁰ STS (Sala 2ª), núm. 9147 / 1990, de 12 de diciembre.

⁴⁵¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 997.

El Tribunal Supremo en sentencias a la hora de determinar lo que debe entenderse por cultivo, afirma que “la tipicidad que se predica de todo cultivo, en tanto que pone en peligro el bien jurídico protegido, no significa sin más que el delito alcance el grado de consumación por la sola acción de su plantación o semillado: se requiere que tal cultivo se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, cual es la extracción de los productos naturales necesarios para obtener su fruto, en este caso, el látex necesario en la cápsula de donde extraer el opio”⁴⁵².

Por otro lado, la Jurisprudencia distingue entre los actos de cultivo destinados al autoconsumo, los cuales son atípicos y, los actos de cultivo a gran escala de un número considerable de plantas, de los que cabe deducir el tráfico posterior de las sustancias que se obtengan⁴⁵³.

Para concluir, hay que señalar que el acto de cultivo sólo será punible cuando tenga por finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Así, deben considerarse atípicas el cultivo para el autoconsumo o el consumo compartido, el consumo compasivo, de riesgo insignificante y los actos de cultivo autorizados, como veremos más adelante, y en general todos aquéllos actos de cultivo que no tengan capacidad objetiva de difusión.

1.2.2. Elaboración

La segunda conducta típica a la que alude el 368 es “la elaboración” de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En el viejo texto del 344 del CP se hacía referencia a las actividades de “fabricación” y “elaboración” en cierto modo equivalentes y sinónimas, por lo que podría decirse que el legislador incurría en redundancia.

Como indica PRIETO RODRÍGUEZ “con dichas expresiones se aludía al proceso o conjunto de actos necesarios para la obtención, a partir de una materia prima, de un producto (drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos); la transformación de la materia natural en aquellas sustancias”⁴⁵⁴.

Con la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1 / 1988, se sustituyó en el artículo 344 el término “fabricación” por el de “elaboración”, siendo más expresivo de las conductas a las que se refiere, como son “los actos de elaboración de las drogas tóxicas a través de procesos químicos, ya se realicen en un laboratorio o “se fabriquen “con medios más rudimentarios o artesanales”⁴⁵⁵.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se define la *elaboración* como

⁴⁵² STS (Sala 2ª), núm. 2054 / 2002, de 9 de diciembre.

⁴⁵³ STS (Sala 2ª), núm. 3974 / 1979, de 15 de octubre, STS (Sala 2ª), núm. 5007 / 1999, de 12 de julio.

⁴⁵⁴ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 200.

⁴⁵⁵ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 41.

“la transformación de una cosa o la obtención de un producto por medio de un trabajo adecuado”.

Acudiendo a los Convenios Internacionales en materia de drogas, encontramos una definición de lo que debe entenderse por producción o fabricación. Así, el artículo 1, apartado n) del Convenio Único de 1961 define *la fabricación* como “todos los procedimientos distintos de la producción que permitan obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes”; en el apartado t) define *la producción* como “la separación del opio, de las hojas de coca, del cannabis y de la resina del cannabis, de las plantas de que se obtienen”.

El Convenio sobre Psicotrópicos de Viena de 1971 en su apartado i) define *la fabricación* como “todos los procesos que permitan obtener sustancias psicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de sustancias psicotrópicas, en otras sustancias psicotrópicas”.

Finalmente, el artículo 11 de la Ley de Estupefacientes de 1967, especifica “se entenderá por fabricación de estupefacientes el conjunto de operaciones de obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis químicas. Se considerará fabricación de preparados de estupefacientes la elaboración de los mismos a partir del producto correspondiente”.

En el ámbito doctrinal, JOSHI JUBERT estima que “la conducta de elaboración consiste en realizar actos estrictos de transformación de una materia prima en otro producto que constituya droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica”⁴⁵⁶.

En un sentido puramente gramatical, ACALE SÁNCHEZ define la elaboración como “el conjunto de actos que tienden a extraer las drogas tóxicas de las plantas naturales o a obtener las drogas sintéticas”⁴⁵⁷.

Por mi parte, considero que debe entenderse por elaboración todo procedimiento llevado a cabo sobre plantas naturales o sustancias sintéticas por los que se obtengan drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Por tanto, el objeto material viene constituido por aquellas sustancias de las que cabe obtener drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Si bien, para la consumación del delito no es necesario finalizar el proceso hasta la obtención de la sustancia prevista, bastará con la realización de cualquiera de los pasos necesarios para obtenerla⁴⁵⁸.

Incurrirán en esta conducta típica, “y lo mismo cabe decir del cultivo, no solamente los que las realicen sin estar autorizados, sino los que, estándolo, desvíen las sustancias

⁴⁵⁶ JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁵⁷ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 41.

⁴⁵⁸ STS (Sala 2ª), núm. 4136 / 1991, de 12 de julio.

lícitamente producidas hacia el mercado clandestino de la droga”⁴⁵⁹.

Según SOTO NIETO tanto los actos de cultivo, como de elaboración constituyen actos preparatorios orientados a la producción de la droga, habiendo sido tipificados por el legislador como delito, en cuanto constituyen antecedentes necesarios para la obtención de tales sustancias cuyo destino ulterior al tráfico se entrevé. Basta con que el tráfico de la droga se prevea como posible⁴⁶⁰.

Dado que los actos de elaboración deben promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, se considerarán atípicas todas aquellas conductas que no tienen capacidad objetiva de difusión.

1.2.3. Tráfico

La tercera conducta que tipifica el 368 del CP es la ejecución de actos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende por *traficar* “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías, trocando, comprando o vendiendo, o, con otros semejantes tratos”. Cuando se habla de mercancías se está aludiendo a las drogas tóxicas.

En el tráfico de drogas se requiere la intervención de al menos de dos personas: por una parte, el que vende la droga, y por otra parte el que la compra. El que vende la droga comete siempre el delito de tráfico con independencia de que el comprador destine la droga al autoconsumo o haya adquirido una cantidad insignificante de la misma, ya que mediante la mera entrega de una papelina de heroína se está poniendo en peligro la salud pública. Al comprador sólo se le podrá exigir responsabilidad cuando por la cantidad de droga poseída o por otras circunstancias cabe deducir la intención de difundirla a terceros. Basta con la intención de difundir a terceros la droga, con independencia de que llegue a realizarse o no la transmisión⁴⁶¹.

Si se interpreta en sentido estricto el concepto de tráfico, hay que entender como tal “la entrega de las drogas a cambio de algo que sustituya su valor económico. Así, por ejemplo, la entrega a cambio de una papelina de heroína de una flor o un cigarrillo de tabaco, no sería considerada “ tráfico” pues ni la flor ni el cigarrillo sustituyen al valor económico de la droga: este no sería más que un supuesto de donación”⁴⁶².

Ello no significa, como delimita la autora, “que para la existencia del delito examinado se requiera ánimo de lucro: sólo la forma típica del tráfico requiere la

⁴⁵⁹ REY HUIDOBRO, LF.: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 52.

⁴⁶⁰ SOTO NIETO, F.: *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, Trivium, Madrid, 1989, p. 51.

⁴⁶¹ STS (Sala 2ª), núm. 984 / 1982 de 14 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 900 / 1983, de 12 de mayo. STS (Sala 2ª), núm. 3107/ 2003, de 7 de mayo.

⁴⁶² ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 44.

entrega de algo a cambio de la droga tóxica, con lo cual, el que entrega la sustancia lo hace movido por dicho ánimo. Puede decirse que es éste el que da sustantividad al acto de “traficar”. Aquellas acciones de difusión de la droga en las que no exista contraprestación de ninguna forma, esto es, los actos de donación, van a ser castigados penalmente pero no en la forma de “tráfico”, sino porque constituyen “otro modo” de “promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal”⁴⁶³.

No obstante, se ha utilizado un concepto muy amplio y confuso sobre el tráfico. Así, en el ámbito internacional, los principales Convenios parten de una definición amplísima del tráfico. El art. 15 de la Ley de Estupeficientes de 8 de abril de 1967 dispone que: “Constituye tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupeficientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma”⁴⁶⁴.

Según el art.1, apartado m) de la Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupeficientes y sustancias psicotrópicas, por tráfico ilícito “se entienden los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 de la presente Convención”, son: “producción, fabricación, extracción, preparación, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971; el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con el objeto de producir estupeficientes; la fabricación, el transporte, o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el II a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación, la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos acabados de enumerar; la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del art. 3.1 de dicha Convención; el encubrimiento de bienes procedentes del tráfico de drogas, así como otras conductas allí enumeradas”. Si bien la Convención parte de un concepto demasiado amplio del tráfico de drogas, permite delimitar los actos relativos a las drogas tóxicas que deben ser objeto de castigo.

Un sector de la doctrina parte también, de un significado amplio de tráfico, concibiéndolo con independencia de la idea comercial.

SEQUEROS SAZATORNIL entiende que el concepto penal de tráfico excede de su significado mercantilista, y comprende “toda actividad por la que se traslade el dominio o posesión, de una cosa, de una persona a otra, con contraprestación o sin ella. Con dicha acepción y sin forzar su interpretación se da cobertura a los supuestos de cesión gratuita de drogas y otros actos de liberalidad que serían de difícil inclusión en el tipo si se tradujera la expresión aludida en parámetros puramente comerciales”⁴⁶⁵.

⁴⁶³ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 44.

⁴⁶⁴ En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 1191 / 1987, de 4 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 412 / 1988, de 21 de enero.

⁴⁶⁵ SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, pp. 54 y ss.

En el mismo sentido, se pronuncia la Jurisprudencia, al afirmar que “lo que realmente ha querido el legislador ha sido remarcar los dos momentos fundamentales de todo el círculo económico que va ínsito en la comercialización de la droga. De un lado, la producción agrícola o industrial (cultivo o elaboración), de otro la distribución por medio de múltiples maneras que van desde la transmisión por cualquier título o causa, como actividad ya exteriorizada *erga omnes*, hasta la mera posesión para tal fin, como proyecto ideado con intención de consumir la transmisión de la droga en general, lo que lejos de ser un acto preparatorio o impune, entra igualmente en la descripción legal. Queda así reflejada la característica más esencial, diríamos que diferenciadora de estos delitos como delitos que son de consumación anticipada. Cualquier acto pues de tráfico, en sentido amplio (desde el cultivo a la donación a terceros), es suficiente para el delito. Es tráfico en sentido vulgar, lo que significa incluir en su definición incluso los actos aislados, fuera del concepto estricto de la comercialización o de la mercantilización, siempre y cuando se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal se persigue”⁴⁶⁶.

En la misma línea, partiendo de un concepto amplio de tráfico la Jurisprudencia dice que “quiénes manejan el destino de la droga, quienes están de acuerdo con su comercialización, quienes dominan las redes de su cultivo, producción o venta son evidentemente traficantes aunque nunca hayan tenido en su mano la droga. Este tipo de comportamientos tienen, pues, cabida sea en el marco de la “posesión” sea en el de “tráfico” de drogas”⁴⁶⁷.

También se señala que “comprende cualquier acto de tráfico en virtud del cual, fuera de la fase de preparación, cultivo o elaboración del producto, se hace circular lo que es simple detentación de la droga, mediante la transferencia a terceros en virtud de cualquier título, en principio, que permita el cambio de poseedor o detentador de la cantidad, máxima o mínima, de que se trate. Dentro de esta configuración es evidente que se encuentran incursos en la dinámica delictiva 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”⁴⁶⁸.

Partiendo de esta concepción amplia de tráfico, se consideran como tal, los siguientes actos: la compra⁴⁶⁹, la venta de droga⁴⁷⁰, la permuta⁴⁷¹, el mero ofrecimiento de la droga⁴⁷² y, la intervención en el transporte⁴⁷³.

Ciertamente, en el ámbito del tráfico se incluyen a la vez, conductas que constituyen negocios jurídicos privados, como es el caso de la compraventa, que implica la transmisión de la droga por parte del comprador, y su adquisición por el vendedor,

⁴⁶⁶ STS (Sala 2ª), núm. 10102 / 1991, de 29 de mayo. En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª), núm. 243 / 1997, de 22 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 607 / 1998, de 4 de mayo.

⁴⁶⁷ STS (Sala 2ª), núm. 15494 / 1992, de 14 de febrero.

⁴⁶⁸ STS (Sala 2ª), núm. 243 / 1997, de 22 de febrero.

⁴⁶⁹ STS (Sala 2ª), núm. 837 / 2006, de 17 de Julio; STS (Sala 2ª), núm. 436 / 2007, de 28 de mayo.

⁴⁷⁰ STS (Sala 2ª), núm. 662 / 2007, de 9 de Julio; STS (Sala 2ª), núm. 832 / 2007, de 5 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 153 / 2008, de 8 de abril.

⁴⁷¹ STS (Sala 2ª), núm. 1992 / 1994, de 5 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 1386 / 2001, de 12 de Julio.

⁴⁷² STS (Sala 2ª), núm. 962 / 2003, de 27 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 399 / 2004, de 26 de marzo.

⁴⁷³ STS (Sala 2ª), núm. 720 / 2002, de 26 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 370 / 2004, de 17 de marzo.

dando lugar a los denominados “delitos contrato”⁴⁷⁴. No debe olvidarse, que la venta de drogas, son los actos más frecuentes de tráfico, incardinables en la previsión del art. 368 del CP⁴⁷⁵, vender y comprar es traficar con la droga “en su más alto índice de gravedad social”⁴⁷⁶.

Cabe afirmar, no obstante, que solo será típica la compraventa o permuta que tenga por finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

“No serán típicas las conductas de intercambio de drogas tóxicas realizadas por coleccionistas, a los solos efectos de colección, o el intercambio de sustancias tóxicas entre dos grupos de investigación, a los solos efectos de investigar, siendo indiferente la existencia de contraprestación”⁴⁷⁷.

En la compraventa, la contraprestación consistirá en el valor en dinero de la droga entregada. En la permuta, a cambio de la droga (cuando se trate de pequeñas cantidades) se entregará un objeto o una prestación, por ejemplo un acto de carácter sexual⁴⁷⁸ o de otro tipo⁴⁷⁹. Así, después del registro policial llevado a cabo en una vivienda, en la que se sospecha que se lleva a cabo tráfico de drogas, se afirma “la existencia en el domicilio de diversos relojes y joyas, algunos con nombre o inscripción grabadas distintos de sus poseedores, los acusados, debe considerarse como un claro indicio de que la droga incautada estaba destinada al tráfico, ya que, como han señalado las SSTS de 16 de octubre de 1992 y 23 de noviembre de 1994 el trueque es el modo más habitual de adquisición de drogas por delincuentes contra la propiedad”⁴⁸⁰. En el caso de intercambio de drogas por los sujetos, existirá también un delito de tráfico. Así, cuando se entregaron varias dosis de LSD a cambio de hachís.

La Jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de tráfico hasta el punto de no considerarlo consumado hasta que ambas partes se pongan de acuerdo sobre el objeto del negocio y el precio a pagar.

De este modo, se ha afirmado que “siendo una operación típica de tráfico la de comprar con propósito de reventa, y perfeccionándose la compra cuando comprador y vendedor convienen en la cosa objeto del contrato y en el precio - art.145 del Código Civil - aunque ni la una ni el otro se hubiesen entregado, no hay ningún inconveniente en considerar acto de tráfico, plenamente subsumible en el art. 344 CP, como una de las modalidades comisivas del delito que en el mismo se describe, a la aceptación de compra de cierta cantidad de sustancia estupefaciente, aunque el adquirente no haya

⁴⁷⁴ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁷⁵ SOTO NIETO, F.: “Estudio básico del art. 344 del Código Penal” en *Delitos contra la salud pública*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 92. En el mismo sentido, se pronuncia la Jurisprudencia en STS (Sala 2ª), núm. 153 / 1999 de 2 de febrero.

⁴⁷⁶ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 60. Vid. También PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, pp. 265 y ss. MARTÍNEZ BURGOS, C.: “El tratamiento penal del tráfico de drogas” en *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, núm. 907, 1972, p. 8.

⁴⁷⁷ JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, p. 134.

⁴⁷⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1171 / 24 de febrero, de 1996.

⁴⁷⁹ STS (Sala 2ª), núm. 5966 / 2000, de 17 de julio.

⁴⁸⁰ SAP Cádiz, 2ª, núm. 96 / 2000, de 13 de enero

entrado todavía en posesión de la misma; pues no debe menospreciarse la posibilidad de que, en esta esfera de la criminalidad, el comprador demore la entrega del producto porque prefiera utilizar a verdaderos servidores de la posesión que, corriendo un riesgo casi siempre mayor de ser descubiertos desempeñan sin embargo un papel subordinado, aunque insustituible, en el tráfico”⁴⁸¹.

Partiendo del 368 se requiere que la conducta realizada sea idónea para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal. Por tanto, serán atípicas aquellas conductas que carezcan de esa capacidad de difusión.

1.2.4. Promover, favorecer, o facilitar

Junto a los comportamientos típicos relativos a la ejecución de actos de cultivo, elaboración o tráfico, el art. 368 se refiere, *a los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*.

Como afirma JOSHI JUBERT solo serán típicas aquellas conductas que si bien conjuguen los verbos típicos supongan “una contribución inmediata a la expansión también inmediata del consumo ilegal de las sustancias prohibidas”⁴⁸².

Desde el punto de vista gramatical, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua *promover* significa “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”; *favorecer* “apoyar un intento, empresa u opinión”; y, *facilitar* “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Por tanto, el tipo englobaría todos aquellos actos que contribuyan de algún modo al consumo ilegal de dichas sustancias.

Como se ha señalado anteriormente, esta formulación tan amplia de la conducta típica, ha ocasionado imprecisión en la aplicación del tipo penal. De ahí, que haya sido duramente criticada por la doctrina por la lesión que, supone al principio de legalidad y taxatividad, con la consiguiente inseguridad jurídica. Se plantea la necesidad de delimitar la conducta típica desde un punto de vista teleológico, como pone de manifiesto ÁLVAREZ GARCÍA “deben excluirse aquellos comportamientos que, aunque formal y aparentemente pudieran entrar en el amplísimo tenor literal del precepto, son incapaces de afectar de forma relevante al bien jurídico protegido (la salud pública)”⁴⁸³.

De igual modo, JOSHI JUBERT señala que es evidente la amplitud con la que el legislador penal utiliza los tres términos, siendo la “ausencia de delimitación precisa de la conducta prohibida y a su vez la necesidad de proceder a una concreción del tipo por

⁴⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 5312 / 1987, de 21 de julio. En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias más recientes. Así, en STS (Sala 2ª), núm. 861 / 2007, de 24 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 441 / 2007, de 23 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 52 / 2008, de 5 de febrero.

⁴⁸² JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, p. 180.

⁴⁸³ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ.: *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 38.

medio de la reducción teleológica del precepto “su consecuencia natural”⁴⁸⁴. Continúa afirmando este autor, que “ debido al contenido que hemos asignado a estos conceptos, en el sentido de reducir su sentido literal posible e incluir sólo aquellas conductas que inmediata y directamente signifiquen expansión del consumo ilegal, entendemos que sólo deben incluirse en este apartado las conductas de transporte, prescripción abusiva de recetas médicas, su suministro o entrega no autorizada, y alguno de los actos de mediación, pues sólo ellos implican con su realización una verdadera difusión del consumo ilegal”⁴⁸⁵.

No obstante, la Jurisprudencia ha utilizado una fórmula amplia con el fin de incluir una gran diversidad de supuestos que se presentan en la práctica. Así señala que “todos aquellos que participan en la cadena que va desde el cultivo de la droga hasta su comercialización y distribución final al consumidor, realizan actividades que favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas y, como tales, se consideran autores de este tipo penal”⁴⁸⁶.

El Tribunal Supremo señala como actos de promoción, favorecimiento y facilitación los siguientes: prestar o adelantar dinero para la adquisición de la droga⁴⁸⁷; consentir en el propio domicilio el depósito de drogas y de instrumentos destinados al tráfico y al consumo, y de entrada de drogadictos para el consumo⁴⁸⁸; donación e invitación gratuita⁴⁸⁹; transporte de la droga⁴⁹⁰; trasladar la droga y el dinero de un tercero para evitar su descubrimiento⁴⁹¹; vigilancia y control del cargamento de droga⁴⁹²; control y vigilancia de clientes toxicómanos⁴⁹³; realizar actos de mediación⁴⁹⁴; actos de disponibilidad de la droga, sin tenencia material de la misma⁴⁹⁵; dirigir actos de entrega⁴⁹⁶; robar droga para que otro trafique con ella⁴⁹⁷; tratar de introducir droga en un establecimiento penitenciario para su distribución y tráfico⁴⁹⁸.

Cabe el favorecimiento por omisión cuando el titular de un domicilio, local o establecimiento público no impide la venta de la droga en el mismo⁴⁹⁹.

Solo serán típicas las conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de tales sustancias. Es también un tipo doloso que requiere que el sujeto actúe con conciencia y voluntad. Dentro de las conductas incluidas en este apartado, conviene detenernos en el análisis de la donación y el transporte.

⁴⁸⁴ JOSHI JUBERT.: *El delito...*, *Op. cit.*, p. 178.

⁴⁸⁵ JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, p. 181.

⁴⁸⁶ SAP Cádiz, 3ª, núm. 34 / 1991, de 11 de febrero.

⁴⁸⁷ STS (Sala 2ª) núm. 2012 / 1994, de 24 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 5061 / 1995, de 14 de octubre.

⁴⁸⁸ STS (Sala 2ª); núm. 7016 / 1982, de 14 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1418 / 2003, de 3 de noviembre.

⁴⁸⁹ STS (Sala 2ª), núm. 123 / 2008, de 19 de febrero.

⁴⁹⁰ STS (Sala 2ª), núm. 117 / 2008, de 14 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 874 / 2007, de 31 de octubre.

⁴⁹¹ STS (Sala 2ª); núm. 392 / 2005, de 31 de marzo.

⁴⁹² STS (Sala 2ª); núm. 154 / 2007, de 1 de marzo.

⁴⁹³ STS (Sala 2ª); núm. 1407 / 2005, de 28 de octubre.

⁴⁹⁴ STS (Sala 2ª); núm. 386 / 2006, de 22 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 249 / 2006, de 27 de febrero.

⁴⁹⁵ STS (Sala 2ª), núm. 146 / 2007, de 28 de febrero.

⁴⁹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1377 / 2005, de 22 de noviembre.

⁴⁹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 212 / 2007, de 22 de febrero.

⁴⁹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 188 / 2007, de 22 de febrero.

⁴⁹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1877 / 2000, de 7 de diciembre y STS (Sala 2ª), núm. 294 / 2004, de 10 de marzo.

A. Donación

Tras la reforma del art. 344 llevada a cabo por LO 8 / 1983, de 25 de junio, se omitió la referencia a la donación dentro del tipo. Ello fue interpretado por un sector de la doctrina como despenalización de la donación. En esta línea, PRIETO RODRÍGUEZ afirmaba que “la donación sólo podría ser incluíble en la expresión “tráfico” siendo evidentes las dificultades para hacer extensiva dicha expresión a la mera liberalidad o donación; puede incardinarse en aquélla todo tipo de actos de transmisión de la droga siempre y cuando concorra la idea de contraprestación, económica, en especie, o el obtener un provecho; y ello porque la idea de lucro es esencial al concepto de tráfico”⁵⁰⁰.

De igual modo, señalaba MUÑOZ CONDE que “la simple donación o invitación a consumir no es punible, salvo que se considere incluida en el concepto de tráfico, lo que raya en la analogía *in mala partem*, proscrita en el Derecho Penal”⁵⁰¹.

Posteriormente, a raíz de la LO 1 / 1988, de 24 de marzo, se añade al precepto la expresión a los que “de otro modo” promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tras lo cual, se afirma que cualquiera que sea la posición que se adopte respecto a la amplitud del término “tráfico”, la cesión gratuita siempre encajaría como conducta punible dentro de la expresión “u otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal” de las sustancias prohibidas⁵⁰². Del mismo modo, se afirma por la Jurisprudencia que “si la donación no quedase subsumida en el tráfico, lo que no ofrece duda es que supondría un “otro modo” de realización de los actos proscritos”⁵⁰³.

A partir de la inclusión de esta expresión, la doctrina considera que los actos de tráfico requieren ánimo de lucro, y que la donación se considera punible cuando con ella se promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal y, consecuentemente, se ponga en peligro el bien jurídico protegido: la salud pública.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se entiende por *donación* “deliberalidad de alguien que transmite gratuitamente algo que le pertenece a favor de otra persona que lo acepta”. Partiendo de esta definición, es evidente que no será típica la entrega de droga por un sujeto y no aceptada por aquél a quién se la ofrece.

Así, la Jurisprudencia⁵⁰⁴ absolvió al acusado por no considerar cometido el delito de tráfico de drogas, puesto que con dicha conducta no se ponía en peligro la salud pública.

⁵⁰⁰ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 212.

⁵⁰¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, USE, Sevilla, 1985, p. 429.

⁵⁰² Cfr. BOIX REIX, J, COBO DEL ROSAL, M *et al.*: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 340 y ss. PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 269. SOTO NIETO.: *Op. cit.*, pp. 61 y ss. BELLOCH JULBE, JA.: “La reforma del artículo 344 del Código Penal: una visión jurisprudencial” en *Comunidad y drogas*, Cuadernos técnicos de estudios y documentación, Monografía núm. 3, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1988, p. 86.

⁵⁰³ STS (Sala 2ª), núm. 2429 / 1998, de 15 de abril.

⁵⁰⁴ STS (Sala 2ª), núm. 10854 / 1994, de 9 de febrero.

Decía la STS que el acusado: “sacó una papelina de cocaína haciéndose una raya e invitando a su interlocutora, que rechazó el ofrecimiento; más adelante volvió a ofrecerle un trozo de hachís que también fue rechazado. En ambos casos nos encontramos ante una propuesta de consumo de estupefacientes realizada en el entorno reducido de una relación, inicialmente amistosa, que no es reiterado de forma insistente por el acusado y que es declinado por la persona pretendidamente agasajada”.

JOSHI JUBERT considera atípica la donación “a un coleccionista o a un grupo de investigación”. Del mismo modo, será atípica por su adecuación social, la entrega de un cigarrillo de hachís a otro para que aspire de él, y se lo devuelva al que se lo entregó⁵⁰⁵. En estos supuestos falta el peligro para el bien jurídico protegido.

Sin embargo, hay autores como BOIX REIG y JAREÑO que consideran punibles, en todo caso, la donación “porque integra siempre las conductas típicas de facilitación y favorecimiento”. En realidad, cabe distinguir entre las donaciones sancionadas por el legislador, y las donaciones atípicas.

Desde el punto de vista jurisprudencial, ha existido una evolución en la postura mantenida por el Tribunal Supremo. En una primera fase, ha seguido una postura uniforme señalando que la donación estaba incluida entre los actos de tráfico susceptibles de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Así, afirmaba que “la donación de productos tóxicos, estupefacientes y psicotrópicos, ha sido considerada, de forma constante por esta Sala, como un acto comprendido en el “tráfico”, interpretación no solo derivada de la realidad criminológica, sino impuesta por la ratio del precepto; además autorizada con la expresión “difundir “que se utiliza en el 344. Es claro que tanto difunde el que vende como el que regala; siendo fundamental señalar que no se distingue entre donación a consumidores adictos y donación a personas no iniciadas, porque lo que se aspira a prevenir y sancionar es la pura difusión de la nociva sustancia”⁵⁰⁶.

En la misma línea, se dice que “se trafica de igual modo, vendiendo porciones de cualquiera de estas sustancias, como transmitiéndolas a título gratuito, sin ánimo de lucro, sin lograr ganancia alguna, pero fomentando el consumo de tan nocivas sustancias”⁵⁰⁷.

También, se señala que “la invitación con drogas, es decir, la entrega de cocaína sin contraprestación alguna, importa una acción de promoción del consumo de drogas que realiza el tipo del delito del art. 344 pues el núcleo disvalioso de la acción no reside en el impulso lucrativo del autor, sino en el peligro de difusión, que es lo que verdaderamente pone en peligro el bien jurídico protegido”⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, p. 151.

⁵⁰⁶ STS (Sala 2ª), núm. 6012 / 1986, de 5 de noviembre.

⁵⁰⁷ STS (Sala 2ª), núm. 10466 / 1987, de 13 de junio.

⁵⁰⁸ STS (Sala 2ª), núm. 10733 / 1991, de 22 de abril.

En una segunda fase, la Jurisprudencia ha venido a considerar que no todo acto de donación es punible. En este sentido es significativa la sentencia del Tribunal Supremo⁵⁰⁹, que se refiere por una parte, a la *donación típica* “los mecanismos utilizados por los grupos organizados y traficantes profesionales precisamente para crear futuros adictos - clientes potenciales - mediante la distribución de aquella entre menores u otros grupos débiles, con riesgo futuro para su salud física y psíquica, que es precisamente lo que el art. 344 pretende erradicar de los hábitos sociales”, de otra parte, a la *donación atípica* “el drogadicto que posee o adquiere una pequeña cantidad de droga para su propio uso haga partícipe de ella o la comparta de un modo ocasional y en el momento de su consumo, ya por solidaridad ya por cortesía, con otros consumidores como él, pertenecientes a un reducido círculo íntimo o marginal. No hay en tal comportamiento un verdadero ánimo de proporcionar o favorecer el consumo y sólo en una estricta interpretación literal, desconectada del *telos* se dirige a vetar los comportamientos de difusión de la droga, tutelando el bien jurídico colectivo de la salud pública, tratando de evitar el peligro común o general que la promoción o facilitación de su consumo por personas indeterminadas representa”.

El Tribunal Supremo exige, además, que el consumo se lleve a cabo en lugar cerrado⁵¹⁰. De estas sentencias se deducen los requisitos de la donación atípica: que los sujetos sean toxicómanos, que se done una cantidad mínima de droga y, que se lleve a cabo un consumo inmediato de la droga por los sujetos. Tales requisitos serán analizados junto a otros supuestos de donación atípica, al tratar los supuestos de atipicidad.

B. Actos de transporte

Los actos de transporte se encuadran en la conducta típica de los que “de otro modo” promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal, cuando el sujeto recibe una contraprestación económica por el acto de transporte realizado. Sin embargo, constituirá un acto de tráfico, cuando existiendo varias personas que se dediquen a la venta de droga, se dé un reparto de funciones, y a una de ellas le corresponda el transporte de la droga.

Como señala el Tribunal Supremo⁵¹¹ generalmente los actos de transporte, se realizan por una persona contratada, expresamente, para realizar esta actividad “tan arriesgada” y “vulnerable a la intervención policial”. Además, el transportista no suele delatar al que lo contrató.

Debe entenderse por *transporte* “el traslado de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de un lugar a otro”⁵¹². Son actos de transporte, la importación, la

⁵⁰⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1985 / 1993, 25 de marzo

⁵¹⁰ STS (Sala 2ª), núm. 509 / 1993, de 9 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 3498 / 1993, de 29 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 21917 / 1994, de 11 de febrero.

⁵¹¹ STS (Sala 2ª), núm. 4658 / 1997, de 1 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1559 / 1998, de 9 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 6348 / 1999, de 13 de octubre.

⁵¹² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 55.

exportación y el tránsito⁵¹³. El Tribunal Supremo, definió el transporte del siguiente modo “transporte vale tanto como la acción de trasladar la droga tóxica o estupefaciente de un punto a otro, con ulterior finalidad de transmisión a otro u otros, y que puede hacerse por el uso de cualquier vehículo o medio de locomoción, a lomos de caballerías o vehículos de tracción animal o, finalmente, como en el caso enjuiciado, mediante mujeres porteadoras, las que, disimulando debajo de sus ropas, llevaban cantidades de hachís o de otra sustancia estupefaciente”⁵¹⁴. Por tanto, para la Jurisprudencia, el transporte pone en peligro la salud pública en cuanto constituye un acto de difusión de la droga.

Del mismo modo, la Audiencia provincial de Cádiz decía que “el porteador de drogas es tan autor del delito contra la salud pública como el que las vende o distribuye de cualquier manera entre terceros”⁵¹⁵.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *importar* significa “introducir en un país géneros, artículos, costumbres o juegos extranjeros, y *exportar* “enviar géneros del propio país a otro”.

De forma semejante, se pronuncia la Convención Única de 1961, a la que remite la Ley de Estupefacientes, en su art.1, apartado m), que entiende por importación y exportación en sus respectivos sentidos “el transporte material de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado, siempre y cuando se realice ilegalmente”.

Por tanto, no será punible - JOSHI JUBERT - el transporte realizado con un fin lícito. Así, el que se realice para el consumo personal, para fines de investigación o el destinado a la colección no va a ser castigados penalmente⁵¹⁶.

El *tránsito* consiste en el traslado de la droga a través de un país, que sirve de paso, no siendo ni el lugar de origen ni el lugar de destino de la droga. España por su situación geográfica, constituye un lugar de tránsito de hachís desde los países que lo producen hasta Europa.

Según la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 se considera “estado en tránsito” a “aquél a través de cuyo territorio se han de pasar estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y en el Cuadro II de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de estas sustancias”.

⁵¹³ El art. 3.1 a) de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, señala como conductas a castigar: “el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”.

⁵¹⁴ STS (Sala 2ª), núm. 3584 / 1984, de 18 de junio.

⁵¹⁵ SAP de Cádiz, 3ª, núm. 34 / 1999, de 11 de febrero. En el mismo sentido, se pronunciaba el Tribunal Supremo en STS (Sala 2ª), núm. 670 / 1987, de 4 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 10430 / 1988, de 21 enero; STS (Sala 2ª), núm. 6149 / 1989, de 8 de noviembre.

⁵¹⁶ JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, p. 183.

La Jurisprudencia reconoció que el delito se comete aunque el territorio español sea una mera etapa de un *iter* de tráfico hacia otros Estados⁵¹⁷.

Como señala REY HUIDOBRO “los Estados en tránsito, se encuentran en una situación especialmente problemática, pues no teniendo ningún control sobre la producción ni la demanda de estupefacientes ilícitos, resultan, sin embargo, afectados gravemente tanto a nivel nacional como internacional por el movimiento ilícito de drogas”⁵¹⁸.

Para concluir, cabe destacar que el transporte de la droga puede realizarse por distintos medios, lo cual plantea diversos problemas prácticos.

Así, cuando se transporte la droga introduciéndola en cavidad corporal, debe recurrirse a la prueba directa, “la prueba directa habla por sí misma *res ipsa loquitur*”⁵¹⁹. En el transporte por carretera, se suele alegar como error de tipo el desconocimiento de lo que se transportaba. En el caso de la mensajería, se alega como defensa, el desconocimiento por el destinatario del contenido del paquete. Sin embargo, la Jurisprudencia ha considerado como autores de tráfico, en la modalidad de transporte, tanto al que envía la droga como al destinatario, estando consumado el delito, desde que el remitente pone el paquete en Correos⁵²⁰, posición criticada doctrinalmente.

Así ACALE SÁNCHEZ afirma que “transporta el que envía por ese medio las drogas tóxicas. El destinatario del paquete, será considerado autor de un delito de tráfico de drogas desde el momento que recoja el paquete y tenga una mínima disposición sobre la misma”⁵²¹.

Los actos de transporte sólo serán típicos, cuando tengan por finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas.

1.2.5. La posesión

La última conducta típica regulada expresamente en el art.368 es la posesión “con aquellos fines”. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la *posesión* como “la situación de poder de hecho sobre las cosas o los derechos, a la que se le otorga una protección jurídica provisional que no prejuzga la titularidad de los mismos”.

La Jurisprudencia señala que “la posesión que origina la consumación no precisa de la material o física tenencia de la sustancia. La entrega de la cosa ofrece en nuestro Derecho expresiones plurales muchas de ellas simbólicas y con cabida todas ellas en el

⁵¹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1090 / 1988, de 16 de febrero.

⁵¹⁸ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 59.

⁵¹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1497 / 1998, de 4 de mayo.

⁵²⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1955 / 1989, de 15 de marzo.

⁵²¹ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 61.

Derecho Penal a efectos que aquí interesan. La posesión puede ser inmediata o mediata sin un directo contacto material sobre la cosa. Lo relevante es la disponibilidad que la posesión entraña, comporte o no tenencia física o material directa, pues en ella radica el peligro que para la salud de los terceros posibles destinatarios, la posesión representa. De otro modo, quedarían paradójicamente fuera del campo penal los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, de télex, en último término, de documentos y otros medios sofisticados y clandestinos que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan (...) para la posesión de la sustancia no es precisa su tenencia material, sino sólo y únicamente la puesta a su disposición - arts. 430, 431 y 438 CC -⁵²². De esta sentencia, cabe observar que la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo parte del concepto de posesión del art. 430 y siguientes del CC⁵²³.

El objeto material de esta modalidad delictiva son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁵²⁴.

Una de las cuestiones más discutidas en el ámbito de la posesión, consiste en perfilar a que “fines” se refiere el precepto. La doctrina se encuentra dividida, para unos, la posesión típica es la que tiene por finalidad promover, dirigir o facilitar el consumo ilegal, mientras para otros, se refiere a todas las modalidades típicas del 368. No faltan tampoco, los que defienden que con la expresión “aquellos fines” se está haciendo referencia únicamente a los actos de cultivo, elaboración o tráfico.

En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS afirma que “la posesión únicamente es típica cuando la finalidad es el cultivo, elaboración o tráfico. Ya que si el Legislador hubiera querido incluir la posesión con el fin de promover, favorecer o facilitar no hubiera utilizado la expresión con “aquellos fines”, sino la de “estos fines”⁵²⁵. Por su parte, DE LA CUESTA ARZAMENDI partiendo de una concepción intermedia, considera que “la posesión será típica si se lleva a cabo para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal”⁵²⁶.

No obstante, la doctrina mayoritaria interpreta que con aquella expresión se está aludiendo a todos los fines mencionados en el precepto. En este sentido, ACALE SÁNCHEZ dice que “vistas todas las posibilidades existentes parece que, en virtud del principio de lesividad, el art. 368 castiga los actos de posesión de drogas tóxicas que pongan en peligro la salud pública, esto es, que estén dirigidos a su difusión. Si además se entiende que el cultivo, la elaboración o el tráfico no son más que tres formas ejemplificativas de las conductas típicas de promoción, favorecimiento o facilitación, habrá que colegirse que estos son los fines a los que ha de estar dirigida la posesión aunque con ello se produzca una ampliación de los supuestos en los que ésta va a ser típica”⁵²⁷.

⁵²² STS (Sala 2ª), núm. 71 / 2002, de 24 de enero.

⁵²³ En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª), núm. 53 / 2008, de 30 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 52 / 2008, de 5 de febrero y STS (Sala 2ª), núm. 312 / 2008, de 5 de junio.

⁵²⁴ JOSHI JUBERT.: *Los delitos de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 195.

⁵²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 62.

⁵²⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI.: *Op. cit.*, p. 396.

⁵²⁷ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 62.

Como señala CALDERÓN SUSÍN “en todos los casos se amplía el círculo de la posesión punible, extendiéndose el alcance del tipo, ya no circunscrito a la tenencia preordenada al tráfico; gramaticalmente, las tres interpretaciones son posibles dada la redacción del precepto”⁵²⁸.

La interpretación amplia fue acogida por la Jurisprudencia⁵²⁹, si bien la expresión de posesión preordenada al tráfico es la más utilizada dada su frecuencia práctica, también se hace referencia a los fines de favorecer, facilitar o promover, en los que cabe ubicar también los actos de cultivo, elaboración y tráfico.

Ahora bien, sólo serán típicas las conductas de posesión que sean idóneas para poner en peligro la salud pública. En consecuencia, como se verá posteriormente, han de considerarse atípicas la posesión autorizada, la posesión para el autoconsumo o consumo compartido, y la posesión sin capacidad de difusión.

El principal problema práctico, consiste en probar cuando la posesión de la droga está orientada a alguno de los fines que enumera el precepto. Al tratarse el ánimo tendencial de un elemento subjetivo, cabe probarlo utilizando circunstancias exteriores. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de indicios a la hora de determinar cuando la posesión es ilícita, “requiriéndose normalmente que sean plurales o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa”⁵³⁰.

Del mismo modo, se afirma que “es doctrina constante de esta Sala que la posesión de droga para el propio consumo no es delictiva. La determinación del destino al tráfico o al consumo, exige la elaboración por la Sala sentenciadora de un juicio de inferencia revisable en casación a partir de los datos objetivos acreditados en el juicio (cantidad, variedad y pureza de la droga ocupada; condición de drogodependiente; consumidor ocasional o no consumidor del tenedor de la misma; la forma de distribuir la droga; circunstancias de la ocupación; tenencia de relevantes cantidades de dinero en metálico de procedencia no justificada; ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje; distribución, cortado, adulteración o empaquetado de la droga; lugar en el que se encuentra la droga; lugar y aptitud en la que el sujeto es sorprendido con esta sustancia; conducta evasiva del sujeto.) teniendo siempre presente en primer lugar que siendo la finalidad del tráfico un elemento del tipo debe quedar acreditado como cualquier otro, por lo que es a la acusación a quien incumbe acreditar el destino al tráfico y no a la defensa la tenencia para el consumo, imponiéndose la absolucón en caso de duda”⁵³¹.

Por tanto, los indicios utilizados por la Jurisprudencia para tal fin pueden sintetizarse como se señala a continuación:

En primer lugar, debe estimarse **la cantidad de droga** incautada. Es el indicio básico. Cuando se trata de una pequeña cantidad de droga en manos de un consumidor, se

⁵²⁸ CALDERÓN SUSÍN, E.: “La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2000, p. 26.

⁵²⁹ STS (Sala 2ª), núm. 10684 / 1994, de 24 de enero.

⁵³⁰ STS (Sala 2ª), núm. 844 / 2007, de 31 de octubre.

⁵³¹ STS (Sala 2ª), núm. 7391 / 1996, de 20 de diciembre.

presume que es para el consumo⁵³². Ahora bien, dado que se exige que los indicios sean plurales⁵³³, se requiere que concurren otros que prueben el destino de la droga. Es frecuente en la práctica, los casos en que los pequeños traficantes concedores de esta circunstancia, distribuyen la droga al por menor. No obstante, la Jurisprudencia en numerosas sentencias ha condenado por tráfico al que se le ha incautado una sola papalina de heroína. Pues, se ha afirmado⁵³⁴ que “las cantidades de las distintas drogas que pueden estimarse destinadas exclusivamente al autoconsumo (...) deben de considerarse como pautas o baremos orientativos”.

Excepcionalmente, se ha deducido el ánimo tendencial solo de la cantidad de droga incautada, cuando es de tal importancia que excluye el autoconsumo.

El Tribunal Supremo al determinar la cantidad de droga que ha de poseer el sujeto, para estimarse predeterminada al tráfico, ha utilizado dos datos: la cantidad propia de consumo medio diario del consumidor medio y, la posesión de drogas para un consumo máximo en unos días. De este modo, se concreta⁵³⁵ que “tratándose de tráfico de estupefacientes, parece razonable partir de las cifras que cuantifican el consumo diario estimado de un consumidor medio”; se considera consumo diario: 0,6 gramos de heroína, 2 de morfina, 0,24 de metadona, 20 de marihuana, 5 de hachís, 0,6 de aceite de hachís, 0,0006 de LSD y 0.48 de MDA, MDMA y MDEA⁵³⁶. Partiendo de las cifras anteriores, se estima que el resultado de multiplicar el consumo medio diario por una serie de días, será la cantidad destinada al consumo personal. No obstante, no está consensuado.

En cuanto al segundo dato, se entiende que “cumple los requisitos del tipo la posesión de una cantidad que exceda de la que el poseedor consume durante un periodo de 3 a 5 días”⁵³⁷.

De ahí, que la Jurisprudencia penal, de forma reiterada, ha señalado que debe entenderse en principio preordenada al tráfico la tenencia de hachís superior a 50 gramos, de heroína de 8 o más gramos, y de 20 a 25 gramos en el de la cocaína, si bien estas cantidades son orientativas. También ha estimado que debe considerarse preordenada al tráfico la tenencia de una cantidad de droga que exceda la dosis media de un consumo de cuatro o cinco días⁵³⁸.

Sentado los datos anteriores, también se ha afirmado que la cantidad de droga debe completarse con otros indicios, como: la capacidad económica del consumidor, su grado de adicción, el descenso del precio de la droga donde la compró, el hallazgo en su

⁵³² STS (Sala 2ª), núm. 4821 / 1999, de 6 de julio.

⁵³³ STS (Sala 2ª), núm. 844 / 2007, de 31 de octubre.

⁵³⁴ STS (Sala 2ª), núm. 2548 / 1997, de 12 de abril.

⁵³⁵ STS (Sala 2ª), núm. 8626 / 2001, de 6 de noviembre.

⁵³⁶ Se va dividiendo por 500 la cantidad de la notoria importancia (como veremos posteriormente), de cada sustancia, para obtener la cantidad que constituye el consumo diario.

⁵³⁷ STS (Sala 2ª), núm. 12853 / 1992, de 29 de febrero.

⁵³⁸ En este sentido, STS (Sala 2ª), núm. 846 / 2007, de 19 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 951 / 2007, de 12 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 957 / 2007, de 30 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 209 / 2008, de 28 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 83 / 2008, de 7 de febrero.

domicilio de instrumentos para la preparación de dosis individuales, la posesión de importantes cantidades de dinero o joyas⁵³⁹.

En segundo lugar, debe considerarse la **condición de toxicómano del sujeto**. De tal modo, que es admisible que 4 gramos de heroína estén destinados al autoconsumo cuando su poseedor sea adicto, no así, en el caso de que no lo sea. La Jurisprudencia ha venido a afirmar de modo reiterado que la posesión de drogas se considera preordenada al tráfico, cuando el poseedor no sea drogodependiente, o por lo menos, consumidor⁵⁴⁰.

Además, debe tenerse en cuenta **las circunstancias de la aprehensión**, como la posesión por el sujeto de instrumentos o materiales para el pesaje (como balanzas de precisión), cortado y distribución⁵⁴¹. También constituye un indicio fundamental la forma de la droga intervenida, así se considera destinada al tráfico cuando se encuentra en dosis individuales o papelines⁵⁴². Por el contrario, se considera destinada al autoconsumo cuando no esté todavía desmenuzada.

Finalmente, como señala ACALE SÁNCHEZ “especial problema plantea el supuesto del consumidor de drogas que las adquiere para su propio consumo, pero posteriormente, ante la necesidad de hacer frente a su toxicomanía, decide destinar parte de la droga al tráfico”⁵⁴³, entiende BACIGALUPO ZAPATER que está exento de pena por falta de culpabilidad al no serle exigible una conducta distinta, si bien ello no aulla la tipicidad de tal conducta en el concepto de tráfico⁵⁴⁴. En la misma línea, se pronuncia la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁴⁵.

1.2.6. Consumo ilegal

En primer lugar, conviene precisar que se entiende por consumo. ÁLVAREZ GARCÍA en un sentido amplio, considera consumo “cualquier uso posible o aplicación que implique la desaparición de la sustancia”⁵⁴⁶.

Sin embargo, SÁNCHEZ TOMÁS señala que “tal concepción debe rechazarse pues supondría incriminar conductas que nada tienen que ver con la posible puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido, ya que no consistirían en su aplicación al ser humano. Consumo, por lo tanto, ha de identificarse estrictamente con la aplicación de la

⁵³⁹ STS (Sala 2ª), núm. 6740 / 1997, de 11 de noviembre.

⁵⁴⁰ En este sentido, STS (Sala 2ª), núm. 639 / 2007, de 6 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 853 / 2007, de 26 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1106 / 2008, de 28 de abril.

⁵⁴¹ En este sentido, STS (Sala 2ª), núm. 639 / 2007, de 6 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 947 / 2007, de 12 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 235 / 2008, de 30 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 1099 / 2007, de 27 de diciembre, y STS (Sala 2ª), núm. 182 / 2008, de 21 de abril.

⁵⁴² En este sentido, STS (Sala 2ª), núm. 853 / 2007, de 26 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1054 / 2007, de 18 de diciembre, y STS (Sala 2ª), núm. 182 / 2008, de 21 de abril.

⁵⁴³ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 69.

⁵⁴⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Problemas dogmáticos del delito de tráfico de drogas”, en *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Akal, Madrid, 1991, p. 147.

⁵⁴⁵ STS (Sala 2ª), núm. 10004 / 1993, de 14 de abril.

⁵⁴⁶ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 42.

sustancia al ser humano, ya que éste sería el único modo de afectación de la conducta a la salud pública⁵⁴⁷.

En segundo lugar, debe interpretarse la ilicitud del consumo como infracción de una norma de nuestro ordenamiento jurídico. La Jurisprudencia⁵⁴⁸ señala que “de la propia estructura del tipo del art. 344 del CP cae por su peso que por “consumo ilegal” de las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos cuya promoción, favorecimiento o facilitación veta el precepto, tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud (...). El carácter ilegal o de ilicitud genérica y en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales, adquiridos por España al suscribir y ratificar los Convenios sobre represión del tráfico de drogas de 1936; el Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Uso de Sustancias Psicotrópicas de 1971, que tienen carácter de derecho interno desde su publicación (art.96.1 CE). Estos Convenios solo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (art.1. 2 del Convenio de 1961)(...).En conclusión, todo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos que no entre en los supuestos expresamente autorizados por los Convenios y las normas administrativas vigentes en España, constituye un “consumo ilegal” a los efectos de cumplir el tipo del art. 344 del CP, como destinatario de las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación que tal tipo prevé y sanciona penalmente”⁵⁴⁹.

Delimitado el concepto de consumo ilegal, cabe concluir afirmando que esa ilegalidad no es suficiente para calificar la conducta como típica. Se requiere fundamentalmente, que tenga capacidad de difusión a terceros, y consecuentemente se ponga en peligro la salud pública.

1.3. Objeto material

El objeto material del delito son las “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”. La doctrina mayoritaria estima que “las drogas tóxicas” es el género al que pertenecen los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, es decir, que la alusión a estos conceptos se hace para precisar que se entiende por drogas tóxicas⁵⁵⁰.

Como afirma MUÑOZ CONDE los términos estupefacientes y psicotrópicos “sólo especifican la forma en que actúan (provocando adormecimiento u obnubilación, o bien, sensaciones psíquicas o de alucinaciones)”⁵⁵¹. Es decir, determinan los efectos que provocan estas sustancias en el organismo.

⁵⁴⁷ SÁNCHEZ TOMÁS, JM.: *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD) Madrid, 2002, p. 117.

⁵⁴⁸ STS (Sala 2ª), núm. 670 / 1994, de 17 de marzo.

⁵⁴⁹ En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª), núm. 549 / 1996, de 7 de diciembre.

⁵⁵⁰ SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, pp. 80 y 81.

⁵⁵¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 612.

El Código Penal no ofrece un concepto de droga, se trata de un concepto normativo que debe ser determinado por los Jueces y Tribunales.

Gramaticalmente, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define *la droga* como “la sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes; sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno”; se entiende por *estupefaciente* “la sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad, por ejemplo, morfina o cocaína”; y respecto al *psicotrópico* se afirma “dicho de una sustancia psicoactiva: que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos de personalidad”. Si bien estas definiciones son demasiado imprecisas para el Derecho Penal.

Tradicionalmente, algún sector de la doctrina criticó que el legislador penal no hubiese perfilado el concepto de droga tóxica en el art.368, aunque, como señala REY HUIDOBRO, se “estimo más conveniente prescindir de una definición concreta, debido no solo a las dificultades de establecer dicho concepto, sino también en forma especial a sus inconvenientes”⁵⁵².

A la hora de fijar el concepto jurídico de “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” existen dos orientaciones en la doctrina. Por un lado, los que consideran que el art. 368 del Código Penal constituye una Ley Penal completa de la que cabe extraer aquél concepto, y que las listas de drogas contenidas en los Convenios Internacionales tienen un valor orientativo⁵⁵³.

Este criterio también ha sido, en algún supuesto, seguido por la Jurisprudencia considerando que:

“El art. 344 - a diferencia de lo que sostiene el recurrente - no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco se deben entender aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionada por el art.344 del CP se encuentra íntegramente en esta disposición, pues conste en “ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico”, o de otro modo “promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines”, es decir en una conducta que el texto del art.344 del CP describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de la norma”⁵⁵⁴.

Por otro lado, otro sector doctrinal considera que nos encontramos ante una ley penal en blanco, que se remite a las Listas de los Convenios Internacionales ratificados por España. Se argumenta que dichos Tratados forman parte del ordenamiento jurídico interno y por tanto, el Estado debe castigar penalmente los comportamientos relativos a

⁵⁵² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 115.

⁵⁵³ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 54; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 652 y ss.

⁵⁵⁴ STS (Sala 2ª), núm. 849 / 1995, de 7 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 223 / 1997, de 18 de marzo.

las drogas que allí se mencionan; y también, razones de seguridad jurídica y precisión⁵⁵⁵.

Esta ha sido la línea seguida por el Tribunal Supremo⁵⁵⁶ al decir que “nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado - art. 96 de la CE - utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia psicotrópica o estupefaciente, lo que convierte al precepto del art. 368 del CP en una norma penal en blanco que obliga a integrarla - en este caso, en cuanto al concepto de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas - con preceptos y normas extrapenales”.

En consecuencia, para delimitar de forma precisa el concepto de estupefaciente o sustancia psicotrópica deberá acudir a los Convenios Internacionales ratificados por España. Así, el Convenio único de 1961 sobre estupefacientes, enmendado en el protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, el Convenio de 21 de febrero de 1971 sobre sustancias psicotrópicas y la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, ratificada en 1990.

Por lo que se refiere a los *estupefacientes*, el art.1, apartado j, de la Convención Única considera estupefaciente “cualquiera de las sustancias enumeradas en las Listas I y II, naturales o sintéticas”.

La ley 17 / 1967, de 8 de abril, por la que se actualizó las normas vigentes sobre estupefacientes, establece en su art. 2, apartado primero que “a los efectos de la presente ley se consideran estupefacientes las sustancias naturales y sintéticas incluidas en las Listas I y II de las anexas al Convenio único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca”. En el apartado 2 continua exponiendo que “tendrán la consideración de géneros prohibidos los estupefacientes incluidos en la Lista IV de las Listas anexas al Convenio (...)”. Por tanto, solo tendrán la consideración de estupefacientes los que aparecen en las Listas I, II y IV de la Convención Única de 1961.

Los estupefacientes más conocidos son “el cannabis y sus resinas, la cocaína, la heroína, la metadona, la morfina, el opio y la codeína”⁵⁵⁷.

En cuanto a las *sustancias psicotrópicas*, el Convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas, establece en su art.1, apartado e) que son sustancias psicotrópicas “cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la lista I, II, III y IV”. Estas listas fueron posteriormente incorporadas en el Anexo I del Real Decreto 2829 / 1977, de 6 de octubre.

⁵⁵⁵ En este sentido, REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, Op. cit., p. 106; SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, pp. 80 y ss.

⁵⁵⁶ STS (Sala 2ª), núm. 378 / 2006, de 31 de marzo.

⁵⁵⁷ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 16.

Entre las sustancias psicotrópicas más consumidas cabe señalar “las drogas de “diseño” o “síntesis”, como el éxtasis y el *speed*, y otros complejos anfetamínicos, así como a los barbitúricos”⁵⁵⁸.

Por otra parte, la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 remite a los Convenios de 1961 y de 1971 para fijar el concepto de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ahora bien, cabe señalar que las listas contenidas en los Convenios Internacionales no son cerradas. En tal sentido, es significativo el art.3,3 III) de la Convención Única de 1961 que establece que “si la Organización Mundial de la Salud comprueba que una sustancia se presta a un uso indebido o puede producir efectos nocivos parecidos al de los estupefacientes de las Listas I y II, o que puede ser transformada en un producto que se preste a un uso indebido similar o que pueda producir efectos nocivos semejantes, comunicará su dictamen a la Comisión, la cual podrá, de conformidad con la recomendación de la Organización Mundial de la Salud, decidir que se incluya dicha sustancia en la Lista I o en la Lista II”.

De lo cual se desprende, que se deja en manos de la OMS la tarea de fijar el concepto de droga tóxica con el fin de delimitar el contenido de los listados. Así, define la droga como “la sustancia, natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca a las personas: 1º. La necesidad de continuar consumiéndola; 2º. La tendencia a aumentar la dosis; 3º. La dependencia física de los efectos de la sustancia que provoca su consumo prolongado para evitar el síndrome de abstinencia”. Este concepto también será aplicable a los estupefacientes y sustancias que solo se diferencian en cuanto a los efectos que producen.

MUÑOZ CONDE pone de manifiesto que “este concepto médico es indudablemente importante para entender la referencia a la droga en el art. 368, ya que al estar situado entre los “delitos contra la salud pública”, son criterios médicos o sanitarios los que deben decidir el ámbito de prohibición de dicho precepto”⁵⁵⁹.

Al encontrarnos ante listas abiertas se genera inseguridad jurídica. Surge el problema de delimitar las sustancias incluidas en aquellas listas, ya que se han incorporado nuevas sustancias y eliminado otras, conforme a las correspondientes Órdenes Ministeriales⁵⁶⁰.

Para solucionar el problema de delimitación, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, publica periódicamente tres listas en las que se especifica tales sustancias. Así, cabe distinguir entre:

- Una lista amarilla en la que se enumera las sustancias consideradas estupefacientes.
- La lista verde relativa a las sustancias psicotrópicas.

⁵⁵⁸ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁵⁹ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 17ª...*, *Op. cit.*, p. 612.

⁵⁶⁰ SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, pp. 22 y ss.

- La lista roja en la que se catalogan los precursores.

No obstante, dichas listas se limitan a señalar y catalogar las distintas sustancias, pero no las clasifica teniendo en cuenta el daño para la salud. Dato que si recoge el art. 368 al decir que los que realicen las conductas típicas que regula “serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa de tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratase de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa de tanto al duplo en los demás casos”.

En opinión de GARCÍA - PABLOS la expresión “en los demás casos” es incorrecta, porque permitiría incluir en el término todo tipo de sustancias (incluso las que no son nocivas para la salud), cuando la pretensión del legislador ha sido incluir las que originan un daño menor para la salud (las drogas menores), “postulando una referencia más matizada a las sustancias que no causan un grave daño”⁵⁶¹.

Si bien, es cierto que puede mejorarse la redacción de tal expresión legal, el hecho de que, como hemos visto, en nuestro Derecho rija un sistema rígido o por listas a la hora de precisar el objeto material del delito, evita que en virtud a tal cláusula puedan añadirse nuevas sustancias prohibidas no enumeradas en las listas⁵⁶².

Del art. 368 se desprende la necesidad distinguir entre las drogas que causen grave daño a la salud y las demás. A la hora de hablar de drogas que causen grave daño a la salud, entiendo que debe referirse al daño inmediato para la salud pública, y al mediato que supone a la salud individual de las personas.

En este sentido, JOSHI JUBERT considera que “para que pueda afirmarse que una sustancia causa grave daño a la salud deberán probarse los siguientes extremos: 1º. Dado que este precepto de forma mediata protege la salud individual de las personas, deberá tratarse de una sustancia que en abstracto - peligro abstracto - tenga capacidad de dañar de forma penalmente grave la salud individual, esto es, de lesionar de forma, sino irreversible, sí de difícil curación la salud de personas concretas (...). 2º. Deberá comprobarse, a continuación, la idoneidad concreta para afectar gravemente la salud individual, pues en caso contrario, de tratarse de sustancias - en el caso concreto - sin capacidad objetiva para ello será difícil poder afirmar además un peligro potencial para la comunidad. De ahí que sea necesario comprobar en cada caso el grado de pureza y la cantidad de sustancia aprehendida, pues de tratarse de sustancia con un contenido muy bajo en principio activo o de una cantidad ínfima tendrá que rechazarse la posibilidad de poner en peligro la salud pública (...). 3º. Pero puesto que en este precepto no se exige la lesión de la salud individual, sino de la pública, concepto este último más general y abstracto (...) no bastará para confirmar el daño a la salud pública la concurrencia de los dos requisitos anteriores, sino que la cantidad aprehendida lo deberá ser en cantidad apropiada para ser difundida entre una masa de población importante, o por lo menos entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada (...)”⁵⁶³.

⁵⁶¹ GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, A.: “Bases para una política criminal de la droga” en *La problemática de la droga en España*, Edersa, Madrid, 1986, p. 384.

⁵⁶² REY HUIDODRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 122.

⁵⁶³ JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, pp. 95 y 96.

Sin embargo, SÁNCHEZ TOMÁS es partidario de una perspectiva colectiva, al manifestar que “la gravedad, por lo tanto, debemos referirla no tanto al análisis del efecto sobre el cuerpo humano, por la mayor o menor adicción, tolerancia o dependencia psico - física derivada de la sustancia, sino al mayor impacto sobre los niveles generales de salud y las reacciones que exija al sistema socio sanitario, para paliar su incidencia. Ello permitirá, en última instancia, reconducir muchas sustancias consideradas jurisprudencialmente hoy como gravemente dañinas a la salud individual, a un margen menos elevado de gravedad por su incidencia social, como es el caso de ciertos psicofármacos y de las llamadas drogas de diseño”⁵⁶⁴.

La Jurisprudencia penal al referirse a las drogas que causen grave daño a la salud, adopta una perspectiva individual, al considerar que lo que se protege es la salud individual. Señala que “la consideración de una sustancia como gravemente peligrosa para la salud viene determinada por su composición intrínseca y por las reacciones y secuelas que produce en el organismo humano (...)”⁵⁶⁵.

La Circular de la FGE núm. 1 / 1984, de 4 de junio pone de manifiesto que ante el silencio legal, serán los tribunales los encargados de determinar la clasificación de las drogas en función del daño que originan en la salud, de acuerdo a los informes médicos y toxicológicos. Para ello atenderán a los siguientes criterios:

- Tener o no tolerancia, es decir, necesitar mayores dosis para producir los mismos efectos.
- Provocar o no dependencia física o psíquica. La dependencia física implica la ineludible necesidad de consumir la sustancia para mantener un equilibrio físico normal, con los efectos que ocasionan el no consumirla: estados carenciales o síndrome de abstinencia. Por dependencia psíquica debe entenderse la necesidad imperiosa de administrarse la misma sustancia que en ocasiones anteriores, con el fin de provocar los mismos efectos, con la consiguiente ansiedad que ello produce.
- El deterioro progresivo que la sustancia origina en el organismo humano.
- Los fallecimientos que ocasionan el consumo abusivo de la sustancia.

A esos criterios se refiere la Jurisprudencia al afirmar que: “Es doctrina reiterada de esta Sala, como es exponente la Sentencia 1486 / 1999, de 25 de octubre, que tanto la cocaína como el MDMA se han estimado sustancias que causan grave daño a la salud por concurrir en ellas los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para tal calificación: por ser en sí lesiva para la salud, por el nivel de dependencia que crea en el consumidor, por el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y por el grado de tolerancia”⁵⁶⁶. Por tanto, cabe afirmar que son “drogas duras” aquellas que provocan los efectos a los que alude la sentencia mencionada. Sin embargo, las llamadas “drogas blandas” son aquellas que producen una menor afección a la salud pública.

⁵⁶⁴ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 122.

⁵⁶⁵ STS (Sala 2ª), núm. 10 / 1996, de 12 de enero.

⁵⁶⁶ STS (Sala 2ª), núm. 360 / 2004, de 18 de marzo

La doctrina del Tribunal Supremo, viene estableciendo que a la hora de distinguir entre unas y otras, se tendrá en consideración la composición de las sustancias y sus efectos y secuelas en el organismo humano⁵⁶⁷. En este sentido, se afirma “así nadie discute el efecto desintegrador de la personalidad que producen por ejemplo sustancias como la cocaína y la heroína, pero deben valorarse y ponderarse caso por caso las denominadas sustancias psicotrópicas que en ocasiones ha sido dicho se encuentran incorporadas a los productos farmacéuticos”⁵⁶⁸.

Como drogas que causan un *grave daño a la salud*, la Jurisprudencia señala las siguientes:

- Cocaína⁵⁶⁹.
- Heroína⁵⁷⁰.
- LSD⁵⁷¹.
- Anfetaminas. La jurisprudencia cambiando su criterio anterior, considera a las anfetaminas como droga que causa un grave daño a la salud, a partir de la STS Sala 2ª, núm. 9639 / 1994, de 1 de junio⁵⁷².
- Éxtasis (MDMA), es una variante de las anfetaminas que provoca efectos alucinógenos parecidos⁵⁷³.
- MDA (píldora del amor)⁵⁷⁴. Es una variante de las anfetaminas.
- MDEA⁵⁷⁵ o eva. Es otra de las variantes de las anfetaminas.
- Speed⁵⁷⁶. Su principio activo es sulfato de anfetamina.
- Morfina⁵⁷⁷.
- Cloruro mórfico y metasedín - metadona - ⁵⁷⁸.
- G.H.B. Abreviatura de gammahidroxibutirato y ácido gammahidroxibutírico, conocido como “éxtasis líquido”⁵⁷⁹.
- G.B.L⁵⁸⁰. Abreviatura de gammabutirolactona⁵⁸¹.

⁵⁶⁷ STS (Sala 2ª), núm. 73 / 1996, de 12 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 6663 / 1997, de 29 de septiembre.

⁵⁶⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1747 / 1996, de 20 de marzo.

⁵⁶⁹ STS (Sala 2ª), núm. 2812 / 1998, de 16 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 460 / 2007, de 1 de junio.

⁵⁷⁰ STS (Sala 2ª), núm. 3418 / 2002, de 16 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 7985 / 2006, de 15 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 281 / 2006, de 16 de marzo.

⁵⁷¹ STS (Sala 2ª), núm. 5532 / 1997, de 5 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 4352 / 2002, de 14 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 829 / 2004, de 22 de junio.

⁵⁷² STS (Sala 2ª), núm. 5530 / 1997, de 1 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 2581 / 1998, de 11 de marzo.

⁵⁷³ STS (Sala 2ª), núm. 2581 / 1998, de 11 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 337 / 2006, de 23 de marzo.

⁵⁷⁴ STS (Sala 2ª), núm. 399 / 2004, de 26 de marzo.

⁵⁷⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1649 / 2002, de 1 de octubre.

⁵⁷⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1244 / 2005, de 31 de octubre.

⁵⁷⁷ STS (Sala 2ª), núm. 855 / 2005, de 27 de junio.

⁵⁷⁸ STS (Sala 2ª), núm. 73 / 1996, de 12 de enero.

⁵⁷⁹ STS (Sala 2ª), núm. 378 / 2006, de 31 de marzo. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 13 de diciembre del 2004.

⁵⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 378 / 2006, de 31 de marzo.

⁵⁸¹ Respecto a la posibilidad de considerar los psicotrópicos como sustancia que casusa grave daño a la salud, la Circular núm. 12 / 85 de la FGE, afirma 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 a la salud, 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 principales activos, nocividad o riesgo para la salud de su uso extraterapéutico y acción farmacológica y efectos (dependencia física y potencial, dependencia psicológica)”.

En cuanto a las sustancias que *no causan grave daño a la salud* son los derivados del Cannabis Sativa. Así, la Jurisprudencia dice que “en relación a los derivados del cáñamo índico o Cannabis Sativa, la sustancia activa, el tetahidro - cannobinol - THC - se obtiene de la planta sin proceso químico alguno - en esto se diferencia de la heroína y la cocaína -, por lo que la mayor o menor concentración de THC depende exclusivamente de la forma de presentación de la planta, ya sea ésta en estado natural y por tanto con una menor concentración como ocurre con la marihuana, mayor en la presentación bajo la forma de hachís, y superior en el aceite de hachís; en general, se ha estimado que el grado de concentración del THC en el hachís, se sitúa entre el 4% y el 12%, para la marihuana y no equivalentes, el *Kiffi*, marroquí o la *griffa*, el principio activo se sitúa entre el 0,5 y el 4% y para el aceite de hachís la concentración está por encima del 12%. En todo caso, se estima que el THC es sustancia estupefaciente, salvo en los supuestos de observarse una práctica inexistencia del mismo, en el producto aprehendido”⁵⁸². También son sustancias que no causan grave daño a la salud el hachís (en todas sus formas), el *rohipnol*, el *trankimazín*, el *tranxilium*, etc⁵⁸³.

A partir del Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1998, se excluyó al *flunitracepán*, que es la base del *rohipnol*, como sustancia gravemente perjudicial para la salud; criterio igualmente mantenido en relación a los fármacos *traxilium* y *trankimazín*, al considerar que “los psicotrópicos contenidos en estos fármacos, la composición no tóxica de los mismos, inseparable de su finalidad terapéutica, impide que se les tenga por sustancias intrínseca y gravemente perjudiciales”⁵⁸⁴.

Por otra parte, en la clasificación de las llamadas “drogas duras” y “drogas blandas” no se tiene en cuenta el grado de pureza de las drogas incautadas. Así, la Jurisprudencia afirma que “el grado de pureza de la droga no importa a los efectos de la existencia del delito, sino sólo para determinar si procede o no aplicar la agravación específica para los casos de cantidad de notoria importancia”⁵⁸⁵. La Jurisprudencia tendrá en cuenta el grado de pureza sólo cuando se trate de cantidades mínimas o en la agravación de notoria importancia⁵⁸⁶.

1.4. Supuestos de atipicidad

La opinión dominante en la actualidad es que las transmisiones gratuitas de pequeñas cantidades de drogas que se producen en el ámbito del consumo (invitaciones, donaciones compasivas a adictos, compra compartida, etc.), no han de ser consideradas delictivas, dado que carecen de capacidad para difundir el consumo de la droga y de transcendencia social⁵⁸⁷.

⁵⁸² STS (Sala 2ª), núm. 89 / 2002, de 25 de enero.

⁵⁸³ En este sentido, STS (Sala 2ª), núm. 1174 / 2002, de 22 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 54 / 2006, de 1 de febrero.

⁵⁸⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1174 / 2002, de 22 de junio.

⁵⁸⁵ STS (Sala 2ª), núm. 592 / 1996, de 2 de febrero.

⁵⁸⁶ STS (Sala 2ª), núm. 592 / 1996, de 2 de febrero. En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 588 / 2005, de 28 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 566 / 2007, de 21 de junio.

⁵⁸⁷ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 65.

Como manifiesta DÍEZ RIPOLLÉS hoy sería un absurdo insostenible pretender aplicar “el régimen punitivo previsto para los distribuidores ilegales de droga, a los consumidores que se organizan para la adquisición y el uso colectivo de drogas tóxicas, o los allegados que la adquieran por ellos”⁵⁸⁸.

Como se ha expuesto, la criminalización de las conductas relativas al “consumo ilegal de drogas” es “un paradigma de técnica legislativa inadecuada”. Su evolución muestra que la preocupación del legislador no ha sido establecer una definición adecuada del comportamiento típico, sino “lograr que no quede fuera de su alcance ninguna conducta de algún modo relacionada con el consumo ilegal de drogas, aunque sea a costa de abarcar también multitud de comportamientos irrelevantes”⁵⁸⁹.

Ante la indeterminación en la redacción de tipos penales como el 368 del CP, cabe dos opciones: a) una lectura literal y formalista que, conlleve a la inclusión de conductas “inocuas o benéficas”; o b) una lectura restrictiva de su ámbito típico⁵⁹⁰.

La Jurisprudencia ha optado por una interpretación restrictiva de su ámbito de tipicidad, y ha ensayado “una pequeña tipología de supuestos de atipicidad, una casuística de los supuestos que, pese a ser incardinables formalmente en las lecturas más extensivas del tipo del art.368 (o incluso, en ocasiones, en las modalidades agravadas del art.369), sin embargo deben entenderse atípicas”⁵⁹¹.

La indeterminación típica del 368 deja en manos de los Tribunales la definición de muchos de sus rasgos básicos, incluyendo la delimitación de los ámbitos de tipicidad y atipicidad⁵⁹².

Por la inconcreción legal del art. 368, la delimitación judicial entre conductas típicas y atípicas ha dado lugar a una Jurisprudencia habitualmente contradictoria⁵⁹³. De ahí, que resulte imprescindible realizar un análisis de los supuestos de atipicidad señalados por la Jurisprudencia más reciente.

Son conductas atípicas en cuanto no suponen un peligro para el bien jurídico protegido “salud pública”. Como destaca la Jurisprudencia no suponen un peligro

⁵⁸⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, JL.: “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, p. 393.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 400. VALLE MUÑIZ, JM / MORALES GARCÍA, O.: “Artículo 368”, “Artículo 369”, “Artículo 370” en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 1395.

⁵⁹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 66. Se suele hablar de una reducción teleológica o interpretación teleológica restringida. En este sentido, DEL RÍO FERNÁNDEZ, LJ.: “Tráfico de drogas y adecuación social. Supuestos de atipicidad en el artículo 344 del Código Penal”, *Revista General del Derecho*, 1996, p. 153. MAQUEDA ABREU, ML.: “Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas”, *Diario La Ley*, núm. 4624, 1988, pp. 1 y ss.

⁵⁹¹ REY HUIDOBRO, LF.: “El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los supuestos de dudosa tipicidad”, *Actualidad Penal*, núm.34, 1994, pp. 633y ss.

⁵⁹² DOPICO GÓMEZ - ALLER, J.: *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13.

⁵⁹³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 651.

relevante de consumo general o indiscriminatorio, no promueven la difusión de la droga ni lo facilitan a personas indeterminadas, etc.⁵⁹⁴.

El Tribunal Supremo, dada la amplitud del tenor literal de los tipos que nos ocupan, ha manifestado siempre la necesidad de una restricción teleológica “esa finalidad de la prohibición impuesta por la norma debe ser un elemento interpretativo de la misma”⁵⁹⁵.

Tales supuestos de atipicidad son los siguientes:

1.4.1. Consumo compartido

Bajo esta denominación se aglomeran diversas conductas que suelen considerarse atípicas:

- Compra compartida o “con fondo común”.
- La permuta e invitación mutua.
- Invitaciones aceptadas socialmente.
- Supuestos en los que la adquisición y consumo de la droga se produce entre un reducido círculo de personas en un cierto régimen de comunidad (invitaciones entre compañeros, parejas, etc.)⁵⁹⁶.

En la Jurisprudencia española el supuesto más importante de atipicidad es el de la *compra compartida*⁵⁹⁷. Como afirma ÁLVAREZ GARCÍA “se trata de los supuestos en los que varias personas aportan dinero a una bolsa común a fin de adquirir droga para consumo común, y una de ellas se encarga de adquirirla para todos y hacérsela llegar”⁵⁹⁸.

Suele ser habitual que varios sujetos consumidores se reúnan entre sí con el fin de consumir conjuntamente droga, que es adquirida por uno o varios de ellos, para todos. Es la amistad la que normalmente suele llevar a este consumo común de la droga entre jóvenes. Su uso se hace en grupo⁵⁹⁹.

A juicio de REY HUIDOBRO debe considerarse como autoconsumo “el uso y cesión de la droga dentro del grupo de consumidores, aunque se encargue a uno de ellos como

⁵⁹⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1072 / 2005, de 19 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 775 / 2004, de 14 de junio. En el mismo sentido, DEL RÍO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 156.

⁵⁹⁵ Se ha expuesto con claridad en STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 1439 / 2001, de 18 de julio; ATS (Sala 2ª), núm. 390 / 2005, de 3 de marzo. Este texto es citado reiteradamente en la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Entre otras, SAP de Santa Cruz de Tenerife, 2ª, núm. 222 / 2007, de 23 de marzo; SAP de Girona, 3ª, núm. 173 / 2007, de 19 de febrero.

⁵⁹⁶ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁹⁷ ORTS BERENGUER, E / VIVES ANTÓN, TS *et al.*: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 801 y 802.

⁵⁹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p.72. En el mismo sentido se pronuncia MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 28.

⁵⁹⁹ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 41.

mero mandatario de adquirir la droga”; del mismo modo, los actos de “adquisición, preparación y uso de la droga en su interior, deben estar exentos de pena”⁶⁰⁰.

Pues, “en estos casos es imposible apreciar la trascendencia para la colectividad, fundamento que, ya sea por razones sanitarias, ya por razones culturales, es el que legitima la intervención del Derecho Penal”⁶⁰¹.

Ciertamente, el consumo colectivo de drogas entre adultos y en la intimidad, carece de trascendencia pública, en cuanto no implica un daño para la salud pública, sino únicamente, para los sujetos del grupo. Si bien, ello será así, siempre que no exista por parte del que proporciona la droga, el *animus* de promover, favorecer o facilitar su consumo, sino únicamente el *animus* de consumirla en grupo⁶⁰².

Tal planteamiento es acorde a la transformación que actualmente ha experimentado el consumo de las drogas, de un consumo individual y aislado, se ha pasado a un consumo colectivo impuesto por “un conjunto de exigencias y necesidades de la vida moderna, es decir, que el uso de la droga ha adquirido expresión de grupo en lugar de posiciones aisladas”⁶⁰³.

La impunidad de estos supuestos se fundamenta en la falta de peligrosidad para el bien jurídico protegido, como es, la salud pública⁶⁰⁴. Dado que la droga no se va a destinar a su difusión sino a su consumo por los que la aportan, no se atenta contra la salud pública⁶⁰⁵.

El Tribunal Supremo dice que “en efecto la exclusión de la tipicidad en esos casos denominados de autoconsumo compartido tiene como fundamento que ninguno de los intervinientes promueve en otros el consumo ni él mismo es iniciado o incitado al consumo por razón de la actuación de otros”⁶⁰⁶. Se viene a equiparar con el autoconsumo, de tal modo, que el Tribunal Supremo habla de consumo compartido como variante del autoconsumo atípico⁶⁰⁷.

Desde la perspectiva de la salud pública, no existe diferencia entre compra de droga para uso individual y el supuesto de “compra y autoconsumo compartido” dado que el dinero común es entregado al vendedor por uno de los que lo han aportado o por otros y

⁶⁰⁰ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 42.

⁶⁰¹ QUINTERO OLIVARES, G.: “El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo” en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de derecho de Palma de Mallorca, 1986, p. 182. En el mismo sentido, SOTO NIETO.: *Estudio...*, *Op. cit.*, p. 100. QUERALT JIMÉNEZ, JJ.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, V. II, Bosch, Barcelona, 1987, p. 528.

⁶⁰² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 42.

⁶⁰³ ALONSO FERNÁNDEZ, F.: “La personalidad del drogadicto” en *La droga en la sociedad actual. Nuevos horizontes en criminología*, Caja de ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1985, p. 53.

⁶⁰⁴ DEL RIO FERNÁNDEZ, LJ.: “Tráfico de drogas y adecuación social. Supuestos de atipicidad en el artículo 344 del Código Penal”, *Revista General del Derecho*, núm. 616 - 617, 1996, pp. 156 y ss.

⁶⁰⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1072 / 2005, de 19 de septiembre. En el mismo sentido, JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, p. 134. MAQUEDA ABREU.: *Op. cit.*, p. 3.

⁶⁰⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1254 / 2009, de 14 de diciembre.

⁶⁰⁷ STS (Sala 2ª), núm. 165 / 2006, de 22 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 1312 / 2005, de 13 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 1194 / 2003, de 18 de septiembre, entre otras.

que la droga la traiga al grupo uno de ellos o cada uno la suya⁶⁰⁸.

El consumo compartido es “una conducta colectiva de consumidores entre los que se reparten las funciones de adquisición y transporte, no se trata de una distribución minorista”⁶⁰⁹.

Es importante resaltar, que para mantener la impunidad de tales conductas debe acreditarse la exclusión de *animus* para traficar, y por tanto, la relación entre los miembros del grupo que van a consumir colectivamente la droga⁶¹⁰.

Cabe destacar, que si bien inicialmente el supuesto de compra compartida se consideraba un caso típico de promoción, favorecimiento o facilitación, actualmente esta tesis es insostenible. Se estima que aunque exista un encargado de la bolsa común, la droga es poseída por todos los que ha contribuido a esa bolsa en función de lo aportado por cada uno. De ahí, que la cantidad que posee el encargado no es superior a la destinada a su autoconsumo, y por tanto, no está promoviendo el consumo de otros. Esta doctrina fue acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de los años 80.

La STS (Sala 2ª), núm. 4428 / 1981, de 25 de mayo contemplaba el caso en que 16 personas pusieron dinero en una bolsa común para comprar hachís para una fiesta; el sujeto encargado de la compra fue detenido llevando encima 16 barritas y media de hachís. En la Sentencia se decía:

“La tenencia de la droga por el acusado en el momento de su detención por la policía no era ostentada sólo en propio nombre sino en nombre y al servicio de los demás - en la parte que había sufragado -, los cuales venían a ser poseedores aunque no tuvieran una relación de contacto material, y como todos eran futuros consumidores puesto que la adquisición se hacía para “fumar la droga ellos mismos” (...) es llano que estos hechos (...) perfilan o conforman la posesión de droga para el propio consumo que queda excluida del área penal por no concurrir el factor tendencial o finalístico de favorecimiento o difusión”⁶¹¹.

Esta tesis de la “posesión en nombre y al servicio de los demás” considera que la cantidad de droga es poseída por todos los que aportan dinero al fondo común en proporción a su aportación, de modo que “la cantidad poseída por el portador en su propio nombre ya no supera la destinada al propio consumo; y no se afirma que esté facilitando el consumo ilegal de otros”⁶¹².

⁶⁰⁸ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 26. En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 1254 / 2009, de 14 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 281 / 2003, de 1 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 424 / 2003, de 1 de septiembre.

⁶⁰⁹ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 73.

⁶¹⁰ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 43.

⁶¹¹ Esta tesis fructifica años después, así entre otras, en STS (Sala 2ª), núm. 2750 / 1992, de 18 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 1345 / 1993, de 7 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 2265 / 1993, de 18 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 323 / 1995, de 3 de marzo. Una breve referencia de su evolución desde sus inicios hasta la tesis actual, se expone por CALDERÓN SUSÍN.: *Op. cit.*, p. 40 y ss.

⁶¹² DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 28.

Posteriormente, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo esta orientación si bien de forma más estricta y cautelosa, exigiendo la concurrencia de unos requisitos formales. Son los siguientes:

- a. Los consumidores que se agrupan ha de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento.
- b. El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplificante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a lugar cerrado es frecuente en la Jurisprudencia.
- c. La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante.
- d. La coparticipación del consumo se realice entre un reducido número de consumidores de forma esporádica e íntima, sin transcendencia social.
- e. Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.
- f. Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas⁶¹³.

No obstante, son muy escasas las ocasiones en las que se ha admitido estos supuestos de atipicidad. ÁLVAREZ GARCÍA opina que debe rechazarse esta interpretación estricta de los requisitos expuestos, pues “no corresponde a los órganos jurisdiccionales determinar las condiciones bajo las cuales el consumo compartido de drogas - o la posesión a tal fin - son jurídicamente admisibles, al modo de los requisitos para un permiso administrativo. Su tarea a este respecto, consiste en constatar si, con probabilidad más allá de la duda razonable, el sujeto ha creado el riesgo típico para la salud pública o no”⁶¹⁴.

No existen “requisitos de estricta observancia para la atipicidad del consumo esporádico; ni elementos que dan lugar a una aplicación excepcional de la atipicidad”. Existen supuestos de transmisión atípica (como el consumo compartido, donación compasiva, etc.) y supuestos de transmisión típica (tráfico, etc.); así, como casos de posesión de droga destinada a uno u otro fin. Y si los supuestos de aportación a una “bolsa común” son atípicos, ello implica que no son delictivos al no ser subsumibles en un tipo penal⁶¹⁵.

En relación al requisito del **lugar cerrado**⁶¹⁶, la Jurisprudencia exige que se trate de una *cantidad insignificante de droga*⁶¹⁷ y que se destine al *consumo inmediato*⁶¹⁸. Obviamente esta doctrina se aplicará cuando concurren los requisitos mencionados⁶¹⁹.

⁶¹³ STS (Sala 2ª), núm. 765 / 2007, de 21 de septiembre. Reproducen este texto, entre otras, la STS (Sala 2ª), núm. 1052 / 2006, de 23 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1038 / 2006, de 19 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 718 / 2006, de 30 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 378 / 2006, de 31 de marzo.

⁶¹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p.76.

⁶¹⁵ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 33.

⁶¹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 5468 / 1995, de 2 de noviembre.

⁶¹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 7524 / 1994, de 21 de noviembre.

⁶¹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 6017 / 1995, de 2 de noviembre.

⁶¹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1105 / 2003, de 24 de julio.

Cuando se habla de lugar cerrado o de consumo inmediato debe interpretarse como indicios de que la droga no va a llegar a personas distintas a las que contribuyeron a la bolsa común⁶²⁰.

No obstante, la orientación jurisprudencial más represiva, exige que el consumo en lugar cerrado persiga:

- 1º. Evitar “el nada ejemplificante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente”.
- 2º. Evitar que “terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo”⁶²¹.

El primer motivo es criticado firmemente. El consumo individual en un lugar público no puede considerarse una conducta típica de “promoción del consumo por el mal ejemplo”. Por ello, no puede considerarse la compra compartida en “promoción del consumo ilegal” por el mero hecho de que su consumo se realice en un lugar público y sea “no ejemplarizante”⁶²².

Respecto al segundo motivo dado que la cuestión consiste en probar si la posesión de la droga está destinada al tráfico o si el poseedor se hace cargo simplemente de la “bolsa común”, sólo podrá probarse que se trata de un consumo colectivo atípico si se va a realizar en un lugar cerrado⁶²³.

No obstante, la posición jurisprudencial más flexible y razonable viene a utilizar estos requisitos, en su conjunto, como indicios que acreditan que la droga estaba destinada al consumo de los que aportaron dinero a la bolsa. Y junto a otros indicios que sostengan tal hipótesis, se ha admitido la atipicidad en casos en que el consumo compartido se ha producido en lugares abiertos poco frecuentados⁶²⁴, en discotecas⁶²⁵, bares⁶²⁶, fiestas multitudinarias en carpas, etc⁶²⁷.

En relación al requisito del **consumo inmediato** cabe interpretarse que la inmediatez temporal debe darse en el intervalo que transcurre desde la entrega a los copartícipes hasta el consumo propiamente dicho.

En torno a este requisito existen varias orientaciones jurisprudenciales, si bien la más acertada es la que estima que debe considerarse un indicio más del destino de la droga,

⁶²⁰ STS (Sala 2ª), núm. 718 / 2006, de 30 de junio.

⁶²¹ Entre otras, STS (Sala 2ª), núm. 210 / 2009, de 6 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 29 / 2009, de 19 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 765 / 2007, de 21 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 1052 / 2006, de 23 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1038 / 2006, de 19 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 718 / 2006, de 30 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 370 / 2006, de 31 de marzo.

⁶²² DOPICO GÓMEZ – ALLER.: *Op. cit.*, p. 39.

⁶²³ *Ibidem*, p. 40.

⁶²⁴ SAP Alicante, 3ª, núm. 697 / 2007, de 7 de diciembre.

⁶²⁵ SAP de Girona, núm. 506 / 2004, de 10 de junio.

⁶²⁶ STS (Sala 2ª), núm. 718 / 2006, de 30 de junio.

⁶²⁷ SAP Zaragoza, 3ª, núm. 76 / 2007, de 26 de noviembre.

pero no lo exige como requisito formal. Pues, se ha admitido la atipicidad en casos en los que el consumo se ha producido días después⁶²⁸.

En definitiva, la Jurisprudencia más flexible ha venido a considerar los requisitos mencionados como meros indicios del destino de la droga, de tal modo que la falta de alguno de ellos no impedirá apreciar la atipicidad cuando concurren otros indicios que acrediten el consumo compartido.

En este sentido es reveladora la STS (Sala 2ª), núm. 718 / 2006, de 30 de junio que admitió el consumo compartido aún faltando algunos indicadores decía que no nos hallamos ante un “test de concurrencia” cuyos requisitos acreditan la atipicidad de la conducta, sino ante un conjunto de indicios que han de valorarse en cada caso:

“La doctrina de esta Sala, partiendo de la concepción de los delitos contra la salud pública como infracciones de peligro abstracto, tiene establecido que puedan existir supuestos en los que no objetivándose tal peligro se estaría en una conducta atípica, evitándose con ello una penalización *sic et simpliciter* (...) y en la que no estuviese comprometido el bien jurídico (...).

Abonarían tal tipicidad los indicadores acabados de exponer, en los que se trata de verificar si en el presente caso se está en un supuesto de los comprendidos en la doctrina de la Sala expuesta, debiendo añadirse que en todo caso, los indicadores citados deben de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, ya que no debe olvidarse que todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado y que lo revelante es que si del análisis del supuesto se objetiva o no una vocación de tráfico y por tanto un riesgo para la salud de terceros. Cada uno de los requisitos que se establecen para la declaración de concurrencia no pueden ser examinados en su estricto sentido formal a manera de test de concurrencia pues lo relevante es que ese consumo sea realizado sin ostentación, sin promoción del consumo, y entre consumidores que lo encarguen, para determinar si por la cantidad puede establecerse un razonado juicio de inferencia de estar destinada al tráfico o de consumición entre los partícipes en la adquisición. Ha de tenerse en cuenta además, que la condición de consumidores esporádicos es precisamente la figura que se comenta del consumidor esporádico de fin de semana la más típica y usual de los casos de consumo compartido”.

La Jurisprudencia también ha relacionado la inmediatez con el número de actos de consumo proyectados o relacionados. Existiendo dos líneas jurisprudenciales:

- La más estricta considera que la droga debe ser consumida en una sola sesión o encuentro⁶²⁹.
- La más flexible admite la adquisición para consumo compartido en una fiesta que dura varios días; y considera que la inmediatez debe ser considerado como un solo indicador de cuál es el destino que se pretende dar a la droga⁶³⁰.

⁶²⁸ En STS (Sala 2ª), núm. 718 / 2006, de 30 de junio; SAP de Alicante, 3ª, núm. 697 / 2007, de 5 de diciembre; e incluso semanas después (SAP de Madrid, 16ª, núm. 23 / 2007, de 6 de marzo).

⁶²⁹ STS (Sala 2ª), núm. 210 / 2009, de 6 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 29 / 2009, de 19 de enero.

⁶³⁰ STS (Sala 2ª), núm.86 / 2010, de 9 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 499 / 2002, de 14 de marzo.

Respecto a la exigencia de que la cantidad de droga compartida sea una **cantidad insignificante** constituye un “elemento indiciario de que la droga poseída no se destina al tráfico sino al consumo colectivo”⁶³¹.

Esta es la posición unánime del Tribunal Supremo. Pues, la posesión de una cantidad de droga superior a la que habitualmente se considere proporcionada al consumo propio constituye un indicio de que la droga se posee con la intención de destinarla al tráfico, pero no un elemento típico: “no existe un delito de poseer droga en cantidad superior a X, sino un delito de poseer droga para traficar con ella”⁶³².

Por otra parte, como consecuencia del aumento del consumo de sustancias tóxicas (especialmente MDMA) durante los fines de semana, en fiestas y reuniones de amigos, se ha venido a desarrollar los supuestos de consumo compartido⁶³³.

Originariamente se exigía que los consumidores agrupados fueran **adictos**, con el fin de evitar que se promoviera la adicción entre los no adictos⁶³⁴.

Sin embargo, la línea jurisprudencial dominante en la actualidad, admite también la atipicidad cuando sean “meros consumidores ocasionales o de fin de semana”⁶³⁵.

A juicio de ACALE SÁNCHEZ no se puede ignorar que nos hallamos ante un supuesto de “posesión en nombre del resto destinada al autoconsumo colectivo impune (...) y es tan impune el consumo del adicto como el del no adicto”⁶³⁶.

Ciertamente, el consumo individual es impune tanto para los consumidores adictos como para los ocasionales. Dado que el fundamento de la impunidad del consumo colectivo es el mismo que el del consumo individual⁶³⁷, los Tribunales no pueden “añadir más requisitos objetivos a la impunidad del consumo colectivo, pues ello sería ampliar el tipo penal por vía interpretativa”⁶³⁸.

Además, “limitar la atipicidad a los casos de cotizantes adictos supondría criminalizar los casos de bolsa común en los muy abundantes supuestos de drogas de consumo recreativo semanal, por ejemplo”⁶³⁹. Es por ello, por lo que el Tribunal Supremo ha incluido al consumidor de fin de semana. En este sentido, ha señalado que:

⁶³¹ STS (Sala 2ª), núm. 364 / 2008, de 12 de junio.

⁶³² DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 45. La SAP de Sevilla, 1ª, núm. 576 / 2009, de 27 de julio establece que : “no existe una cantidad de droga poseída por debajo de la cual es admisible que la posesión esté destinada al propio consumo, o al consumo compartido, y por encima de la cual hay que presumir que la posesión está destinada al tráfico”.

⁶³³ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 28.

⁶³⁴ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 47.

⁶³⁵ Entre otras, STS (Sala 2ª), núm. 765 / 2007, de 21 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm.1052 / 2006, de 23 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1038 / 2006, de 19 de octubre.

⁶³⁶ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 53.

⁶³⁷ STS (Sala 2ª), núm. 270 / 2011, de 20 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 208 / 2009, de 6 de marzo; STS (Sala 2ª), núm.281 / 2003, de 1 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 424 / 2003, de 1 de septiembre.

⁶³⁸ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 48.

⁶³⁹ QUERALT JIMÉNEZ.: *Op. cit.*, p. 999.

“Es cierto que en la expresión consumidor habitual no drogodependiente (...) se puede distinguir perfectamente del adicto, condicionado a un consumo morbosos casi diario, con dependencia física y tolerancia, con posibles estallidos de crisis de abstinencia ante periodos carenciales cortos; pero aun así, habría que partir de los estrictos términos del *factum* y desentrañar el alcance del término “consumidor habitual”. Excluidos los consumidores ocasionales o esporádicos, se va abriendo paso una tendencia jurisprudencial en la que, a efectos de consumo compartido, reputa adictos o drogodependientes a los habituales de fin de semana, que es el periodo de consumo ordinario o regular (asiduidad) de las personas que consumen drogas sintéticas o de diseño”⁶⁴⁰.

Clara exponente de esta posición es la STS (Sala 2ª), núm. 237 / 2003, de 17 de febrero al decir que “en relación a la condición de adictos, en la medida que la razón de ser de tal requisito es evitar la captación o integración en el grupo de quien no es consumidor, debe ser interpretado en el sentido de que las personas integrantes del grupo respondan a un patrón de consumo que, por lo que se refiere a los supuestos de consumo de drogas sintéticas, el modelo de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, generalmente en el marco de fiestas y celebraciones de amigos. Ello supone una matización o modulación importante de la condición de “adicto” que no debe interpretarse como drogadicto *strictu sensu*, sino como un consumidor de fin de semana (...)”.

La Jurisprudencia más reciente destaca que “la STS núm. 237 / 2003, de 17 de febrero entiende que la condición de adictos debe ser interpretada en el sentido de que las personas integrantes del grupo respondan, por lo que se refiere a los supuestos de consumo de drogas sintéticas, como el MDMA, que es un derivado sintético de la Anfetamina a un patrón de consumo de fin de semana, generalmente en el marco de fiestas o celebraciones de amigos, no habiendo de interpretarse como drogadicto *stricto sensu*”⁶⁴¹.

Por tanto, la Jurisprudencia más reciente, teniendo en cuenta las pautas de consumo de las drogas sintéticas incluye dentro de la atipicidad los supuestos en que los que aportan dinero a la bolsa común son consumidores esporádicos⁶⁴². Se afirma que “basta con que sean consumidores, aunque esporádicamente, pues otra cosa determinaría un trato desfavorable para los drogadictos”⁶⁴³.

“Debiéndose matizar, que dentro de la condición de drogodependientes, debe incluirse a aquellas personas que puedan responder al patrón de “consumidor de fin de semana”, es decir, consumidores no diarios, aunque sí puedan ser habituales de fin de semana, días festivos o acontecimientos semejantes”⁶⁴⁴. En la actualidad constituye la posición dominante en la Jurisprudencia⁶⁴⁵.

⁶⁴⁰ STS (Sala 2ª), núm. 286 / 2004, de 8 de marzo.

⁶⁴¹ STS (Sala 2ª), núm. 86 / 2010, de 9 de febrero.

⁶⁴² ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 85.

⁶⁴³ STS (Sala 2ª), núm. 62 / 2007, de 17 de enero.

⁶⁴⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1052 / 2006, de 23 de octubre.

⁶⁴⁵ En esta línea, STS (Sala 2ª), núm. 210 / 2009, de 6 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 1052 / 2006, de 23 de octubre; SAP de Zaragoza, 3ª, núm. 697 / 2007, de 5 de diciembre.

Resaltando que “ha de tenerse en cuenta además, que la condición de consumidores esporádicos es precisamente la figura que se comenta del consumidor esporádico de fin de semana la más típica y usual de los casos de consumo compartido”⁶⁴⁶.

1.4.2. Invitación gratuita

La invitación gratuita, como acto de donación, es delictiva⁶⁴⁷. No obstante, el Tribunal Supremo ha considerado, en ocasiones, como atípica las invitaciones gratuitas y entre adictos, “por solidaridad o cortesía” al considerar inexistente el peligro que caracteriza la acción en estos tipos, excluyéndose la posibilidad de difundir la droga, y desde la perspectiva de la antijuricidad, la ausencia del elemento finalista, de la culpabilidad y reproche social, que toda transmisión de droga, como acto de fomento, merece⁶⁴⁸.

Se trata de “conductas socialmente adecuadas por su evidente falta de lesividad a la salud pública”⁶⁴⁹. El sujeto activo no difunde el consumo de drogas “ni las distribuye en el sentido expuesto supra” sino que las “consume conjuntamente con otra concreta persona a la que invita en el momento de la consumición”⁶⁵⁰.

Son diversas las Sentencias en las que la Sala Segunda del TS ha considerado que la donación no se adecua al tipo penal.

Así, se confirmó la Sentencia de la Audiencia que absolvía a la acusada, adicta a la heroína, que devolvió una papelina de dicha sustancia a otro drogodependiente, que días antes se la había entregado a ella al encontrarse bajo los síntomas del síndrome de abstinencia. Se afirma que “(...) ese comportamiento, dentro del mundo de marginación con valores comparativamente subvertidos con los calificados de normales, no puede calificarse de tráfico subsumible en el art. 344 (actual 368) del CP, pues ello supondría una exacerbación de la normal penal que, con una interpretación ajustada al art. 3.1 del CP, no se reputa querida por el legislador (...)”. Al mismo tiempo, se destaca que “la expresión “tráfico” que utiliza el legislador, alcanza una amplísima dimensión, pero las indudables zonas de incertidumbre que se ofrecen a la consideración de la Sala y en virtud del principio “in dubio pro reo”, no pueden interpretarse en contra del acusado”⁶⁵¹.

En otro supuesto, se absolvió al acusado que había adquirido una pequeña cantidad de heroína, con el fin de consumirla él e invitar a dos amigos adictos que le esperaban en el interior del vehículo que consta en el *factum*, al estimar atípica tal conducta⁶⁵².

⁶⁴⁶ STS (Sala 2ª), núm. 718 / 2006, de 30 de junio. También se habla de consumidores esporádicos en el mismo sentido, en SAP de Zaragoza, 3ª, núm. 76 / 2007, de 26 de noviembre; SAP de Alicante, 3ª, núm. 697 / 2007, de 5 de diciembre; SAP de Madrid, 16ª, núm. 23 / 2007, de 6 de marzo; SAP de Sevilla, 1ª, núm. 36 / 2007, de 23 de enero.

⁶⁴⁷ Entre otras, STS (Sala 2ª), núm. 1468 / 2000, de 26 de septiembre.

⁶⁴⁸ Cfr. DEL RÍO FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, pp. 163 y ss.

⁶⁴⁹ MÁNJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 77.

⁶⁵⁰ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 61.

⁶⁵¹ STS (Sala 2ª), núm. 1885 / 1993, de 1 de marzo.

⁶⁵² STS (Sala 2ª), núm. 2551 / 1993, de 25 de marzo.

También se consideró inexistente el delito, en el supuesto en el que una persona entregó a otra una dosis de droga para consumirla en el momento, sin que el sujeto poseyera mayor cantidad de sustancia. Entre otras cosas, se afirma que “cuando la entrega de la droga no supera la de una dosis que se consume por otro en el momento, dentro de un lugar cerrado, sin que el autor tenga en su poder mayor cantidad de droga, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido por el artículo 344(368) del Código Penal”⁶⁵³.

En STS (Sala 2ª), núm. 7422 / 1995, de 3 de marzo se estimó la atipicidad de la conducta, atendiendo a la escasa cantidad de droga que se adquirió, a su naturaleza de “droga blanda” y a su consumo inmediato, por lo que se consideró que no existía un peligro para la salud de terceros.

Posteriormente, el Tribunal Supremo exigió para la atipicidad de estos supuestos los siguientes requisitos:

- 1º. Que se entregue la droga a un concreto consumidor, evitándole los efectos del síndrome de abstinencia.
- 2º. Que no se exija contraprestación.
- 3º. Que no exista la posibilidad de difundir la droga a terceros⁶⁵⁴.

Ulteriormente, se añadió un nuevo requisito: que el consumo de la droga se realice en presencia del donante - consumidor, es decir, que se trate de un acto de consumo común⁶⁵⁵. Ello otorga al acto de un significado socialmente aceptado que lo diferencia con claridad de un acto de tráfico⁶⁵⁶.

No debe exagerarse la importancia de este último requisito⁶⁵⁷, que es únicamente un indicio de que la conducta se desarrolla en el “ámbito de los consumidores y no de la oferta criminalizada”⁶⁵⁸.

En otras sentencias, el Tribunal Supremo habla de atipicidad de la invitación gratuita entre consumidores “por solidaridad o cortesía”. Pues, se afirma que “una cosa es que la donación como acto de difusión de la droga, con el ánimo de promocionar, favorecer o facilitar su consumo, constituya una acción subsumible en el tipo del art. 344 y otro que el drogadicto que posee o adquiere una pequeña cantidad de droga para su propio uso haga partícipe de ella o la comparta de un modo ocasional y en el momento de su consumo, ya por solidaridad ya por cortesía, con otros consumidores como él, pertenecientes a un reducido círculo íntimo o marginal. No hay en tal comportamiento un verdadero ánimo de promocionar o favorecer el consumo y sólo en una estricta

⁶⁵³ STS (Sala 2ª), núm. 4498 / 1994, de 27 de mayo.

⁶⁵⁴ STS (Sala 2ª), núm. 54 / 1995, de 12 de enero.

⁶⁵⁵ STS (Sala 2ª), núm. 7351 / 1995, de 28 de marzo.

⁶⁵⁶ No toda donación es un acto de distribución típica. Cfr. GARCÍA PABLOS.: *Op. cit.*, pp. 366 y 367. BOIX REIG, J / MIRA BENAVENT, J.: “La reforma penal en relación con la problemática de la droga” en *Drogas. Aspectos jurídicos y médico - legales*, Facultad de derecho, Palma de Mallorca, 1986, p. 39.

⁶⁵⁷ SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, p. 116.

⁶⁵⁸ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 63.

interpretación literal, desconectada del telos de la Ley, puede hablarse de facilitación”⁶⁵⁹.

De igual modo, se afirma que “la modalidad de la acción descrita en el tipo del art.368 y concretada en la conducta de “facilitar” sustancia tóxica o estupefaciente debe ser rigurosa y estrictamente interpretada, no pudiéndose asimilar sin más a la misma y sobre la base de una interpretación meramente literal (...) todo acto de ofrecimiento o invitación al consumo de las sustancias prohibidas sino que tal ofrecimiento debe ser evaluado en el contexto y con las circunstancias en las que tiene lugar . Y así, el simple hecho de invitar a terceros a consumir sustancia adquirida para el propio consumo y consumirla conjuntamente, de común acuerdo en el marco de un jolgorio o festejo y conociendo la persona invitada la naturaleza de la sustancia, (...) no puede integrar la materia de prohibición del delito contra la salud pública”⁶⁶⁰.

También, se dice que “de entrada debemos desechar la idea de tráfico consistente en que el poseedor material de la droga la comparte con sus amigos. El art. 368 CP no tipifica la conducta del consumidor o toxicómano que consume con sus compañeros aquello que les une momentáneamente y que puede erigirse en desdicha común”⁶⁶¹.

En conclusión, partiendo de todas las sentencias anteriores, se exige los siguientes requisitos para la atipicidad de estos supuestos⁶⁶²:

- 1º. Que se entregue una pequeña cantidad de droga.
- 2º. Que se realice de forma esporádica.
- 3º. Que se entregue a persona determinada.
- 4º. Que la persona a la que se entregue la droga sea adicto.
- 5º. Que la transmisión de la droga se realice de forma gratuita.
- 6º. Que se dé un consumo común entre el donante - consumidor y el adicto.

Por otra parte, otro supuesto que puede presentarse es la invitación gratuita cuando el donante no consume con el invitado. Debe considerarse atípicos, dado que carecen de transcendencia social, y que además suelen darse en la intimidad de una relación personal⁶⁶³.

En esta clase de conductas “no existe peligro común y general para el bien jurídico colectivo de la salud pública”⁶⁶⁴.

Como señala ACALE SÁNCHEZ este caso no muestra diferencias relevantes con los de “servidor de la posesión para un autoconsumo colectivo”⁶⁶⁵.

⁶⁵⁹ STS (Sala 2ª), núm. 14 / 1996, de 16 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 72 / 1996, de 29 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 715/ 1993, de 25 de marzo.

⁶⁶⁰ SAP de Barcelona, 2ª, núm. 166 / 2001, de 26 de febrero.

⁶⁶¹ SAP de Huelva, 1ª, núm. 98 / 2009, de 20 de abril.

⁶⁶² DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, pp. 62 y 63.

⁶⁶³ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 65.

⁶⁶⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1709 / 1993, de 2 de julio.

⁶⁶⁵ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

No obstante, la línea jurisprudencial más estricta, predominante en este punto, reitera que “la invitación gratuita al consumo sigue siendo delictiva”, salvo en casos concretos como en la donación compasiva, autoconsumo compartido, etc⁶⁶⁶.

1.4.3. Invitaciones recíprocas y consumo compartido en la pareja

Un patrón similar de atipicidad, si bien con mayor flexibilidad y gran aceptación por parte de la Jurisprudencia, se aplica a otros supuestos de droga compartida⁶⁶⁷, como son las “invitaciones recíprocas”⁶⁶⁸, el “consumo compartido en la pareja”⁶⁶⁹ y supuestos semejantes⁶⁷⁰.

De este modo, la Jurisprudencia señala que “cuando en el domicilio o ámbito de convivencia de dos personas se encuentra depositada o guardada droga en cuantía que no excede de los niveles de un normal consumo, de la cual hacen uso uno de los convivientes, por ser consumidor habitual, y, esporádicamente, su consorte, ejercen una posesión compartida de la droga, en la que es muy difícil apreciar una conducta de facilitación o menos aún de disposición por parte del introductor de la droga, y estas razones - para excluir los hechos de las tipicidades penales - suben de punto cuando se advierten que no existe en tal comportamiento peligro común y general para el bien jurídico colectivo de la salud pública, ya que se realiza por los cónyuges como un acto más de su ordinaria convivencia en el domicilio común”⁶⁷¹. Estos supuestos constituyen una categoría intermedia entre el “autoconsumo compartido” y la invitación gratuita, de la que se diferencia por existir un consumo estable y repetido entre los miembros de la pareja⁶⁷².

Si las transmisiones reiteradas se realizan fuera de un ámbito como la convivencia en pareja, el suministro estable de la droga puede ser un indicio de que el poseedor de la droga es un minorista que trafica habitualmente con droga. Sin embargo, en los supuestos de posesión y consumo en pareja, si la estabilidad se debe a la convivencia de los sujetos que comparten la droga, desaparece el indicio de tráfico⁶⁷³.

Ello implica que el elemento determinante es la convivencia de quienes comparten la droga. Por ello se habla en ocasiones de “invitación mutua”, dado que a veces uno adquiere la droga para ambos y otras es el otro convivente. Otro factor relevante es el ámbito de intimidad en el que se producen tales comportamientos, y por tanto, sin

⁶⁶⁶ Cfr. MENDOZA BUERGO, B.: “Delitos contra la salud pública” en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II, Ceura, Madrid, 1998, pp. 667 y 668.

⁶⁶⁷ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 90.

⁶⁶⁸ Díez RÍPOLLÉS, JL.: “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, 382. Recientemente, MUÑOZ SÁNCHEZ, J / SOTO NAVARRO, S.: “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001, p. 66.

⁶⁶⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1090 / 1994, de 27 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1709 / 1993, de 2 de julio; SAP de Zaragoza, 3ª, núm. 68 / 2007 de 30 de octubre y SAP de Madrid, 5ª, núm. 1508 / 2002, de 11 de junio.

⁶⁷⁰ Cfr. JOSHI JUBERT.: *Op. cit.*, pp. 215 y ss.

⁶⁷¹ STS (Sala 2ª), núm. 1709 / 1993, de 2 de julio.

⁶⁷² ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, pp. 90 y 91.

⁶⁷³ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 67.

posibilidad de dañar el bien jurídico protegido “salud pública”; reduciendo además, el margen de la investigación policial⁶⁷⁴.

1.4.4. Consumo compasivo

Se llama “consumo compasivo” a aquellos supuestos en los que se entrega una pequeña cantidad de droga a un familiar o allegado adicto, sin contraprestación económica y con fines de deshabituación o de aliviar los efectos del síndrome de abstinencia a tales sustancias⁶⁷⁵.

Hay que tener presente, que habitualmente el adicto se mueve en un mundo marginal y clandestino y, suele negarse a recibir tratamiento de personal especializado. Es por ello, por lo que los familiares o amigos con el fin de paliar los efectos del síndrome de abstinencia, de lograr su deshabituación mediante la reducción progresiva de la dosis etc., le facilitan el consumo de la droga⁶⁷⁶.

Tales conductas, en las mencionadas circunstancias, excluyen la existencia del delito, ya que no se da el *animus* de “promover, favorecer o facilitar” el consumo de la droga que caracteriza al tipo del art. 368.

La “incriminación penal en estos supuestos, se presentaría como injusta y no justificada legalmente”⁶⁷⁷.

Así, lo impone además, el principio de accesoriedad, según el cual la responsabilidad del copartícipe está sujeta a que la conducta del autor sea ilícita, de modo que cuando la droga esté destinada al consumo personal de éste, como tal conducta es impune, también debe serlo la conducta del copartícipe⁶⁷⁸.

No obstante, en tales supuestos, deberán quedar plenamente acreditados tanto el hecho de la drogodependencia como los motivos por los que se suministra la droga. Por ello, debe examinarse el “caso en concreto con todas sus connotaciones, analizar la situación subjetivo - ambiental en la que se produjo el suministro, las condiciones de vida individual, familiar y social en las cuales los sujetos se mueven, etc., y llegar a un resultado”⁶⁷⁹.

La Jurisprudencia española no ha mantenido de forma unánime la atipicidad de tal conducta. Se han distinguido dos posiciones en la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Una línea jurisprudencial minoritaria afirma la tipicidad de tales conductas. Así, se dice que:

⁶⁷⁴ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 68.

⁶⁷⁵ Díez Ripollés, JL / Muñoz Sánchez, J.: “La licitud de la autoorganización del consumo de drogas”, *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm.1, 2013, p. 129.

⁶⁷⁶ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 82.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 82.

⁶⁷⁸ DE URQUIA GÓMEZ, F.: “Donación o entrega de droga al familiar consumidor” en *Delitos contra la salud pública*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 346.

⁶⁷⁹ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 83.

“La entrega de sustancias psicotrópicas a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal”, basando tal decisión en que con la entrega de la droga “no se auxilia a quién vive momentos de alteración por drogadicción”⁶⁸⁰.

No obstante, la posición mayoritaria, sostiene la atipicidad de la conducta, de tal modo que desde 1994 todos los pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo mantienen la tesis de la impunidad. Dicha tesis, se formula del siguiente modo⁶⁸¹:

“En los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación o impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos por un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o verbos contenidos en el art. 344 - hoy 368 - del Código Penal. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuricidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho”⁶⁸².

El Tribunal Supremo conoce desde hace tiempo supuestos en los que un individuo, sin colaborar en “la oferta criminalizada de drogas” donaba una pequeña cantidad a alguien por puro altruismo, para lograr un beneficio para él o para evitarle un perjuicio⁶⁸³.

Pues, la Jurisprudencia ha considerado atípico “el suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, o para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, o para procurar su gradual deshabituación, o en supuestos similares”⁶⁸⁴.

Frente a esta formulación amplia del consumo compasivo, coexiste otra línea jurisprudencial más estricta que únicamente admite como finalidad altruista aliviar el síndrome de abstinencia, y entregando sólo la dosis terapéutica⁶⁸⁵.

Del conjunto de estas resoluciones se desprende los requisitos que deben concurrir para la atipicidad de la donación de la droga, como son⁶⁸⁶:

- 1º. Que no exista difusión de la droga a terceros.
- 2º. Que no exista contraprestación alguna.
- 3º. Que la donación sea para el consumo inmediato, sea o no en presencia de la persona que entrega la droga.

⁶⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 21051 / 1994, de 14 de octubre.

⁶⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 6617 / 1996, de 16 de septiembre.

⁶⁸² Este planteamiento aparece por primera vez en STS (Sala 2ª), núm. 4822 / 1993, de 29 de mayo.

⁶⁸³ ALVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 91. Así, en STS (Sala 2ª), núm. 1439 / 2001, de 18 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre y ATS (Sala 2ª), núm. 390 / 2005, de 3 de marzo.

⁶⁸⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1439 / 2001, de 18 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre; ATS (Sala 2ª), núm. 390 / 2005, de 3 de marzo.

⁶⁸⁵ STS (Sala 2ª), núm. 985 / 1998, de 20 de julio.

⁶⁸⁶ DÍEZ RIPOLLÉS / MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 135.

- 4°. Que tenga únicamente una finalidad altruista y humanitaria, es decir, se entrega la droga al adicto con el fin de aliviarle el síndrome de abstinencia o lograr su deshabitación. Si bien, inicialmente estos eran los únicos móviles admitidos, después se han añadido el de evitar el consumo clandestino y otros supuestos similares⁶⁸⁷. Ello es lo que ha llevado a la doctrina a denominar a estos supuestos como donaciones altruistas o compasivas⁶⁸⁸.
- 5°. Que se trate de cantidades mínimas.

El fundamento de la impunidad, como hemos visto, viene determinado porque, “aun cuando se trate de actos de tráfico, estos no producen difusión de drogas entre terceras personas indeterminadas, que es el resultado final que se trata de impedir y que se prohíbe en el art. 368”⁶⁸⁹.

En la práctica cotidiana cabe afirmar, que el “consumo compasivo” es escasamente perseguido policial y judicialmente. La adquisición y donación de la droga suele realizarse por una de las víctimas de la drogodependencia del adicto (su padre, su madre, su pareja, etc.) que la sufre a través de él. Su conducta es en gran medida la de un “servidor de la posesión”⁶⁹⁰.

Incluso como señala ÁLVAREZ GARCÍA “hoy está extendida la aceptación social de estas conductas, y la idea de que reprimir penalmente la conducta de estas personas es tan inadmisibles como puede serlo reprimir al propio adicto. En la valoración social este caso es mucho más claro que el de la invitación simple: no resulta admisible penar a quien, para ahorrarle padecimientos a un hijo, le compra droga. Por ello también la praxis policial tolera razonablemente estos supuestos con muchas menos dudas que en los casos de invitación simple”⁶⁹¹.

Sin embargo, si suelen presentarse con frecuencia ante los tribunales los casos de donación de drogas a *familiares y amigos privados de libertad*⁶⁹².

En estos casos, concurren circunstancias especiales que le alejan del ámbito de atipicidad del “consumo compasivo”. Son:

- La denuncia por parte de los funcionarios penitenciarios, lo que permite que estos casos lleguen a los tribunales.
- La antijuricidad material o lesividad objetiva que implica la entrada de la droga en el establecimiento penitenciario⁶⁹³.

⁶⁸⁷ STS (Sala 2ª), núm. 6870 / 2001, de 18 de julio; ATS (Sala 2ª), núm. 1 / 2005, de 3 de enero.

⁶⁸⁸ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, pp. 65 y ss.

⁶⁸⁹ Díez Ripollés / Muñoz Sánchez.: *Op. cit.*, p. 135.

⁶⁹⁰ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 71.

⁶⁹¹ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 92.

⁶⁹² Debe entenderse en sentido amplio, tanto las donaciones a un interno de un establecimiento penitenciario, que son las más habituales, a un detenido en un juzgado, en un hospital, al detenido en tránsito etc. SAP Valencia, 3ª, núm. 102 / 2005, de 21 de febrero; SAP Madrid, 6ª, núm. 186 / 2003, de 8 de abril; SAP Sevilla, 4ª, núm. 60 / 2002, de 15 de octubre.

⁶⁹³ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 93.

Si bien, este daño al orden interno penitenciario podría justificar la existencia de una infracción administrativa específica⁶⁹⁴, pero en ningún caso, como respuesta a un daño a la salud pública⁶⁹⁵.

Debe resaltarse que en el ámbito que nos ocupa “lo que es penalmente atípico fuera de prisión lo es también dentro de ella”⁶⁹⁶.

Deben considerarse atípicas estas donaciones en cuanto la introducción en los establecimientos penitenciarios de una pequeña cantidad de droga, no supone un peligro para la salud pública. Tales conductas, no tienen lugar en el ámbito de la “oferta criminalizada de drogas tóxicas”, sino del lado del consumidor y en su interés, pues se entrega una pequeña cantidad de droga al adicto sin difusión⁶⁹⁷.

Jurisprudencialmente, existen dos orientaciones:

- La más estricta, que sólo admite la atipicidad en el supuesto que el acusado pruebe que no existía la posibilidad de que la droga llegara a otras personas distintas de su familiar o amigo⁶⁹⁸.
- La más flexible, que admite la atipicidad de estos supuestos por la falta de lesividad⁶⁹⁹. En otros casos se ha basado en la falta de intención de difundir la droga a terceros. Así, se dice que: “Desde una perspectiva subjetiva (...) el delito del art.368 del Código Penal (...) exige, además del dolo necesario en toda infracción dolosa, un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la intención del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica”⁷⁰⁰.

El reconocimiento jurisprudencial de la atipicidad en estos supuestos, viene condicionado por la concurrencia de una serie de circunstancias, de las que permitan deducir que la no existe peligro para la salud pública, lo que sucede cuando no exista posibilidad de difundir la droga a terceras personas de forma indiscriminada⁷⁰¹. Ello se ha plasmado en la exigencia de una serie de requisitos:

1. *La entrega gratuita de droga.* Este requisito se ha venido exigiendo de forma constante por la Jurisprudencia, se persigue constatar que el adquirente actúa en interés del drogadicto⁷⁰².

⁶⁹⁴ Fundamentada por DÍEZ RÍPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 385, en la necesidad del “mero mantenimiento de la disciplina”.

⁶⁹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 93.

⁶⁹⁶ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 73.

⁶⁹⁷ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 57.

⁶⁹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 9654 / 1994, de 27 de mayo.

⁶⁹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 789 / 1999, de 14 de mayo.

⁷⁰⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre.

⁷⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS / MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, pp. 137 y 138.

⁷⁰² STS (Sala 2ª), núm. 857 / 2004, de 28 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 887 / 2003, de 13 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 1981 / 2002, de 20 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 1704 / 2002, de 21 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1212 / 2002, de 29 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 401 / 2002, de 15 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 919 / 2001, de 12 de septiembre.

2. *Entrega realizada por un familiar o amigo*. Es un claro indicio de que no constituye un acto de tráfico, sino en interés del adicto⁷⁰³. La Jurisprudencia habla de “una relación estrecha de parentesco o de convivencia entre donante y donatario, que determine que la entrega se haga por móviles altruista y humanitaria y no por lucro”⁷⁰⁴.

Este requisito, al igual que el anterior, cumple una función indiciaria de la finalidad altruista de la donación administrativa.

Si bien, en principio, la Jurisprudencia consideró como sujetos activos a los familiares⁷⁰⁵, posteriormente lo ha ampliado a los convivientes⁷⁰⁶ y después a los allegados⁷⁰⁷.

3. *Finalidad altruista*, especialmente evitar el síndrome de abstinencia. Esta finalidad, según la Jurisprudencia, puede consistir en:

- En principio, la Jurisprudencia mayoritaria menciona sólo, la evitación del síndrome de abstinencia⁷⁰⁸.
- Otra de las finalidades más mencionadas es la de la “deshabitación”⁷⁰⁹. Las posibilidades dependerán de las clases de drogas y de las distintas adicciones: provisión de dosis decrecientes para lograr la deshabitación del adicto⁷¹⁰, suministro de últimas dosis condicionado a que el adicto ingrese en prisión, etc⁷¹¹.
- La orientación jurisprudencial más flexible admite también la finalidad de “evitar problemas de salubridad”. Se trata del supuesto en que el familiar o allegado le facilita la droga con el fin de que el donatario la adquiera por sí mismo, en malas condiciones de salubridad⁷¹².
- Finalmente, alguna sentencia hace alusión a otros supuestos similares⁷¹³. El requisito fundamental en estos supuestos es que mediante la entrega de la droga se trate de evitar un mal al destinatario, que de otro modo se produciría.

⁷⁰³ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p.79.

⁷⁰⁴ ATS (Sala 2ª), núm. 8547 / 1999, de 9 de junio.

⁷⁰⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1453 / 2001, de 16 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 881 / 2000, de 19 de mayo.

⁷⁰⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1653 / 1998, de 22 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 1932 / 1997, de 14 de julio; ATS (Sala 2ª), núm. 8547 / 1999, de 9 de junio.

⁷⁰⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1490 / 2004, de 22 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 857 / 2004, de 28 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 887 / 2003, de 13 de junio, entre otras.

⁷⁰⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1490 / 2004, de 22 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 857 / 2004, de 28 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 887 / 2003, de 13 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 1981 / 2002, de 20 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 1876 / 2002, de 15 de noviembre.

⁷⁰⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1439 / 1991, de 18 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1468 / 2000, de 26 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre.

⁷¹⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1799 / 1993, de 15 de julio.

⁷¹¹ STS (Sala 2ª), núm. 1236 / 1993, de 29 de mayo.

⁷¹² DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 82. En el mismo sentido, ATS (Sala 2ª), núm. 390 / 2006, de 18 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1438 / 2001, de 18 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre.

⁷¹³ Así, las STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 1439 / 2001, de 18 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 423 / 2004, de 5 de abril.

En cuanto a la prueba del síndrome de abstinencia, la orientación jurisprudencial más acertada considera suficiente probar que el donatario sea drogodependiente activo, adicto habitual de una sustancia cuya abstinencia provoca el mencionado síndrome y los graves efectos que conlleva⁷¹⁴. No se trata únicamente de eliminar el síndrome de abstinencia que ha empezado, sino de evitarlo previamente⁷¹⁵.

4. *Que el donatario sea adicto*. Este requisito es incuestionable, ya que mediante la entrega de la droga por el donante, se trata de evitar al donatario los efectos del síndrome de abstinencia que se provoca por dejar de consumir la sustancia a la que es adicto⁷¹⁶.
5. *Cantidad mínima de droga*. La entrega de una pequeña cantidad de droga de un familiar o allegado a un adicto, debe interpretarse que se lleva a cabo con la finalidad de evitarle un mal mayor. No obstante, cuanto mayor sea la dosis mayor será la hipótesis de que parte de la droga se pretende destinar al tráfico⁷¹⁷.

Sobre este requisito existen también dos posiciones jurisprudenciales, a saber:

- La orientación más acertada, a mi parecer, es la que estima que debe partirse de la cantidad media de droga consumida por el adicto en un día. Lo fundamental es que la droga esté destinada únicamente al consumo del adicto⁷¹⁸. Aquél constituye el baremo del que hay que partir, pero ello no impide que en ocasiones la Jurisprudencia ha admitido la atipicidad cuando se entrega más de una dosis⁷¹⁹.
- Sin embargo, la orientación más estricta aprecia la atipicidad sólo cuando se entregue la “dosis terapéutica”.

La Jurisprudencia escasamente lo ha definido, no obstante, no se puede partir de un concepto médico ya que como señala ÁLVAREZ GARCÍA “no estamos hablando aquí de un tratamiento terapéutico o paliativo suministrado por un facultativo, sino del consumo abusivo de drogas tóxicas por parte de personas adictas, y de su suministro por parte de personas que carecen de conocimientos médicos, pero que se ven empujadas a adquirir sufrimientos”⁷²⁰.

De todos modos, si lo que se trata es de determinar que la entrega de la droga se lleva a cabo para evitar un mal al adicto, debe partirse de la cantidad de consumo medio diario. Si bien estas dosis serán meramente orientativas. Ello no implica que la entrega de droga que exceda de una dosis de consumo diario excluya la atipicidad. En este sentido es significativa la sentencia que admitió como donación altruista la entrega de una considerable cantidad de droga argumentando que “la suma de 60 o 100 comprimidos (*scil.* de Trankimazín) (...) supondría un acopio para unos 6 o 10 días, y

⁷¹⁴ STS (Sala 2ª), núm. 423 / 2004, de 5 de abril.

⁷¹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 100.

⁷¹⁶ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 55.

⁷¹⁷ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 85.

⁷¹⁸ Cfr. MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 78.

⁷¹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1876 / 2002, de 15 de noviembre.

⁷²⁰ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 103.

dado el lugar donde se hallaba Sebastián, Centro Penitenciario, donde si bien - es conocido - hay droga, no la hay en abundancia, ni de buena calidad ni más barata que en el exterior”⁷²¹.

Esta opción también se mantiene, entre otras, por la STS (Sala 2ª), núm. 423 / 2004, de 5 de abril que dice “y si - como se sabe - el consumo medio diario estimado de heroína puede llegar a los 600 miligramos de sustancia pura; y en el caso del hachís ese límite se sitúa en torno a 5 gramos, lo que aquí se toma en consideración daría para dos días, en un caso, y para tres en el otro. Por lo que en contra de lo que concluye el Tribunal en este aspecto, sí serían cantidades perfectamente compatibles con la finalidad de mitigar un posible síndrome de abstinencia o, en cualquier caso, un malestar sin duda relevante en el destinatario de las mismas”.

6. *El donatario sea una persona concreta y determinada.* Con ello se trata de evitar el peligro de la difusión a terceros. Es un indicio de la atipicidad de la conducta en cuanto que el donante actúa en interés del donatario⁷²². También en este punto existen dos posiciones jurisprudenciales:

- Por una parte, la que considera que debe probarse con certeza, la ausencia de riesgo de difusión de la droga a tercero⁷²³. En otras ocasiones, se exige que el consumo de la droga sea inmediato y se lleve a cabo en presencia del donante⁷²⁴.
- Por otro lado, la posición más flexible no exige que el consumo se realice en presencia o no del donante⁷²⁵, es un dato que considera que carece de relevancia⁷²⁶. Esta posición es la más acertada, ya que exigir que la droga sea consumida de inmediato en presencia del donante, excluirá la atipicidad en todos los casos de donación altruista penitenciaria. Normalmente la droga es consumida por el preso, con posterioridad a su entrega.

Tal como apuntamos, las circunstancias anteriormente señaladas, deben considerarse no como requisitos objetivos, sino como indicios de la no difusión a terceros. De ahí, que la prueba de que la entrega de la droga se ha realizado únicamente en interés del donatario, se puede acreditar por otras vías. En este sentido, se afirma que “el consumo de la totalidad de lo aprehendido no podría haber tenido lugar a presencia de la donante”⁷²⁷.

Pero a tenor de lo que acaba de exponerse, esta circunstancia carece de particular significación. Pues como explica con claridad la Jurisprudencia:

⁷²¹ SAP de Madrid, 17ª, núm. 404 / 2005, de 19 de abril.

⁷²² ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 106.

⁷²³ STS (Sala 2ª), núm. 857 / 2004, de 28 de junio; También en ATS (Sala 2ª), núm. 3142 / 2000, de 20 de diciembre; ATS (Sala 2ª), núm. 858 / 2001, de 3 de mayo.

⁷²⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1375 / 1999, de 27 de septiembre.

⁷²⁵ STS (Sala 2ª), núm. 789 / 1999, de 14 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 132 / 1999, de 3 de febrero.

⁷²⁶ STS (Sala 2ª), núm. 423 / 2004, de 5 de abril.

⁷²⁷ STS (Sala 2ª), núm. 423 / 2004, de 5 de abril.

“Lo que realmente importa es el grado de relevancia de la conducta en la perspectiva de la lesión del bien jurídico. Y no cabe duda que el de la salud pública difícilmente podría considerarse afectado por el simple auto administración de aquéllas dosis por un politoxicómano. Por lo demás, es patente que en este caso tampoco habría concurrido en la acusada la intención de favorecer la difusión del consumo ilícito de las referidas sustancias, dado el destino previsto para las mismas”⁷²⁸.

Por tanto, el riesgo de difusión a terceros es una mera prueba indiciaria de la intención del donante al entregar la droga y del destino de la misma.

No puede admitirse la línea jurisprudencial más punitiva que considera típica la donación altruista mientras haya existido un riesgo de difusión de la droga a terceros. Es inadmisibles considerar típica la conducta en la que no haya existido dolo de traficar⁷²⁹. Es más correcto, seguir la línea jurisprudencial que habla de indicios para “determinar la plausibilidad de la hipótesis de cargo y la irracionalidad de la descargo - o viceversa”⁷³⁰.

Así, se afirma que “nos encontramos ante la entrega de una cantidad mínima de heroína, concretamente 0,044 gramos puros de dicha sustancia, que el acusado realiza a su esposa cuando esta se encuentra detenida en dependencias policiales, habiendo manifestado que lo hizo para aliviar la drogodependencia que padecía, manifestación que no ha sido desvirtuada en las diligencias ya que ni siquiera se recibió declaración a la esposa del acusado en el acto del plenario ni se le sometió a reconocimiento médico. Así las cosas, *no puede descartarse* que estemos ante uno de los supuestos excepcionales de entrega altruista y compasiva de sustancias estupefacientes sin contraprestación económica, por lo que procede estimar el recurso y dictar una sentencia absolutoria”⁷³¹.

Por otra parte, ni siquiera la Jurisprudencia más punitiva ha venido a aplicar la circunstancia agravante del art. 369,1 del CP, es decir, la introducción de la droga en establecimiento penitenciario. Se basaba en la ausencia de riesgo de la difusión de la droga dentro del establecimiento penitenciario⁷³².

Cuestión especialmente debatida⁷³³, ha sido la posibilidad de aplicar la circunstancia atenuante de parentesco del art. 23 del CP (que se refiere al parentesco entre el sujeto activo y el “agraviado”). En estos delitos, el donatario no adquiere la condición de agraviado, por lo que en puridad la aplicación de la circunstancia atenuante sería forzosa y debería producirse por la vía de la interpretación extensiva del término agraviado⁷³⁴.

⁷²⁸ STS (Sala 2ª), núm. 6644 / 2000, de 22 de septiembre.

⁷²⁹ DOPICO GÓMEZ - ALLER.: *Op. cit.*, p. 96.

⁷³⁰ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 109.

⁷³¹ STS (Sala 2ª), núm. 857 / 2004, de 28 de junio.

⁷³² STS (Sala 2ª), núm. 784 / 2007, de 2 de octubre.

⁷³³ Sobre esta cuestión Vid. DOVAL PAÍS, A.: “Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas”, *Revista Penal*, núm. 6, 2000, pp. 31 y ss.

⁷³⁴ STS (Sala 2ª), núm. 53 / 2009, de 26 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 1627 / 1992, de 6 de julio.

A pesar de ello, la Jurisprudencia frecuentemente ha aplicado dicha atenuante directamente, señalando que “lo que es indudable es que en el supuesto de autos el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de afectividad análoga a la de matrimonio entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria – aunque mal entendida – de satisfacer el deseo de consumo de droga de su allegado, y por haberse arriesgado por ello la donante a ser detenida y sometida al proceso”⁷³⁵.

En otras ocasiones, para suplir el problema del tenor literal del art. 23, otras resoluciones la han aplicado como circunstancia atenuante “de análoga significación” del art. 21.6 del CP⁷³⁶, tanto en estos casos como en los de aplicación directa, se aplica como circunstancia atenuante muy cualificada. No obstante, la redacción literal del art. 21.6 se refiere a una “circunstancia de análoga significación que las anteriores”; y entre las anteriores no se encuentra el parentesco, que se contiene en el art. 23 CP⁷³⁷.

Además, se puede apreciar un estado de necesidad (completo o incompleto)⁷³⁸, o una eximente incompleta de trastorno mental transitorio⁷³⁹.

1.5. Venta de una cantidad mínima de droga. La dosis mínima psicoactiva

Esta es una de las cuestiones más debatidas jurisprudencialmente en relación al tráfico de drogas. Hasta el 2003 aproximadamente, se consideró atípica la venta de una cantidad insignificante de droga, atendiendo a su cantidad o pureza, en cuanto no implicaba peligro para la salud pública⁷⁴⁰.

En tal sentido, cabe mencionar como ejemplo, los siguientes supuestos:

- Venta de 0,04 y 0,05 grs. de heroína⁷⁴¹.
- Venta de 0, 06 grs. de heroína⁷⁴².
- Venta de 0,02 grs.de heroína⁷⁴³.
- Venta de 0,02 grs. de cocaína⁷⁴⁴.
- Venta de 0,025 grs. de heroína y cocaína mezcladas⁷⁴⁵.

⁷³⁵ STS (Sala 2ª), núm. 401 / 2002, de 15 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 1704 / 2002, de 21 de octubre.

⁷³⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1032 / 1997, de 14 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 837 / 1997, de 11 de junio.

⁷³⁷ Cfr. OTERO GÓNZALEZ, P.: *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 94 a 98.

⁷³⁸ Como en STS (Sala 2ª), núm. 1432 / 1997 y STS (Sala 2ª), núm. 1121 / 1997, de 18 de septiembre, que la aplicaron como muy cualificada.

⁷³⁹ STS (Sala 2ª), núm. 527 / 1998, de 15 de abril.

⁷⁴⁰ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*,

⁷⁴¹ STS (Sala 2ª), núm. 1580 / 1994, de 12 de septiembre

⁷⁴² STS (Sala 2ª), núm. 772 / 1996, de 28 de octubre

⁷⁴³ STS (Sala 2ª), núm. 33 / 1997, de 22 de enero.

⁷⁴⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1889 / 2000, de 11 de diciembre.

⁷⁴⁵ STS Sala 2ª, núm.557 / 2002, de 15 de marzo.

- Venta de 0,036 gramos de heroína⁷⁴⁶.
- Venta de 0,020 grs. de cocaína⁷⁴⁷.
- Venta de 214 pastillas con “trazos” de MDMA⁷⁴⁸.
- Venta de 0,06 grs, de heroína⁷⁴⁹.
- Venta de 0,08 grs. de heroína⁷⁵⁰.
- Venta de 0,08 grs. de heroína⁷⁵¹.

Un cambio radical de doctrina, se produce a partir de la importante STS (Sala 2ª), núm. 901 / 2003, de 21 de junio (0,227 grs.de heroína, con una pureza del 8,4%) que expone que:

“Desde el punto de vista de la antijuricidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. Entendido el bien jurídico como la finalidad perseguida por la norma, en el caso del art. 368 del Código Penal, la difusión de drogas tóxicas, no ofrece la menor duda que en el presente caso esa finalidad ha sido lesionada. La antijuricidad material no se vería afectada, dado que, en todo caso, no requiere que la lesión sea importante. Pero, además, en la formulación clásica de los iniciadores de esta teoría, el conflicto entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material debía ser resuelto a favor de la primera, toda vez que el intérprete de la norma (se sostenía) carece de legitimación para corregir al legislador (...). Todo ello demuestra que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni si quiera de *lege ferenda*, un “principio de insignificancia”, que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u operar como causa supralegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención. En nuestra legislación no hay puntos de apoyo para deducir de ellos que el Legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad”⁷⁵².

Este planteamiento dio lugar a la *teoría de la dosis mínima psicoactiva (dmp)*.

Si bien, previamente al Informe del Instituto Nacional de Toxicología (INT) del 2003, base de dicha teoría, al que más tarde aludiremos, existen sentencias condenatorias que fundamentan su argumentación partiendo del concepto de *dmp* de la

⁷⁴⁶ STS (Sala 2ª), núm.216 / 2002, de 11 de mayo.

⁷⁴⁷ STS (Sala 2ª), núm.1572 / 2002, de 30 de septiembre.

⁷⁴⁸ STS (Sala 2ª), núm.1829 / 2002, de 31 de octubre.

⁷⁴⁹ STS (Sala 2ª), núm. 358 / 2003, de 16 de junio.

⁷⁵⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1281 / 2003, de 5 de noviembre.

⁷⁵¹ STS (Sala 2ª), núm. 1640 / 2003, de 28 de noviembre.

⁷⁵² Claros exponentes de este cambio de doctrina son también la STS (Sala 2ª), núm. 960 / 2003, de 26 de junio (0,068 grs. de cocaína); STS (Sala 2ª), núm. 977/ 2003, de 4 de julio (0, 35 grs. de cocaína); STS (Sala 2ª), núm. 1008 / 2003, de 11 de julio (0,0021 grs.de heroína).

droga. Afirman que la venta de una pequeña cantidad de droga cuando exceda de la *dmp*, será típica y antijurídica en cuanto que produce efectos nocivos a la salud. Se entiende por *dmp* la cantidad de sustancia que provoca en el consumidor algún efecto físico o psíquico, aunque sea diferente al que se persigue con el consumo de dichas sustancias⁷⁵³.

Es por ello, por lo que el concepto de *dmp* constituye el criterio delimitador de lo típico y atípico. Con ello se pretende poner fin a la discrepancia de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que como hemos visto, existía una orientación que defendía la atipicidad en los casos de venta de una pequeña cantidad (superior a la *dmp*) en base al principio de insignificancia y falta de antijuricidad material, y la que estima que al ser el delito de tráfico de drogas un delito grave, debe partirse de la tipicidad incluso en la venta de pequeñas cantidades, ya que el principio de insignificancia no puede ser aplicado⁷⁵⁴.

En cuanto a los supuestos en los que la Jurisprudencia parte del concepto de *dmp* son:

- En la venta de 0,207 grs. de heroína, con una pureza del 16%, lo que reducido en su pureza implica 0,03312 grs. Se señala que “no debe olvidarse que la *dmp* de heroína corresponde a una cantidad situada entre la mitad y un tercio de la dosis parental de morfina, que administrada por vía intravenosa es de dos miligramos. Ello supone que una cantidad de 0,00066 gramos de heroína por vía intravenosa no es una dosis absolutamente inocua para cualquier persona que no haya desarrollado tolerancia, lo que supone que su tenencia en disposición de tráfico es creadora de un riesgo prohibido por la norma penal (...) la venta ilícita (...) ha de reputarse una conducta típica con independencia de la cantidad de sustancia transmitida (...)”⁷⁵⁵.
- En la venta de 0,313 grs. de heroína, con una pureza del 10,3%, lo que reducido en su pureza implica 0,031 grs. El Tribunal Supremo señaló que: “la *dmp* constituye en todo caso la línea divisora entre la inocuidad y la nocividad de la administración de la sustancia”⁷⁵⁶.
- En la venta de 0,203 grs. de heroína con una pureza del 14,78%, lo que supone 0,0298 grs. de heroína pura. El Tribunal Supremo condenó al acusado⁷⁵⁷, en virtud de los siguientes argumentos:
 - El principio de insignificancia no se aplicará en los delitos graves. Sólo será operativo cuando se determine científicamente la *dmp* de cada sustancia. Para la heroína esta cantidad oscila entre 0,75 miligramos y 1,25 miligramos, lo que constituye “la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad”.
 - El art. 368 del CP sólo exige que la sustancia sea susceptible de crear “riesgo abstracto de agresión a la salud colectiva”.

⁷⁵³ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 123.

⁷⁵⁴ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 60.

⁷⁵⁵ STS (Sala 2ª), núm.1935 / 2002, de 13 de octubre.

⁷⁵⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1515 / 2003, de 17 de noviembre.

⁷⁵⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1743 / 2003, de 22 de diciembre.

- (...)” el mero hecho de que las dosis consumidas por una persona sean de una cuantía mínima, no por ello dejan de producir el efecto acumulativo en el organismo determinante de unos mecanismos de tolerancia y dependencia que, por el transcurso del tiempo llegan a generar una toxicomanía más intensa, e incluso, un daño patente en los diversos órganos del cuerpo (...).”
- Un pronunciamiento absolutorio requiere una transmisión gratuita, que el receptor sea adicto y que “(...) se garantice la exclusión de todo riesgo de difusión que pudiera propiciar que la droga llegue a ser consumida por personas que, por sus especiales circunstancias de edad, enfermedad psíquica o somática, etc., pudieran resultar gravemente dañados en su salud (...).”
- También se refiere a la *dmp*, aunque sin cifrarla en ninguna cantidad la STS (Sala 2ª), núm. 1624 / 2003, de 27 de noviembre, que confirma la condena por un acto de venta de una papelina de heroína de 0,181 g, con una pureza del 14,8 por ciento, es decir 0,026788 g o 26,788 mg de principio activo, por suponer esta conducta “(...) la venta de una dosis psicoactiva de esa sustancia”.

Con el fin de evitar estas diversas interpretaciones, la Sala 2ª del Tribunal Supremo el 24 de enero del 2003, decide la celebración de Pleno No Jurisdiccional para unificar la doctrina en esta materia, para lo cual debía tenerse en cuenta los datos solicitados al INT, pero cuando el Informe del INT núm. 12691 / 03, de 22 de diciembre del 2003 llega al Tribunal Supremo el 13 de enero del 2004, se decide prescindir del Pleno.

En dicho informe se establece la *dmp* de distintas drogas, en base al cual el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo elaboró un “Cuadro resumen del Informe del INT de 2003” en el que se establece la *dmp* de seis sustancias:

- Heroína.....0,66 miligramos.
- Cocaína.....50 miligramos.
- Hachís.....10 miligramos de THC.
- LSD.....20 miligramos.
- MDMA.....20 miligramos.
- Morfina... 2 miligramos⁷⁵⁸.

Según MANJÓN CABEZA esto implica que “no existe un Acuerdo de Unificación de Doctrina y que el Cuadro Resumen puede ser tenido en cuenta o no, por lo que la situación no está en absoluto resuelta”⁷⁵⁹.

A este “Cuadro resumen” alude la STS (Sala 2ª), núm. 1663 / 2003, de 5 de diciembre en la que se condena por la venta de 0,190 grs. de heroína, con una pureza del 11%, lo que implica 21 miligramos de sustancia base. Los argumentos esgrimidos fueron los siguientes:

⁷⁵⁸ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 125.

⁷⁵⁹ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 63.

- “(...) tratándose de un delito de peligro abstracto, nunca puede descartarse que el riesgo de afectar a la salud de las personas, alcance a niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc., y otras personas débiles o de menor resistencia a la toxicidad (...)”.
- “(...) la posibilidad de un fraude de ley de los vendedores minoritarios, que realizan unas divisiones de la dosis, para conseguir con dos o tres, lo que con una no se consigue”.
- “(...) aunque las dosis ingeridas afecten mínima o imperceptiblemente a la salud, el propósito de los vendedores podría estar dirigido a iniciar a neófitos en el consumo, consiguiendo, a medio plazo, un cierto grado de dependencia y consiguiente tolerancia”.
- Todo lo anterior pone en duda “(...) la inicial o aparente inocuidad de las drogas en dosis de escaso porcentaje de principio activo, por lo que es necesario disponer de una referencia genérica al objeto de unificar las decisiones de los Tribunales”.
- “(...) con el valor de simple referencia, susceptible de cuantas matizaciones pueda aconsejar el caso concreto, son ilustrativas las cuantías mínimas o dosis mínimas psicoactivas, facilitadas por el Instituto Nacional de Toxicología. Por referirnos a los de uso más repetidos, en el informe se establecen las siguientes dosis mínimas:
 - Heroína.....0,66 miligramos.
 - Cocaína.....50 miligramos.
 - Hachís.....10 miligramos.
 - MDMA.....20 miligramos”.

No obstante, el cuadro recogido en esta sentencia no es una reproducción fiel del Informe del INT del 2003, si no que es elaborado por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo con el título “Cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas” que es el que fue entregado a todos los magistrados⁷⁶⁰.

Este Cuadro se refiere a seis sustancias: las cuatro recogidas en la sentencia (Heroína, Cocaína, Hachís, MDMA) y otras dos sustancias (LSD y morfina) no reflejadas en la sentencia⁷⁶¹.

Con este planteamiento, surge *la teoría de la dmp*, tratada por primera vez en STS (Sala 2ª), núm.1023 / 2004, de 19 de enero que señala: “Esta cuestión fue objeto del Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, de fecha 24 de enero del 2003, en el que se acordó por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos científicamente considerados como exentos de cualquier afectación a la salud de las personas. Mediante comunicación del pasado día 13 de febrero de 2004, se han ofrecido estos por el Servicio de Información Toxicológica de tal Instituto, tanto sobre dosis de abuso habitual, consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva,

⁷⁶⁰ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 65.

⁷⁶¹ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 128.

considerándose que, por el momento, no es necesario llevar este tema a una próxima Sala General. Pues bien, para el caso de la heroína, que es el que nos corresponde ahora enjuiciar, tales datos ofrecen que la dosis mínima psicoactiva ha de situarse en 0,66 miligramos de principio activo puro, o lo que es lo mismo, 0,00066 gramos. Estas dosis mínimas psicoactivas son las que afectan a las funciones físicas y psíquicas de una persona”.

En cuanto al *concepto de mínimo psicoactivo* se dice que “los mínimos psico-activos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología. Que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, a contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción, que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión. Se trata, pues, de drogas que ocasionan daño en la salud pública, entendida ésta como la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado, y cuya pena se diseña por el legislador penal, según que tal afectación (daño) sea grave o no. Estos mínimos suponen que la cantidad transmitida es algún tipo de sustancia estupefaciente, tóxica o psicotrópica incluida en los convenios internacionales en la materia, mediante los listados al efecto. Colman, pues, el tipo objetivo del delito, e inciden tanto en la antijuricidad formal, como en la material (...)”⁷⁶².

Ahora bien, las resoluciones del Tribunal Supremo en las que aplica la teoría de la *dmp* han creado dudas en los distintos sectores, y se ha cuestionado la utilización de los datos del INT por el Tribunal Supremo⁷⁶³.

Con el fin de responder a todo ello, la Jurisprudencia señala la conveniencia de “efectuar algunas precisiones adicionales”⁷⁶⁴. En esta sentencia se viene a decir que el principio de insignificancia será aplicable en el tráfico de drogas, pero siempre que se trate de cantidades inferiores a la *dmp*.

En cuanto a las precisiones adicionales que efectúa esta sentencia son:

- 1) La distinción que debe hacerse entre los datos de tráfico y los de entrega compasiva.
- 2) En los supuestos de entrega compasiva,“(…) el principio de insignificancia se aplicará cuando la conducta no implique riesgo para el bien jurídico por la inadecuación de la acción. En estos casos, a la nimiedad de la conducta se suma la concreción del destinatario, su adicción, la ausencia de precio y la finalidad compasiva “. En estos casos, la insignificancia no opera por debajo del mínimo psicoactivo, sino por encima, pues de lo contrario la cantidad suministrada sería sólo un placebo.
- 3) En los casos de tráfico ni se controla el destinatario, ni hay afán compasivo, ni se prescinde del precio, y “(…) no puede efectuarse una interpretación material

⁷⁶² STS (Sala 2ª), núm. 1982 / 2004, de 28 de enero.

⁷⁶³ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 73.

⁷⁶⁴ STS (Sala 2ª), núm. 298 / 2004, de 13 de marzo.

del tipo que los excluya, aun cuando las cantidades difundidas sean en cada caso concreto reducidas o limitadas (...)”. Aquí el principio de insignificancia se limita a los casos extremos en los que lo entregado no es droga, al ser un producto inocuo, que no es psicoactivo.

- 4) En relación a la heroína, del Informe del INT del 2003 se desprende que la *dmp* de la heroína es de entre 0,66 y 1 miligramos “dada la absoluta nimiedad de esta cifra y el principio “pro reo” estimamos procedente acoger como parámetro un miligramo, aunque algunas sentencias de esta Sala han acudido a la cifra inferior de la horquilla, 0,66 miligramos”.
- 5) En la determinación de la *dmp* el Tribunal debe ceñirse a los parámetros técnicos ofrecidos por el organismo oficial especializado, pero “(...) ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios...Cual es dicho mínimo constituye una cuestión pericial (...)”.
- 6) “(...) esta doctrina jurisprudencial no perjudica la situación penal de los drogodependientes (...)” ya que no impide la impunidad del consumo compartido y de la posesión con este fin; tampoco impide la aplicación de la eximente del art. 20, 2º y de la atenuante del 21,2º del CP. Además, tras la reforma de LO 15 / 2003, de 25 de noviembre, se eleva el límite del art. 87 del CP de tres a cinco años, para la suspensión de la ejecución de la pena, cuando se ha delinquido como consecuencia de la drogodependencia (...)” la pena impuesta se transforma en estos supuestos de drogodependientes en un relevante incentivo para la rehabilitación, que es la finalidad que debe perseguirse esencialmente”.

Esta Sentencia merece ser comentada, pues intenta “conciliar la vigencia y posibilidad del principio de insignificancia en materia de tráfico de drogas con la punición de todos los actos de tráfico que se refiera a cantidades por encima de las tenidas como mínimo psicoactivo”, pero en realidad el resultado obtenido no difiere del alcanzado por las sentencias condenatorias dictadas tras la recepción del Informe del INT de 22 de diciembre del 2003⁷⁶⁵.

Ciertamente se reconoce “la corrección del recurso al principio de insignificancia” con lo que se opone a algunas resoluciones dictadas con anterioridad, pero establece su ámbito de aplicación “por debajo de los mínimos psicoactivos”, establece de forma específica que tal principio se aplicará cuando “lo transmitido no es droga”⁷⁶⁶. MANJÓN CABEZA se muestra contrario a tal posición, ya que considera que cuando lo transmitido no sea droga, sea cual sea su peso, no contiene una cantidad psicoactiva, no hay droga, falta el objeto material del delito⁷⁶⁷.

Las Sentencias mencionadas plantean diversas cuestiones, si bien, al final, se pueden reconducir a la determinación del bien jurídico protegido y del ámbito de lo prohibido.

La aplicación del principio de insignificancia a la venta de pequeñas cantidades de droga, se fundamenta en la falta de lesividad para el bien jurídico protegido “salud

⁷⁶⁵ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 135.

⁷⁶⁶ La misma idea aparece en STS (Sala 2ª), núm. 1743 / 2003, de 22 de diciembre.

⁷⁶⁷ MANJÓN CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 76.

pública”, al carecer de capacidad de difusión de la droga. Pero hemos visto Sentencias en las que se condena la venta de una pequeña cantidad de droga, aunque no exista riesgo de difusión, cuando se supere la *dmp*, o bastando que éste presente el principio activo aunque no alcance el mínimo psicoactivo⁷⁶⁸.

Estas dos tesis contradictorias “nos sitúa ante dos concepciones distintas del bien jurídico y ante dos posiciones diferentes de Política Criminal”⁷⁶⁹.

Para unos, esto implica una “saludable adecuación de la aplicación de la Ley a las demás de los principios básicos del Derecho Penal”⁷⁷⁰.

Para otros es “(...) una postura revisionista, que se encuentra en el *quantum* de la droga, su tema de referencia, ya para rebajar las penas o, incluso, para despenalizar los casos de cantidades mínimas, exiguas o insignificantes”; lo que ha llevado a considerar que en las resoluciones absolutorias se evidencia “(...) falta de solidez de algunos fundamentos que tratan de hacer la “justicia del caso concreto” a ultranza; la peligrosa dinámica de reducir peligrosamente la cantidad considerada “insignificante” lo que conduce a un casuismo deslizante “a la baja” ilimitado; y como consecuencia de todo lo anterior, la falta de unos límites claros máximos que precisen las cantidades que, alcanzadas o superadas impiden la exención penal”⁷⁷¹.

Por acuerdo del Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 3 de febrero del 2005 se adoptó el acuerdo de “continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa”.

Como indica ÁLVAREZ GARCÍA “llama la atención que a sólo 12 meses de empezar a rodar la tesis de la *dmp*, el Tribunal Supremo se ve en la necesidad de reconfirmarla, pero condicionando su validez a un cambio que parece anunciarse como un nuevo criterio o una reforma legal, lo que podría presuponer una cierta contestación interna y / o la convicción de que la situación no podía mantenerse; se temía, quizás, otra “desobediencia” de los Tribunales de instancia como la que protagonizaron por la cantidad notoria de cocaína o una aplicación reticente dentro del mismo Tribunal Supremo”⁷⁷².

Posteriormente, se adopta el Acuerdo del Pleno de 25 de mayo del 2005 en el que se dice que “la Sala debe proponer el texto al Gobierno, y en dicha propuesta debe incluirse una penalidad máxima que determine que estos casos sean susceptibles de casación ante el Tribunal Supremo”.

⁷⁶⁸ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, pp. 138 y 139.

⁷⁶⁹ MANJÓN CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, p. 80.

⁷⁷⁰ Señala MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 16ª...*, *Op. cit.*, p. 650, que “la bibliografía sobre el tema (tráfico de drogas), incluso limitándose a la puramente jurídico - penal es inabarcable...”.

⁷⁷¹ URBANO CASTRILLO, E.: “¿Irrelevancia penal del tráfico de drogas, en cantidad “insignificante”, *La Ley*, núm. 5403, 2001, pp. 1 a 3. En el mismo sentido, SEQUEROS SAZATORNIL, F.: “Nada nuevo bajo el sol” en *ABC*, de 26 de abril de 2004.

⁷⁷² ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 145.

La cuestión se resuelve por Acuerdo de 25 de octubre del 2005 al decir que: “se aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta sala Don José Antonio Martín Pallín, al amparo del artículo 4.3 del CP sobre la conveniencia de modificar la redacción actual del artículo 368 del mismo Texto Legal añadiendo que cuando se trate de *cantidades módicas* las penas deberían ser de *6 meses a dos años*, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de *dos a cinco años*, cuando se trate de sustancias que causen grave daño. Igualmente se aprueba como propuesta alternativa a la anterior, la formulada por el también Magistrado de esta Sala Don Andrés Martínez Arrieta, de añadir un segundo párrafo al artículo 368 con el siguiente contenido “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”⁷⁷³.

La pena inferior en grado a la fijada en el artículo 368 del CP es de 6 meses a 1 año menos 1 día, cuando se trate de sustancias que no causan un grave daño a la salud, y de 1 año y 6 meses a 3 años menos 1 día, en el caso de sustancias que causan un grave daño a la salud.

Siguiendo estas orientaciones, la LO 5 / 2010, de 22 de junio, de modificación del CP, ha añadido un segundo párrafo al 368 del CP, con la siguiente redacción: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán excepcionalmente 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 concurriese algunas de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369, 369 bis y 370 y siguientes del Código Penal”.

Por tanto, como se puede apreciar se recoge la propuesta del Tribunal Supremo de incorporar un tipo atenuado al art. 368, si bien con dos precisiones:

- Se incorpora el término “excepcionalmente”. Es decir, se incorpora la posibilidad de atenuar la pena atendiendo a la *escasa entidad del hecho*, lo que se refiere la cantidad de droga intervenida, y a las *circunstancias personales del culpable*, es decir, su grado de dependencia a tales sustancias.
- Se establece la salvedad, de aplicar el tipo atenuado cuando concurre alguna circunstancia agravante del art. 369, 369 bis y 370 del CP⁷⁷⁴.

A pesar de utilizarse de forma mayoritaria la teoría de la *dmp*, existen también, diversas posiciones jurisprudenciales en relación a la pureza de la droga. Por un lado, la orientación que estima que para apreciar la tipicidad es requisito imprescindible que se concrete la pureza de la droga, es decir, la cantidad de principio activo de la sustancia transmitida⁷⁷⁵.

⁷⁷³ En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 199 / 2004, de 18 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 1370 / 1999, de 30 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 1831 / 1999, de 22 de diciembre.

⁷⁷⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ / GONZÁLEZ CUSSAC, JL (directores) *et al.*: *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley del 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 366.

⁷⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 151.

Esta posición es la seguida por el Tribunal Supremo en los últimos años, sobre todo cuando se trate de venta de pequeñas cantidades⁷⁷⁶. Así, la Jurisprudencia⁷⁷⁷ absolvió al que vendió dos pastillas de metadona, de las que no constaba su pureza. Se argumentó que “no puede concretarse si las pastillas contenían dosis suficiente para determinar un grave riesgo para la salud pública”. Tampoco se podía considerar como sustancia que causa menor daño a la salud, porque “(...) al no conocerse la cantidad de principio activo, nos debemos pronunciar por estimar que no está demostrado que se afectase a la salud pública general y a la propia del potencial consumidor”⁷⁷⁸.

Por otro lado, la posición que prescinde de la necesidad de acreditar la pureza de la droga. Así, se estimó que 1,81 grs. de cocaína es suficiente para poner en peligro la salud, sin necesidad de determinar su pureza⁷⁷⁹.

Se condenó⁷⁸⁰ por tráfico de droga que causa grave daño a la salud, por la entrega de 21,45 grs. de sustancia compuesta por cocaína y adulterante, al considerarse que aunque no constase el grado de pureza, es evidente que supera cuatro veces la dmp de cocaína, añadiéndose que “constituye criterio de experiencia el hecho de que la droga que circula por el denominado “mercado negro” es prácticamente imposible que no posea más del 1% de pureza, como lo atestigua la sociología criminal y la estadística (...) acogiendo tal criterio de experiencia y aunque reputáramos que la droga aprehendida posee ese grado de pureza, todavía rebasaría en más de cuatro veces el mínimo psicoactivo de la cocaína, señalado, con carácter orientativo por esta Sala, en 0,05 grs.”.

Por su parte, la STS (Sala 2ª), núm. 181 / 2007, de 7 de marzo alude a una “papelina de heroína - cocaína que (...) tenía un peso de 0,14 grs. no pudiendo determinarse la cantidad de principio activo de las sustancias porque la misma fue consumida en el análisis efectuado por la dependencia de sanidad, pero que supera en casi tres veces aquella dosis mínima en relación a la cocaína y de forma ostensible la relativa a la heroína”, lo cual dio lugar a la condena.

Igualmente, se dice que “del mismo modo que el dato de que la droga no hubiera sido incautada no es óbice para llegar a la determinación de su existencia por otros medios, tampoco la consiguiente imposibilidad de someterla a determinación de su existencia por otros medios, tampoco la consiguiente imposibilidad de someterla a determinación analítica impide concluir con rigor inductivo que el objeto de tráfico superó las dosis mínimas psicoactivas, no siendo de aplicación aquella doctrina de la insignificancia, por cuanto la determinación del porcentaje del principio activo de las drogas objeto del tráfico no necesita de modo imprescindible ser acreditado por prueba analítica, pudiendo serlo a través de un juicio de inferencia basado en la valoración de elementos

⁷⁷⁶ A la importancia de la determinación de la pureza de la droga en casos de posesión para el consumo se refiere la STS (Sala 2ª), núm. 1073 / 2007, de 21 de diciembre.

⁷⁷⁷ STS (Sala 2ª), núm. 74 / 2004, de 30 de enero.

⁷⁷⁸ En el mismo sentido, se absuelve por no acreditarse la pureza de la droga, en STS (Sala 2ª), núm. 154 / 2004, de 13 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 184 / 2004, de 13 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 353 / 2004, de 11 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 283 / 2005, de 19 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 893 / 2005, de 6 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 336 / 2006, de 24 de octubre, entre otras.

⁷⁷⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1011 / 2005, de 21 de septiembre.

⁷⁸⁰ En STS (Sala 2ª), núm. 210 / 2005, de 22 de febrero.

indiciarios especialmente sólidos, como serían en el caso el que el testigo - consumidor acudiera, al menos en tres ocasiones, al mismo vendedor para adquirir la cocaína lo que confirma que se trataba de droga de cantidad y calidad aceptables para satisfacer las necesidades de aquél”⁷⁸¹.

Otra cuestión diferente es la posibilidad de condenar, en el caso de grandes cantidades de droga, sin conocer su pureza, y por tanto, la cantidad de principio activo.

Se señala que “con carácter general para aseverar la existencia de psicoactividad es necesario que conste la pureza de la heroína; pero ese criterio puede quebrar ante la aparición de cualquier otro factor relevante, como la muy elevada cuantía de la droga en relación a la dosis mínima, como ocurre en el presente caso, en el que el peso de la ocupada multiplica en más de cien veces la dosis mínima”⁷⁸².

De igual modo, se afirma que la determinación de la cantidad de principio activo “resulta necesaria cuando la droga objeto del delito es de mínima cantidad “y “no lo es en aquellos casos en los que dicha cantidad es considerable”⁷⁸³.

No obstante, el alto Tribunal ha declarado que en la aplicación de la agravante de notoria importancia, es fundamental determinar el grado de pureza de la sustancia, y en el caso de discrepancias entre dos periciales, debe resolverse de acuerdo a lo que sea más favorable al reo⁷⁸⁴.

De lo expuesto, se desprende que el TS exige que se determine la pureza de la droga cuando se trate de venta de cantidades muy pequeñas que se aproximan a la *dmp*, conformándose con otros elementos probatorios en los supuestos de venta de cantidades algo mayores. Lo que no ofrece duda, es que también, en materia de determinación de la pureza de la droga, existen posiciones jurisprudenciales contradictorias⁷⁸⁵.

Finalmente, cabe destacar que la teoría de la *dmp* no se aplicará en el caso de menores de edad o de personas que se inician en la droga, en tal sentido se afirma que:

“(…) es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha venido excluyendo la punibilidad de determinadas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes por falta de antijuricidad material, cuando la cantidad de principio activo objeto de la acción (por debajo de la dosis mínima psicoactiva) es tan escasa que no afecta al bien jurídico protegido, la salud pública. Sin embargo, ello debe entenderse en línea de principio aplicable cuando se trata de personas adultas, pero no cuando sean menores a los que se suministra el estupefaciente, teniendo en cuenta la especial protección que conllevan”⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 508 / 2007, de 13 de junio.

⁷⁸² STS (Sala 2ª), núm. 630 / 2006, de 17 de mayo.

⁷⁸³ STS (Sala 2ª), núm. 172 / 2007, de 27 de febrero.

⁷⁸⁴ STS (Sala 2ª), núm. 357 / 2007, de 3 de mayo.

⁷⁸⁵ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 154.

⁷⁸⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1426 / 2004, de 13 de diciembre.

2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

La parte subjetiva del tipo doloso (dolo típico) está constituida por “el conocer y querer la realización del tipo” no requiriendo usualmente, nada más. No obstante, a veces la ley exige, que además, concurren en el autor otros elementos subjetivos para la realización del tipo⁷⁸⁷.

Como manifiesta MIR PUIG elementos subjetivos del injusto son “todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización”⁷⁸⁸. En opinión de MUÑOZ CONDE consisten en “especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, para constituir el tipo de algún delito”⁷⁸⁹.

Esta parte subjetiva del tipo, está integrada por “el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes)”⁷⁹⁰.

El elemento subjetivo del injusto en el delito de tráfico de drogas ha de abarcar tanto el conocimiento del carácter nocivo de la droga, como la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceros⁷⁹¹.

De tal afirmación se desprende dos elementos necesarios como elementos subjetivos del injusto:

- a) El conocimiento de que tales sustancias son drogas.
- b) La finalidad de facilitación a terceros⁷⁹².

⁷⁸⁷ Cfr. POLAINO NAVARRETE, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 2005, p. 247. MIR PUIG, S.: *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal. Parte General Volumen I, de HH Jescheck*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 439. MORILLAS CUEVA, L.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 177.

⁷⁸⁸ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Reppertor, Barcelona, 2010, p. 278. En el mismo sentido, p. 265.

⁷⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 278. Para otros autores, COBO DEL ROSAL, M (dir.) / PERIS RIERA, J *et al.*: *Sipnosis de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 115. constituyen referencias anímicas que “sin pertenecer a la conducta, le imprimen a esta su auténtico contenido, en el seno del tipo, desvalorizado por la ley y que resultan imprescindibles si se pretende respetar el principio de ofensión del Derecho Penal como exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido”

⁷⁹⁰ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN.: *Op. cit.*, p. 265. En el mismo sentido, JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*. Trad., Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 373.

⁷⁹¹ Ánimo tendencial del injusto que es resaltado por la doctrina, entre otros, Vid. MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial,...*, *Op. cit.*, p. 571. *Memoria Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas*, 1990, pp. 94, 96 y 98. Y en la Jurisprudencia, STS (Sala 2ª), núm. 6874 / 1998, de 17 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 5157 / 1995, de 30 de junio.

⁷⁹² MOLINA PEREZ, T.: “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 93, 2005, p. 114. Esta es la posición mantenida por unanimidad por Jurisprudencia, entre otras, STS (Sala 2ª), núm. 5387 / 1985, de 7 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm.3025/ 1985, de 18 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 442 / 1984, de 31 de enero.

Ello implica el análisis de la posible admisión del error de tipo y error de prohibición, así como, datos que permitan descartar el autoconsumo (no punible)⁷⁹³.

Dado que el dolo requiere el conocimiento de los elementos constitutivos del tipo, el error “determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo del injusto”⁷⁹⁴. Ello integra el *error de tipo*, que se diferencia del *error de prohibición* ya que este implica el desconocimiento de la prohibición de la situación descrita en el tipo⁷⁹⁵.

El error está contemplado en el **art. 14 del Código Penal**. El error de tipo afecta al supuesto de hecho previsto en la norma. Al error de tipo, se refiere el apartado primero y segundo. Distinguiéndose respectivamente, entre el error sobre elementos esenciales y elementos accidentales del tipo⁷⁹⁶. El **apartado primero** de este artículo dispone:

“El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

Por tanto, el error sobre los elementos esenciales del tipo puede ser vencible o invencible. El *error vencible* es el que hubiera podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse como “un error imprudente”. El *error invencible* es el que no hubiera podido evitarse ni aun aplicando la diligencia debida. De esta diferencia, se desprende el tratamiento jurídico que debe otorgarse a ambas categorías:

- a) El *error vencible* excluirá el dolo pero no la imprudencia, por lo que la infracción cometida debe castigarse como imprudente, siempre que esté prevista en el CP esta modalidad, para el delito de que se trate⁷⁹⁷. Dado que no se recoge de forma expresa (art. 12 del CP) la modalidad imprudente en el delito objeto de estudio, el error vencible determinará su impunidad⁷⁹⁸.
- b) El *error invencible* excluirá tanto el dolo como la imprudencia, por lo que dará lugar a su impunidad, pues en el “Derecho positivo general sólo se prevén tipos dolosos o culposos, de modo que la pura causación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta atípica”⁷⁹⁹.

Como afirma SÁNCHEZ TOMÁS dado que no se prevé en nuestro CP la modalidad imprudente, en el delito de tráfico ilegal de drogas, se requiere la existencia de dolo⁸⁰⁰.

⁷⁹³ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 33.

⁷⁹⁴ MIR PUIG.: *Op. cit.*, p. 268.

⁷⁹⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1228 / 2002, de 2 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1219 / 2004, de 10 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 163 / 2005, de 10 de febrero y STS (Sala 2ª), núm. 862 / 2006, de 21 de septiembre.

⁷⁹⁶ MIR PUIG.: *Op. cit.*, p. 269.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, p. 270.

⁷⁹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 680 / 2001, de 5 de febrero.

⁷⁹⁹ MIR PUIG.: *Op. cit.*, p. 270.

⁸⁰⁰ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, pp. 122 y 123.

El sujeto debe actuar con conciencia y voluntad en la ejecución de los elementos constitutivos del tipo. Es decir, se exige conocer y querer la conducta que se lleva a cabo, que el objeto material de la misma son drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y su capacidad para difundir el consumo ilegal.

Por otro lado, al error sobre los elementos accidentales del tipo se refiere el **apartado segundo** disponiendo que:

“El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

No se diferencia en el tratamiento jurídico de los elementos accidentales del tipo, entre error vencible e invencible. En ambos casos, el error “impedirá su apreciación”.

Debe entenderse la expresión “un hecho que cualifique la infracción” referida exclusivamente a las “circunstancias agravantes de lo injusto incorporado a un tipo básico para formar otro calificado, y no a las que agravan por ser mayor la culpabilidad, pues sobre las mismas no se extiende el dolo, al no pertenecer aquéllas al tipo de lo injusto”⁸⁰¹.

Las circunstancias agravantes a las que se refiere el precepto, son las contempladas en el art. 22 y, cuando agrave la pena en el supuesto contemplado en el art. 23⁸⁰².

También, el error sobre las circunstancias agravantes genéricas, determinará la inaplicación de las mismas⁸⁰³.

Señala MONTERO LA RUBIA que en el caso de elementos agravatorios, puede alegarse que el sujeto desconocía que se trataba de “sustancias que causa grave daño a la salud”⁸⁰⁴.

En un supuesto de tráfico ilícito de éxtasis, la Jurisprudencia admitió la existencia de error de tipo al afirmar que: (...) sobre la nocividad de la sustancia conocida por MDMA no existió un criterio jurisprudencial perfectamente definido hasta la sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1994. A falta de este criterio es patente que tampoco puede hablarse de un conocimiento social notorio sobre el particular”⁸⁰⁵.

En definitiva, la falta de conocimiento de alguno de los elementos constitutivos del tipo, dará lugar a un error de tipo. Así, cuando el sujeto desconoce que el acto que está realizando promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de terceros, o que el objeto del tráfico son drogas tóxicas, o desconoce el carácter nocivo de la droga, podría

⁸⁰¹ GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, JM *et al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 224.

⁸⁰² MIR PUIG.: *Op. cit.*, p. 271.

⁸⁰³ GIL GIL / LACRUZ LÓPEZ *et al.*: *Op. cit.*, p. 225.

⁸⁰⁴ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁰⁵ STS (Sala 2ª), núm. 558 / 1996, de 7 de julio.

aplicarse la teoría del error. En los dos primeros casos, el error de tipo, vencible o invencible, conllevaría a la impunidad al no admitirse la imprudencia en el tráfico de drogas (art.14.1 del CP). En el segundo caso, impedirá la apreciación de la circunstancia de cualificación, por lo que aplicará la pena básica (art.14.2 del CP).

La orientación generalizada del error de tipo se releja claramente en la Jurisprudencia al afirmar que:

“No podrá, empero, tenerse en cuenta cuando alguien alega haber padecido el error no lo prueba o cuando el error recaiga sobre aspectos fácticos de los que la generalidad de las gentes tienen un conocimiento en razón de elementalidad de comprensión. El recurrente conocía la ilicitud del tráfico de cocaína en que participó, pues no cabría en modo alguno imaginar aceptar el método de transporte clandestino y antinatural consistente en ocultar dentro de su cuerpo cápsulas que contenían cocaína si creyera que trasportara una sustancia de lícito comercio, pero además, por el número y volumen de las capsulas hubo de representarse mentalmente que la cantidad de la droga que iba a transportar era de importante entidad con lo cual se patentiza que no sufrió error sobre este aspecto relevante de su acción y, por tanto, no cabe admitir que no procediera estimarse la específica agravante de notoria importancia”⁸⁰⁶.

En el mismo sentido, se afirma que:

“Como se razona en el Tribunal de Instancia, las circunstancias del transporte en el caso actual, debieron inducir, y de hecho indujeron al acusado a pensar que se le contrataba para un transporte de algo prohibido habida cuenta de las medidas de precaución que se adoptaron para ocultar la mercancía, y de la alta retribución ofrecida, que precisamente venía justificada de modo exclusivo por el riesgo. Su aceptación del encargo en esas condiciones revela que también aceptaba el transporte de cualquier sustancia u objeto prohibido cuyas características y cantidad fuera posible introducir en la maleta que le pidieron para ser preparada al efecto. Esta afirmación viene corroborada por el hecho de que el acusado no realizó ninguna actuación para comprobar que lo que transportaba estaba dentro de sus márgenes de aceptación, pudiendo hacerlo, pues, como se dice en la sentencia, disponía de las llaves para abrir la maleta, las cuales utilizó al ser requerido para ello por la Policía que lo detuvo”⁸⁰⁷.

También es destacable la STS (Sala 2ª), núm. 638 / 2007, de 4 de julio, al señalar que:

“Tratándose de la aprehensión de un elemento subjetivo, como es el conocimiento de lo que se trasportaba, para llegar a la certeza de este dato, fuera de la improbable aceptación de este hecho por el trasportista, habrá que acudir a la valoración enlazada de una serie de indicios o datos que nos permitan llegar, a través de un juicio de inferencia explicitado a la conclusión a la que se quiere llegar. En definitiva los elementos del dolo tanto en relación al conocimiento como a la voluntad, suelen ser aprehendidos por vía

⁸⁰⁶ STS (Sala 2ª), núm. 5978 / 2000, de 18 de julio

⁸⁰⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1779 / 2004, de 30 de marzo.

de inferencia más que verificados por vía empírica dada su naturaleza de hechos subjetivos”.

Para la Jurisprudencia el dolo se puede deducir de datos, entre otros, la ocultación de droga⁸⁰⁸, intentar deshacerse de las sustancias⁸⁰⁹, la defensa contradictoria⁸¹⁰, el sobrepeso de la maleta y el doble fondo claramente detectable⁸¹¹, el sobrepeso del camión⁸¹².

En el error de tipo suele ser frecuente, la alegación por la defensa de que el sujeto desconocía que trasportaba droga. Sin embargo, la Jurisprudencia que no suele admitir este tipo de error, resuelve las dudas por la vía del dolo eventual.

Así, se dice que para creer las alegaciones de la defensa “es necesario una versión que constituya una explicación coherente, satisfactoria y lógica que permita, al menos, crear en los juzgadores la incertidumbre necesaria en la que asentar la absolución”⁸¹³.

Se admite el dolo eventual cuando el sujeto transporta algo que cree prohibido, pero no lo comprueba⁸¹⁴, o recibe una cantidad desproporcionada para realizar una gestión⁸¹⁵, o se tramitan documentos ilegales con conocimiento de ello⁸¹⁶.

Como señalábamos anteriormente, en el caso de error sobre la nocividad de la droga, se puede alegar que el sujeto desconocía que se trataba de una sustancia que causa grave daño a la salud o error sobre el tipo de droga con la que se traficaba, en el caso de que se admitiera el error, no se apreciará la circunstancia de agravación según el art.14. 2 del CP.

La Jurisprudencia tampoco tiende a admitir este tipo de error, se basa en la “acreditada y reconocida nocividad en la experiencia clínica”, con “notoriedad en la comunicación social”.

La STS (Sala 2ª), núm. 4937 /1994, de 27 de junio señala que:

“Los medios de comunicación, el cine, la televisión y el sentido común enseña que la más elemental prudencia dicta que eso no debe realizarse (actos de tráfico)”. Continúa afirmando: “Esta Sala no puede admitir el error que se dice padecido sobre que el acusado desconociera que los productos anfetamínicos con los que traficaba fueran

⁸⁰⁸ STS (Sala 2ª), núm. 413 / 2007, de 9 de mayo.

⁸⁰⁹ STS (Sala 2ª), núm. 358 / 2005, de 22 de marzo.

⁸¹⁰ STS (Sala 2ª), núm. 763 / 2007, de 26 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 638 / 2007, de 4 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 19 / 2007, de 22 de enero.

⁸¹¹ STS (Sala 2ª), núm. 849 / 2007, de 4 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1365 / 2005, de 22 de noviembre.

⁸¹² STS (Sala 2ª), núm. 1151 / 2002, de 19 de junio.

⁸¹³ STS (Sala 2ª), núm. 7127 / 1995, de 29 de abril.

⁸¹⁴ STS (Sala 2ª), núm. 126 / 2007, de 5 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 1009 / 2006, de 18 de octubre.

⁸¹⁵ STS (Sala 2ª), núm. 544 / 2005, de 5 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1186 / 2004, de 20 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1121 / 2004, de 14 de octubre.

⁸¹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1625 / 2000, de 31 de octubre.

susceptibles de perjudicar gravemente a la salud de los consumidores. En el mundo de la droga es de notorio conocimiento que sólo las “drogas blandas”, causan a la salud de las personas unos daños limitados, pero que todo lo que no sea el hachís y los derivados del cáñamo índico (heroína, cocaína, anfetaminas, psicótropos, drogas de diseño...) ocasionan nocivos efectos, y no puede admitirse que el acusado, activo narcotraficante, desconociera esta realidad a no ser que lo hubiera demostrado, lo que no ha hecho. Por lo demás, resulta irrelevante que aquél estuviera o no al tanto de la jurisprudencia de esta Sala respecto a las sustancias con componente MDMA o MDA y su calificación como drogas gravemente perjudiciales, porque, como decía la STS de 21 de noviembre de 1995, para la exigencia de responsabilidad penal no es necesario que el reo conozca que la sustancia se halla incluida en alguna de las Listas del Convenio de Viena correspondiente. Si así fuera, sólo podrían delinquir quien tuviera estos particulares conocimientos, sólo concurrentes ordinariamente en personas que, por su profesión, jurídica o técnica, tienen relación con esta clase de materias”⁸¹⁷.

Son muy escasas las ocasiones en las que la Jurisprudencia ha admitido un error de tipo, manifestando que no está suficientemente probado por el sujeto que lo alega.

En un supuesto en el que se interceptó a un sujeto portando una maleta con doble fondo en el que se encontró ocho paquetes que contenía 3,375 # 490 gramos de heroína, con una riqueza del 11 # 7%, aquél alegó error de tipo y subsidiario de prohibición, argumentando que creyó que era hachís lo que trasportaba y no heroína.

La Jurisprudencia desestimó la existencia de error argumentando: “(...) la afirmación de que creía llevar hachís tiene que estar debidamente sustentada en elementos probatorios que permitan establecer esta conclusión. En contra de su postura, advertimos que recibió una importante cantidad de dinero como pago del transporte de una simple maleta, más de seiscientos mil de las anteriores pesetas. Ello permite establecer, con fundamento y lógica, que se trataba de un envío de droga con un valor importante en el mercado. Cifras de esta entidad sólo se pueden explicar por la naturaleza de la sustancia (...). Una interpretación racional de estos elementos nos lleva, como ha sucedido con la Sala Sentenciadora, a la conclusión de que se trataba de una sustancia estupefaciente distinta del hachís. En todo caso, conocía de manera directa o por simple deducción lógica, ante la importante cantidad ofrecida, que la sustancia era de las que se cotizaban más en el mercado, es decir, las que causan grave daño a la salud. Admitió el transporte sin que le importase demasiado la naturaleza de la sustancia estupefaciente (...). Admitida por el acusado la realidad de que trasportaba droga y que no se preocupó de indagar aunque solo fuera verbalmente sobre su contenido le convierte en un personaje indiferente que asume incluso eventualmente el transporte de una cantidad importante de heroína. Ello cubre la totalidad del elemento subjetivo y no puede refugiarse en el error de tipo como pretende”⁸¹⁸.

También se estimó inaplicable la teoría del error de tipo en el supuesto en el que tras haberse dado el alto a un vehículo en el que viajaban dos ocupantes, se encontró dos bolsas en una de las ocupantes que llevaba pegada al cuerpo, portando cocaína con un peso de de 199 gramos y 300 gramos, con pureza de 68%. Con valor de 6.026.000

⁸¹⁷ En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 375 / 1999, de 27 de enero.

⁸¹⁸ STS (Sala 2ª), 1084 / 2007, de 10 de diciembre.

pesetas (30. 206, 87 euros). La acusada admitió que recibía una cantidad de dinero por su transporte pero añadía que desconocía la naturaleza de la sustancia, cantidad y pureza.

La Sala argumentó que: “La alegación resulta en principio inverosímil. El error de tipo viene determinado por el desconocimiento de uno de los elementos que se incluyen en la descripción típica de la conducta y su antijuricidad. No parece plausible que el error, que es el conocimiento equivocado de algo o de alguna situación, pueda ser aplicado a una persona que acepta una cantidad de dinero, indiferentemente de que sea importante o no, por adosarse al cuerpo dos paquetes previamente precintados, alegue que desconocía todas sus características llegando a plantear, indirectamente que se podía tratar incluso de una sustancia alimenticia transportada en tan extrañas circunstancias. El error sólo se puede admitir cuando es razonablemente presentado como una consecuencia natural de una conducta que, en sí misma, es ambigua o tan desconcertante que pueda integrarse el error como consecuencia natural de la misma concepción o valoración de las circunstancias en que se actúa”.

Continúa señalando que: “(...) cuando una persona acepta transportar una cantidad de droga, asume, en toda su extensión, las consecuencias de su comportamiento, salvo que demuestre de forma convincente que fue engañada sobre la cantidad transportada y que sólo prestó su consentimiento si la droga no superaba los límites legales, lo que la sitúa en una situación de conocimiento del tipo penal que es absolutamente incompatible con el error de tipo y denota por el contrario un conocimiento y aceptación con todas sus consecuencias los efectos jurídicos derivados del transporte”⁸¹⁹.

En otro supuesto en el que se interceptó a un vehículo con dos ocupantes que portaban cocaína, uno de los acusados alegaba que creyó que lo que transportaba era hachís y no cocaína, mientras que la otra acusada alegaba que desconocía que en el vehículo en el que viajaba se transportaba droga. La Jurisprudencia inadmitió la aplicación de la teoría del error de tipo argumentando que: “El conocimiento de la existencia y porte de la sustancia tóxica por los acusados, como elemento interno de cada uno de ellos -y ante su negativa a admitirlo- tiene que deducirlo el Tribunal a través de datos objetivamente constatados, tales como el hallazgo de la droga en las condiciones y circunstancias descritas, lo que no niegan los acusados y corroboran los policías actuantes - mediante un testimonio al que hay que dar el valor reconocido por los arts. 717 y 297 LECr. en cuanto a los hechos de conocimiento propio -; y así respecto del procesado viene a destacar el Tribunal en su Fundamento de Derecho Tercero, además de sus explicaciones incoherentes o contradictorias, que el envoltorio de la sustancia era transparente y que por su condición de drogodependiente, no podía confundir la cocaína con el hachís.

Por lo que se refiere al *error de prohibición*, atañe a “la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho”. Por tanto, para apreciarlo, no es suficiente con conocer el hecho típico, el sujeto activo debe conocer además, su significado antijurídico⁸²⁰.

⁸¹⁹ STS (Sala 2ª), 1297 / 2006, de 13 de diciembre. En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª), núm. 97 / 2004, de 27 de enero, y STS (Sala 2ª), núm. 1179 / 2002, de 18 de junio.

⁸²⁰ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 34.

El error de prohibición está contemplado en el **apartado tercero del art. 14 del CP** disponiendo:

“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

Por tanto, el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser vencible o invencible. En el primer caso se excluye la responsabilidad criminal y en el segundo se impone una pena inferior.

La Jurisprudencia ha señalado que el *error de prohibición* debe probarse, no basta con alegarlo. Sin embargo, en el tráfico de drogas es difícilmente aplicable, en cuanto es una prohibición notoria por los medios de comunicación social⁸²¹.

La STS (Sala 2ª), núm. 142 / 2000, de 28 de enero señala que: “La Jurisprudencia de esta Sala ha entendido que no cabe invocar el error de prohibición cuando se ejecuten conductas claramente desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico, de modo que cualquiera sabe están prohibidas, y que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno”⁸²².

Tanto al error de tipo como al error de prohibición se refiere la STS (Sala 2ª), núm. 1104 / 1996, de 30 de enero : “Tanto el error de tipo como el de prohibición son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida, según que la motivación sea creencia errónea vencible o invencible”, que “el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendiendo que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse (...) a no ser que el supuesto error esté probado, prueba que sólo a quien lo alega incumbe”.

En todo caso, la Jurisprudencia es bastante parca en admitir cualquier tipo de error en esta materia.

El análisis del elemento subjetivo relativo al destino de las drogas tóxicas, lo adelantamos al desarrollar las conductas típicas, al analizar la posesión para el tráfico.

Otro tema relacionado con el tipo subjetivo, es el supuesto del que facilita drogas a un adicto con la finalidad de conseguir su deshabituación, pues la Jurisprudencia absolvió a los acusados señalando que “se actúa para promover la recuperación de la salud o la curación de las personas enfermas o afectadas por un hábito nocivo a su salud”⁸²³.

⁸²¹ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 34.

⁸²² En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª), núm. 163 / 2005, de 10 de febrero, y STS (Sala 2ª), núm. 302 / 2003 de 27 de febrero.

⁸²³ STS (Sala 2ª), núm. 3499 / 1993, de 29 de mayo.

En la misma línea, se estimó que: “aquellos supuestos en los que un familiar, o persona allegada en cualquier otro concepto, proporciona pequeñas cantidades del alucinógeno con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabitación, a la vez que impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja o contraprestación alguna no puede llegarse al delito en tanto que tales actos no implican ánimo de tráfico. No es que concurra un especial estado de necesidad que obligue a esa entrega gratuita. Es que no hay lesión de bien jurídico alguno ni por tanto necesidad de reproche jurídico. El Derecho Penal no puede vivir de espaldas a la motivación cuando ésta, como en este caso, desvirtúa la posible incriminación de conductas. Con la pretensión que el acusado tenía, no hay tráfico ilegal, no hay cambio de posesión criminal, propiciatorio del consumo ilegal de las drogas”⁸²⁴.

⁸²⁴ STS (Sala 2ª), núm. 5938 / 1993, de 16 de septiembre.

Capítulo IV

TIPOS AGRAVADOS

En la redacción dada al CP por la LO 15 / 2003, existen dos tipos agravados del delito de tráfico de drogas, de primer y segundo grado, regulados respectivamente, en los arts. 369 y 370 del CP. Como señala SERRANO GÓMEZ “aunque no se especifica la diferencia entre sustancias que causen grave daño a la salud y los demás casos, de manera expresa, tal división subyace en los diferentes supuestos”⁸²⁵.

En cada uno de ellos se agregan elementos que agravan el tipo básico, de ahí, que teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, se impongan penas superiores.

La Ley Orgánica 15 / 2003, de 25 de noviembre, ha tenido una gran incidencia en las agravaciones del 369 y 370 del CP.

El 369 del CP, al regular las agravaciones de primer grado, presenta una estructura similar al anterior, si bien se amplían los comportamientos agravados, regulados en nuevos apartados. No obstante, se extrae el viejo apartado 9º, del 369 (utilización de menores de 16 años) y se incorpora al 370 la agravante de utilización de menores de 18 años.

Otras novedades, son la incorporación de las siguientes agravaciones: la introducción de droga en territorio nacional, o tráfico internacional, la comisión del delito en las proximidades de determinados lugares, el empleo de violencia o la exhibición o uso de armas, y por último, la imposición de multa a las personas jurídicas por la comisión de estos delitos.

Basta la concurrencia de alguna de las circunstancias del 369 del CP para la imposición de la pena agravada, es decir, pena superior en grado a la del 368 y multa del tanto al cuádruplo. Lo que no ha resuelto el legislador, es el supuesto de que concurren dos circunstancias del 369,1, algunos autores como JOSHI JUBERT y ACALE SÁNCHEZ consideran que una de las circunstancias será tenida en cuenta para aplicar la pena agravada y la otra para individualizar la pena de acuerdo al art. 66 del CP⁸²⁶.

A la vista del principio de culpabilidad, se exige que el dolo del sujeto comprenda tanto el conocimiento de los elementos que agravan la pena, como la ilicitud de la conducta.

⁸²⁵ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 719.

⁸²⁶ JOSHI JUBERT, U.: “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *ADPCCPP*, 1995 (XLVIII - II), p. 683. Cit por ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 140.

Por otra parte, alguna de las circunstancias del 369.1 del CP exige que las drogas tóxicas se entreguen a determinadas personas o se introduzcan en los lugares señalados en el CP. Ello nos plantea la duda sobre el cambio de naturaleza del tipo por el legislador. Cabe preguntarnos, si de un delito de mera actividad, se ha configurado en un tipo de resultado, lo cual implicaría la posibilidad de admitir formas imperfectas de ejecución, ya que para su consumación, se exigiría que efectivamente la droga sea entregada a las personas o introducida en los lugares que menciona el precepto.

La Fiscalía General del Estado⁸²⁷ no admite esta posibilidad. En relación a la circunstancia contemplada en el nº10 del art. 369.1º señala que si no llega a realizarse la entrada o salida ilegal de la droga en territorio nacional, debe estimarse consumado el 368 del CP. Se argumenta que si se admitiera la tentativa, implicaría la imposición de la pena inferior en un o dos grados del tipo agravado, lo que podría acarrear la absurda consecuencia de imponer una pena inferior a la del tipo básico⁸²⁸.

Analizaremos los tipos agravados teniendo en cuenta los siguientes factores: las circunstancias personales del autor, vulnerabilidad de la víctima, lugares protegidos, características de las sustancias, medios utilizados por el autor y otras circunstancias cualificadas. La pluralidad de factores que tiene en cuenta el legislador para agravar la pena “pone de manifiesto que es imposible identificar un fundamento común a todas ellas, por lo que será necesario identificar dicho interés de forma individualizada. Es decir, junto a la puesta en peligro del bien jurídico salud pública, se tiene en consideración en cada una de ellas un plus de desvalor (de acción o de resultado o de ambos) que determina un incremento de injusto merecedor del marco punitivo agravado”⁸²⁹.

La nueva redacción del art. 370 CP mejora la estructura del anterior, contiene tres circunstancias de agravación, concreta lo que debe entenderse por extrema gravedad, y la pena a imponer es la superior en uno o dos grados a la señalada en el 368, ello permitirá una mayor maniobrabilidad de los tribunales al individualizar la pena. No obstante, cabe señalar que la redacción de este precepto, hubiera podido ser mejor. Así, no se ha tenido en cuenta los avances jurisprudenciales a la hora de delimitar la extrema gravedad. Además, la posibilidad de aplicar la pena superior en uno o dos grados, como veremos, estará limitada a ciertos supuestos.

Si bien, el legislador agrava la pena cuando concurren alguna de las circunstancias reguladas en el 369 y 370 del CP, ello no es obstáculo para que la concurrencia de alguna circunstancia genérica de modificación de la responsabilidad criminal, conlleve la aplicación de las reglas generales del art. 66 del CP.

La reforma del 369 y 370 del CP, llevada a cabo por Legislador del 2003, responde a la tendencia internacional de castigar más severamente el tráfico de drogas. Lo más

⁸²⁷ CIRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005, de 31 de marzo, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, p. 6.

⁸²⁸ Tesis que se apoya en los pronunciamientos de la Jurisprudencia en STS (Sala 2ª), núm. 569 / 1996, de 9 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 2423 / 1998, de 15 de abril.

⁸²⁹ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 141.

criticable de esta reforma, es no haber establecido una línea interpretativa en consonancia con los principios básicos de Derecho Penal.

Significativa ha sido también la reforma llevada a cabo por la LO 5 / 2010, de 22 de junio, por la que se introducen modificaciones en los tipos agravados. Así, en el artículo 369 se suprimen las circunstancias 2.^a (comisión del delito por organizaciones criminales) y 10.^a (introducción o salida ilegal de drogas del territorio nacional) del apartado 1, pasando las restantes 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a y 9.^a a ser las 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a y 8.^a, y se suprime el apartado 2 del artículo 369 (referente a la responsabilidad de las organizaciones, asociaciones o personas titulares de los establecimientos donde se cometa el delito).

Respecto al resto de las circunstancias previstas en el apartado 1^a del art. 369 “se mantienen con idéntico contenido tras la reforma, por lo que únicamente se han visto afectadas por la modificación del ordinal asignado a las mismas, que a partir de la entrada en vigor de la LO 5 / 2010, se enumeran del 1 al 8. Por tanto, en relación con la interpretación y alcance de las mismas, se mantienen los criterios expresados en la Circular nº 2 / 2005 de la Fiscalía General del Estado”⁸³⁰.

La supresión de la circunstancia 2^a del art. 369 por la LO 5 / 2010, no implica que la “pertenencia a una organización criminal haya dejado de tener entidad para agravar el delito, sino que esta circunstancia recibe una nueva regulación individualizada configurándose como subtipo agravado en el nuevo art. 369 bis del CP”⁸³¹.

La LO 5 / 2010 también ha introducido modificaciones en las circunstancias de especial agravación previstas en el art. 370. Dos han sido las modificaciones efectuadas. En primer lugar, se modifica el ordinal 2º con el fin de adecuarlo a la nueva redacción del art. 369. 1; y en segundo lugar, se modifica el párrafo segundo del ordinal 3º con el fin de ampliar el concepto de buque. Modificaciones que se examinarán seguidamente, de forma exhaustiva.

1. AGRAVACIONES DE PRIMER GRADO

El **art. 369. 1. del CP** establece: “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. “El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”.

Tras la reforma llevada a cabo por LO 15 / 2003, de 25 de noviembre cabe destacar que se mantiene la enumeración del art. 369, 8º CP de 1995 y la falta de definición de

⁸³⁰ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 3 / 2011, de 13 de octubre, p. 10.

⁸³¹ *Ibidem*, p. 12.

los términos empleados. Al describir la acción típica, se sustituye la expresión “con abuso de su profesión, oficio o cargo” por la de “obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”.

La FGE en Circular 2 / 2005, de 31 de marzo, estima que “tal sustitución de términos no hace acreedor al precepto de una nueva interpretación, ya que cualquier actividad delictiva relacionada con el tráfico de drogas realizada en el ejercicio de una profesión, supone siempre un abuso de la misma y lo que se sanciona es precisamente el aprovechamiento de esta circunstancia”⁸³².

Será aplicable esta agravación cuando las personas mencionadas en este número, “obren en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”.

El fundamento de la agravación se basa en la condición del sujeto activo, en la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de las drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria⁸³³. Por tanto, no será aplicable la agravación cuando actúen como particulares.

Además, como señala SERRANO GÓMEZ “habrá de excluirse, por lo menos, a los que teniendo la titulación suficiente no ejerzan su profesión, por estar en paro, no encontrar trabajo, funcionario en situación de excedencia, etc., pues la ley exige obrar en el ejercicio de su profesión, oficio o cargo”⁸³⁴.

Cuando hablamos de ejercicio del cargo nos referimos a la actuación regular de la actividad encomendada. Se exige además, que el sujeto sea competente para el ejercicio del mismo⁸³⁵.

Conviene matizar que para la aplicación de la agravante se exige que el sujeto realice el tipo en el específico “ejercicio del cargo”⁸³⁶, por lo tanto en ejecución de sus concretas competencias⁸³⁷.

Indiscutiblemente, lo mencionado respecto al cargo es aplicable a la profesión u oficio. El problema respecto de estas últimas es que “mientras en el caso del cargo, especialmente si la referencia está hecha al funcionario público, la delimitación de funciones y competencias es más factible, en el supuesto de la profesión u oficio los límites pueden llegar a ser excesivamente maleables, fundamentalmente porque el concepto mismo de profesión u oficio no es tan preciso”⁸³⁸.

⁸³² CÍRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 1.

⁸³³ STS (Sala 2ª), núm. 945 / 1997, de 30 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 1762 / 1994, de 11 de octubre; SAP de Madrid, 15ª, núm. 71 / 2002, de 15 de febrero.

⁸³⁴ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 720.

⁸³⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1096 / 2006, de 16 de noviembre.

⁸³⁶ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 164.

⁸³⁷ Así, se le aplica al médico que vende recetas a drogodependientes sin previo reconocimiento (STS (Sala 2ª), núm. 139 / 1998, de 18 de mayo), al facultativo que la entrega a detenido mientras le está reconociendo (STS (Sala 2ª), núm. 1370 / 1992, de 11 de junio), o al Policía que sustrae droga cuya custodia tenía a su cargo (STS (Sala 2ª), núm. 788 / 2004, de 18 de junio).

⁸³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 165.

Respecto a la conducta “hay una remisión tácita, e incluso podría decirse expresa a tenor del término culpable a cualquiera de la conductas mencionadas en el tipo básico”⁸³⁹.

No obstante, la única cuestión importante en la remisión planteada por el legislador, es la de precisar, si la referencia al “culpable” comprende sólo al autor del tipo básico, o también a los “participes”⁸⁴⁰. A pesar de alguna opinión en contra de la doctrina⁸⁴¹, debe interpretarse que la referencia al “culpable” debe abarcar a ambos, pues tan culpable es el autor como los participes⁸⁴².

En cuanto a la compatibilidad de esta agravante con otras circunstancias agravantes genéricas, no parece posible con la prevista en el art. 22.7 del CP “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” sin vulnerar el principio *ne bis in idem*⁸⁴³. Lo que resulta evidente por requisitos exigidos por la Jurisprudencia para la aplicación de esta agravante: 1º. Que la condición de funcionario público sea real; 2º. Que se ponga al servicio de la finalidad criminal⁸⁴⁴.

Por otro lado, la enumeración de sujetos activos que se establecen en el precepto es cerrada, sólo se aplicará a las personas expresamente señaladas. El concepto de *autoridad y funcionario público* aparece en el art. 24 del CP:

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

El concepto de *facultativo* aparece incorporado en el art. 372. 2 del CP al disponer que:

“Se entiende que son facultativos los Médicos, Psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los Veterinarios, los Farmacéuticos y sus dependientes”.

DÍEZ RIPOLLÉS crítica que se considere como facultativo a los psicólogos, ya que no tienen capacidad para recetar drogas⁸⁴⁵.

⁸³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Los delitos relativos a drogas...*, *Op. cit.*, p. 166.

⁸⁴⁰ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 166.

⁸⁴¹ GALLEGO SOLER, JI.: *Los delitos de tráfico de drogas. II (un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales)*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 212.

⁸⁴² ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 166.

⁸⁴³ STS (Sala 2ª), núm. 1842 / 2002, de 12 de noviembre.

⁸⁴⁴ STS (Sala 2ª), núm. 333 / 2003, de 28 de febrero.

⁸⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 76.

Por su parte, SERRANO GÓMEZ en relación a los veterinarios señala que “si los veterinarios pueden tener más o menos relación con sustancias estupefacientes, ya que algunas son de uso en los animales, no parece razonable incluir, sin más aclaración, a los Psicólogos”⁸⁴⁶.

En relación a los farmacéuticos, debe incluirse tanto al farmacéutico como a sus dependientes, con independencia de que tengan o no título sanitario.

Respecto al resto de personas mencionadas en el art. 369,1ª cabe destacar que no existe un concepto normativo.

Para conceptualizar lo que debe entenderse por *trabajador social* señala ÁLVAREZ GARCÍA que “debe atenderse a dos parámetros: 1. El desenvolvimiento de la actividad en un ámbito profesional, en el sentido de encontrarse vinculado laboralmente, ello es obligado desde el momento en que la referencia se realiza al ejercicio del cargo, profesión u oficio; 2. La realización material de una actividad comunitaria; la reducción, como hace algún autor, a los que posean titulación académica, supone despreciar injustificadamente una gran cantidad de labores que materialmente responden al que pudiera entenderse como contenido del “trabajo social”. En el caso del docente o educador son aplicables, a mi entender, idénticas precisiones a las efectuadas en el supuesto del trabajador social”⁸⁴⁷.

En opinión de SERRANO GÓMEZ por trabajador social debe entenderse “asistente social”, mientras que los docentes y educadores pueden serlo tanto de centros públicos o privados⁸⁴⁸. Del mismo modo, REY HUIDOBRO considera que la expresión “trabajador social” es equivalente a asistente social considerando como tal a aquellas personas cuya profesión consiste en auxiliar socialmente a las personas necesitadas (presos, menores abandonados etc⁸⁴⁹).

Por su parte, GALLEGO SOLER estima que ante el silencio del legislador respecto al alcance que debe darse respecto al trabajador social, son dos las interpretaciones posibles: “a) que el sujeto activo haya obtenido la titulación universitaria de Diplomado en trabajo social, o b) que el sujeto activo desarrolle actividades comunitarias del tipo: voluntariado civil, monitor de tiempo libre, de colonias, campamentos o análogos (y en esta segunda interpretación podría volverse a distinguir entre aquellos supuestos en los que se obtiene algún título autorizado que faculte para el desarrollo de tales actividades, de los supuestos en los que no sea preceptiva esa titulación - que en ningún caso es titulación académica - “⁸⁵⁰.

A mi entender, de la interpretación funcional del precepto se deduce que para su aplicación se exige que junto a la cualidad personal del sujeto activo (alguna de las que se enumera en el precepto), éste actúe en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, por

⁸⁴⁶ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 720.

⁸⁴⁷ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 163.

⁸⁴⁸ SERRANO GÓMEZ, SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 721.

⁸⁴⁹ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 248.

⁸⁵⁰ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 219.

lo que la cualidad de trabajador social ha de poder considerarse como profesión u oficio, por lo que no podría considerarse como tal si no se está en posesión del título universitario de trabajador social, que le habilite para el desempeño de tal profesión u oficio.

La condición de trabajador social, si bien es una condición personal, no constituye un status personal, sino que “se pierde tal condición cuando se actúa al margen del normal desempeño de la propia función comunitaria. Esto supone que teleológicamente debe exigirse que exista alguna relación entre la conducta típica realizada y esa función comunitaria”⁸⁵¹.

Finalmente, para aplicar esta agravación basta con que concurra en el sujeto activo alguna de las cualificaciones que enumera el precepto. Cuando coincida en una misma personas varias de ellas, no alterará el marco punitivo, aunque podrá tenerse en cuenta a la hora de aplicar la pena⁸⁵².

2ª. “El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.

“No cabe duda de que cada vez más existe una enorme interacción, especialmente en el seno de organizaciones criminales pero no únicamente, entre diferentes actividades delictivas”. Lo que provoca que los Legisladores nacionales incrementen su “rigor represivo”, con el fin de hacer frente a la mayor facilidad de lesionar el bien jurídico cuando se combinan diversas actividades⁸⁵³. Se trata de combatir a las potentes organizaciones criminales con una diversificación de actividades cada vez mayor⁸⁵⁴.

Llama la atención la redacción de esta circunstancia. De la interpretación literal del *inciso primero*, cabe afirmar que se aplicará la agravación al sujeto que cometa un delito de tráfico de drogas cuando, al mismo tiempo estuviera participando en otra actividad organizada (sea lícita o ilícita, tenga relación o no con el tipo básico del delito de tráfico de drogas), sin que sea necesario que el delito de tráfico de drogas incida en la comisión de esa otra actividad⁸⁵⁵.

Según la FGE para la aplicación de esta circunstancia se requiere que se acredite la conexión entre la actividad organizada o ejecución facilitada y el delito de tráfico de drogas. Se fundamenta en la mayor facilidad que tiene el sujeto activo para la comisión de tráfico de drogas. Se fundamenta en la mayor facilidad que tiene el sujeto activo para la comisión del delito al participar en dichas actividades organizadas⁸⁵⁶.

⁸⁵¹ GALLEGOS SOLER.: *Op. cit.*, p. 220.

⁸⁵² *Ibidem*, p. 211. Vid. En este sentido STS (Sala 2ª), núm.1275 / 2004, de 12 de noviembre.

⁸⁵³ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 170. En el mismo sentido, REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 244. DEL RIO FERNÁNDEZ, LJ.: “Tráfico de drogas: delito internacional”, *Revista General del Derecho*, núm. 583, 1993, pp. 8075 y ss.

⁸⁵⁴ REY HUDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 244.

⁸⁵⁵ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 170.

⁸⁵⁶ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 3.

Además, como señala REY HUIDOBRO “se incrementa la peligrosidad de conductas desarrolladas en el seno de grupos de poder organizados, cuya potencialidad lesiva acrecienta la facilidad de aproximación al objeto de tutela”⁸⁵⁷.

Esta circunstancia, es una transposición al derecho interno de lo dispuesto en el Preámbulo del Convenio de las Naciones Unidas de Viena de 20 de diciembre de 1988: “Las partes Firmantes reconocen los vínculos que existen entre el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados”.

Tales vínculos, están previstos en el art. 3. 5 párrafos b) y c), como circunstancias que agravan la comisión del delito. En la letra b) de este precepto se prevé “la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas”; y en la letra c) “la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.

Como se puede observar, en el apartado primero, la participación del delincuente en actividades organizadas sólo constituirá el injusto agravado, cuando sean delictivas y tengan una proyección internacional. En el segundo apartado, no basta que el sujeto participe en actividades ilícitas, sino que se exige que su “ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.

Tras la reforma llevada a cabo por la LO 15 / 2003, como vemos, no se especifica en el CP el carácter lícito o ilícito de las actividades organizadas, lo que plantea problemas interpretativos. Antes de la reforma, en la circunstancia 369,1.7ª se hablaba de “otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.

Es evidente que el legislador español no se ha limitado a lo dispuesto en el Convenio de Viena de 1988, sino que ha ido más allá de lo dispuesto en el texto internacional. Su voluntad resulta clara: no restringir el tipo a las actividades delictivas organizadas.

La propuesta de la FGE⁸⁵⁸ consiste en interpretar este precepto conforme a lo dispuesto “en la Convención de Naciones Unidas... en la medida que la agravación trae causa precisamente de los preceptos incorporados al citado instrumento internacional”.

Continúa: “(...) En consecuencia, la interpretación correcta de este precepto obliga necesariamente a integrar la omisión legislativa, en el sentido que le fue dado por la

⁸⁵⁷ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, p. 244. En el mismo sentido, Vid. DEL VALLE MUÑIZ, JM / MORALES GARCÍA, O.: “Tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas” en *Comentarios...*, *Op. cit.*, p. 1662. SERRANO GÓNZALEZ DE MURILLO, JL.: “Comentario a las circunstancias agravantes 8ª, 9ª y 10ª del artículo 344 bis a) del Código Penal” en *Comentarios a la legislación penal, tomo XVII, Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Edersa, Madrid, 1996, p. 5. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “La última reforma del Código Penal en materia de drogas. Novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992”, *Revista General del Derecho* núm.583, 1993, pp. 2727 y ss.

⁸⁵⁸ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 3.

referida Convención de Viena, por lo que los Srs. Fiscales aplicarán únicamente esta agravante cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas o en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.

No obstante, algún autor como ÁLVAREZ GARCÍA al interpretar el 369,1.2ª estima que “no cabe tal y como se hace por alguna fuente (Circular de la FGE 2 / 2005), integrar el tipo penal con otros elementos aportados por el intérprete por más que se obtengan de la aludida Convención de Naciones Unidas. Esto no es exigido por la Convención, ni permitido por el texto constitucional al suponer quiebra del monopolio legislativo en materia penal. Conclusión, nos hallamos ante un texto en el cual se sanciona la participación en cualquier actividad organizada, por lo tanto también cuando son ajustadas a Derecho. Ante esta situación solo cabe una salida: estimar inconstitucional el primer inciso del precepto analizado”⁸⁵⁹.

El *último inciso* del art. 369,1. 2ª relativo a “otras actividades cuya ejecución se ve facilitada por el tráfico de drogas”, también plantea problemas interpretativos.

El único elemento que no ofrece dudas es que la participación en actividades distintas del tráfico de drogas ha de verse facilitada por la comisión del delito de tráfico de drogas⁸⁶⁰. Lo que fundamenta la mayor agravación de la pena⁸⁶¹.

No queda claro si la voluntad del legislador ha sido referirse a: 1) La participación del culpable en actividades organizadas cuya ejecución es la que se facilita por la realización del tráfico ilícito o, 2) La participación del culpable en actividades (organizadas o no) cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del tráfico ilícito de drogas⁸⁶².

En todo caso, tales actividades pueden ser delictivas, ilícitas o conforme a derecho, ya que no se indica nada en otro sentido⁸⁶³.

Si bien, la interpretación más lógica es la que considera que se refiere a la participación en actividades no organizadas, pues en otro caso no existiría diferencia con el inciso primero. Sin embargo, de una interpretación conjunta de ambos incisos se desprende que también aquí se alude a actividades organizadas⁸⁶⁴.

Es por ejemplo el caso de una organización dedicada a la prostitución que suministra a

⁸⁵⁹ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 172.

⁸⁶⁰ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 209.

⁸⁶¹ MENDOZA BUERGO, B.: “Delitos contra la salud pública” en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Volumen II*, Ceura, Madrid, 1998. Para SERRANO GÓNZALEZ DE MURILLO.: *Op. cit.*, p. 7, “la *ratio* propia de esta agravación se encuentra en que comporta combatir con mayor energía el círculo económico generado por el tráfico de drogas”.

⁸⁶² MANJON- CABEZA OLMEDA, A.: “Agravaciones del tráfico de drogas en la LO 15 / 2003”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 12, 2005, pp. 12 y ss.

⁸⁶³ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 174. La interpretación más restrictiva (y la más acorde con la redacción literal del precepto) limita esta agravación a las actividades delictivas. Cfr. DEL VALLE MUÑIZ / MORALES GARCÍA.: “Comentario al art. 369”..., *Op. cit.*, p. 1662.

⁸⁶⁴ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 174. En el mismo sentido GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 210.

prostitutas drogas, convirtiéndolas en drogodependientes, privándoles de voluntad para abandonar la prostitución⁸⁶⁵.

El delito de tráfico de drogas debe facilitar la comisión de otro delito, por lo que en los supuestos en que puede plantearse un concurso ideal o medial entre ambos delitos, difícilmente podría aplicarse esta agravación sin conculcar el principio *ne bis in idem*⁸⁶⁶.

A efectos de este segundo inciso, y en relación a los supuestos en que fuera posible aplicar la agravación, conviene precisar que se entiende por “participar” y qué por “ejecución facilitada”.

En cuanto a la “participación” cabe diferenciar entre participación en una actividad delictiva, en la que se exige que el partícipe realice una conducta típica, ya que la agravación de la pena se justifica por la comisión de una actividad que se ve facilitada por el tráfico de drogas; y que se trate de una actividad meramente ilícita, pero no ilícita penalmente, en este caso por participación debe entenderse “la llevanza de un papel relevante análogo al del partícipe en el ámbito penal, y ello por razones de proporcionalidad”⁸⁶⁷.

Respecto a la “ejecución facilitada” el tipo exige que la actividad realizada por el sujeto se vea facilitada por la comisión del delito de tráfico ilegal de drogas. Es decir, debe ser la actividad misma la facilitada, para aplicar la agravación⁸⁶⁸.

3ª. “Los hechos fueron realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”.

La *ratio legis* de esta agravación son las facilidades que proporciona el establecimiento público para el tráfico de drogas, ya que bajo la apariencia de un negocio legal se favorece las entregas de sustancias⁸⁶⁹.

Su *fundamento* es el incremento del peligro para la salud pública en aquellos casos en que, bajo la apariencia de un establecimiento comercial normal, con las ventajas que ello conlleva, se llevan montajes de tráfico de drogas; junto al desvío de finalidad para la que se concedió el permiso de apertura del local⁸⁷⁰.

Existe un mayor riesgo para la salud pública al facilitarse, a través de estos establecimientos, la introducción de las drogas, estupefacientes y sustancias

⁸⁶⁵ STS (Sala 2ª) núm. 627 / 1995, de 8 de febrero.

⁸⁶⁶ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 210.

⁸⁶⁷ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 175.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, p. 175.

⁸⁶⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1765 / 2007, de 31 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 928 / 2007, de 25 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 561 / 2003, de 8 de abril y STS (Sala 2ª), núm. 2214 / 2001, de 22 de noviembre.

⁸⁷⁰ STS (Sala 2ª), núm. 940 / 2005, de 9 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 719 / 2004, de 28 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1905 / 2002, de 14 de noviembre.

psicotrópicas en el mercado⁸⁷¹. Seguramente ésta es la circunstancia que se da con más frecuencia en la práctica de los Juzgados de Instrucción.

La FGE considera que el fundamento de la agravación son los citados anteriormente por la Jurisprudencia junto a la facilidad de los culpables de sustraerse a la acción de la justicia, ante la dificultad que implica el descubrimiento y la persecución de tales hechos⁸⁷².

Para la aplicación de la agravante, en todo caso, se requiere de forma rigurosa que concurren los elementos materiales que constituyen la *ratio legis* de la agravación⁸⁷³. La agravación no solo se fundamenta en el lugar en el que se intercambian las sustancias, sino que se lleve a cabo por el responsable o empleados del local⁸⁷⁴.

Como *requisitos* de la agravación, la Jurisprudencia señala los siguientes:

- 1º. Que se realice un acto de tráfico del 368 del CP.
- 2º. Que ese acto se produzca en un establecimiento público.
- 3º. Que se ejecute por el responsable o empleados del establecimiento.
- 4º. Que exista la intención de difundir la droga a terceros⁸⁷⁵.

Se aplicará la agravación cuando el sujeto activo sea: a) el responsable del local, o sea, los que se encargan del funcionamiento del local⁸⁷⁶ o se encuentran al frente del mismo⁸⁷⁷; b) los empleados del local.

No se exige que los unos o los otros sean propietarios del establecimiento. Es claro que en el caso del propietario, si trabaja en el local, será culpable como responsable. Es doctrina de la Sala 2ª que para aplicar esta circunstancia no se requiere vinculación jurídica al establecimiento, basta con colaborar en la difusión de la droga en tales locales⁸⁷⁸. Sin embargo, esta doctrina vulnera el principio de legalidad en cuanto que el Código Penal exige que el sujeto activo sea el responsable o empleados del establecimiento.

A pesar de que el CP utiliza con frecuencia la expresión “edificio o local abierto al público” en diversos artículos, no nos ofrece un concepto legal. Ello ha originado diversas interpretaciones de lo que debe entenderse por tal. El Tribunal Supremo considera que local o establecimiento abierto al público es “aquel en el que existe la posibilidad indiscriminada de acceso y entrada al mismo por cualquier persona, siempre que cuente con una determinada infraestructura y acondicionamiento”⁸⁷⁹.

⁸⁷¹ STS (Sala 2ª), núm. 300 / 2007, de 2 de abril, y STS (Sala 2ª), núm. 1164 / 2006, de 26 de noviembre.

⁸⁷² CIRCULAR DE LA FGE núm. 11 / 1997, de 29 de octubre, p. 2.

⁸⁷³ STS (Sala 2ª), núm. 831 / 2007, de 5 de octubre.

⁸⁷⁴ STS (Sala 2ª), núm. 71 / 2006, de 23 de enero.

⁸⁷⁵ STS (Sala 2ª), núm. 300 / 2007, de 2 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 1164 / 2006, de 26 de noviembre.

⁸⁷⁶ STS (Sala 2ª), núm. 218 / 2004, de 18 de febrero.

⁸⁷⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1661 / 1994, de 23 de septiembre.

⁸⁷⁸ STS (Sala 2ª), núm. 82 / 2007, de 25 de enero.

⁸⁷⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1905 / 2002, de 14 de noviembre.

En otras sentencias, señala también que “por establecimiento público, debe entenderse cualquier dependencia en la que se lleve a cabo una actividad mercantil o empresarial, dirigida a una clientela que accede libremente a aquella”⁸⁸⁰.

La propia Jurisprudencia delimita aún más el concepto y precisa que el tráfico de drogas debe realizarse en aquella parte del local en el que realmente accede el público. Así, ha considerado que no se aplicará la agravante “cuando la conducta se realiza en un cuartito particular que hacía las veces de almacén, sin estar destinado al uso público, sino al propio del acusado”. Tampoco será aplicable cuando por ejemplo se lleve a cabo en la cocina. Al ser este uno de los supuestos más frecuentes en la realidad cotidiana, la Jurisprudencia ha dejado sentado que:

“(…). Lo primero que cabe señalar al respecto es que el almacenamiento o depósito de la droga en la cocina de un bar no es incardinable, en principio, en el ámbito del “establecimiento abierto al público” que exige el precepto penal. En este sentido, la STS de 19 de diciembre de 1997, examinando un supuesto idéntico al presente, declara que “pese a que la cocina se ofrezca como de necesaria existencia en un bar, no parece razonable, a los fines que nos ocupan, de ser conceptuada, en sí misma, establecimiento público en sentido propio. Al público que libremente entra en éstos no se le ofrece la posibilidad de que pueda penetrar a su arbitrio en el apartamento dedicado a cocina. Un razonable ámbito teleológico de la circunstancia agravatoria que contemplamos, nos lleva a considerar que conceptualmente la cocina de un establecimiento abierto al público no puede entrar dentro de la operatividad de la agravación. Se trata de un espacio que supone el acotamiento de una esfera comercial reservada tendente a garantizar los procesos serviciales del bar que aseguren la normal funcionalidad de la intendencia del establecimiento, y que se define por su capacidad de exclusión del acceso a terceros, lo que es totalmente contrario a la idea de “abierto al público” que define la tipicidad (...). Que la cocina se excluye del concepto estricto de establecimiento abierto al público es ratificado por la sentencia de 20 de diciembre de 1994”⁸⁸¹. Otra consideración merece el supuesto de que estando guardada la droga en la cocina, el tráfico se realice en la barra del bar, en este supuesto si concurre el fundamento de la agravación.

La Jurisprudencia ha considerado como establecimientos adecuados para la comisión del 368, los bares, pubs, discotecas⁸⁸².

Como manifiesta SERRANO GÓMEZ “la Ley no especifica ningún tipo de establecimientos en particular, por lo que puede ser cualquiera que se halle abierto al público, como bares, cafeterías, discotecas, etc.”. Además, destaca este autor que “hay que entender, por otra parte, que los hechos han de llevarse a cabo mientras el local permanezca abierto al público, no durante el horario en que se encuentren cerrados a los posibles usuarios”⁸⁸³. Una operación de tráfico de drogas realizada en establecimiento público, fuera de las horas de apertura, es evidente que no justifica la aplicación de la

⁸⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 3395 / 1998, de 25 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 4901 / 1999, de 8 de julio.

⁸⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 1328 / 2002, de 10 de julio.

⁸⁸² STS (Sala 2ª), núm. 4838 / 1995, de 3 de octubre.

⁸⁸³ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 720.

agravante. En este sentido, se manifiesta también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁸⁴.

Por otra parte, deberá acreditarse la intención de difundir la droga utilizando el establecimiento público⁸⁸⁵. De ahí, que la posesión que implica una agravación del injusto es la posesión de drogas con la intención de destinarla al tráfico en el local⁸⁸⁶.

No se aplicará la agravante cuando exista un acto aislado de tráfico o alguna venta esporádica⁸⁸⁷.

En el mismo sentido, la Jurisprudencia señala que “por el hecho puntual y esporádico de que el dueño del bar, en dos aisladas ocasiones, por circunstancias especiales, suministre a dos personas una dosis de droga, no supone utilizar el establecimiento para llevar a cabo el tráfico ilícito”⁸⁸⁸.

Aunque la realidad cotidiana ha venido aplicando esta agravante en la venta de drogas en establecimientos abiertos al público, lo cierto es que podrá aplicarse en cualquiera de las conductas del 368 del CP, siempre que se lleven a cabo en un establecimiento público.

Desde el punto de vista probatorio y formal, al tratarse de un lugar público no se requiere autorización judicial para la entrada y registro realizado por la Policía. En tal sentido, la Jurisprudencia⁸⁸⁹ afirma que:

“El Tribunal de instancia da correcta respuesta a tales alegaciones, señalando que no ofrece duda la validez del registro efectuado en el bar al no tratarse de un domicilio sino de un establecimiento abierto al público, que no requiere autorización judicial, incluida la dependencia destinada a cocina que por su configuración, a continuación de la barra del mostrador, carece de privacidad, mencionando Sentencias del Tribunal Supremo que abonan dicho criterio, y a mayor abundamiento, añade que la actuación de los agentes, introduciéndose en la cocina tras el procesado para evitar la desaparición de la droga, responde a un supuesto de fragancia que por disposición expresa del artículo 18.2 de la Constitución, queda excluida la necesidad de autorización judicial o consentimiento. Respecto a la invocada necesidad de la presencia de Letrado, se señala en la sentencia de instancia que la detención no se produjo hasta después de la ocupación de la droga, no siendo necesaria la presencia de Abogado para registrar el bar”.

Es cierto que nuestra Constitución hace explícito reconocimiento del derecho a la intimidad personal con el fin de que permanezca reservada a injerencias extrañas

⁸⁸⁴ Así, STS (Sala 2ª), núm. 631 / 2005, de 16 de mayo; SAP, Asturias, 8ª, núm. 50 / 2005, de 12 de diciembre; SAP, Almería, 3ª, núm. 157 / 2002, de 26 de junio.

⁸⁸⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1268 / 2006, de 20 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 1293 / 2005, de 9 de noviembre.

⁸⁸⁶ STS (Sala 2ª), núm. 840 / 2006, de 20 de julio.

⁸⁸⁷ STS (Sala 2ª), núm. 589 / 2007, de 29 de junio.

⁸⁸⁸ STS (Sala 2ª), núm. 111 / 2004, de 29 de enero.

⁸⁸⁹ STS (Sala 2ª), núm. 317 / 2006, de 23 de enero.

aquella zona de la persona o grupo familiar que constituye su vida privada y donde ésta se desenvuelve. La inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones son manifestaciones esenciales de ese respeto, constitucionalmente consagrado, al ámbito de la vida privada personal y familiar.

Pero no es menos cierto, como tiene declarado esta Sala, que el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que los locales asimilables a tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán domicilio. Esta enumeración no es sino ejemplificativa dado que es claro que el principio que informa dicha disposición se deriva exclusivamente del hecho de que los lugares públicos no amparan la intimidad que protege el domicilio y quienes se encuentran en ellos no tienen una pretensión de privacidad, que el lugar no les puede proporcionar (STS de 8-5-1997). De ahí que la doctrina de esta Sala reiteradamente venga diciendo que para el registro de los locales de recreo como pubs, bares o restaurantes no sea precisa resolución que lo autorice (SSTS de 9-12-1993, 10-4-1995, 18-6-1995 y 26-6-2000) ni la asistencia de Secretario Judicial (STS de 6-4-1994), ya que no constituyen domicilios y no se afecta en ellos el derecho a la intimidad, salvo que exista, además de la parte destinada al público, otra reservada a morada de los titulares del negocio, en cuyo caso ésta última y no la primera, tendrá la consideración de domicilio (STS de 10-12-1994) (...)”⁸⁹⁰.

En cuanto a la posibilidad de cometer esta agravación en *comisión por omisión*, la Jurisprudencia lo ha admitido siempre y cuando se acredite la posición de garante del culpable⁸⁹¹. Para ello, se basa en el apartado 19 del art. 36, de la LO 4 / 2015, de 30 de marzo, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana:

“A los efectos de la presente ley, constituyen infracciones graves:

La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos”.

Así, por ejemplo en la STS (Sala 2ª), núm. 2341 / 2001, de 11 de febrero de 2002, se afirma:

“(…). La autoría de la recurrente puede ser también fundada en el art.11 CP, dado que como se extrae del F. segundo de la sentencia recurrida, era concedora del tráfico ilegal, pues estaba presente en el local con asiduidad. Bajo tales condiciones, la recurrente, propietaria del establecimiento, era garante de que en el mismo no se cometieran delitos de esta gravedad, pues la obligación de impedir la comisión de tales hechos surge del amplio concepto de favorecimiento del tráfico de drogas que prevé como alternativa típica el art. 368 CP”⁸⁹².

⁸⁹⁰ En la misma línea, cabe destacar las STS (Sala 2ª), núm. 831 / 2007, de 29 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 589 / 2007, de 29 de junio, y STS (Sala 2ª), núm. 1201 / 2005, de 27 de octubre.

⁸⁹¹ STS (Sala 2ª), núm. 1535 / 2004, de 29 de diciembre.

⁸⁹² En la misma línea las STS (Sala 2ª), núm. 300 / 2007, de 2 de abril, y STS (Sala 2ª), núm. 1164 / 2006, de 26 de noviembre.

Desde el punto de vista doctrinal, ÁLVAREZ GARCÍA considera inadmisibles la comisión por omisión en esta circunstancia agravada por los siguientes motivos: “1) El delito de tráfico de drogas tiene la estructura de tipo de peligro abstracto; 2) El artículo 11 del CP, al que están necesariamente vinculadas las conductas de comisión por omisión, exige la producción de un resultado material⁸⁹³, y 3) Porque como argumenta ACALE SÁNCHEZ la existencia misma de la norma de la LO de Seguridad Ciudadana más arriba referida impide la sanción penal, pues “si se hubiera querido castigar penalmente a este sujeto, no se hubiera incluido esta infracción en la ley administrativa pues, como se sabe, no cabe la doble sanción penal y administrativa por igualdad de hechos, sujetos y fundamento, sin que, en todo caso, haya de entenderse preferente el castigo penal en perjuicio del administrativo. Por lo tanto, resulta inviable la exigencia de responsabilidad criminal en comisión por omisión”⁸⁹⁴.

En mi opinión, no resulta admisible la figura de la comisión por omisión en esta circunstancia agravada. Dado que para la aplicación de tal figura, se exige que el sujeto obligado a actuar se encuentre en una posición de garante respecto a la no producción del resultado típico, y haya podido evitarlo. Es la posición de garante la que permite imputar el resultado a la omisión.

Si bien, el delito de tráfico ilícito de drogas es un delito de peligro abstracto considero al igual que gran parte de la doctrina, que tales comportamientos pueden darse en los delitos de tráfico de drogas, interpretando el deber de impedir el resultado, como el deber de impedir el peligro para el bien jurídico protegido⁸⁹⁵.

No obstante, en el supuesto que nos ocupa, es discutible que los responsables o los empleados de los establecimientos abiertos al público, ocupen una verdadera posición de garantes que les haga responsables del tráfico ilícito de drogas.

Por tanto, no se les puede exigir responsabilidad penal por el comportamiento omisivo, pudiendo generar, en su caso, una responsabilidad de tipo administrativo conforme a lo dispuesto en el apartado 19 del art. 36, de la LO 4 / 2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana.

4ª. “Las sustancias a las que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamientos de deshabitación o rehabilitación”.

A raíz de la reforma de la LO 15 / 2003, se refunde el 369,4º y parte del 369,1º, ambos del CP del 95.

⁸⁹³ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 182.

⁸⁹⁴ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 158. Otros autores que rechazan la responsabilidad penal de la comisión por omisión de los responsables o empleados de los establecimientos públicos son, entre otros, REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 219. GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, pp. 89 y 90.

⁸⁹⁵ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, 97. SILVIA SÁNCHEZ, JM.: *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 64 y ss.

Para un sector de la doctrina el fundamento de esta agravación consiste en el especial desvalor de resultado, en el mayor reproche que tiene facilitar la droga a estos sujetos⁸⁹⁶.

Para la Jurisprudencia el fundamento de esta agravante es la menor capacidad de los menores para autodeterminarse, y la disminución de sus defensas frente al riesgo que conlleva el consumo de tales sustancias⁸⁹⁷.

Como señala SUBIJANA ZUNZUNEGUI “esta debilidad en el diseño y despliegue de estructuras de contención ante el peligro de inmisión en el consumo de productos tóxicos, puede obedecer a circunstancias como:

- a) Inacabado desarrollo personal por la minoría de edad (menor de 18 años).
- b) Limitada capacidad para comprender el significado del riesgo que asumen o para adecuar su conducta a tal significación (disminuido psíquicos).
- c) Inestable motivación volitiva para oponerse al consumo, por tratarse de personas que han evidenciado, en momentos vitales cercanos al ofrecimiento, una adicción al consumo de tales sustancias y, por esa razón, se encuentran inmersas en un tratamiento de deshabitación o rehabilitación”⁸⁹⁸.

Por su parte, MONTERO LA RUBIA advierte que el fundamento de esta agravación está en las graves consecuencias, que la droga causa en las personas que se encuentran aún en proceso de desarrollo personal, aumentando considerablemente el riesgo de padecer deficiencias psíquicas. Asimismo, “como demuestran estudios del Ministerio de Sanidad, la percepción del riesgo, a pesar de las campañas de información, entre los adolescentes sobre los riesgos del consumo de drogas es siempre menor que entre la población adulta”⁸⁹⁹.

Sujeto activo es tanto el que entrega la droga como el intermediario que sepa que tal entrega se va a realizar a las personas que menciona el precepto. Mediante esta agravación el legislador penal lleva a cabo una protección de los menores de edad y disminuidos psíquicos. No era preciso que el precepto utilizara la expresión “menor de 18 años” ya que se es menor de edad cuando se tienen menos de 18 años.

Si bien ACALE SÁNCHEZ opina que “la agravación no va a ser aplicable en aquellos casos en los que el menor de edad o “incapaz” sean consumidores habituales de drogas tóxicas, pues el plus de protección que ofrece el precepto no se sostendría: se impone en este punto una lectura restrictiva de la letra de la ley”⁹⁰⁰.

Jurisprudencialmente, es indiferente que el menor esté o no iniciado en el consumo, y

⁸⁹⁶ SOTO NIETO.: *El delito...*, *Op. cit.*, pp. 118 y ss. PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, pp. 348 y ss.

⁸⁹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1199 / 2006, de 30 de junio.

⁸⁹⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IJ.: “Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas (El marco judicial en el que se inserta la Ley Orgánica 15 / 2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 74, Madrid, 2004, pp. 80 y 81.

⁸⁹⁹ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 80.

⁹⁰⁰ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 148.

que en todo caso existe un peligro para la salud pública⁹⁰¹.

Cuando se habla de *disminuidos psíquicos* cabe interpretarlo conforme a lo dispuesto en el art. 25 del CP, y en el caso que nos ocupa, debemos entenderlo como “incapaz psíquico”.

En opinión de ÁLVAREZ GARCÍA disminuido psíquico es “aquél que por sufrir padecimientos de tipo psicológico se encuentra impedido de gobernarse por sí mismo en orden a posicionarse frente al consumo de drogas”⁹⁰².

La FGE entiende que el concepto de disminuido psíquico deberá ser interpretado por los Sres. Fiscales, “en atención al fundamento de la agravación, como situaciones personales en las que por razón de padecimientos de carácter permanente, el afectado se encuentra limitado en sus facultades de discernimiento y en su capacidad de autodeterminación en relación con la ejecución de estos comportamientos típicos”⁹⁰³.

A este planteamiento, se le puede criticar, que hable “padecimientos permanentes” mientras que el art. 25 del CP utiliza el término “persistente” que implica que tendrá una larga duración, pero que no será permanente. Lo que es un acierto, es la referencia que hace la Fiscalía a que la falta de autodeterminación se produzca por el consumo.

Al describirse la conducta típica, se utiliza el verbo *facilitar*, por lo que sólo podrá aplicarse la agravante cuando concurra alguna conducta típica del artículo 368 del CP que pueda considerarse de facilitación de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (tráfico, promoción, favorecimiento, o facilitación en términos del art. 368)⁹⁰⁴.

Otros autores consideran que “la facilitación típica” debe interpretarse como entrega material de dichas sustancias a sus destinatarios⁹⁰⁵.

En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS “el término faciliten de la agravación abarca algo distinto a lo que se refiere el del tipo básico, lo que hace que el significado del verbo también sea otro: en el tipo básico se facilita el consumo ilegal de drogas, en el agravado se facilitan las drogas”⁹⁰⁶.

La Jurisprudencia mantiene el siguiente criterio: “(...). Habrá que averiguar si tal término ha de ser aplicado en su primera acepción del diccionario de hacer fácil o posible una cosa o, por el contrario, debe serlo en la segunda de proporcionar o entregar algo. Lo primero autoriza a comprender en el supuesto típico agravado las acciones

⁹⁰¹ STS (Sala 2ª), núm. 155 / 2006, de 8 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 12 / 2004, de 20 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 1199 / 2002, de 28 de junio.

⁹⁰² ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 185.

⁹⁰³ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 5.

⁹⁰⁴ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 25.

⁹⁰⁵ MENDOZA BUERGO.: *Op. cit.*, p. 675.

⁹⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, pp.72 y ss.

tendientes a poner al menor o disminuido psíquico en la vía del consumo de la droga, haciendo éste posible y aproximándolo al acto de consumir; mientras que el segundo obligaría a entenderlo como una conducta de proporción o entrega de la droga a la persona especialmente protegida, de forma que ésta tenga ya la disponibilidad de la misma para poder consumirla cuando desee. En otras palabras, el dilema se plantea en aquellos casos en los que exista una tendencia o propósito de entregar o proporcionar la droga al menor o disminuido psíquico, con oferta de la misma, pero que sin tal entrega llegue a producirse por la intervención de factores ajenos a los dos protagonistas de la acción, traficante y consumidor protegido. Dilema que ha de resolverse acudiendo al “telos” de la ley, conforme al que debe ser interpretado el concepto de “facilitar”, según ha expresado ya alguna sentencia de esta Sala. Interpretación teleológica o de conformidad con el espíritu y finalidad de la norma que también preconiza el art. 3.1 CC como método fundamental para buscar su sentido.

Desde este punto de vista es clara que la finalidad de la norma del subtipo agravado del art. 344 bis a) 1º es, como quedó dicho, proteger a los menores y disminuidos psíquicos de las acciones de terceros que pretendan introducirlos en el mundo de la drogadicción y proporcionales droga para que procedan a su consumo. Y de las dos acepciones antes expresadas la que mejor cumple esa finalidad es la primera, que no sólo constituye el sentido más propio del verbo “facilitar”, sino que permite mejor cumplir aquel fin tutelador, al anticipar la aplicación de la mayor severidad de la ley al momento de la oferta de la droga al menor o disminuido, poniéndolo en condiciones de acceder a ella, esto es, haciendo más fácil o posible su consumo, sin exigir el acto efectivo de proporción o entrega de la sustancia tóxica, estupefaciente o psicotrópica, que en los casos concretos puede no producirse por causas diversas. Es claro que la exigencia de la objetividad de la entrega dejaría en muchos casos indefensos a las personas tuteladas por su mayor indefensión ante incitaciones o acciones tendentes a hacerles más proclive o fácil el consumo de drogas, pero en las que la efectividad de la entrega no se hubiera aún producido, frustrando así la finalidad tuteladora de la ley”⁹⁰⁷.

Desde el punto de vista subjetivo, se requiere que el dolo del culpable abarque el conocimiento de las cualidades subjetivas del sujeto pasivo, es decir, que se entrega la droga a “menores de 18 años, o disminuidos psíquicos”⁹⁰⁸.

Respecto al menor de edad, se da este conocimiento, cuando la edad sea notoria⁹⁰⁹ lo cual se deduce del lugar en que se encuentre, o de su fisonomía⁹¹⁰. De ahí, que sea posible el error del tipo que se resolverá conforme al art. 14.1 del CP.

No obstante, la Jurisprudencia tiende a rechazar el error, afirmando que es posible la comisión del ilícito penal por dolo eventual. Así, dice que “cuando el traficante se determina a vender la droga a quienes por su juventud pueden encontrarse en la línea fronteriza entre la mayoría y la minoría de edad, crea y asume voluntariamente el riesgo de difundir la droga entre menores, por lo que consistiendo el riesgo, se transforma en el

⁹⁰⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1224 / 1993, de 28 de enero. En el mismo sentido, la SAP de Guadalajara, 1ª, núm. 1 / 2003 de 14 de enero.

⁹⁰⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1610 / 2003, de 29 de diciembre.

⁹⁰⁹ STS (Sala 2ª), núm. 12 / 2004, de 20 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 1999 / 2002, de 28 de junio

⁹¹⁰ STS (Sala 2ª), núm. 951 / 2007, de 17 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 666 / 2002, de 15 de abril.

resultado típico y realiza con dolo eventual los elementos objetivos de la modalidad agravada⁹¹¹. En cuanto al disminuido psíquico, cabe deducirse por ejemplo, por su aspecto⁹¹².

La regla general de la Jurisprudencia, en cuanto al error de tipo en este subtipo agravado ha sido excluirlo cuando existe dolo eventual: “El conocimiento de dicha circunstancia forma parte naturalmente del tipo subjetivo de la figura agravada en cuestión, puesto que se trata de un tipo doloso en que el sujeto activo debe abarcar con su conocimiento todos los elementos del tipo objetivo. Otra cosa es que sea suficiente que el aspecto externo del adquirente de la droga revele claramente la minoría de edad del adquirente de la misma. En tal caso podrá ser afirmado el dolo del autor, que será directo o eventual según sea cierto o meramente probable el conocimiento de la edad que proporciona el aspecto externo del adquirente⁹¹³. En definitiva, sólo cuando no exista dolo eventual se podría admitir el error de tipo.

En cuanto a las *personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación* el fundamento de esta agravación, también se basa en la menor capacidad de estas personas para decidir sobre el consumo, afectada por “la situación de toxicomanía que padece⁹¹⁴”.

Según GALLEGO SOLER la voluntad del legislador mediante esta agravación ha sido sancionar con mayor pena al que facilita droga a una persona que “ha manifestado su voluntad de desengancharse del consumo de la droga”, sometiéndose a “tratamiento de deshabitación o rehabilitación⁹¹⁵”.

Debe interpretarse la deshabitación en sentido amplio, como tratamiento para superar la dependencia física a la sustancia, y como proceso de deshabitación psicológica. La rehabilitación está más vinculada al proceso de “reestructuración social del sujeto, y no tanto con el individual⁹¹⁶”.

Es necesario que efectivamente estén sometidas a dicho tratamiento, entendiéndose por tal “el conjunto de actos sistemáticos dirigidos a abandonar el consumo de drogas bajo la dirección de un especialista⁹¹⁷”.

Igualmente, es necesario que se acredite por los medios del artículo 87 del CP. Por tanto, se requiere informe del centro correspondiente e informe del médico forense que constate que en el momento de cometerse la conducta típica, el culpable estaba sometido al tratamiento.

⁹¹¹ STS (Sala 2ª), núm. 4482 / 1980, de 5 de noviembre. En la misma línea, STS (Sala 2ª), núm. 400 / 2006, de 6 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 255 / 2005 de 28 de febrero.

⁹¹² STS (Sala 2ª), núm. 669 / 2002, de 15 de abril.

⁹¹³ STS (Sala 2ª), núm. 1610 / 2003, de 29 de diciembre.

⁹¹⁴ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 228.

⁹¹⁵ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 164.

⁹¹⁶ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 124.

⁹¹⁷ COTELO LÓPEZ, C.: “Artículos 369 y 370 del Código Penal: Tipos agravados en el tráfico de drogas”, en *Delitos contra la salud pública. Novedades Jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, CGPJ, Madrid, 2007, p. 137.

Igualmente será aplicable a las personas sometidas a “programas de reducción de daños o de objetivos intermedios en que, si bien no se produce estrictamente una deshabituación, sí se produce un intento de cambio de patrón de consumo o de reducir los daños asociados al mismo, como son los supuestos de tratamientos con sustitutivos opiáceos”⁹¹⁸.

Desde el punto de vista subjetivo, para que exista dolo, el culpable debe conocer que la persona a la que se le entrega la droga, está sometida a un tratamiento de deshabituación o rehabilitación⁹¹⁹.

5ª. “Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”.

Se trata de la agravación que mayor polémica ha suscitado en la doctrina y la que ha ocupado la mayor atención en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹²⁰.

El fundamento de la agravación es el mayor riesgo para la salud pública, ya que al aumentarse la cantidad de droga, se incrementa la capacidad de difusión de la misma y por tanto el consumo⁹²¹. Constituye la circunstancia de mayor aplicación en la praxis judicial.

La cuestión más criticada doctrinalmente, ha sido la ausencia legal de un concepto de *notoria importancia* cuya concreción deberá realizarse jurisprudencialmente.

Como señala DÍEZ RIPOLLÉS “las dificultades para uniformar los criterios sobre los que deba ser cantidad de notoria importancia, prueba cotidiana de lo cual son las diferencias entre las distintas Audiencias entre éstas y el Tribunal Supremo, y dentro de cada uno de estos Tribunales, representando una insostenible fuente de inseguridad jurídica”⁹²².

El concepto de notoria importancia es considerado por la Jurisprudencia como un concepto necesariamente indeterminado dado la diversidad de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y derivados que surgen constantemente. Si bien es un concepto indeterminado cuya concreción se atribuye al Juzgador, no vulnera el principio de legalidad. Se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados cuando en el tipo penal se contengan los elementos esenciales de la infracción penal⁹²³.

⁹¹⁸ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 124.

⁹¹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 935 / 1999, de 12 de junio.

⁹²⁰ Vid. REQUEJO CONDE, C.: “Consideraciones jurídico - penales sobre el concepto de cantidad de notoria importancia y conductas de extrema gravedad en el delito de tráfico de anfetaminas”, *Actualidad Penal*, Semana del 1 al 7 de febrero de 1999, pp. 110 y ss. MAGRO SERVET, V.: “El concepto de notoria importancia como subtipo agravado del delito de tráfico de drogas”, *Poder Judicial*, núm. 34, 1994, pp. 162 y ss.

⁹²¹ STS (Sala 2ª), núm. 1427 / 2000, de 21 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 581 / 1995, de 28 de abril.

⁹²² DÍEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 83.

⁹²³ STS (Sala 2ª), núm. 28 / 1993, de 18 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 28 / 1989, de 11 de noviembre.

Con el fin de evitar interpretaciones diversas, surge la necesidad de unificar criterios en esta materia. De este modo, los Acuerdos No Jurisdiccionales dictados por el Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2001 y de 13 de diciembre del 2004, establecen las cantidades a partir de las cuales se aplica la agravación, fijándola en quinientas dosis de consumo diario de la sustancia que se trate.

ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA 2ª DE 19 - 10 - 2001

1. “La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del Código Penal, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.
2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.
3. No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.
4. Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro - sobre la base del remitido por el Instituto Nacional de Toxicología - en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho Instituto”.

ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA 2ª DE 13 - 12 - 2004

“Cuestión: Sustancia GHB (gammahidroxitirato y ácido gammahidroxitirico). Criterio para poder apreciar la agravante específica de cantidad de notoria importancia.

ACUERDO. Sustancia que debe considerarse causa grave daño a la salud. La cantidad de notoria importancia debe fijarse en 10.500 gramos de dicha sustancia en estado puro. Igual criterio debe seguirse para la sustancia denominada GBL, abreviatura de gammabutirolactona”.

Para aplicar la agravante, partiendo de las cantidades fijadas por el Tribunal Supremo, habrá que descontar de la droga incautada, la destinada al autoconsumo⁹²⁴. La cantidad que debe deducirse se fijará en función de los siguientes indicios: la capacidad económica del sujeto, su adicción, el precio por el que compró la droga, etc⁹²⁵.

⁹²⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1010 / 1993, de 30 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 873 / 1999, de 27 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1269 / 1999, de 13 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 54 / 1999, de 18 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 977 / 1996, de 5 de diciembre.

⁹²⁵ STS (Sala 2ª) núm. 1269 / 1999, de 13 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 1010 / 1993, de 30 de abril.

Por otro lado, fundamental para la aplicación del subtipo agravado, es tener en cuenta la pureza de la sustancia, tal y como se refleja en el punto 2 del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre del 2001:

“Para la concreción de la agravante (...) se mantendrá el criterio (...) de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados”.

Actualmente, *los métodos científicos de análisis de la pureza* de la droga tienen un margen de error del 5%, por lo que no se aplicará la agravación cuando descontado ese 5 %, la cantidad que resulta de la pureza sea inferior a la fijada como de notoria importancia⁹²⁶.

También, se ha admitido por la Jurisprudencia el análisis de la pureza de la droga utilizando el *análisis aleatorio* de muestras de la droga incautada, sacando la media de pureza, y aplicándolo posteriormente a la totalidad de la droga⁹²⁷.

Sin embargo, como hemos visto, el Tribunal Supremo no exige la reducción a pureza del Hachís y sus derivados. La razón es el origen natural del hachís, por lo que lo esencial para aplicar la agravación es el principio activo de THC, que no se presenta en estado puro, por lo que no es relevante su grado de concentración una vez conocida su toxicidad⁹²⁸. En el Acuerdo se ha fijado una cantidad de notoria importancia del hachís de 2.5 kilos.

No obstante, excepcionalmente la Jurisprudencia ha dado relevancia penal al principio activo existente en el hachís, aún cuando la cantidad incautada sea algo inferior a los 2.5 kilos⁹²⁹. Cuando el principio activo sea inferior al de hachís, la cantidad de notoria importancia será de 10 kgrs (cantidad aplicable a la marihuana)⁹³⁰.

A partir del Acuerdo del 2001 del Tribunal Supremo, y limitándonos a las sustancias tóxicas de mayor presencia judicial, la notoria importancia se fija en 300 gramos de heroína, 120 gramos de metadona, 750 gramos cocaína, 2.5 kilos de hachís, 10 kilos de marihuana, 300 gramos de LSD, 90 gramos de anfetaminas y 240 gramos de MDA, MDMA y MDEA⁹³¹.

Por otra parte, la Jurisprudencia ha admitido la suma de cantidades de distintas sustancias incautadas, para alcanzar la notoria importancia, siempre que el resultado final supere las 500 dosis⁹³².

⁹²⁶ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 137.

⁹²⁷ Así, en STS (Sala 2ª), núm. 261 / 2006, de 14 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 836 / 2004, de 5 de julio; ATS núm. 1484 / 2006, de 29 de junio.

⁹²⁸ STS (Sala 2ª), núm. 113 / 2004, de 9 de octubre.

⁹²⁹ STS (Sala 2ª), núm. 4606 / 2002, de 26 de junio.

⁹³⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1113 / 2004, de 9 de octubre.

⁹³¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI.: *Op. cit.*, p. 82.

⁹³² STS (Sala 2ª), núm. 261 / 2006, de 14 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 742 / 2003, de 22 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1067 / 2002, de 27 de septiembre.

Como indica ÁLVAREZ GARCÍA “es posible que la droga se incaute a varias personas, cada una de las cuales portan parte de la misma, de forma que la suma de las distintas sustancias que lleva cada uno de los implicados supere las 500 dosis necesarias para apreciar la notoria importancia, pero no así las cantidades que cada individuo porta, aisladamente consideradas”⁹³³.

Lo que la Jurisprudencia no admite, en el caso de delitos cometidos conjuntamente por varias personas, es que exista un reparto total de la droga, entre ellas, para evitar la aplicación de la agravación⁹³⁴.

Finalmente, cuando en la comisión del delito intervienen varias personas, debe distinguirse entre los que conocen la notoria importancia y los que no⁹³⁵. Al ser un tipo agravado, deberá aplicarse el artículo 14.2 del CP que impide aplicar el elemento cualificador o la circunstancia agravante al que la desconociera.

No obstante, la Jurisprudencia ha venido a aplicar en algunos supuestos la doctrina del dolo eventual incompatible con el error. En efecto, basta con que el sujeto activo se plantee la posibilidad de estar portando una cantidad significativa de droga.

Así, la Jurisprudencia apreció dolo eventual en el caso de que el recurrente supiera que transportaba una maleta que contenía droga. Pero nada evidenciaba, que en el caso de haber comprobado la cantidad que portaba, hubiera dejado de trasportarla⁹³⁶.

6ª. “Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud”.

Las conductas típicas propias de esta agravación son la “adulteración, manipulación o mezcla” que se puede reconducir a la idea de adulteración en sentido amplio⁹³⁷.

El fundamento de la agravación es el incremento del riesgo para la salud de las personas que conlleva el consumo de tales sustancias. De ahí, que para su aplicación se requiere no sólo la adulteración, manipulación o mezcla de las drogas, sino que como consecuencia de ello se incremente el riesgo para la salud de las personas⁹³⁸.

De este modo, la FGE en la Circular 2 / 2005, de 31 de marzo señala que “la apreciación de este subtipo exige que la mezcla aumente el riesgo de daño a la salud, por lo que no será de aplicación cuando, por el contrario, la adulteración disminuya o atenúe los potenciales efectos nocivos sobre el organismo de la sustancia resultante”⁹³⁹.

⁹³³ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 201.

⁹³⁴ STS (Sala 2ª), núm. 381 / 1996, de 3 de mayo.

⁹³⁵ STS (Sala 2ª), núm. 711 / 2003, de 16 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1459 / 2001, de 23 de julio.

⁹³⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1365 / 2005, de 22 de noviembre.

⁹³⁷ GALLEGOS SOLER.: *Op. cit.*, p. 168.

⁹³⁸ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 230.

⁹³⁹ CÍRCULAR DE LA FGE núm.2 / 2005..., *Op. cit.*, p. 4.

Por otro lado, SUBIJANA ZUNZUNEGUI indica que “el aumento del riesgo puede ser cualitativo - se crean riesgos para la salud distintos a los generados por el consumo del tipo de droga suministrada - o cuantitativo - facilitada -”⁹⁴⁰.

En todo caso, para la aplicación de la agravación se requerirá “un dictamen pericial que de manera inequívoca indique, además del grado de pureza de la sustancia estupefaciente, aquellas sustancias con las que la droga se ha mezclado o adulterado y especifique por qué la mezcla o producto resultante es o puede ser nocivo para la salud que la sustancia original”⁹⁴¹.

Se consumará la agravación tanto en el caso de que se adulteraran, mezclaran o manipulen las drogas, como que se posean, conociendo tales circunstancias, con la intención de destinarlas al tráfico⁹⁴².

Para GALLEGO SOLER, sujeto activo será tanto el que adulterara, manipule o mezcle las sustancias, como el que las posea para traficar con ellas, sabiendo que están adulteradas⁹⁴³. Sin embargo, ACALE SÁNCHEZ estima que no puede admitirse dicha interpretación puesto que en los delitos contra la salud pública relativos a medicamentos y alimentos, el legislador castiga separadamente al que los manipula y al que a sabiendas de ello, los introduce en el mercado para su consumo⁹⁴⁴. Claramente, probar en el proceso que va desde la elaboración de las drogas hasta que lleguen a manos del consumidor final, en qué momento se ha producido la manipulación, puede ser complicado⁹⁴⁵.

La agravación alude tanto a la adulteración, manipulación o mezcla de drogas tóxicas entre sí, como la que se produzca con otra u otras sustancias siempre que en ambos casos se incremente el riesgo para la salud. De ahí, que se excluyan las mezclas o adulteraciones sobre el grado de pureza de la sustancia para ser consumidas, ya que no se produce dicho riesgo.

Una de las conductas que se mencionan en el texto legal es la de mezclar sustancias, por tanto, será aplicable la agravación cuando se mezclen drogas como la heroína y la cocaína (*speedball*) o sustancias psicotrópicas como los euforizantes y tranquilizantes⁹⁴⁶.

No obstante, un sector de la doctrina considera que no puede incluirse aquellas sustancias que llegan al sujeto elaboradas, puesto que éstas son sustancias nocivas nuevas⁹⁴⁷.

⁹⁴⁰ SUBIJANA ZUNZUNEGUI.: *Op. cit.*, p. 83.

⁹⁴¹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Delitos contra la salud pública. Subtipos agravados” en *Estudios del Ministerio Fiscal, Cursos de Formación*, núm. 1, 1994, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 695.

⁹⁴² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 230.

⁹⁴³ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 167.

⁹⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, pp. 176 y 177.

⁹⁴⁵ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 232.

⁹⁴⁶ SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, p. 204.

⁹⁴⁷ COTELO LÓPEZ.: *Op. cit.* p. 141. GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 167.

ACALE SÁNCHEZ dice que “si el legislador ha querido castigar precisamente la mezcla de drogas tóxicas entre sí, habrá que aplicar la agravación a estos supuestos”⁹⁴⁸.

Por otra parte, se requiere que el incremento de la lesividad de la droga, sea consecuencia de la adulteración, manipulación o mezcla. Así, no será aplicable el tipo básico en sustancias de gran lesividad para la salud, que no hayan sido mezcladas y, sin embargo, se estimará el tipo agravado cuando aún teniendo una menor lesividad, la droga haya sido adulterada, manipulada o mezclada.

En aquellos supuestos en los que el consumo de tales sustancias conlleve la muerte, deberá aplicarse las normas del concurso “que habilitarán el concurso ideal de infracciones cuando la muerte sea imputable al sujeto a título de dolo o de imprudencia, con los respectivos delitos de homicidio doloso o culposo, no pudiendo hacerse responsable al expendedor del fatal desenlace cuando la muerte del consumidor no responda al riesgo inherente creado por la venta, sino a otras circunstancias (...)”⁹⁴⁹.

Finalmente, esta agravación es dolosa por lo que para su aplicación se requiere que el sujeto conozca:

1. Que las sustancias adulteradas, manipuladas o mezcladas tengan la condición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos.
2. Que las conductas realizadas son de adulteración, manipulación o mezcla.
3. Que tales conductas implican un potencial lesivo para el bien jurídico.
4. Que las sustancias o productos adulterados, manipulados o mezclados pueden incrementar el daño para la salud⁹⁵⁰.

7ª. “Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades”.

Podemos observar, como la reforma llevada a cabo por LO 15 / 2003 a introducido algunos cambios. En primer lugar, en la redacción anterior de este subtipo, regulado en el 369.1ª del CP, se incluían también a los menores de edad y a los disminuidos psíquicos, incluidos ahora en el 369.1.5ª junto a las personas sometidas a tratamientos de deshabitación o rehabilitación. En efecto, la LO 15 / 2003 ha venido a diferenciar la agravación por razón de los sujetos destinatarios de la droga y los lugares de difusión de la misma.

También se ha ampliado su marco de aplicación. Por un lado, da cabida a la realización de todas las conductas típicas del 368 del CP, en los lugares mencionados. Por otro lado, se ha establecido la posibilidad de que la acción se lleve a cabo tanto en

⁹⁴⁸ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 178.

⁹⁴⁹ SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, p. 207.

⁹⁵⁰ GALLEGU SOLER.: *Op. cit.*, pp. 179 y 180.

dichos centros y establecimientos, como en sus proximidades. Ello es debido a la mayor facilidad de difusión de la droga, dadas las características de estos centros, por la alteración de su funcionamiento normal y porque habitualmente se integran por un gran número de personas.

Se entiende por centros docentes los “lugares destinados habitualmente a la práctica de enseñanza, sean públicos o privados, tanto escolares como de carácter universitario o de formación profesional”. Las expresiones centros y establecimientos militares no ofrecen dudas interpretativas; por unidades militares debe entenderse “cualquier fracción del Ejército que pueda obrar independientemente bajo las órdenes de un solo jefe”. Establecimientos penitenciarios son los centros dónde cumplen condena los sancionados por infracciones penales⁹⁵¹.

Centros de deshabituación o rehabilitación son aquellos lugares dónde se somete a los drogodependientes a tratamientos de deshabituación o rehabilitación con el fin de desengancharlos de su adicción a las drogas.

De todos los lugares mencionados en esta agravante para la comisión del hecho delictivo, es el de los establecimientos penitenciarios dónde se ha producido una mayor proliferación de casos⁹⁵². Como afirma BARATTA “la cárcel es hoy no sólo escuela de criminalidad, sino también de adicción a la droga”⁹⁵³.

En opinión de SOTO NIETO “el acceso de los estupefacientes a los establecimientos penitenciarios, cualquiera que sea el radio de su proyección, exacerba los males y problemas derivados de su consumo; y se erige en actividad medial o instrumental para su propagación difusa o de tráfico”⁹⁵⁴. Además, dado el “control reglamentado de acceso” tanto de personas, como de objetos, así como la posibilidad de practicar registros en las celdas se puede hablar, junto a la lesión de la salud pública, de la “infracción de unos mecanismos preventivos que pueden legitimar la mayor penalidad de los tipos agravados”⁹⁵⁵.

No obstante, este argumento parte del presupuesto de que en la mayoría de las ocasiones esta agravación se plantea en los casos en los que droga es introducida en los establecimientos penitenciarios por los familiares y amigos que van a visitar a los presos, o les envían paquetes o correspondencia, o en los supuestos de tenencia de la droga por los propios presos en sus celdas.

Pero debe tenerse en cuenta que esta agravante también se puede aplicar cuando son los propios funcionarios penitenciarios los que introducen la droga. Ello debilita el

⁹⁵¹ SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, p. 213 y ss.

⁹⁵² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 215.

⁹⁵³ BARATTA, A.: “Introducción a la criminología de la droga” en *Comunidad y drogas*, Cuadernos técnicos de estudios y documentación, núm. 3, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1988, p. 34.

⁹⁵⁴ SOTO NIETO.: *El delito...*, *Op. cit.*, p. 122.

⁹⁵⁵ Cfr. Críticamente MENDOZA BUERGO.: *Op. cit.*, p. 676. Para PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 353 lo definitorio de esta agravación - así como las de introducción o difusión en centros o dependencias docentes, o militares - se encuentra en “el psiquismo o situación anímica del que se halla en estos lugares, lo que se concreta en una mayor disposición para el consumo de drogas”.

argumento de la “infracción de los mecanismos preventivos”, lo que tal vez reforzaría la tesis de lo que se pretende proteger mediante esta agravación es “la seguridad y el buen orden formal del establecimiento”⁹⁵⁶.

En el caso de los centros, establecimientos y unidades militares el fundamento de la agravación es “el riesgo adicional de difusión y perturbación del orden y disciplina del establecimiento militar”⁹⁵⁷.

Cuando se trate de centros docentes según ARROYO ZAPATERO el fundamento de la agravación “reside en la mayor fragilidad de los menores frente a la seducción que la droga opera”⁹⁵⁸.

No obstante, no puede limitarse los centros docentes a los centros en los que asisten menores, como se ha expuesto con anterioridad, con tal expresión se alude a los centros dedicados a la enseñanza tanto escolares, universitarios o de formación profesional.

En opinión de GALLEGO SOLER es más acertado considerar que el fundamento de la agravación en tales casos consistiría en “la mayor potencialidad difusora de la acción de tráfico al utilizar los centros docentes como medio a través del cual poder hacer llegar a un mayor número de personas - con independencia de la edad - el ofrecimiento de la droga”⁹⁵⁹.

Respecto a los centros de deshabituación y rehabilitación el fundamento de la agravación se centra más que en el lugar en el que se introduce la droga, en la situación material en la que se encuentran las personas que asisten a tales centros. Por lo que la agravación de la pena se fundamenta en la conducta del traficante que pretende valerse de la situación de debilidad y padecimientos de los consumidores que asisten a estos centros con el fin de desengancharse de la droga y rehabilitarse⁹⁶⁰.

Por otra parte, para que pueda aplicarse alguna de estas agravaciones, se exige que la conducta sea típica conforme a lo dispuesto en el art. 368 del CP⁹⁶¹. Así, se excluyen los supuestos en que el penado adquiere durante un permiso droga para su consumo o la introducción en los establecimientos penitenciarios de pequeñas cantidades destinadas a paliar los efectos del síndrome de abstinencia, algún familiar o amigo, y siempre que obedezca a razones humanitarias⁹⁶².

El Tribunal Supremo ha destacado la necesidad, para la aplicación de la circunstancia, de que la introducción de las drogas en los lugares mencionados se haga en grandes

⁹⁵⁶ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 32.

⁹⁵⁷ STS (Sala 2ª), núm. 7283 / 1995, de 3 de mayo.

⁹⁵⁸ ARROYO ZAPATERO.: “Aspectos penales del delito de tráfico de drogas”, *Poder Judicial*, núm. 11, Madrid, 1984, pp. 23 y ss.

⁹⁵⁹ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 34.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 37.

⁹⁶² STS (Sala 2ª), núm. 1997 / 2000, de 28 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 721 / 1994, de 12 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 2015/ 1993, de 16 de septiembre.

cantidades con el fin de difundirlas a las personas que se encuentren en ellos, existiendo un peligro real de propagación. Cuando el lugar de difusión de las sustancias sean centros docentes o de deshabitación o rehabilitación, el fundamento de la agravación es la protección de los menores y drogadictos sometidos a tratamiento de deshabitación, por su menor capacidad de decisión. En el caso de que la acción se lleve a cabo en centros, establecimientos o unidades militares o establecimientos militares, el fundamento es la protección del orden y disciplina en estos lugares⁹⁶³.

El Tribunal Supremo aplica el tipo básico cuando no exista tal riesgo de difusión como en el supuesto de pequeñas cantidades de droga⁹⁶⁴.

La necesidad de que exista un riesgo de difusión de la droga en los lugares que enumera el precepto, incide en la consumación del subtipo agravado. Existe una orientación jurisprudencial que aprecia tentativa acabada de difusión, cuando la droga sea incautada en los controles de entrada a los Centros⁹⁶⁵.

También la Jurisprudencia considera que el subtipo de introducción de drogas en el centro penitenciario se configura como delito de resultado, que se consuma con la introducción de sustancias en el centro, aunque no hubieran sido aún difundidas entre los internos, y que no se apreciara, en el caso de que la droga sea interceptada en los controles de entrada a los Centros⁹⁶⁶.

No obstante, en otras resoluciones se afirma que la agravación se consuma cuando se intente pasar con la droga el umbral del Centro, de tal modo que se aplicará la agravación cuando la droga sea interceptada en el control de acceso, pero dentro del umbral del Centro. Es necesario que la droga haya sido introducida en las dependencias del Centro de modo que se haga posible la difusión⁹⁶⁷.

Es evidente, que el subtipo se consumará cuando se realice alguna de las conductas típicas del 368, en los lugares que se enumera, lo relevante penalmente es determinar si la tenencia de la droga se produce dentro o fuera del Centro. Ahora bien, dado que el subtipo se ha ampliado a las proximidades del centro, deberá apreciarse en el caso de que la droga sea interceptada en el control de entrada de los Centros. De este modo, la Circular FGE 2 / 2005, de 31 de marzo, señala, que “por el contrario y respecto de la totalidad de los centros o establecimientos que se relacionan, se amplía el ámbito espacial de protección al incluir respecto a todos ellos la alocución en sus proximidades”⁹⁶⁸.

Finalmente se modifica la definición del comportamiento típico concretada en la redacción original del Código Penal de 1995, en la realización de actos de introducción

⁹⁶³ STS (Sala 2ª), núm. 523 / 1995, de 3 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 523 / 1992, de 17 de enero.

⁹⁶⁴ STS (Sala 2ª), núm. 523 / 1995, de 3 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 710 / 1994, de 28 de marzo.

⁹⁶⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1553 / 2003, de 21 de noviembre.

⁹⁶⁶ STS (Sala 2ª), núm. 68 / 2001, de 29 de enero.

⁹⁶⁷ STS (Sala 2ª), núm. 515 / 1998, de 6 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 1997 / 2000, de 28 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 311 / 1997, de 7 de marzo.

⁹⁶⁸ CIRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 5.

o difusión en dichos centros o establecimientos, por la más amplia de realización de “las conductas descritas en el artículo anterior”, es decir, todas las incluidas en el artículo 368, cuando se lleven a efecto en dichos lugares o en sus proximidades.

Todo ello supone una extraordinaria ampliación del ámbito de aplicación de esta agravación. En primer término porque obliga a considerar definitivamente superado el debate sobre la interpretación del subtipo, que la Jurisprudencia reciente apreciaba si se constataba efectiva introducción o difusión o si la acción había generado un riesgo real de propagación entre los internos del centro o establecimiento⁹⁶⁹, ya que en la actual regulación, la conducta típica se define con mucha más amplitud incluyendo cualquiera de los comportamientos previstos en el tipo básico y en segundo lugar, porque se amplía el marco espacial de protección al referir la aplicación de la circunstancia agravatoria no al centro o establecimiento mismo sino también a sus proximidades”.

La ampliación del ámbito sancionador, ha extendido la agravación a las “proximidades de estos centros”. El concepto de *proximidad* es un concepto indeterminado de ahí que su concreción deberá realizarse por la Jurisprudencia.

La FGE señala que deberá interpretarse de acuerdo a dos criterios, uno geográfico, estrictamente de cercanía del lugar y otro finalístico, es decir, que la conducta se realice con el fin de favorecer, facilitar o promover el consumo de drogas en tales establecimientos.

Así, la Circular citada, señala que “llama la atención la imprecisión del concepto “proximidades”, que en sus contornos habrá de ser debidamente matizado a través de las resoluciones que se dicten por los órganos judiciales en los supuestos concretos que se sometan a su conocimiento. Precisamente la dificultad que plantea la interpretación de este término, determinó que la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas en su sesión plenaria celebrada los días 18 y 19 de noviembre del pasado año, se pronunciara a favor de “conjuguar la delimitación de la “proximidad” desde una perspectiva de carácter geográfico, con el elemento finalístico o tendencial consistente en que las conductas se realicen con el propósito de favorecer, promover o facilitar el consumo ilegal de drogas en tales centros o establecimientos (...). Por todas estas razones, los Sres. Fiscales en orden a la aplicación de este subtipo deberán hacer una interpretación en la que se valoren elementos objetivos tales como la proximidad espacial en sentido estricto o la ubicación de los lugares especialmente protegidos en relación con otros edificios o núcleos de población cercanos, criterio éste de carácter relativo que puede ser diferente en cada caso y la incidencia que en los efectos del delito pueda tener dicha situación geográfica. Así, en ese sentido, la cualificación de proximidad en relación con cada uno de estos lugares será aplicable a aquel espacio en el que se proyecte la razón de la agravación y no en el que meramente esté cercano en sentido puramente geográfico. Todo ello sin perjuicio de que, además, se constate efectivamente la concurrencia del elemento subjetivo del subtipo agravado, es decir, el conocimiento por parte del sujeto activo de la situación de cercanía territorial y su aprovechamiento para potenciar el consumo en los lugares especialmente protegidos o por las personas que acuden a los mismos”⁹⁷⁰.

⁹⁶⁹ STS (Sala 2ª), núm. 68 / 2001, de 29 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 1553 / 2003, de 21 de noviembre.

⁹⁷⁰ CIRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 6.

8ª. “El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”.

Esta circunstancia ha sido introducida por la LO 15 / 2003 en virtud del artículo 3.5 de la Convención de Viena, de 20 de diciembre de 1988, por el que el Estado español debe castigar con mayor pena el tráfico de drogas en las que se emplee violencia o armas. El informe del CGPJ a la LO 15 / 2003 criticó la inclusión de esta agravación, al considerar que “ la violencia o el uso o exhibición de armas no incrementa el riesgo para el bien jurídico protegido por estos artículos, la salud pública, sino que más bien resultaría afectado otro bien jurídico como es la vida, la libertad o la integridad física de las personas y que en estos supuestos lo que debería aplicarse es el concurso de delitos, como se ha hecho hasta ahora por ejemplo en SSTs de 29 -1- 03, 12 -05- 2003 o 18 -09- 2003”⁹⁷¹.

Su fundamento es la mayor gravedad de la conducta típica por la utilización de alguno de los medios que se enumera. De ahí, que debe darse una relación de instrumentalidad, entre el tráfico de drogas y el empleo de violencia y la exhibición o el uso de armas. Los medios utilizados se caracterizan por limitar la libertad del sujeto pasivo e implicar un riesgo para la integridad física.

Tiene escasa aplicación práctica ya que no suele ser habitual el empleo de violencia o armas, en el tráfico de drogas. Como indica ÁLVAREZ GARCÍA “hay que tener en cuenta que estas infracciones criminalizan ordinariamente negocios, de carácter ilícito, bien es cierto, pero negocios al fin y al cabo, y, como tales, realizados normalmente por personas que obran con entera libertad”⁹⁷².

Se exige que la violencia o el arma se utilicen “para “cometer el hecho. Así, la FGE señala que “debe indicarse que del tenor gramatical del precepto se colige que el empleo de violencia o armas debe estar orientado directamente a la comisión del delito, es decir, al aseguramiento o protección de actos de cultivo, elaboración, tráfico o de cualesquiera otros destinados a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo, no siendo aplicable por tanto esta circunstancia agravatoria si dichos medios se utilizan en un momento posterior, culminada que sea la acción delictiva, por ejemplo para dificultar el descubrimiento del delito o la detención de sus autores, sin perjuicio, en cualquier caso, de la calificación jurídico - penal que, en sí mismos, merecieran dichos hechos”⁹⁷³.

Por otra parte, el precepto no nos ofrece un concepto de arma, ante ello la FGE entiende que “no existiendo un concepto legal de “arma” en el Código Penal, deben perfilarse sus contornos, en orden a la aplicación de este subtipo, conforme a las pautas exegéticas propias del ordenamiento penal”⁹⁷⁴. A estos efectos resulta obligada la referencia al Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137 / 1993, de 29 de enero, que si bien no facilita un concepto de lo que debe entenderse por armas, si establece una relación y clasificación de las mismas, que no obstante debe ser matizada,

⁹⁷¹ COTELO LÓPEZ.: *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

⁹⁷² ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 214.

⁹⁷³ CIRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 6.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, p. 7.

en los términos fijados por la Jurisprudencia Constitucional, en el sentido de que “no considerar como tales aquellos instrumentos u objetos, que materialmente no sean armas, aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida”⁹⁷⁵.

2. TIPO CUALIFICADO

La especial incidencia de la criminalidad organizada en los delitos de tráfico ilegal de drogas ya determinó una agravación específica en la redacción dada al art. 344 bis a) 6ª del Texto Refundido del CP de 1973, incorporada por la LO 1 / 1988 con la siguiente redacción: “Cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional”.

La LO 10 / 1995, de 25 de noviembre recogía esta agravación en el art. 369, 6ª si bien añadiéndole la expresión “pertenencia a una asociación”; siendo trasladada con idénticos términos al art. 369.1, 2ª por la LO 15 / 2003, de 25 de noviembre.

La LO 5 / 2010, de 22 de junio ha venido a suprimir la circunstancia 2ª del art. 369.1 lo que “no implica que la pertenencia a una organización delictiva haya dejado de tener entidad para agravar el delito, sino que esta circunstancia recibe una nueva regulación individualizada configurándose como subtipo agravado en el nuevo artículo 369 bis del CP”⁹⁷⁶. El artículo **369 bis del CP** dispone:

“Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

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

Cuando de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de 1 a 3 años, o del doble al cuádruplo del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso 33”.

⁹⁷⁵ STC núm. 24 / 2004, de 24 de febrero.

⁹⁷⁶ CIRCULAR DE LA FGE núm. 3 / 2011..., *cit.*, p. 12.

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

La reforma de la LO 5 / 2010 ha introducido en el párrafo primero del tipo cualificado, la circunstancia agravante 2ª del artículo 369 del CP, en la redacción llevada a cabo por la LO 15 / 2003. Si bien, no solo se ha llevado a cabo un cambio de ubicación sistemática, sino que se ha modificado su contenido material.

Se sanciona al que perteneciendo a una organización delictiva, lleve a cabo las conductas tipificadas en el artículo 368 del CP. Estableciendo una distinta penalidad, según se trate de sustancias que causen o no grave daño a la salud de las personas.

El fundamento de la cualificación es claro, la actuación conjunta de varias personas potencia la acción delictiva, obtienen una mayor facilidad para su ejecución y para evitar su descubrimiento. Además, la existencia de una organización o asociación mantiene el proyecto criminal con independencia de sus integrantes.

Para el Tribunal Supremo la *ratio legis* de esta cualificación consiste en la dificultad del Estado de luchar contra estas organizaciones criminales y en la mayor gravedad de las operaciones que llevan a cabo⁹⁷⁷. De igual modo, se fundamenta en el incremento de la agresión para el bien jurídico protegido ante la mayor capacidad de dichas organizaciones⁹⁷⁸.

Como señala REY HUIDOBRO con esta cualificación “se trata de distinguir la situación del traficante solitario, probablemente también consumidor, de las organizaciones criminales, verdaderos sindicatos del crimen que giran en torno a la producción y el gran comercio de las drogas”⁹⁷⁹.

La punición del tráfico de drogas llevado a cabo por asociaciones u organizaciones criminales son introducidas en Derecho español por LO 8 / 1983, de 25 de junio de reforma del CP de 1973.

La pena agravada prevista en el párrafo segundo del artículo 369 bis, cuando los sujetos activos sean los jefes, administradores o encargados de las organizaciones, fue introducido en el delito de tráfico ilegal de drogas por la LO 1 / 1988, de 24 de marzo. Imponiéndoles, en la regulación vigente, las penas superiores en grado a las previstas en el párrafo primero.

Para el análisis de este tipo debe partirse, en primer lugar, del concepto de organización en la medida en que ello nos permitirá delimitar los supuestos en que resulta aplicable la cualificación, así como precisar las responsabilidades de los integrantes de las mencionadas organizaciones.

⁹⁷⁷ STS (Sala 2ª), núm. 808 / 2005, de 23 de junio.

⁹⁷⁸ STS (Sala 2ª), núm. 184 / 2002, de 12 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 942 / 2000, de 2 de junio.

⁹⁷⁹ REY HUIDOBRO.: *Op. cit.*, p. 44.

En segundo lugar, el art. 369 bis exige que “el culpable perteneciere” a una organización delictiva. La norma legal no utiliza la expresión colaboración con una organización, sino que habla de pertenencia a la misma, que equivale a ser integrante de la organización.

Por tanto, no se aplicará esta cualificación a aquellas personas que sean contratadas para una tarea. No debe confundirse la pertenencia a la organización con la mera colaboración⁹⁸⁰. La simple colaboración con la organización delictiva se tendrá en cuenta en la individualización judicial de la pena⁹⁸¹.

Dado que el estudio detallado del crimen organizado en el delito de narcotráfico, constituye la temática principal de este trabajo de investigación, será objeto de desarrollo en los capítulos siguientes.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 369 bis, viene a sancionar a las personas jurídicas cuando sean responsables de los delitos regulados en los artículos 368 y 369 del CP. De esta manera, se ha venido a ampliar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de narcotráfico. Siendo sujetos activos de este delito, a los que se les impone directamente una pena de multa.

Si bien, en el artículo 369, párrafo segundo del CP, en la redacción dada por la LO 15 / 2003, se incorporó la responsabilidad directa de las personas jurídicas en el delito de tráfico ilícito de drogas, la limitaba a los supuestos previstos en las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del artículo 369 del CP.

Así mismo, en la regulación actual, se establece diversas penas de multas, atendiendo al valor de la droga obtenida, y a la pena prevista en los mismos casos, cuando el sujeto activo sea una persona jurídica.

En el último párrafo, se prevé, además, la aplicación de las penas previstas en las letras *b*) a *g*) del apartado 7, del artículo 33.

3. TIPOS AGRAVADOS DE SEGUNDO GRADO

La LO 5 / 2010, de 22 de junio ha introducido dos modificaciones en los tipos agravados del art. 370 del CP. La primera afecta al ordinal 2º con el fin de adaptarlo a la nueva regulación del art. 369.1, y la segunda relativa a la ampliación del concepto de buque. Quedando redactado el **artículo 370 CP** del siguiente modo:

“Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

⁹⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1090 / 2005, de 15 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 808 / 2005, de 23 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 184 / 2002, de 12 de febrero.

⁹⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 1090 / 2005, de 15 de septiembre.

- 1º. Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
- 2º. Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2ª del apartado primero del artículo 369.
- 3º. Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2º y 3º se impondrá a los culpables, además una “multa del tanto al triplo de la droga objeto del delito”.

El artículo 370 CP, en su redacción originaria, establecía junto a la multa proporcional, la pena privativa de libertad superior en grado a la del 369 CP. De ahí, que las agravaciones que preveía eran de las conductas del 369, es por ello por lo que la doctrina las calificaba como “agravaciones de segundo grado”⁹⁸².

La LO 15 / 2003, de 25 de noviembre modifica la penalidad del 370 del CP, en cuanto remite al tipo básico del 368, al fijar las penas de las que hay que partir para elevarlas en uno o dos grados conforme a aquél precepto. Ello nos llevaría a interpretar, que formalmente, las circunstancias de agravación del 370, son agravaciones del tipo básico.

No obstante, conviene hacer algunas precisiones, ya que dicha afirmación no puede predicarse de todas las circunstancias del 370 CP:

- 1) Son tipos agravados del 368 CP: la utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos y alguno de los supuestos de extrema gravedad.
- 2) La circunstancia relativa al jefe, administrador o encargado de las organizaciones o asociaciones del 369.1.2ª, constituye un tipo agravado del 369.1, en cuanto se exige la existencia de dichos entes y la pertenencia a los mismos de los sujetos.
- 1) También constituye un tipo agravado del 369.1, los supuestos de extrema gravedad siguientes: “exceso notable de la notoria importancia”, “acumulación de tres o más agravantes del 369.1 CP” y “tratarse de una red de carácter internacional”.

Como hemos señalado, el 370 CP atribuye al juez la facultad de imponer la pena superior en uno o dos grados a la prevista en el 368, cuando concurre alguna de las circunstancias que aquél mencionan. No obstante, cabe preguntarnos si esta facultad del juez se extiende a todas las circunstancias del 370 CP.

⁹⁸² MAQUEDA ABREU.: *Op. cit.*, p. 6.

MANJÓN - CABEZA considera que en relación a los tres supuestos de extrema gravedad mencionados, deberá aplicarse la pena superior en dos grados a la del tipo básico cuando se trate de las dos primeras modalidades. Y la superior en grado, cuando se trate de organizaciones internacionales⁹⁸³.

Del mismo modo, en el caso del jefe, administrador o encargado de una organización o asociación debe mantenerse la posibilidad de imponer la pena superior en uno o dos grados, atendiendo a las circunstancias del caso.

También, cuando se utilicen a menores de edad o disminuidos psíquicos se podrá imponer la pena superior en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

Por tanto, se prevé en el 370 CP tres agravaciones de segundo grado:

1º. “Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos”.

Esta agravación es introducida por la LO 15 / 2003, con anterioridad a esta reforma, se incluía al menor de 16 años como agravación del 369. No sólo se ha incrementado la edad de 16 a 18 años, sino también se ha venido a equipar a los disminuidos psíquicos.

Para la doctrina y Jurisprudencia mayoritaria, su fundamento radica en la menor capacidad de estos sujetos para protegerse de los peligros de su implicación en el hecho delictivo, y en la mayor facilidad de comisión del delito, eludiendo responsabilidades penales y dificultando la acción de la justicia. Existe riesgo para los menores o disminuidos psíquicos, “no sólo los derivados de su instrumentalización, sino también aquellos derivados del narcotráfico, pudiendo incluso verse afectada la vida e integridad física y psíquica de los mismos”⁹⁸⁴.

La primera cuestión, consiste en determinar que se entiende por menores de 18 años o disminuidos psíquicos, para lo que me remito a lo expuesto en relación al 369.1.5 CP.

Con todo, lo más importante de esta circunstancia es concretar la conducta típica. Cuando el precepto usa el verbo “utilizar”, se refiere al supuesto en el que una persona utiliza a un menor de edad o disminuido psíquico como instrumento para la comisión de alguna de las conductas del 368 CP.

La Jurisprudencia señala que la agravación se aplicará únicamente cuando el sujeto activo utilice a un menor de edad o disminuido psíquico para la comisión del hecho delictivo, “prevaliéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o captando su voluntad, quedando circunscrito el subtipo agravado al supuesto fáctico en los que el

⁹⁸³ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, pp. 19 y 20.

⁹⁸⁴ STS (Sala 2ª), núm. 109 / 1997, de 15 de enero.

menor es un mero instrumento, sin autonomía, de una voluntad ajena, que le controla y se vale de su penalmente irresponsable comportamiento para la ejecución del delito que solamente a aquél es imputable. Si hay acuerdo de voluntades libre y consciente de cualquier clase, incluyendo la responsabilidad penal del menor de 18 años, no cabe hablar de utilización⁹⁸⁵.

Respecto a los casos de utilización de estos sujetos, deben incluirse: La utilización de un menor de 14 años, de un menor entre 14 y 18 años o disminuido psíquico que desconoce que trafica con drogas, actúan en error de prohibición o miedo insuperable provocado por el “hombre de atrás”⁹⁸⁶.

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia consideran que para la aplicación de la agravante, es necesario que el menor o disminuido psíquico tengan la suficiente capacidad para saber lo que hacen, con independencia de que conozcan su significado jurídico - penal. Así, el Tribunal Supremo señala que:

“El verbo nuclear es, pues, “utilizar”, comprendiendo en dicha acción cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal de que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental, como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor, en quien recae la responsabilidad criminal y su agravación específica como consecuencia de la fundamentación que dejamos expuesta más arriba. Como dice la citada Sentencia de esta Sala de 15 de enero de 1997, merecedores de “tutela” son todos los menores de dieciséis años, pues los riesgos y peligros derivados de la prescrita instrumentación no han de cifrarse tan sólo en la corrupción emanante del narcotráfico, pudiendo, incluso, verse afectada la propia vida y la integridad física y / o psíquica del menor. El Código no efectúa distinción alguna, siendo ilógico que la aplicación del precepto hubiera de subordinarse a dictámenes evidenciadores de la presencia en el niño o joven un suficiente índice de capacidad o entendimiento. Con razón se ha apuntado que el menor no tiene porqué estar al tanto de que está cometiendo un hecho delictivo; ello es jurídico - penalmente irrelevante, dada su edad, siendo, sin embargo, relevante la implicación a que se le somete para la formación de su personalidad. Se han ocupado también de este problema las Sentencias de 18 de mayo y 28 de octubre de 1999”. Los hechos probados de la Sentencia recurrida, siguen diciendo, para lo que aquí interesa, que - el día de autos - “los funcionarios de policía actuantes comprobaron cómo desde dicha casa, Nuria entregaba a su hermanastra Inés (...) de 13 años de edad una bolsa de plástico que ésta entregó a otro individuo, con el que había llegado poco antes en su coche” localizándose finalmente el envoltorio en tal vehículo. La utilización de la menor en la comisión delictiva es evidente, transportando la bolsa, desde que le fue entregada hasta el lugar de destino, por la calle y precisamente con el deducido ánimo de ponerse a cubierto de cualquier tipo de responsabilidad penal. En consecuencia, el reproche casacional no puede prosperar”⁹⁸⁷.

Ahora bien, ÁLVAREZ GARCÍA estima que debe ampliarse el ámbito de aplicación de la agravante y permitir su apreciación en cualquier tipo de implicación del menor en

⁹⁸⁵ STS (Sala 2ª), núm. 311 / 2009, de 27 de febrero.

⁹⁸⁶ ACALE SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, pp. 198 y 199.

⁹⁸⁷ STS (Sala 2ª), núm. 5974 / 2004, de 27 de septiembre.

la mecánica delictiva. A su juicio, deben entenderse incluidas en el 370 CP “las conductas de inducción al menor, así como la actuación de éste como partícipe o coautor del delito; supuestos en los que no puede hablarse de instrumento, por cuanto el menor o disminuido actúa con plena conciencia de la significación penal de su intervención en el delito”⁹⁸⁸.

No obstante, el Tribunal Supremo ha rechazado la aplicación de la agravante en los casos en los que no se utilice al menor o disminuido como instrumento⁹⁸⁹.

El Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo examinó esta cuestión en su reunión de 26 de febrero del 2009, tomando el siguiente acuerdo:

“El tipo agravado previsto en el artículo 370.1º del Código Penal resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata”.

Finalmente, dado que se trata de un tipo doloso, para la apreciación de la agravante tanto en los supuestos de utilización de disminuidos psíquicos como de menores de edad, será preciso que “el conocimiento del sujeto activo abarque todos los elementos del tipo objetivo y, por tanto, tenga al menos certeza probable sobre la edad o estado psíquico de las personas utilizadas”⁹⁹⁰.

2º.”Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren la circunstancia 2ª del apartado 1 del artículo anterior”.

El fundamento de la agravación es la mayor capacidad de planificación de los jefes, administradores o encargados respecto a las demás personas que integran la organización criminal. La finalidad es incrementar la penalidad que debe imponerse a “los verdaderos cerebros de la operación”.

Se intenta “cubrir el ámbito de las personas que, de una u otra manera, dirigen la actividad principal de promoción o favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas (...). El legislador ha pretendido (...) llegar a los centros neurálgicos en donde se trafica, es decir, ha pretendido llegar a los grandes padrinos”⁹⁹¹.

Dado el funcionamiento clandestino de las organizaciones criminales, resulta muy difícil conocer la estructura jerarquizada de las mismas y personalizar cada una de las posiciones principales dentro de la organización.

⁹⁸⁸ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 235.

⁹⁸⁹ STS (Sala 2ª), núm. 181 / 2007, de 7 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 1318 / 2002, de 15 de julio.

⁹⁹⁰ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 3 / 2011..., *cit.*, p. 33.

⁹⁹¹ BERISTAIN IPIÑA, A.: “Delitos de tráfico ilegal de drogas”, en *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983*. Tomo V- Vol. 2º. (Libros II y III del Código Penal), EDERSA, Madrid, 1985, p. 786.

Es por ello, por lo que la determinación de lo que debe entenderse por “jefe, administrador o encargado” deba llevarse a cabo “desde una perspectiva material, que atienda no tanto a la atribución formal de tales cargos cuanto al desempeño efectivo y real de las funciones que pueden atribuirse a cada uno de ellos, que tienen como común denominador la existencia de facultades de dirección, planificación y decisión sobre la actividad de la organización y cada uno de sus integrantes”⁹⁹².

Se considera *jefe* a la persona o personas que dirigen la organización y a sus miembros⁹⁹³. En el caso de organizaciones aparentemente legales, lo son los dueños, gerentes o directivos⁹⁹⁴. Esta condición debe atribuirse no sólo a los que se encuentren en el vértice de la organización, sino también a los que dirijan algún sector o rama fundamental de la misma⁹⁹⁵. Por tanto, la condición de jefe puede recaer en varias personas.

El *administrador*, a juicio de SERRANO GÓMEZ, es “tanto el que de modo efectivo lleva la administración de la empresa en todas o alguna de sus ramas, como a los miembros del Consejo de administración si lo hubiere, siempre y cuando, claro está, que tengan conocimiento de los fines a que se dedica la organización, aunque sea parcialmente”⁹⁹⁶. También la administración puede recaer en una o varias personas dándose un reparto de tareas.

Encargado es un término muy amplio en el que debe integrarse a “todos los integrantes de la organización que, no siendo jefes o administradores, tienen atribuido por éstos el ejercicio de facultades de organización, dirección y decisión en relación con sectores o parcelas concretas de aquella”⁹⁹⁷. En opinión de SOTO NIETO, los encargados de la organización se caracterizan por desempeñar facultades de dirección secundarias, y porque dichas facultades las ejerce en un concreto sector de la organización⁹⁹⁸.

JOSHI JUBERT considera que “debe entenderse por “jefe” la persona que da órdenes a los otros miembros de la organización; “administrador” es el sujeto al que se le confía la gestión de la economía de la organización y “encargado” quien tiene cierta cosa a su cuidado, o persona que dirige un negocio en representación del dueño del mismo”⁹⁹⁹.

La aplicación práctica del precepto conlleva grandes dificultades, tanto en la detección de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones, como en la prueba de que realmente lo son. En este sentido, la Jurisprudencia destaca que:

“Si bien es cierto que el tipo penal no requiere que la jefatura esté constituida por una sola persona, sino que puedan serlo varias en distribución horizontal de cometidos, no todos los partícipes deben ser incluidos en tal agravación, sino únicamente aquellos que

⁹⁹² ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p.240.

⁹⁹³ STS (Sala 2ª), núm. 1368 / 2005, de 8 de noviembre.

⁹⁹⁴ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p.722.

⁹⁹⁵ STS (Sala 2ª), núm. 340 / 2001, de 30 de julio.

⁹⁹⁶ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p.722.

⁹⁹⁷ *Ibidem*, p.722.

⁹⁹⁸ SOTO NIETO.: *Op. cit.*, p. 272.

⁹⁹⁹ JOSHI JUBERT.: “Sobre el concepto..., *Op. cit.*, p. 667.

por su superior posición en el entramado de la organización delictiva tengan capacidad de decisión sobre los restantes, impartiendo las instrucciones necesarias que serán sucesivamente cumplidas por los distintos niveles de atribución en las tareas organizativas. Naturalmente, una interpretación lógica y coherente de la norma impedirá que todos los citados niveles adquieran a efectos de punibilidad la condición de jefatura en la organización, sino únicamente aquellas personas que estén ocupando los niveles más altos en el entramado criminal¹⁰⁰⁰.

No obstante, en este punto, la Jurisprudencia es contradictoria ya que en otras resoluciones ha venido a estimar que la agravante se aplicará no sólo a los altos cargos de la organización, sino también a los “mandos intermedios”¹⁰⁰¹.

A partir de la reforma de la LO 15 / 2003, la agravación que analizamos se constituye no sólo sobre el tipo básico del 368, sino también sobre la agravación del 369.1, 2ª. En este sentido, al jefe, administrador o encargado de una organización en la que se cometa alguna de las conductas del 368, le serán de aplicación tanto la agravación del 369.1, 2ª, como las del 370.

3º. “Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad”.

En la redacción del CP del 95, la “extrema gravedad” aparecía como concepto jurídico indeterminado, que operaba sobre cualquiera de las circunstancias del 369 CP, aparecía como superagravación.

Tras la reforma de la LO 15 / 2003 de 25 de noviembre, debe interpretarse que la “extrema gravedad” podrá ser de cualquiera de las conductas del 368 del CP, excepto los supuestos que constituyen una agravación del 369 del CP: que la extrema gravedad lo sea por la cantidad de droga, o que concurren tres o más circunstancias del 369 o se aluda al tráfico internacional. En estos tres supuestos deben darse los requisitos del 368 y del 369 del CP.

Por otra parte, a partir de la reforma, se enumeran taxativamente los supuestos de extrema gravedad, de forma alternativa:

a) *Que la cantidad de sustancia excediere notablemente de la considerada de notoria importancia.*

De nuevo el legislador del 2003 introduce un concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde a los tribunales. Parte de la Jurisprudencia más reciente, sigue defendiendo la doctrina anterior a la reforma, no identificando la extrema gravedad con la extrema cantidad (se requería una concurrencia de factores), y siendo muy cautelosa y estricta al agravar la conducta de los que participaban en los hechos sin conocimiento del alcance de la operación, o de forma secundaria.

¹⁰⁰⁰ STS (Sala 2ª), núm. 6690 / 2001, de 30 de julio.

¹⁰⁰¹ STS (Sala 2ª), núm. 209 / 2007, de 9 de marzo.

Los factores que debían concurrir, según la Jurisprudencia¹⁰⁰² eran:

- El de la cantidad, que era el factor imprescindible, pero no el único.
- La concurrencia simultánea de varias circunstancias del 369 CP.
- El empleo de grandes medios de transporte para el tráfico ilícito.
- La participación de cada persona en la comisión de los hechos, teniendo en cuenta si actúa en interés propio o ajeno.

El Tribunal Supremo¹⁰⁰³ realiza las siguientes afirmaciones:

- Antes de la reforma del 2003, el CP contenía un concepto jurídico indeterminado de extrema gravedad que exigía una interpretación restrictiva.
- Tal redacción implicaba inicialmente, una referencia cuantitativa de la droga al hablar de extrema gravedad, si bien debía añadirse otros elementos (pureza, capacidad de difusión, concurrencia de circunstancias del 369, y existencia de una organización), que implicaban que la “extrema gravedad” no era únicamente extrema cantidad.
- La LO 15 / 2003 da una interpretación auténtica de la extrema gravedad, y así se establece que los 4103,68 Kg. de hachís con una pureza de entre el 11,6 % y el 21,6% de THC superan en 1600 veces la cantidad de notoria importancia (2,5 Kg.), lo que junto a su forma de presentación, capacidad de difusión y la utilización de medios propios de un tráfico organizado, da lugar a la aplicación de extrema gravedad.
- “Ha de tenerse en cuenta el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir tal extra agravación a estas últimas... esta hiper-agravación no es aplicable a los meros peones, a quienes se encomienda funciones subalternas que carecen de toda capacidad de decisión”.

En el mismo sentido, se estima¹⁰⁰⁴: “2170 Kgrs. de hachís, máxime cuando tienen una concentración de THC tan elevada como lo es 10,149 %, constituye una cantidad de notoria importancia en grado extremo, en cuanto supera en casi 1000 veces la cuantía que venimos considerando como el límite para aplicar, en el hachís, la agravación específica de notoria importancia, y supera a la contemplada en sentencia como la 1422 / 2001 de 10.7, 1699 Kg.; la 1260 / 2000 de 7.7, que se refería a 1566 Kg. o la de 24.3.95 en un caso de 2062 Kg. Se cumple, por tanto, la condición imprescindible para la aplicación del artículo 370.3. Sin embargo falta esa especial reprochabilidad en la vertiente subjetiva del hecho antes referida: no cabe hablar de reprochabilidad extrema respecto de una persona que tiene encomendada una función tan secundaria en lo que constituye toda la mecánica operativa y organizativa, como lo es la descarga del hachís desde la embarcación a la furgoneta. Estimamos que constituye la última escala en esa trama delictiva y tal comportamiento no encaja en esta hiper - agravación del artículo 370 que debe aplicarse a aquellas personas que se encuentran en el núcleo de la red clandestina con capacidad de decisión y nunca a los medios subalternos, sin perjuicio de

¹⁰⁰² STS (Sala 2ª), núm. 919 / 2004, de 12 de julio.

¹⁰⁰³ STS (Sala 2ª), núm. 265 / 2007, de 9 de abril.

¹⁰⁰⁴ STS (Sala 2ª), núm. 224 / 2007, de 19 de marzo.

que si sea de aplicación la agravante de notoria importancia artículo 369.1.6ª CP siendo evidente que los recurrentes conocían que el hachís desembarcado suponía una cantidad alejada de los parámetros ordinarios del tipo básico”.

Sin embargo, existe otra orientación jurisprudencial contraria, que sigue una interpretación auténtica del concepto jurídico de “extrema gravedad”, manteniendo como factor principal la cantidad de droga intervenida. Así, se señala¹⁰⁰⁵ que:

“(…). De la exégesis de tal precepto (artículo 370 CP tras la reforma) se puede colegir que el Legislador no lo relaciona con más parámetros interpretativos que con la cantidad “extrema”, o sea la que constituya un exceso notable en comparación con la tenuta en cuenta para la notoria importancia. Ni con redes internacionales, ni con medios extraordinarios de transporte, ni simulando operaciones internacionales, ni, por supuesto, con las demás agravaciones previstas en el artículo 369.1 del Código penal, que tienen, desde luego, sustantividad propia, deducida sin sombra alguna de duda por la copulativa “o”, con que se enuncian las circunstancias fácticas de donde ha de resultar tal extrema gravedad. Ni si quiera con la condición del sujeto, como jefe, organizador, administrador o mero partícipe, como algunas resoluciones parecen referirse, pues tales condiciones de superior responsabilidad en la comisión delictiva ya se encuentran comprendidas en el número 2º del comentado artículo 370 del Código penal. Entendemos que el intérprete jurídico no puede añadir nuevos requisitos que no han querido ser tenidos en cuenta por el Legislador (...) en suma se trata de una agravación objetivada que comporta una mayor antijuricidad de la acción (...) en función de la mayor cantidad de droga que la misma comprende”.

La interpretación literal es también seguida por GRANADOS PÉREZ al afirmar que “el artículo 370 CP contiene un concepto auténtico de lo que debe entenderse por extrema gravedad, presentando diversas alternativas, y cualquiera de ellas permitiría y sería suficiente para apreciar esta agravante cualificada. Su precisión corresponderá, como se ha hecho hasta ahora, a la doctrina de los Tribunales, a excepción del supuesto objetivo de que hubiesen concurrido tres o más circunstancias previstas en el artículo 369.1”¹⁰⁰⁶.

Respecto a las modalidades de extrema gravedad, es de destacar que a raíz de la reforma de la LO 15 / 2003 y en virtud de la segunda orientación expuesta, basta que concurra una sola de las modalidades para que se aplique la extrema gravedad.

Una vez probada la extrema gravedad, en virtud del principio de proporcionalidad deberá aplicarse la pena superior en dos grados, mientras que en el supuesto de notoria importancia se agravará la pena en un grado. Ahora bien, por razones de seguridad jurídica, surge la necesidad de determinar la cantidad a partir de la cual puede aplicarse. Consciente de ello, la Jurisprudencia¹⁰⁰⁷ señala que “la nueva técnica legislativa si bien proporciona índices de referencia más claros, incurre en la utilización

¹⁰⁰⁵ STS (Sala 2ª), núm. 352 / 2007, de 23 de abril.

¹⁰⁰⁶ GRANADOS PÉREZ, C.: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de Tráfico de drogas*, la Ley, Madrid, 2007, p. 444.

¹⁰⁰⁷ STS (Sala 2ª), núm. 298 / 2007, de 21 de marzo.

de conceptos que pueden plantear cuestiones relacionadas con el *bis in idem*. En su caso bien podrían ser resueltas por el principio de especialidad, pero deja algunas grietas que tendrá que rellenar la Jurisprudencia”.

En esta sentencia se aplicó la extrema gravedad atendiendo a la cantidad de droga (cerca de 5 toneladas de hachís) y a “los medios instrumentales y, sobre todo, el diseño de la operación en la que concurren numerosas personas con tareas previamente adjudicadas y con señalamiento y diferencia de rutas elegidas para salir del lugar de desembarco”.

Por su parte, la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas celebrada el 18 y 19 de noviembre del 2004, manteniendo los criterios del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 2001, señaló que se aplicará la extrema gravedad cuando la cantidad de droga objeto del delito sea 500 veces superior al límite mínimo fijado en aquél Pleno para la notoria importancia.

No obstante, la FGE¹⁰⁰⁸ establece que: “(...). Como la aplicación del artículo 370 permite que la pena sea exacerbada en uno o dos grados sobre la prevista en el tipo básico, y la mera apreciación de la “notoria importancia (art. 369.1.6ª) obliga al incremento punitivo en un grado, deberá en cada caso valorarse la cantidad de droga objeto de la actividad ilícita para solicitar la imposición de la pena que se considere conveniente en función de dicho extremo, debiendo solicitar los Sres. Fiscales la superior en dos grados cuando se rebase claramente el límite cuantitativo antes indicado”.

a) Cuando se utilicen buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico.

La modificación realizada por la LO 5 / 2010, ha asimilado el concepto de buques o aeronaves como medio de transporte específico el de embarcaciones. La razón de esta modificación se encuentra en la interpretación que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo hacía del término buque. Señalaba que:

“A los efectos del artículo 370.3, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de “buque”. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de este concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad”¹⁰⁰⁹.

El legislador ha querido incluir dichas embarcaciones en la agravación, y la razón de ello se especifica en la Exposición de Motivos, según la cual:

¹⁰⁰⁸ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 10.

¹⁰⁰⁹ STS (Sala 2ª), núm. 219 / 2009, de 19 de febrero. En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 341 / 2010, de 13 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 746 / 2010, de 15 de julio.

Se precisa más adecuadamente la agravante de buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término “embarcación” a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrígidas.

La *ratio legis* no ha sido incluir en la agravación cualquier método de transporte marítimo, sino sólo aquellos que “justifican el efecto exacerbador punitivo con motivo de la extrema gravedad en la que se enmarca normativamente la conducta, la cual además se vincula a la expresión transporte específico. Es decir, se colmará la agravación mediante la utilización de una embarcación que determine una mayor intensidad criminógena y contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad (...)”¹⁰¹⁰.

Deberá entenderse que los medios a los que se refiere la agravante se utilizan para transportar grandes cantidades, con lo que fácilmente nos encontraremos con organizaciones, seguramente de alcance internacional. No se aplicará la agravante cuando se utiliza el barco o el avión, únicamente, como medio de transporte de la persona que lleva la droga¹⁰¹¹.

La agravación se fundamenta en el alcance del tráfico ilícito, al transportarse grandes cantidades, y en la utilización de medios privados de locomoción que facilitan la comisión del delito.

El precepto exige que “se utilicen buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico”, ha de tratarse de barcos, embarcaciones o aviones especialmente preparados para transportar la droga, ocultarla, y en caso necesario deshacerse de ella. Por tanto, sólo se aplicará la agravante cuando se utilicen barcos, embarcaciones o aviones, y no otros medios de transporte como coches o camiones. Tampoco será aplicable cuando lo que se prepara de forma específica es el paquete que contiene la droga, ocultándola y posteriormente transportándola en barco, embarcación o avión.

Puede concluirse, que se dará esta agravante cuando se utilice un buque, embarcación o aeronave “específica” para transportar grandes cantidades, normalmente por organizaciones internacionales dedicadas al tráfico de drogas. Es por ello, por lo que la Jurisprudencia¹⁰¹² no apreciara la agravación al estimar que:

“(...). En síntesis, podemos afirmar que la cantidad de droga reducida a pureza no alcanzó, aunque se acerca, en mil veces superior a la necesaria para integrar la cualificación de primer grado de notoria importancia (750 grs. de cocaína, según el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001).

Tampoco concurría en el caso ni la organización o circunstancias específicas del artículo 369 CP, distintas a la notoria importancia (...)”.

¹⁰¹⁰ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 3 / 2011..., *cit.*, pp. 37 y 38.

¹⁰¹¹ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 10.

¹⁰¹² STS (Sala 2ª), núm. 410 / 2006, de 12 de abril.

b) Cuando se simulen operaciones de comercio internacional entre empresas.

No presenta especiales problemas interpretativos la circunstancia de simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas.

“La FGE dice que la razón de ser de esta agravante descansa en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando este se ampara en la cobertura de estas actividades de comercio lícito internacional, ya que la persecución y descubrimiento resulta mucho más dificultosa al llevarse y desarrollarse la trama delictiva en más de un Estado”¹⁰¹³.

Las empresas a las que hace referencia el precepto, pueden ser tanto empresas existentes con objeto social lícito y que se utilicen para encubrir el tráfico de drogas, o empresas creadas al efecto como tapaderas de las verdaderas operaciones de tráfico.

Cuando el precepto habla de “simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas”, se está haciendo referencia a la simulación de operaciones comerciales lícitas enmascarando las actividades ilícitas, confundiéndose una contabilidad con otra, ocultándose la droga en las mercancías lícitas. El legislador debería haber incluido el término “lícitas” al referirse a las operaciones de comercio internacional.

Como manifiesta ÁLVAREZ GARCÍA “el sentido de esta modalidad agravatoria hay que buscarlo en las organizaciones delictivas, cuya actividad favorita es el tráfico de drogas, que se han convertido en un problema de política general, por su irrupción en el mundo económico y su toma de posición en los procesos políticos y sociales; y esta preocupación deriva de la ingente cantidad de dinero sucio que se obtiene por la puesta en circulación de grandes cantidades de droga. Es ese dinero el que sirve para comprar voluntades públicas y privadas, interfiriendo procesos políticos y el que se instala en el mundo económico lícito, pero con ventajas que no tiene el dinero limpio con el que acaba confundiéndose”¹⁰¹⁴.

c) Cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

Esta modalidad agravatoria hace alusión a las organizaciones internacionales dedicadas específicamente al tráfico de drogas, con capacidad para actuar en el territorio de más de un Estado, con independencia de que posean una estructura permanente u ocasional.

La FGE señala que esta circunstancia se alcanza cuando en la “comisión del delito intervienen grupos organizados específicamente orientados a la comisión de estos ilícitos y dotados de proyección internacional, es decir, con estructura ocasional o permanente enraizada en ámbitos geográficos supranacionales apta para planificar y desarrollar las distintas fases del proyecto criminal en el territorio de más de un Estado”¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 3 / 2011..., *cit.*, p. 36.

¹⁰¹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 255.

¹⁰¹⁵ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 3 / 2011..., *cit.*, p. 41.

La agravación debe aplicarse a los que sean miembros de esas organizaciones internacionales, ya que no podríamos caer en el absurdo de exigir menos requisitos al castigar esta conducta, que en la contemplada en el art. 369.1.2ª. Para imponer la pena superior en grado en el art. 369.1.2ª, se exige que exista una organización y que el sujeto pertenezca a la misma. En el artículo 370 no se menciona la existencia de redes internacionales. No obstante, la interpretación adecuada sería exigir también la pertenencia del sujeto a la organización internacional para fundamentar una pena aún más agravada, la pena superior en dos grados.

Por otro lado, de no exigirse la pertenencia del sujeto a la red internacional, se castigaría indebidamente, por esta agravante, cualquier conducta de tráfico de drogas que procedan del extranjero.

Para la FGE esta agravación puede operar, tanto sobre el 369.1.2ª, como sobre la circunstancia del 369.1.3ª, ambos del CP¹⁰¹⁶.

d) Cuando concurren tres o más circunstancias de las previstas en el apartado 1º del artículo 369.1 del CP.

No constituye realmente una modalidad agravatoria. Viene a resolver el problema de aplicación de la pena en el caso de que concurren tres o más circunstancias del artículo 369.1 del CP.

La Jurisprudencia anterior, no era muy precisa, así señalaba¹⁰¹⁷ que “el art. 344 bis a) (equivalente al 369 CP del 95) no contenía una mayor agravación para el supuesto de que concudiese más de una circunstancia. Es más, las circunstancias de las que partía para apreciar la extrema gravedad, no eran las del 369 CP, sino otros como por ejemplo el grado de pureza, el beneficio económico que podía reportar la operación, etc”.

A partir de la reforma del 2003, cuando concurren tres o más de las circunstancias del 369, se apreciará la extrema gravedad y, ello con independencia de la cantidad de droga. De igual manera, se procederá en el supuesto de que concorra la notoria importancia con otras circunstancias del 369. En ambos casos, y en virtud del principio de proporcionalidad, se aplicará la pena superior en dos grados.

Sin embargo, la FGE, señala que “tal criterio no debe seguirse rígidamente”, los SRES. Fiscales, valorarán en cada caso, las agravaciones que concurren y a las circunstancias personales del autor y del hecho ilícito., para imponer la pena superior en uno o dos grados¹⁰¹⁸.

En opinión de ÁLVAREZ GARCÍA, hay que distinguir dos casos: aquellos en los que obligatoriamente se impondrá la pena superior en dos grados, por darse la agravante de

¹⁰¹⁶ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 3 / 2011..., *cit.*, p. 42.

¹⁰¹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 649 / 1996, de 7 de diciembre.

¹⁰¹⁸ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 3 / 2011..., *cit.*, p. 36.

extrema cantidad, y, los supuestos en los que concurre la agravación de extrema cantidad o de organización en un hecho y no se aplica por igual a todos los condenados, excluyéndose la aplicación para los que hayan tenido un papel subordinado o residual¹⁰¹⁹.

Para el caso de que concorra una circunstancia del 369 y otra del 370 o, dos circunstancias del 370, al no existir una regla específica para estos supuestos, deberá aplicarse la pena superior en uno o dos grados, según los casos, tal y como regula el 370 CP. Así, por ejemplo si concurre la agravante de utilización de menores de 18 años con la difusión de la droga en un centro educativo, se podrá imponer la pena superior en uno o dos grados (por la utilización de los menores).

Tampoco se resuelve el supuesto en el que concurre dos circunstancias del 369, evidentemente no podrá aplicarse el 370, ya que exige la concurrencia de tres o más de las circunstancias del 369, de ahí que se impondrá la pena superior en un grado.

Desde que contamos con un concepto auténtico de extrema gravedad, como vimos anteriormente, se ha ampliado enormemente la aplicación de la agravante. A juicio de la FGE, ello se debe a que el legislador ha valorado cada uno de los elementos que la integran individualmente y por ello, según el tenor literal de la ley, basta que concorra uno de ellos para poder aplicar el artículo 370 CP¹⁰²⁰.

Para finalizar cabe aludir al **último párrafo del artículo 370 del CP** que dispone que:

“En los supuestos de los anteriores números 2ª (jefes, administradores o encargados de las organizaciones de la circunstancia 2ª del artículo 369.1º) y 3ª (extrema gravedad) se impondrá a los culpables, además de la pena prevista en este artículo, “una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito”.

Por tanto, se impondrá a los culpables la pena superior en uno o dos grados a la establecida en el 368, y además, la pena de multa prevista, para las circunstancias 2ª y 3ª. Cabe señalar que la redacción del precepto, plantea diversas cuestiones.

En primer lugar, no aclara si la pena superior en uno o dos grados del 368, se refiere a todas las penas del 368 o, sólo a las penas privativas de libertad. Partiendo de una interpretación literal del 370, ÁLVAREZ GARCÍA estima que la posición más acertada, es considerar que la pena superior en uno o dos grados, es tanto la pena privativa de libertad como la multa del 368. “Además, hay que tener en cuenta que la pena del art.368 es un complejo integrado por la prisión y la multa proporcional”¹⁰²¹.

La FGE en la Circular 2 / 2005, ha seguido también la interpretación anterior, afirmando que: “(...) esta omisión no puede interpretarse de otra forma que entendiendo

¹⁰¹⁹ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 257.

¹⁰²⁰ COTELO LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 163.

¹⁰²¹ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 259.

que la referencia a la pena superior en uno o dos grados ha de considerarse aplicable tanto a la pena privativa de libertad como a la multa que prevé el artículo 368, ya que ambas constituyen la pena “señalada” en el citado precepto (...)”¹⁰²².

Por tanto, las penas a imponer a los culpables que incurran en las circunstancias del 370 son:

- 1ª. En el supuesto del 370.1º, se les impondrá la pena privativa de libertad y la multa del 368, superior en uno o dos grados.
- 2ª. En los supuestos del 370.2º y 3º, se les impondrá las penas anteriores, y además, “una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito”.

La segunda cuestión que se nos plantea, es que no se comprende porque el Legislador ha establecido esta multa adicional a la del 368. Para VALLE MUÑIZ /MORALES GARCÍA mantienen que “el Legislador está cerrando el debate, reflejado en la, sobre la aplicación de la agravación por extrema gravedad a las conductas de tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud (...) modificando la pena de multa para estos supuestos, pues evidentemente para las que causan grave daño a la salud no habría sido necesario habida cuenta de su previsión ya en el tipo básico”¹⁰²³.

No obstante, “hay que tener presente la poca efectividad que tendrá la pena de multa, porque la casi totalidad de los detenidos son insolventes, bien por carecer de recursos, por tenerlos a buen recaudo o a nombre de terceras personas”¹⁰²⁴.

¹⁰²² CÍRCULAR DE LA FGE 2 / 2005. ..., *cit.*, p. 11.

¹⁰²³ VALLE MUNIZ, J.M / MORALES GARCÍA, O.: “Art. 372”, “Art. 374”, “Art. 375”, “Art. 377” y “Art. 378”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Cizur Menor, Navarra, 2005.

¹⁰²⁴ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 723.

Capítulo V

PENALIDAD

1. PENAS

La hasta ahora vigente regulación del delito de tráfico ilegal de drogas ha venido siendo objeto de grandes críticas doctrinales y jurisprudenciales, debido a la falta de proporcionalidad en la sanción de determinadas conductas, en especial de las que se pueden considerar de menos gravedad.

Por otro lado tal incremento de penas, conllevó que los Jueces y Fiscales realizaran una interpretación de la norma tendente a disminuir sus efectos invocando el principio de proporcionalidad de las penas y razones de justicia material¹⁰²⁵.

Como se ha expuesto, el *tipo básico* del delito de tráfico ilegal de drogas está regulado en el *artículo 368 del Código Penal*, diferenciándose a efectos de penalidad entre sustancias o productos que causan grave daño a la salud y demás casos, es decir los que no causen un grave daño a la salud, sin que se haya establecido ningún criterio para delimitar unas de otras¹⁰²⁶, tarea que ha sido encomendada a la Jurisprudencia, con el riesgo de inseguridad jurídica que ello conlleva¹⁰²⁷.

A) Sustancias o productos que causen grave daño a la salud de las personas

El **368 en su párrafo primero**, sanciona a:

“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines (...) si se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud”.

Castigándose este supuesto con “las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo”.

La LO 5 / 2010, de 22 de Junio, rebaja en el párrafo primero, la pena a prisión de tres a 6 años, en las conductas de tráfico ilegal de drogas cuando se trate de sustancias o

¹⁰²⁵ QUINTERO OLIVARES, G (dir.): *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 310.

¹⁰²⁶ JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, pp. 68 y ss.

¹⁰²⁷ BOIX REIG, J.: “Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas”, en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 63.

productos que causen grave daño a la salud de las personas. Siendo antes de la reforma la pena, de prisión de tres a nueve años. Entendiendo que el límite máximo anterior de nueve años “ha acreditado su excesiva rigidez para una adecuada individualización judicial”¹⁰²⁸.

Esta reforma, que también incide en las modalidades agravadas del art. 369 (pena superior en grado) y 370 (pena superior en uno o dos grados), así como en todos los supuestos en los que sea preciso tomar como referencia el marco penal del 368, implica una mejora en la regulación, “no sólo desde el punto de vista del mandato de determinación, al limitar la llamativa amplitud del marco penal, sino también desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, pues no deja de advertir la distorsión valorativa que supone castigar estos delitos con penas próximas al homicidio o, incluso al asesinato”¹⁰²⁹.

En los casos en los que no sea posible “cuantificar el valor de la droga ha de prescindirse de la pena de multa”¹⁰³⁰.

B) Sustancias o productos que no causan grave daño a la salud de las personas

El **art. 368 en su párrafo primero**, también sanciona los mismos supuestos de cultivo, elaboración, tráfico, etc., cuando se trate de sustancias o productos que no causen grave daño a la salud de las personas, tal como se desprende de la expresión “en los demás casos”. Siendo en estos casos la pena de “prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo del valor de la droga objeto del delito”.

Complementando la tendencia del legislador a mejorar la proporcionalidad de las penas y aumentar el arbitrio judicial, se ha incorporado un **párrafo segundo en el art. 368**, en el que se establece la posibilidad de que el Juez imponga la pena inferior en grado, atendiendo a la escasa entidad del hecho (lo que entraría en el ámbito de la antijuricidad) y a las circunstancias personales del reo (en el de la culpabilidad), siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 del CP.

Esta era una práctica a la que recurrían los Tribunales de Justicia para mitigar, aunque en ocasiones se utilizase también la vía del indulto, las penas excesivas a que podía dar lugar la regulación anterior en los supuestos de tráfico de escasa entidad de drogas que pueden causar grave daño a la salud de las personas¹⁰³¹. En este sentido ya se había pronunciado el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala segunda del TS de 25 de octubre del 2005, en la propuesta formulada por el Magistrado de la Sala Don Andrés Martínez Arrieta, que recoge literalmente:

¹⁰²⁸ QUINTERO OLIVARES.: *La reforma penal...*, *Op. cit.*, p. 311.

¹⁰²⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ / GÓNZALEZ CUSSAC, JL (dirs.) *et al.*: *Comentarios a la Reforma Penal del 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 420.

¹⁰³⁰ SERRANO GÓMEZ, A / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 532.

¹⁰³¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial, 19ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 625.

“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del reo”.

Como manifiesta QUINTERO OLIVARES se ha considerado oportuno excluir las conductas agravadas más graves¹⁰³².

La introducción de este segundo párrafo, es consecuencia de la reacción del legislador a las fuertes críticas recibidas tanto por la doctrina como por el Tribunal Supremo ante la dureza de las penas establecidas antes de la reforma para los supuestos de escasa entidad. Acogiendo de este modo, la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, citado expresamente en la Exposición de Motivos de la LO 5 / 2010, de 22 de junio.

Ciertamente, tal previsión permite evitar penas elevadas para los supuestos que se encuentran en el límite de la tipicidad, como aquellos en los que la entrega de una única dosis de droga no cumple todos los requisitos para ser considerada atípica¹⁰³³.

Según REY HUIDOBRO la redacción dada al precepto por la LO 5 / 2010, permite al tribunal atenuar el rigor punitivo, posibilitando la imposición de la pena inferior en grado atendiendo a la escasa entidad del hecho, y a las circunstancias personales del reo, evitando el ingreso en prisión de los traficantes primarios de pequeñas cantidades de drogas a los que al ser condenados a penas de prisión no superior a dos años, se les podrá conceder el beneficio de suspensión condicional de ejecución de la pena, ya que la escasa entidad del hecho vendrá motivada por la escasa cantidad de la droga objeto de tráfico, mientras que las circunstancias personales del reo pueden ser diversas; como la conducta del consumidor traficante, sobre todo cuando no presente una adicción clara que permite aplicarle una circunstancia atenuante cualificada por la disminución de su imputabilidad; o de otra índole, como la relación familiar o de amistad entre el que da la droga y el consumidor, siempre que no sea considerado como un supuesto de consumo compartido¹⁰³⁴.

La nueva redacción del art. 368 permite degradar la pena no sólo del tipo básico del 368, sino también de los subtipos agravados que prevé el art. 369, excluyéndose la facultad de atenuación, cuando concurren algunas de las circunstancias previstas en los arts. 369 bis y 370 del CP.

Puede ser discutible el carácter facultativo de esta atenuación (“los tribunales podrán), pues “las circunstancias discrecionales siempre comportan un riesgo de fomentar la desigualdad”, si bien, merece una valoración positiva que no se contemple como una posibilidad excepcional y excluida en los supuestos del 369, como sucedía en el Proyecto del CP del 2009. Lo que no sólo resulta más compatible con el principio de

¹⁰³² QUINTERO OLIVARES.: *Op. cit.*, p. 312.

¹⁰³³ SILVA SÁNCHEZ, J (dir.) / RAGUÉS i VALLÉS, R (coord.) *et al.*: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 281.

¹⁰³⁴ REY HUIDOBRO, LF.: “La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5 / 2010, de 22 de junio, en materia de tráfico”, *Aranzadi doctrinal*, núm. 8, 2010, p. 151.

proporcionalidad, sino que en la práctica la reducción de la pena inferior en grado no va a ser algo excepcional, sino muy generalizado¹⁰³⁵.

La inclusión del art. 369 en este régimen atenuado, también merece una valoración positiva, pues la circunstancias mencionadas en el mismo, no necesariamente, han de ser incompatibles con la previsión del párrafo segundo del art. 368. Resulta positivo que se aumente la posibilidad de suspender las penas privativas de libertad (arts. 80 y ss. del CP), evitando el ingreso en prisión, que no siempre cumple la finalidad preventiva buscada¹⁰³⁶.

Tales supuestos atenuados resultan aplicables tanto cuando se trate o no de sustancias o productos que causen un grave daño a la salud de las personas¹⁰³⁷.

Establece el inciso primero del párrafo segundo del art. 368 “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 hecho”.

El **inciso segundo del párrafo** segundo dispone “no se podrá hacer uso de esta facultad si concurren algunas de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

Se excluirá, por tanto, la atenuación cuando concurren algunas de las circunstancias previstas en los artículos 369 bis y 370.

Por otra parte, como se señaló, existen dos *tipos agravados* del delito de tráfico de drogas, de primer y segundo grado, regulados en los arts. 369 y 370 del CP. Y un *tipo cualificado* previsto en el 369 bis, tras la reforma de la LO 5 / 2010.

Si bien, en la regulación de los tipos agravados, de primer y segundo grado, no se especifica la diferencia entre sustancias que no causan grave daño a la salud y los demás casos de forma expresa, tal diferenciación subyace en los diversos supuestos¹⁰³⁸.

En cada uno de ellos se agregan elementos que agravan el tipo básico, de ahí, que teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, se impongan penas superiores.

El **art. 369** al regular las *agravaciones de primer grado*¹⁰³⁹, dispone que: “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias (...)”.

¹⁰³⁵ ÁLVAREZ GARCÍA / GÓNZALEZ CUSSAC *et al.*: *Op. cit.*, pp. 420 y 421.

¹⁰³⁶ *Ibidem*, pp. 420 y 421.

¹⁰³⁷ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 534.

¹⁰³⁸ *Ibidem*, p. 536.

¹⁰³⁹ Emplean esta terminología, entre otros, GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 11. BERISTÁIN IPIÑA.: “Delitos de tráfico...”, *Op. cit.*, p. 778. MENDOZA BUERGO.: *Op. cit.*, p. 674. MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal..., 19ª edición..., Op. cit.*, p. 627.

Tal precepto contiene diversas circunstancias especiales cuya concurrencia origina la aplicación de penas privativas de libertad superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior y una multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga; es decir; se va a realizar la individualización de la pena mediante “un sistema de agravantes específicas de este delito, aparte de las comunes (que le sean aplicables) del artículo 22 del Código Penal”¹⁰⁴⁰.

Basta la concurrencia de alguna de las circunstancias del 369 del CP para la imposición de la pena agravada, es decir, pena superior en grado a la del 368 y multa del tanto al cuádruplo¹⁰⁴¹.

Lo que no ha resuelto el legislador, es el supuesto de que concurren dos circunstancias del 369,1, algunos autores como JOSHI JUBERT y ACALE SÁNCHEZ consideran que una de las circunstancias será tomada en cuenta para aplicar la pena agravada y la otra para individualizar la pena de acuerdo al art. 66 del CP¹⁰⁴².

Según REY HUIDOBRO es indiferente, a efectos de penalidad, que concurren una o más de las circunstancias previstas en tal precepto, ya que el art. 369 está constituido como un tipo mixto alternativo¹⁰⁴³.

No obstante, esta tesis ha sido criticada por algunos autores como CASTRESANA que considera que “el desvalor de una conducta en la que se acumulen varias de las condiciones personales u objetivas previstas en el precepto es muy superior al que corresponde a una sola de ellas; y sin embargo la respuesta penal es la misma”. La distorsión que en su opinión se produce es doble: por un lado, se da situaciones de injusticia al darse el mismo tratamiento penal a hechos de distinta gravedad; y por otro, la disfunción puede tener también “efectos criminógenos”¹⁰⁴⁴.

A la vista del principio de culpabilidad, se exige que el dolo del sujeto abarque tanto el conocimiento de los elementos que agravan la pena, como la ilicitud de la conducta.

Por otra parte, el art.369 bis contempla un *tipo cualificado* en el delito de narcotráfico, cuando las conductas descritas en el art. 368 sean cometidas por quienes pertenezcan a una organización delictiva.

Cuando se realicen actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como cuando se promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o se posean con aquellos fines, por quienes pertenezcan a una organización delictiva, se agravará la pena.

Se sanciona en el **párrafo primero del art. 369 bis**:

¹⁰⁴⁰ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 207.

¹⁰⁴¹ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p.75.

¹⁰⁴² JOSHI JUBERT.: *Op. cit.*, p. 683. En el mismo sentido, SÁNCHEZ TÓMAS.: *Op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁴³ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 207.

¹⁰⁴⁴ CASTRESANA FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, pp. 683 y ss.

“Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva”. Estableciéndose distinta penalidad, según se trate de sustancias o productos que causen o no grave daño para la salud de las personas.

- a) Si se trata de sustancias y productos que causan grave daño a la salud, la pena será de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga.
- b) En los demás casos, es decir, cuando se trate de sustancias o productos que no causen grave daño para la salud, la pena será prisión de cuatro años y seis meses a diez años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga.

El **párrafo segundo del art. 369 bis** establece distinta penalidad para los dirigentes de la organización delictiva, disponiendo:

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

En opinión de MUÑOZ CONDE la agravación por pertenencia a organización criminal es excesiva, especialmente en lo que se refiere al tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud de las personas; pero sobre todo es “técnicamente objetable porque no sólo no parte del grado máximo de las penas establecidas en el tipo básico, sino que además, al independizarse de las cualificaciones recogidas en el art. 369, permite que éstas funciones además como agravantes en el art. 369 bis, obligando en su caso a imponer la pena en su mitad superior”¹⁰⁴⁵.

La doctrina más autorizada ha puesto de manifiesto que los nuevos marcos penales son desproporcionados. Pues, no sólo se desvinculan sin motivo lógico de las agravaciones del art. 369 y 370 del CP, “creando una distorsión valorativa”, sino que además las penas previstas no se corresponden con la entidad del delito.

Ello se pone de manifiesto especialmente, en el supuesto de drogas que no causan grave daño a la salud, cuyas penas se han incrementado considerablemente respecto de la regulación anterior. Si a ello se añade “el solapamiento, parcial pero muy relevante, de los marcos penales con el caso de sustancias que si causan grave daño a la salud y el establecimiento de la misma pena de multa en ambos supuestos, nos lleva a la lamentable conclusión de que, a quien decida integrarse o dirigir una organización de este tipo, le compensa dedicarse a las drogas que causen mayor daño a la salud”¹⁰⁴⁶.

Lo que pone en evidencia una inadecuada política criminal que trata de justificar la Exposición de Motivos de la reforma al señalar:

En materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de penas, de conformidad con las normas internacionales, en concreto la Decisión Marco 2004 /

¹⁰⁴⁵ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 19ª...*, Op. cit., p. 629.

¹⁰⁴⁶ ÁLVAREZ GARCÍA / GÓNZALEZ CUSSAC *et al.*: Op. cit., p. 423.

757/ JAI del Consejo, de 25 de octubre del 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

No obstante, esta Decisión Marco no es clara, al establecer en su art. 4.3 que dichos delitos se castiguen: “con penas máximas de al menos 10 años de privación de libertad cuando el delito se haya cometido dentro de una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98 / 733 / JAI, de 21 de diciembre de 1998 relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea”.

Como interpreta MANJÓN CABEZA “la DM 2004 a lo que obliga es que la pena máxima por organización sea de al menos 10 años, pero no se refiere a la mínima (ni a las intermedias). Esa máxima pena será la de la organización dedica al tráfico de drogas más perjudiciales (o la de ser jefe de la organización) (...)”¹⁰⁴⁷.

Finalmente, el *párrafo tercero del artículo 369 bis*, viene a sancionar a las personas jurídicas cuando sean responsables de los delitos regulados en los artículos 368 y 369 del CP. De esta manera, se ha venido a ampliar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de narcotráfico. Siendo sujetos activos de este delito, a los que se les impone directamente una pena de multa.

En la regulación actual, se establece diversas penas de multas, atendiendo al valor de la droga obtenida, y a la pena prevista en los mismos casos, cuando el sujeto activo sea una persona jurídica.

Dispone el **párrafo tercero del art. 369 bis**:

“Cuando de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos anteriores se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de 1 a 3 años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

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

¹⁰⁴⁷ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) / MANJÓN - CABEZA OLMEDA, A (coord.) *et al.*: *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 369.

El **art. 370 CP** regula las *agravaciones de segundo grado*, estableciendo que “se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 (...)”. Cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en este precepto, expuesto en epígrafes anteriores, se agravará la pena del tipo básico en uno o dos grados¹⁰⁴⁸.

Observa MUÑOZ CONDE que con las cualificaciones previstas en el art. 369, que permiten imponer la pena superior en grado a la del tipo básico del art. 368, “ya por sí bastantes elevadas, a unos límites verdaderamente importantes, no ha quedado satisfecho el afán preventivo intimidatorio del legislador en esta materia”¹⁰⁴⁹.

El 370 CP atribuye al Juez la facultad de imponer la pena superior en uno o dos grados a la prevista en el 368, cuando concurre alguna de las circunstancias que aquél mencionan. No obstante, cabe preguntarnos si esta facultad del juez se extiende a todas las circunstancias del 370 CP.

MANJÓN - CABEZA considera que en relación a los tres supuestos de extrema gravedad mencionados, deberá aplicarse la pena superior en dos grados a la del tipo básico cuando se trate de las dos primeras modalidades. Y la pena superior en grado, cuando se trate de organizaciones internacionales¹⁰⁵⁰.

Del mismo modo, en el caso del jefe, administrador o encargado de una organización o asociación debe mantenerse la posibilidad de imponer la pena superior en uno o dos grados, atendiendo a las circunstancias del caso. También, cuando se utilicen a menores de edad o disminuidos psíquicos se podrá imponer la pena superior en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias particulares del caso¹⁰⁵¹.

Por tanto, se prevé en el **art. 370 CP** tres agravaciones de segundo grado:

- 1ª. “Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos”.
- 2ª. ”Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren la circunstancia 2ª del apartado 1 del artículo anterior”.
- 3ª. “Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad”.

Disponiéndose en el **último inciso del precepto** que para los supuestos contemplados en los números 2º y 3º del art. 370, además de la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368, que:

“Se impondrá a los culpables, además una “multa del tanto al triplo de la droga objeto del delito”.

¹⁰⁴⁸ Como señala GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 234, en todo caso” la pena privativa de libertad a imponer será la superior en grado con respecto al artículo anterior, es por eso que se denomina a estas agravaciones de segundo grado”.

¹⁰⁴⁹ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 19ª...*, *Op. cit.*, p. 630.

¹⁰⁵⁰ MANJÓN - CABEZA OLMEDA.: *Op. cit.*, pp. 19 y 20.

¹⁰⁵¹ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 88.

Cabe resaltar que la agravación del número 2º del art. 370 pudiera plantear problemas de delimitación con lo previsto en el art. 369 bis que se refiere a los jefes, encargados o administradores de una organización delictiva.

La solución más favorable es considerar que el art. 369 bis resulta aplicable a los jefes, encargados o administradores de organizaciones delictivas, mientras que el art. 370.2 es aplicable a los jefes, encargados o administradores de otras actividades organizadas ilícitas. Por tanto, no se puede agravar la pena por el mero hecho de ser jefe, administrador o encargado de una organización lícita, por más que la voluntad del legislador en su momento fuese otra. No puede agravarse la pena por el ejercicio de derechos constitucionales, pues ello, claramente no es conforme a la constitución¹⁰⁵².

Por otro lado, hay que tener presente la poca efectividad de la pena de multa, en cuanto la mayor parte de los detenidos son insolventes, “bien por carecer de recursos, por tenerlos a buen recaudo o a nombre de terceras personas”¹⁰⁵³.

2. PERSONAS CUALIFICADAS

En el **párrafo primero del art. 372** se dispone:

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

Estableciendo el **párrafo segundo**: “A tal efecto se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”.

Este precepto, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la LO 1 / 1988¹⁰⁵⁴ contiene una regla penológica¹⁰⁵⁵ aplicable a todos los delitos previstos en el capítulo III del título XVII del libro II.

Junto a las penas privativas de libertad y a la pena de multa previstas para los respectivos delitos, se impondrá la pena de inhabilitación en los supuestos

¹⁰⁵² ÁLVAREZ GARCÍA / GÓNZALEZ CUSSAC *et al.*: *Op. cit.*, p. 425.

¹⁰⁵³ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 540.

¹⁰⁵⁴ Si bien, en la reforma del CP de 1983 se previa la pena de inhabilitación especial, cuando los culpables fuesen facultativos y funcionarios públicos. Al respecto cfr. BERISTÁN IPIÑA, A.: “Delitos de tráfico ilegal de drogas” en *Comentarios a la legislación penal*, vol. II, T. V, Edersa, Madrid, 1985, pp. 761 y ss.

¹⁰⁵⁵ Para PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, pp. 274 y ss., nos encontramos ante delitos especiales.

contemplados en el precepto. La imposición de estas penas “con carácter de pena principal y no accesoria, no constituye una facultad judicial”¹⁰⁵⁶.

Como ya se ha expuesto, la cualidad de sujeto activo determina una cualificación de primer grado en el art. 369.1,1^a¹⁰⁵⁷.

En el párrafo primero del art. 372 se prevé, que cuando los hechos previstos en este capítulo tercero sean cometidos por algunas de las personas cualificadas mencionadas en el precepto, se les impondrá además de la pena correspondiente en cada caso, la pena de inhabilitación, siempre que los hechos fueran realizados en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio¹⁰⁵⁸.

Por tanto, el *presupuesto subjetivo* de aplicación del precepto es el carácter de persona cualificada del sujeto activo, requiriéndose que se trate de “empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador”.

La enumeración de sujetos activos que se establecen en el precepto es cerrada, sólo se aplicará a las personas expresamente señaladas.

Se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la circunstancia personal de ser *empresario o intermediario en el sector financiero* como presupuesto de la imposición de una pena de inhabilitación especial para industria o comercio.

Los conceptos de empresario o intermediario en el sector financiero deben “ser entendidos a partir de su contenido material, es decir, debe tratarse de situaciones que supongan ejercicio de actividades de contenido económico, con independencia del régimen jurídico al que se sujeten y de la forma que ostenten”¹⁰⁵⁹.

Al carecer nuestro ordenamiento jurídico hasta la reforma del CP de 1983, de un inciso como el actual párrafo segundo del art. 372, respecto a lo que se entiende por *facultativo*, la pena de inhabilitación especial sólo resultaba aplicable cuando el sujeto activo poseyera un título universitario que le autorizase para la prescripción o despacho de droga¹⁰⁶⁰.

En la regulación vigente, el *párrafo segundo del art.372* especifica que se entiende por facultativo al disponer que:

“A tal efecto se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”.

¹⁰⁵⁶ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 269.

¹⁰⁵⁷ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial, 19ª...*, *Op. cit.*, p. 633.

¹⁰⁵⁸ SERRANO GÓMEZ / VÁZQUEZ GÓNZALEZ *et al.*: *Op. cit.*, pp. 544 y 545.

¹⁰⁵⁹ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, pp. 270 y 271.

¹⁰⁶⁰ Vid. LORENZO SALGADO, JM.: “Reforma de 1983 y tráfico de drogas” en *La problemática de la droga en España: análisis y propuestas político criminales*, Edersa, Madrid, 1986, pp. 31 y ss.

DÍEZ RIPOLLÉS crítica que se considere como facultativo a los psicólogos, ya que no tienen capacidad para recetar drogas¹⁰⁶¹.

La expresión “título sanitario”, comprenderá además de los médicos, a “los Ats, comadronas y cualquier otro título que habilite para una profesión de aquel orden sanitario”¹⁰⁶².

Por su parte, SERRANO GÓMEZ en relación a los veterinarios señala que “si los veterinarios pueden tener más o menos relación con sustancias estupefacientes, ya que algunas son de uso en los animales, no parece razonable incluir, sin más aclaración, a los Psicólogos”¹⁰⁶³.

En cuanto a los farmacéuticos, debe incluirse tanto al farmacéutico como a sus dependientes, con independencia de que tengan o no título sanitario.

En opinión de GALLEGO SOLER la condición de facultativo, no supone un status personal; se “pierde tal condición cuando se actúa al margen de la función profesional sanitaria. Esto supone que entre la conducta típica y esta función tiene que mediar alguna relación”¹⁰⁶⁴.

Por otro lado, el concepto de *autoridad o funcionario público* aparece en el art. 24 del CP disponiendo:

“A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas”.

Como se puede observar, en el art. 24 se alude junto al concepto de autoridad, también al de funcionario público. Lo que evidencia, que a efectos penales, para ser autoridad hay que ser, al mismo tiempo funcionario público. Pero la autoridad en sentido estricto se caracteriza por “poseer jurisdicción propia (que no supone únicamente la función de

¹⁰⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 76. En el mismo sentido, REY HUIDOBRO, LF.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 248. ALTAVA LAVALL, M.: *La tipificación del delito de narcotráfico. Su tratamiento en el nuevo CP de 1995*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1797, 1997, p. 1157.

¹⁰⁶² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁶³ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 720.

¹⁰⁶⁴ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 218. En términos parcialmente coincidentes se manifiesta VALLE MUÑIZ, JM / MORALES GARCÍA, O.: “Comentario al art. 369” en *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1662.

juzgar, sino en general la potestad de resolver los asuntos sometidos a su consideración) o mando (potestad de reclamar obediencia)”¹⁰⁶⁵.

Casuísticamente, y de forma general, nuestro TS ha otorgado la cualidad de autoridad a los Ministros, Alcaldes pedáneos¹⁰⁶⁶, al Director de un centro penitenciario¹⁰⁶⁷, a Jueces, Magistrados y Fiscales¹⁰⁶⁸; no siempre considera como tal a los Concejales¹⁰⁶⁹.

En la redacción del art. 24 no se alude a los “agentes de la autoridad”, tal omisión quizás se deba a la interpretación de que los sujetos que se venían considerando como tales, ya gozaban de la cualidad de funcionario público (a excepción de los vigilantes jurado), por lo que no resulta preciso contemplarlos de forma específica en el precepto. Sin embargo, el art. 372 alude a los agentes de la autoridad¹⁰⁷⁰.

Respecto a los vigilantes jurados cabe destacar, que tras la entrada en vigor de la Ley 23 / 1992, de 30 de julio, ya no se pueden considerar como agentes de la autoridad, quedando excluidos del ámbito de aplicación del art. 24¹⁰⁷¹.

Como destaca GALLEGO SOLER¹⁰⁷², el art. 24 no ofrece propiamente un concepto de funcionario público, sino que contiene diversas notas a partir de las cuales se puede obtener el concepto penal de funcionario público.

Tales notas son: a) las vías de acceso a las funciones públicas: disposición inmediata de ley, elección o nombramiento de la autoridad; para las “vías de designación no interesan ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría, ni el sistema de retribuciones, ni el estatuto legal o reglamentario al que se sujeten”; y b) el contenido de la actividad que desarrollan: participación en funciones públicas o de interés general¹⁰⁷³.

Si bien, lo habitual es que se trate de funcionarios policiales, no se excluyen otras categorías (funcionarios de correos, judiciales, de aduanas, etc.)¹⁰⁷⁴.

Lo relevante en el ámbito penal es que “la función del sujeto sea pública, aún cuando su relación formal con cualquiera de las administraciones (estatal, de la comunidad autónoma, local, institucional) tenga un carácter laboral o incluso ocasional”¹⁰⁷⁵. Es el caso de los depositarios a los efectos del delito de malversación (art. 435 del CP), y así

¹⁰⁶⁵ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁶⁶ STS (Sala 2ª), núm. 7157 / 1989 de 7 de diciembre.

¹⁰⁶⁷ STS (Sala 2ª), núm. 239 / 1998 de 24 de diciembre.

¹⁰⁶⁸ STS (Sala 2ª), núm. 7030 / 1990 de 8 de octubre.

¹⁰⁶⁹ STS (Sala 2ª), núm. 12.500 / 1989 de 21 de junio.

¹⁰⁷⁰ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁷¹ STS (Sala 2ª), núm. 806 / 1993 de 7 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 8521 / 1992, de 18 de noviembre.

¹⁰⁷² GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁷³ En este sentido, las STS (Sala 2ª), núm. 3830 / 1995, de 29 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 2635 / 1992, de 26 de marzo.

¹⁰⁷⁴ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁷⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L (dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A (coord.) *et al.*: *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2011, p. 290.

lo reconoció la Jurisprudencia respecto al art. 119 del CP de 1973 y con posterioridad a la vigencia de este precepto¹⁰⁷⁶.

Siendo irrelevante el sistema de selección, la categoría, el carácter temporal o permanente o el sistema de retribución¹⁰⁷⁷.

Se trata de un concepto de funcionario público funcional o realista, por lo que se ha considerado como tal al concejal electo que aún no ha tomado posesión de su cargo, pero que tiene la facultad de votar para constituir la nueva corporación¹⁰⁷⁸, a los profesionales sanitarios del Servicio nacional de salud a pesar de su carácter estatuario¹⁰⁷⁹, a un empleado del Fondo de promoción de empleo¹⁰⁸⁰, a un peón especialista de una consejería autonómica¹⁰⁸¹, a un empleado temporal de la administración de loterías¹⁰⁸², etc.

Respecto al resto de personas mencionadas en el art. 369,1ª cabe destacar que no existe un concepto normativo. Para conceptuar lo que debe entenderse por *trabajador social* según ÁLVAREZ GARCÍA “debe atenderse a dos parámetros:

- 1) El desenvolvimiento de la actividad en un ámbito profesional, en el sentido de encontrarse vinculado laboralmente, ello es obligado desde el momento en que la referencia se realiza al ejercicio del cargo, profesión u oficio;
- 2) La realización material de una actividad comunitaria; la reducción, como hace algún autor, a los que posean titulación académica, supone despreciar injustificadamente una gran cantidad de labores que materialmente responden al que pudiera entenderse como contenido del “trabajo social”. En el caso del docente o educador son aplicables, a mi entender, idénticas precisiones a las efectuadas en el supuesto del trabajador social¹⁰⁸³.

En opinión de SERRANO GÓMEZ por trabajador social debe entenderse “asistente social”, mientras que los docentes y educadores pueden serlo tanto de centros públicos o privados¹⁰⁸⁴.

Del mismo modo, REY HUIDOBRO considera que la expresión “trabajador social” es equivalente a asistente social considerando como tal a aquellas personas cuya profesión consiste en auxiliar socialmente a las personas necesitadas (presos, menores abandonados, etc.)¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁷⁶ STS (Sala 2ª), núm.1233 / 1997, de 10 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1292 / 2000, de 10 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1952 / 2000, de 19 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 2361 / 2001, de 4 de diciembre.

¹⁰⁷⁷ STS (Sala 2ª), núm. 2208 / 1993 de 11 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 307 / 2001, de 27 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 2361 / 2001 de 27 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 2361 / 2001, de 4 de diciembre.

¹⁰⁷⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1952 / 2000, de 19 de diciembre.

¹⁰⁷⁹ STS (Sala 2ª), núm. 2361 / 2001, de 4 de diciembre.

¹⁰⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 68 / 2003, de 27 de enero.

¹⁰⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 1 / 2004, de 12 de enero.

¹⁰⁸² STS (Sala 2ª), núm. 1433 / 2003, de 28 de octubre.

¹⁰⁸³ ÁLVAREZ GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁸⁴ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 536.

¹⁰⁸⁵ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 248.

Por su parte, GALLEGO SOLER estima que ante el silencio del legislador respecto al alcance que debe darse respecto al trabajador social, son dos las interpretaciones posibles:

- a) “Que el sujeto activo haya obtenido la titulación universitaria de Diplomado en trabajo social, o;
- b) Que el sujeto activo desarrolle actividades comunitarias del tipo: voluntariado civil, monitor de tiempo libre, de colonias, campamentos o análogos (y en esta segunda interpretación podría volverse a distinguir entre aquellos supuestos en los que se obtiene algún título autorizado que faculte para el desarrollo de tales actividades, de los supuestos en los que no sea preceptiva esa titulación - que en ningún caso es titulación académica - ¹⁰⁸⁶.

A mi entender, de la interpretación funcional del precepto se deduce que para su aplicación se exige que junto a la cualidad personal del sujeto activo (alguna de las que se enumera en el precepto), éste actúe en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, por lo que la cualidad de trabajador social ha de poder considerarse como profesión u oficio, por lo que no podría considerarse como tal si no se está en posesión del título universitario de trabajador social, que le habilite para el desempeño de tal profesión u oficio.

La condición de trabajador social, si bien es una condición personal, no constituye un status personal, sino que “se pierde tal condición cuando se actúa al margen del normal desempeño de la propia función comunitaria. Esto supone que teleológicamente debe exigirse que exista alguna relación entre la conducta típica realizada y esa función comunitaria”¹⁰⁸⁷.

Respecto a los *docentes* son las personas que se dedican a la enseñanza, sea pública o privada, dado que el Código no establece diferenciación al respecto. Por *educadores* debe entenderse a “aquellos que desarrollan o perfeccionan las facultades o aptitudes del niño o adolescente para su perfecta formación adulta”¹⁰⁸⁸.

Al igual que sucede con el resto de las cualidades personales, la condición de docente o educador no es un status personal, por lo que “se pierde tal condición cuando se actúa al margen de la función de docente”. Ha de darse alguna relación entre la conducta típica y la función de docente o educador, sólo se aplicará la agravación “cuando el hecho se realice en el ámbito del ejercicio del cargo de docente o educador”¹⁰⁸⁹.

Por otro lado, para la aplicación del tipo se requiere no sólo que se realice alguna de las conductas previstas en los artículos anteriores, sino que el sujeto activo actúe *en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, industria o comercio*¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 219.

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*, p. 220.

¹⁰⁸⁸ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, pp. 248 y 249.

¹⁰⁸⁹ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁹⁰ Cfr. VALLE MUÑIZ, JM / MORALES GARCÍA, O.: “Art. 372”..., *Op. cit.*, p. 1669. Vid. BOIX REIG, J *et al.*: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 349.

Ello implica que no todo delito de los comprendidos en el Capítulo III cometido por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador conlleva la pena de inhabilitación especial. Sino que para la imposición de esta pena deberá acreditarse que el delito se cometió en el ejercicio de su cargo, aprovechándose del mismo¹⁰⁹¹.

Por lo que no será aplicable el precepto, respecto a los que “teniendo la titulación suficiente no ejerzan su profesión, por estar en paro, no encontrar trabajo, funcionario en situación de excedencia, etc., pues la ley exige obrar con abuso de su profesión, oficio o cargo”¹⁰⁹².

A efectos de penalidad, como hemos visto, el art. 372 incorpora junto a las penas privativas de libertad y de multa que corresponda conforme a los artículos precedentes, *penas privativas de derechos: inhabilitación especial e inhabilitación absoluta*.

Así, cuando el sujeto activo de alguno de los delitos del Capítulo III sea empresario o intermediario en el sector financiero, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para industria o comercio. En el caso de los funcionarios públicos, procede imponer la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público; si se trata de facultativo, trabajador social, docente o educador se decretará judicialmente la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, sin perjuicio de que en estos últimos supuestos también concurra la condición de funcionario público.

Surge la duda de si en estos supuestos puede aplicarse conjuntamente las penas de inhabilitación especial para profesión u oficio y las de empleo o cargo público; y si, en el caso de aceptarlo, implicaría una vulneración del principio *ne bis in idem*. A juicio de GALLEGO SOLER se puede aplicar ambas, si ambas cualidades personales han tenido relación directa con el delito cometido, pudiendo aplicarse en todo caso como penas accesorias. Si bien, con la limitación temporal de que en el caso de acordarse ambas penas de inhabilitación, no superen la duración de la pena privativa de libertad¹⁰⁹³.

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público está dotada de una gran dureza en la legislación vigente. En el art. 42 se especifica su contenido al señalar que la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, consistirá en la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recaiga y de los honores que le sean anejos. Implica además, la incapacidad para obtener el mismo u análogos durante el tiempo de la condena¹⁰⁹⁴.

Ello supone que el funcionario pierde su condición de tal aunque haya cumplido la pena; de este modo “los efectos de la pena se prolongan fácticamente más allá del estricto período de cumplimiento de la misma, de tal modo que, para recobrar nuevamente su condición de funcionario, tendrá que volver a instar las vías preceptivas

¹⁰⁹¹ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 272.

¹⁰⁹² SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 536.

¹⁰⁹³ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 273.

¹⁰⁹⁴ GRACÍA MARTIN, L (coord.) / BOLDOVA PASAMAR, MA.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 116 ss.

a tal efecto (oposición, concurso y análogos) sin que podamos obviar que un requisito indispensable en muchas de estas convocatorias es el no haber sido condenado penalmente”¹⁰⁹⁵.

Respecto a la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, industria o comercio su contenido se determina el art. 45 del CP. Pues, esta pena priva al penado durante el tiempo que dure la condena de la facultad de ejercer los derechos de profesión, oficio, industria o comercio¹⁰⁹⁶.

Por otro lado, la pena de inhabilitación absoluta sólo puede imponerse como pena principal, cuando el sujeto activo sea autoridad o agente de la misma. El contenido de esta pena se determina en el art. 41 del CP; la pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. También, produce la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

El Tribunal sentenciador deberá concretar los honores, empleos y cargos públicos sobre los que recae la inhabilitación¹⁰⁹⁷; se considera por algún sector doctrinal que los títulos que acrediten conocimientos técnicos o profesionales quedan preservados de la pena de inhabilitación, en cuanto que no pueden desaparecer por la comisión de un delito¹⁰⁹⁸. Una vez cumplida la condena podrá volver a recuperar el empleo o cargo público.

Por último, respecto a la duración de las penas privativas de derechos, el art. 372 establece un marco penal, entre un mínimo y un máximo¹⁰⁹⁹. Pues, la pena de inhabilitación especial para “empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio” es de “tres a diez años”. Y la pena de inhabilitación absoluta es de “diez a veinte años” cuando los hechos fueran cometidos por “autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo”:

3. DISPOSICIONES COMUNES A LA PENA DE MULTA

Para todos los supuestos de penas de multa el **art. 377 CP** dispone que:

“Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 a 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”.

¹⁰⁹⁵ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 273.

¹⁰⁹⁶ GRACÍA MARTIN (coord.) / BOLDOVA PASAMAR.: *Op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁹⁷ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 274.

¹⁰⁹⁸ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General, 8ª edición*, Reppertor, Barcelona, 2010, pp. 705 y 706. MAPELI CAFFARENA, B / TERRADILLOS BASOCO, JM.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 181.

¹⁰⁹⁹ GALLEGO SOLER.: *Op. cit.*, p. 276.

El art. 377 contiene unas reglas generales para determinar la cuantía de la pena de multa dentro de los márgenes que correspondan a la gravedad del delito.

Debe procederse a determinar el grado, dentro de los márgenes previstos en el art. 368, o, en su caso, en los arts. 369, 369 bis y 370 del CP, correspondiente a lo previsto en el art. 52. Pudiendo aplicarse después, los criterios establecidos en el art. 377 (valor económico final del producto o, en su caso, el de la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener) para determinar la cuantía de la pena de multa dentro del grado correspondiente¹¹⁰⁰.

Los criterios que incorpora este precepto, no están exentos de problemas de técnica legislativa. No queda claro que debe entenderse por “precio final del producto”. Pero si se quiere dar, alguna “virtualidad operativa” al segundo criterio, es conveniente darle un significado diferente al del valor de la “recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”. Tampoco se especifica si son criterios alternativos o subsidiarios, sin embargo, la expresión legal “o, en su caso” parece reforzar la idea de la alternatividad¹¹⁰¹.

El valor de la “recompensa o ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener” no se contiene entre los criterios que el art. 52.1 del CP permite para que “la multa no siga el régimen de los días multa”. Esta regla no puede ser una “patente de corso” para imponer una pena de multa que no guarde conexión con el principio de proporcionalidad¹¹⁰².

En todo caso, según el principio de culpabilidad, deberá acreditarse durante la causa el valor de la recompensa o ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener, pudiendo “objetivarse la regla” por la valoración pericial¹¹⁰³.

Señala MUÑOZ CONDE que “en este caso la pena de multa funciona más bien como una confiscación o privación de las ventajas económicas conseguidas ilícitamente”¹¹⁰⁴.

De la redacción del precepto se desprende que la determinación de la cuantía de la multa puede basarse en presupuestos tan vagos como la ganancia que hubiera podido obtener el reo en la venta de la droga, lo que depende de elementos tan aleatorios como la pureza de la droga, el precio en el tráfico ilegal, etc¹¹⁰⁵.

Como reconoce la Jurisprudencia¹¹⁰⁶ este precepto ha recibido críticas doctrinales, dado que “en la valoración del precio juegan de un lado factores que escapan del dominio del autor en el momento de realización de la conducta para instalarse en futuribles de difícil sino imposible objetivación, y de otro lado no debe olvidarse que se

¹¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 19ª...*, *Op. cit.*, p. 635.

¹¹⁰¹ GALLEGOS SOLER.: *Op. cit.*, p. 318.

¹¹⁰² *Ibidem*, p. 319.

¹¹⁰³ *Ibidem*, p. 319.

¹¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 19ª...*, *Op. cit.*, p. 635.

¹¹⁰⁵ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 540.

¹¹⁰⁶ En STS (Sala 2ª), núm. 145 / 2001, de 30 de enero.

trata de sustancias de tráfico ilícito, y por lo tanto, cualquier aproximación valorativa procede inexcusable de un mercado esencial y radicalmente ilegal, y todo ello puede proyectar sombras sobre el principio de culpabilidad”. Esta sentencia establece el criterio para determinar el valor de la droga cuando es distinto el precio cuando se vende por gramos que cuando se vende por kilos. Añade que “en materia de tráfico de drogas, la multa prevista se rige, precisamente, por el sistema secundario de multa proporcional, y así en el art. 368 y siguientes la multa viene impuesta en relación al valor de la droga en una proporción variable que puede llegar del tanto al séxtuplo”. Se contiene en el art. 377, además, una norma específica para determinar el valor de la pena de multa a imponer en estos delitos, según la cual, para determinar el valor de la droga, que actúa como presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa “(...) será el precio final del producto, o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener (...)”. Recuerda que según la consolidada doctrina de esta sala, debemos constatar que frente a lo que en una primera y apresurada lectura del artículo pudiera pensarse “(...) el valor de la droga objeto del delito (...) será el precio final del producto (...)”, el precepto establece otros criterios más flexibles y razonables que permiten un campo de justificada individualización según cada caso y por tanto una discrecionalidad Judicial al añadir “(...) o, en su caso, la recompensa o ganancia, obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener (...)”.

Recuerda que según consolidada doctrina de la Sala Segunda¹¹⁰⁷ es presupuesto indispensable para aplicar la pena de multa, determinar el valor de la droga, de tal modo, que cuando no se pueda precisar, no procederá la imposición de la pena de multa.

En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª), núm. 1186 / 2004, de 20 de octubre, afirma que no puede imponerse la pena de multa al no determinarse el valor de la droga. En el caso concreto, no consta en los hechos probados en la Sentencia de instancia el valor de la droga incautada ni tampoco la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener, lo que determina que se prescinda de su imposición. Tampoco en la fundamentación jurídica se declara con valor fáctico, de modo determinante, la concurrencia de ninguno de esos aspectos. De forma, que concluye, aplicando la doctrina de la Sala a los casos en los que no consta adecuadamente declarada como probada la base fáctica que el Código Penal exige tener en cuenta para la determinación de la pena de multa, tal imposición no es procedente.

4. SUPUESTOS ATENUADOS PARA DROGODEPENDIENTES

Por LO 15 / 2003, de 25 de noviembre de reforma del Código Penal, se introdujo el párrafo segundo del art. 376 CP en el que se prevé la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados a los drogodependientes en los que concurren las circunstancias que enumera el precepto.

El párrafo segundo del art. 376 CP dispone:

¹¹⁰⁷ Así, en STS (Sala 2ª), núm. 542 / 2000 de 12 de abril, STS (Sala 2ª), núm. 1085 / 2000, de 26 de junio, STS (Sala 2ª), núm. 1997 / 2000 de 26 de junio, STS (Sala 2ª) núm. 1997 / 2000, de 28 de diciembre y, STS (Sala 2ª), núm. 1998 / 2000, de 28 de diciembre.

“Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de la comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad”.

Según la FGE “las circunstancias en que se plantea en este párrafo la facultad de rebajar la sanción penal revela que la pretensión del legislador es otorgar un trato beneficioso a aquellos que se hayan visto determinados para la comisión del delito por la situación de drogodependencia previa, es decir, a quienes intervienen en el comercio de estas sustancias como medio de atención a la cantidad de la sustancia intervenida una especial consideración, al concurrir en el delincuente otras motivaciones diferentes que influyen en el ejercicio del hecho criminal”¹¹⁰⁸.

El precepto limita su aplicación a las conductas descritas en los art. 368 a 372 del CP.

Del tenor literal del precepto, se exige para su aplicación: a) que el sujeto fuera drogodependiente en el momento de la comisión de los hechos; b) que se acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación y c) que las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto del delito no fuesen de notoria importancia o de extrema gravedad.

En el mismo sentido, se pronuncia la Jurisprudencia al exigir la concurrencia de estos requisitos para la aplicación de la atenuación prevista en el párrafo segundo del art. 376. Así, se denegó la concurrencia de tal atenuación manifestándose en autos, que si bien, resultaba acreditado “(...) dos de los requisitos exigidos por el precepto: que no se trate de cantidad de notoria importancia y que el beneficiario fuese drogodependiente al cometer los hechos. Tal condición está recogida en el *factum*. Ha servido para fundar una atenuante analógica (...)”. Continua diciendo la sentencia: “(...) Ni en los hechos probados de la sentencia, ni en su fundamentación jurídica aparece, como destaca el Ministerio Público, uno de los requisitos esenciales para hacerse acreedor de tan relevante beneficio penológico: que haya finalizado con éxito el tratamiento”¹¹⁰⁹.

Por otra parte, cabe destacar que el legislador utiliza el término “podrá” por lo que la reducción de la pena en uno o dos grados es de carácter facultativo, debiendo ser motivada. Por ello, “aún cuando el precepto no exige la vinculación antes mencionada entre la drogodependencia y la actividad delictiva, los Sres. Fiscales, valorarán especialmente la concurrencia de dicha circunstancia a los efectos de solicitar la aplicación de este precepto en aquellos casos en los que la adicción a las drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o sustancias psicotrópicas y la necesidad de obtener recursos económicos para afrontarla haya influido en la decisión criminal del autor del hecho, sin perjuicio de su apreciación en cualquier otro supuesto en el que se considere oportuno”¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁸ CÍRCULAR DE LA FGE núm. 2 / 2005..., *cit.*, p. 18.

¹¹⁰⁹ STS (Sala 2ª), núm. 2608 / 2013, de 23 de mayo.

¹¹¹⁰ CÍRCULAR DE LA FGE, núm. 2 / 2005..., *cit.*, pp. 18 y 19.

Esta atenuación (al igual que la prevista en el párrafo primero del art. 376) no guarda relación con la gravedad del hecho delictivo, sino que constituye un mecanismo para incitar al drogodependiente al tratamiento de deshabituación¹¹¹¹.

El Código (art. 87) prevé beneficios especiales para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, cuando el delito se cometiera por causa de la dependencia de tales sustancias del sujeto activo, siempre que se encontrara deshabituado o sometido a tratamiento para su deshabituación¹¹¹².

5. DECOMISO

El comiso consiste en la privación con carácter definitivo, de algún bien al responsable de un hecho delictivo, por decisión de un Tribunal¹¹¹³. La figura del comiso tiene una gran importancia en el delito de tráfico de drogas, ya que parece lógico que la primera medida que debe adoptarse para paliar los enormes beneficios que generan tales negocios, sea “privar a sus responsables del provecho criminal con ellos obtenido”¹¹¹⁴.

Como afirma SOTO NIETO, la medida del comiso constituye la respuesta del legislador a la demanda social ante la preocupación surgida por la creciente expansión adquirida por el tráfico y consumo ilegal de drogas, dado los efectos criminógenos que de ello se generan diariamente¹¹¹⁵.

La intervención y comiso de bienes e instrumentos del delito es una medida accesoria, que aunque tiene alcance general para cualquier delito, presenta un especial interés en los delitos de drogas y conexos¹¹¹⁶.

Tras la reforma efectuada por LO 1 / 2015, de 30 de marzo, el decomiso de bienes como consecuencia accesoria está previsto con carácter general para cualquier delito, en los arts. 127 a 127 octies del CP. De forma específica para el delito de tráfico ilegal de drogas y precursores en el art. 374 del CP. Del mismo modo, en el delito de contrabando se prevé esta medida en el art. 5 de la Ley de Contrabando (LO 12 /1995,

¹¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J (dir.) / RAGUÉS i VALLÉS, R (coord.) *et al.*: *Op. cit.*, p. 286.

¹¹¹² SERRANO GÓMEZ / VÁZQUEZ GÓNZALEZ *et al.*: *Op. cit.*, p. 547.

¹¹¹³ CARDENAL MURILLO, A.: “El régimen específico del comiso en materia de tráfico de drogas” en *Comentarios a la legislación penal, Tomo XVII. Reformas sobre tráfico de drogas, secretos de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Edersa, Madrid, 1996, p. 35. Vid. También art. 37 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, art. 22 del Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas, art. 1º f y 5 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena, de 1988.

¹¹¹⁴ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...Op. cit.*, p. 285. En el mismo sentido, se ha entendido en el plano internacional. Vid. El Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas de Viena de 1988.

¹¹¹⁵ SOTO NIETO.: *Op.cit.*, p. 155.

¹¹¹⁶ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 153. Vid también, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General, 5ª edición*, Reppertor, Barcelona, 1998, p.796. GRACÍA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 442. LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena conforme al CP de 1995, 4ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 240 y ss. CARDENAL MURILLO: *Op. cit.*, p. 23.

de 12 de diciembre, modificada por LO 6 / 2011, de 30 de junio¹¹¹⁷). Tal posibilidad aparece recogida además, en la Convención de Viena de 1988¹¹¹⁸.

El art. 374 del CP prevé normas específicas sobre el decomiso de las drogas tóxicas y demás estupefacientes, de los vehículos que hayan sido instrumento del delito o que provengan de los mismos, así como las ganancias. Se trata de una regulación extensa que abarca el comiso de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias del art. 371 CP (precursores), los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito¹¹¹⁹.

El art. 374 ha sido ampliamente reformado por LO 1 / 2015, de 30 de marzo, como señala la Exposición de Motivos:

La regulación del decomiso es objeto de una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos. La reforma toma en consideración la Directiva europea 2014 /42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

Las novedades afectan, especialmente, a tres cuestiones: el decomiso sin sentencia; el decomiso ampliado; y el decomiso de bienes de terceros (...).

El **párrafo primero del art. 374 CP** dispone que:

“En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales”.

Se pretende combatir en todo lo posible la lucha contra el narcotráfico. No podrá decretarse el decomiso de bienes que pertenezcan a terceros que no hayan participado en el delito, y que en todo caso hayan actuado de buena fe¹¹²⁰.

Como se desprende de la regulación establecida en los arts. 127 y 374 del CP, el decomiso, implica la privación al sujeto que comete un delito de tráfico ilegal de drogas de tres bienes:

¹¹¹⁷ BOE núm. 156 / 2011, de 1 de julio.

¹¹¹⁸ En su art. 1 lo define como “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente”. El art. 5 establece como bienes decomisables: El producto derivado de delitos o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto. Las sustancias, los materiales y equipos y los instrumentos utilizados o destinados a su utilización en la comisión de estos delitos.

¹¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J (dir.) / RAGUÉS i VALLÉS, R (coord.) *et al.*: *Op. cit.*, p. 286.

¹¹²⁰ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 540.

- a) Las sustancias objeto del delito.
- b) Los medios e instrumentos utilizados en la comisión de un delito.
- c) Las ganancias obtenidas con el delito.

El decomiso de la *droga*, previsto de forma expresa en el art. 374, “deriva de la naturaleza extracomercial de esta sustancia”. En la medida, en que las drogas tienen la consideración de sustancias prohibidas, o en algunos casos, de sustancias controladas respecto a determinados usos, implican su privación “por imperio de la ley” desde el instante de que se produce su intervención, y ello con independencia del resultado del procedimiento penal¹¹²¹.

Respecto a los *bienes, medios e instrumentos de comisión* han de acreditarse que se han empleado para la ejecución del delito, aunque no fueran estrictamente necesarios, y no solo con ocasión de su ejecución¹¹²².

El fundamento de la privación de los objetos del delito o instrumentos de comisión que sean bienes comerciales o lícitos (como precursores químicos, vehículos, etc.) es la peligrosidad que implica mantener la propiedad de los mismos en el patrimonio de personas que se ha demostrado que los ha utilizado con un fin ilícito.

Ello presenta especial transcendencia en los delitos de drogas, especialmente los realizados por el crimen organizado, ya que “su virtualidad es la del desmantelamiento de los elementos de la propia estructura delictiva que son utilizados para la comisión de estos delitos”. Para ello es imprescindible que el ordenamiento jurídico contenga determinadas “consecuencias jurídico - civiles o jurídico - administrativas dirigidas a privar a las personas responsables de estos delitos de los elementos o instrumentos utilizados para su ejecución y de los objetos del delito que, aun siendo de lícito comercio, su fin era el desvío a usos ilícitos”. Así, los medios de transporte para la droga, los laboratorios de transformación, etc., son los bienes que conforman la estructura precisa para la comisión del delito¹¹²³.

Las *ganancias* obtenidas de la realización del ilícito también son objeto de decomiso. En ellas debe incluirse tanto la recompensa o precio, como el provecho mismo obtenido del tráfico como tal¹¹²⁴. El fundamento de su privación se “vincula a la idea de que un patrimonio obtenido por la comisión de delitos no puede mantenerse en legítimo disfrute de quien así lo obtuvo, ya que ello supone desde la perspectiva civil la consolidación de un enriquecimiento con causa ilícita”¹¹²⁵.

Es por ello por lo que se incluye como objeto de decomiso no sólo los beneficios obtenidos directamente con el delito, sino las diversas transformaciones que se podrían haber obtenido con ellas (de acuerdo a lo dispuesto en el art. 127). La finalidad es,

¹¹²¹ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 155.

¹¹²² Entre otras, STS (Sala 2ª), núm. 475 / 2006, de 2 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1040 / 2005, de 20 de septiembre.

¹¹²³ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 156.

¹¹²⁴ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales...*, *Op. cit.*, p. 294.

¹¹²⁵ *Ibidem*, p. 156.

terminar con el blanqueo de las ganancias obtenidas con estos delitos, que habitualmente se invierten en negocios legales, compra de bienes inmuebles, etc¹¹²⁶.

Los requisitos necesarios para que el Tribunal pueda decretar el decomiso de tales bienes son:

- 1) Que tengan su origen en un delito de tráfico de drogas;
- 2) Que no pertenezca a un tercero de buena fe¹¹²⁷;
- 3) Que se haya solicitado la medida y los bienes objeto de decomiso, a instancia de cualquiera de las acusaciones¹¹²⁸.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la necesidad de que quede acreditado la conexión entre el bien decomisible como ganancia del delito y su origen delictivo¹¹²⁹.

No obstante, tras la reforma del CP por la LO 1 / 2015, la figura del decomiso ampliado¹¹³⁰ permite a los jueces y tribunales, en los supuestos de condenas por delitos que generan una fuente permanente de ingresos, como sucede con el tráfico ilegal de drogas, decretar el decomiso de bienes y efectos del sujeto condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan indicios objetivos fundados del origen ilícito de los bienes y efectos decomisados.

Respecto al segundo requisito, es de resaltar que el decomiso tiene por finalidad evitar una práctica cada vez más frecuente, como es que el inculcado por un delito de tráfico de drogas, traspase la titularidad aparente de su patrimonio a otra persona (cónyuge, hijos, amigos) con los que evita ser privado del patrimonio adquirido en el caso de ser condenado¹¹³¹.

Sin duda “el hecho de que la aplicación del comiso pueda sobrepasar las barreras formales para incidir sobre situaciones de dominio material, significa todo un avance en la lucha contra la trama económica del mercado de drogas”¹¹³².

No obstante, como afirma MUÑOZ CONDE que “la transformación jurídica de la titularidad y respeto a los derechos de terceros no responsables del delito, así como las dificultades para probar que determinados bienes o negocios proceden de estas

¹¹²⁶ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 19ª...*, *Op. cit.*, p. 633.

¹¹²⁷ Para GRACÍA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR.: *Op.cit.*, p. 449, en este contexto, por tercero de buena fe debe entenderse únicamente “al propietario de los instrumentos o efectos del delito legalmente adquiridos cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos”.

¹¹²⁸ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op.cit.*, p. 162.

¹¹²⁹ Así, en STS (Sala 2ª), núm. 407 / 1998, de 26 de enero, STS (Sala 2ª), núm. 5492 / 1998, de 9 de junio STS (Sala 2ª) núm. 7710 / 1997, de 13 de octubre. En el mismo, sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en STC núm. 123 / 1995, de 18 de julio.

¹¹³⁰ Vid. art. 127 bis del CP.

¹¹³¹ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 289.

¹¹³² FABIÁN CAPARROS, EA.: “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8 / 1992 de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo XLVI, fasc. II, 1993, p. 619.

ganancias, dificultarán en gran medida la aplicación de este precepto. Al amparo de esta norma, pueden los tribunales investigar cuantas corrientes y patrimonios, esperamos que con el mismo éxito con que Hacienda investiga la economía de los contribuyentes”¹¹³³.

Es por ello, que la LO 1 / 2015 ha venido a introducir algunas mejoras técnicas en la regulación del decomiso de bienes en poder de terceros¹¹³⁴, orientadas a aumentar la eficacia y seguridad jurídica en la aplicación de esta regulación.

En cuanto al tercer requisito, el decomiso debe decretarse en sentencia, debidamente motivado¹¹³⁵; y está limitado por el principio acusatorio, es decir, sólo se puede decretar a instancia de la acusación no pudiéndose acordar de oficio¹¹³⁶.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹¹³⁷ estableció respecto al requisito de postulación del decomiso que éste sólo podrá decretarse en Sentencia sin que fuera posible acordarlo después mediante Auto, además al implicar una valoración por el Tribunal se planteaba la necesidad de que fuera sometido a debate a instancia de alguna de las partes acusadoras¹¹³⁸.

El Juez o Tribunal podrá también acordar el decomiso de los bienes y efectos del delito, sin que exista una condena penal previa por el delito cometido. Si bien, la figura del decomiso sin sentencia ya estaba regulado en el apartado 4 del vigente artículo 127, se ha aprovechado la reforma de la LO 1 / 2015 para introducir mejoras técnicas en su regulación e introducir las normas procesales necesarias para su aplicación¹¹³⁹.

En todo caso, como se prevé al final del párrafo primero del art. 374 CP, el decomiso de las sustancias, bienes, medios, instrumentos y ganancias procedentes del delito de tráfico ilegal de drogas se efectuará conforme a “lo dispuesto en los arts. 127 a 128 y a las siguientes normas especiales (...)”.

Tales normas especiales son:

a) Destrucción de sustancias intervenidas

En el art. **374. 1ª** se establece:

“Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación”.

¹¹³³ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª..., *Op. cit.*, pp. 633 y 634.

¹¹³⁴ Vid. art. 127 quater CP.

¹¹³⁵ STS (Sala 2ª), núm. 297 / 2006, de 6 de marzo.

¹¹³⁶ STS (Sala 2ª), núm. 77 / 2007, de 7 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 475 / 2006, de 2 de mayo.

¹¹³⁷ STC núm. 123 / 1995, de 18 de julio.

¹¹³⁸ En este sentido, la STS Sala 2ª núm. 208 / 1996 de 17 de diciembre, y STS Sala 2ª núm. 7018 / 1997 de 13 de octubre.

¹¹³⁹ Vid. Art. 127 ter CP.

En el mencionado precepto, se prevé dos supuestos de destrucción:

1. De las muestras de las sustancias intervenidas una vez que se haya dictado sentencia firme.
2. De la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

Tales sustancias, al ser objeto del delito, constituyen una pieza de convicción, siendo un elemento probatorio para los Jueces y Tribunales, debiendo dejarse muestras suficientes para un nuevo análisis que pudiera solicitar cualquiera de las partes en el procedimiento penal¹¹⁴⁰ o, en su caso, porque el Juez o Tribunal hubiese ordenado su conservación íntegra¹¹⁴¹.

Es de destacar que la legislación española ha experimentado una importante evolución en esta materia, desde la idea de la conservación preceptiva de todos los bienes que pudieran tener alguna relación con el delito, a la destrucción facultativa de la droga, dado los problemas que su conservación y almacenamiento plantea¹¹⁴².

La Instrucción de la FGE de 28 de noviembre de 1984, establece preceptivamente que los fiscales deberán instar la destrucción de la droga e informar favorablemente sobre la misma. Lo que se reitera en la Instrucción de 10 de diciembre de 1985, Consulta nº 2 / 1986, de 21 de marzo e Instrucción 9 / 1991, de 26 de diciembre. Además, mediante Comunicación de 27 de enero de 1986 de la Presidencia del Tribunal Supremo, se recordaba a los Jueces y Tribunales la potestad facultativa de destruir las drogas decomisadas. Tras la reforma del art. 338 de la LECr por la Ley 21 / 1994, de 6 de julio se establece de forma preceptiva la destrucción de la droga.

Dado la gran cantidad de droga que se suele incautar, con los riesgos y problemas que plantean su almacenaje y conservación, resulta conveniente su destrucción¹¹⁴³.

b) Bienes decomisados que se adjudican al Estado.

El **art. 374. 2ª** dispone:

“Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles

¹¹⁴⁰ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op.cit.*, p. 158.

¹¹⁴¹ En lógica con ello, se regula el destino de la droga decomisada en el art. 388, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al establecer que “ cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el Juez instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, el órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad. Lo conservado estará siempre bajo la custodia del órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad. Lo conservado estará siempre bajo la custodia del órgano judicial competente”.

¹¹⁴² SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op.cit.*, p. 158.

¹¹⁴³ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 541.

derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”.

La Ley 17 / 2003, de 29 de mayo¹¹⁴⁴ regula el fondo de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

El art.1.2 prevé la creación de un fondo en el que se integran los bienes, efectos e instrumentos contemplados en el párrafo anterior, con las rentas e intereses de dichos bienes y con el producto que se obtenga de éstos cuando no sean líquidos y se enajenen o liquiden según las previsiones de esta ley y de sus normas reglamentarias de desarrollo.

Según el art. 2 los fines a los que se destinan, son a la financiación de los programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos, control y persecución de estos delitos, y cooperación internacional en la materia.

6. TRÁFICO DE PRECURSORES

En los últimos años, la característica fundamental de la política sobre drogas en España, ha sido el afán, de coordinar nuestras actuaciones y adaptar nuestra legislación penal a las recomendaciones de los organismos internacionales”¹¹⁴⁵.

Tales organismos, han destacado la necesidad de que los poderes públicos controlen y sancionen la “fabricación, el transporte o la distribución de los denominados precursores (equipos, materiales y sustancias indispensables en el cultivo, producción y fabricación ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”¹¹⁴⁶.

La preocupación internacional sobre el tema, ha llevado a la Convención de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas hechas en Viena en 1988, a imponer en su art. 3.1 a) iv) la obligación de los Estados Parte de sancionar tales conductas.

La necesidad de adaptar nuestro ordenamiento interno a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1988, originó la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico penal del delito de tráfico de precursores, en art. 344 bis g) (derogado por LO 8 / 1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y posteriormente regulado en el art. 371 del CP de 1995.

La Ley Orgánica 5 / 2010 no ha afectado directamente a la redacción del artículo 371, cuya última modificación - referida a su apartado 2 - proviene de la efectuada por Ley

¹¹⁴⁴ BOE núm. 129 / 2003, de 30 de mayo.

¹¹⁴⁵ DÍEZ RIPOLLES.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, p. 33.

¹¹⁴⁶ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 269.

Orgánica 15 / 2003, de 25 de noviembre, siendo la redacción actual del precepto, la siguiente:

A) Tipo Básico

Dispone el **párrafo primero del art. 371:**

“El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1998, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otro productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de los géneros o efectos”.

La conducta típica consiste en “fabricar, transportar, distribuir, comercializar o poseer” equipos, materiales o sustancias a los que alude el precepto, “a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o posean para estos fines”.

Los actos típicos descritos en el art. 371 ha sido objeto de crítica por la doctrina. Se ha afirmado que resulta extraño que tratándose en puridad de actos preparatorios punibles, como mínimo una tentativa de delito de los previstos en el art. 368, se haya acudido a esta específica tipificación, pudiendo haber sido sancionado con la normativa anterior a su introducción, aplicando las reglas generales del CP¹¹⁴⁷.

A lo que cabe añadir, que en la actualidad el art. 373 CP tipifica la provocación, la conspiración y la proposición para cometer, entre otros, el delito del art. 371, con lo que se castiga “los actos preparatorios de los actos preparatorios del tráfico de drogas”, pues se sanciona tanto el tráfico de precursores, como los actos preparatorios relativos a él¹¹⁴⁸. Con lo que “parece que tal regulación renuncia a los principios penales básicos (algunos constitucionales) aceptados de modo general por la doctrina y la Jurisprudencia”¹¹⁴⁹.

Según DÍEZ RIPOLLÉS en este precepto se ha venido a tipificar como delito independiente, determinados actos, que considera que no es seguro que siempre puedan ser calificados como actos preparatorios lo que supone “un desmesurado adelantamiento de las barreras de protección penal”¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ QUERALT JIMÉNEZ, JJ.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1987, p. 25.

¹¹⁴⁸ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 274.

¹¹⁴⁹ JOSHI JUBERT.: “Sobre el concepto de organización...”, *Op. cit.*, p. 658.

¹¹⁵⁰ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Los delitos relativos a drogas...*, *Op. cit.*, pp. 18 y ss.

También se ha criticado la excesiva amplitud con la que el art. 371 describe los actos delictivos, con lo que se podría vulnerar los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica¹¹⁵¹. Se ha censurado, además, el planteamiento político criminal del legislador, como manifiesta QUERALT JIMÉNEZ “deja al albur de las tendencias internacionales la incriminación del tráfico de precursores”¹¹⁵².

El art. 371 introduce, para dar cumplimiento a los Tratados Internacionales, la tipificación autónoma del tráfico de determinadas sustancias (ácido lisérgico, efedrina, ergometrina, acetona, etc.), siempre que, sea a sabiendas de que se van a usar en la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, lo que plantea problemas a efectos de prueba, ya que la mera tenencia de estas sustancias no está tipificada¹¹⁵³.

De este modo, se adapta nuestro ordenamiento jurídico penal a lo previsto en el art. 3 c) ii), del Convenio de Viena. El Preámbulo de la Ley alude a los “precursores”, en lugar de los actos preparatorios.

Los actos preparatorios del párrafo primero del art. 371 hay que referirlos a lo enumerado en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 19 de diciembre de 1988, así como las ampliaciones que se puedan hacer al citado Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, siempre que sean ratificados por España. No obstante, “será posible castigar otros actos preparatorios de los que se recojan en los cuadros I y II indicados, mediante tentativa del art. 368”¹¹⁵⁴.

Respecto a la parte subjetiva del tipo, viene integrada por el dolo exigiéndose que el sujeto activo conozca que los equipos, materiales y sustancias que fabrica, transporta, distribuye, comercia o posee, son precursores y no obstante, realice voluntariamente los actos punibles. Y por un elemento subjetivo adicional consistente en que tales actos ilícitos se realicen “a sabiendas” de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o “para estos fines”. Esta última expresión, sobra en el precepto, reitera el elemento subjetivo del injusto antes aludido¹¹⁵⁵.

En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS se trata de un defecto de técnica legislativa, en cuanto se reiteran “de un modo incongruente las exigencias subjetivas en un mismo tipo respecto a unas mismas conductas, primero la posibilidad de cometerse con dolo eventual (“a sabiendas”) y luego con dolo directo de primer grado (“para estos fines”)”¹¹⁵⁶.

Por otra parte, en cuanto a las penas previstas para los actos típicos descritos, se consideran injustas en cuanto que en este precepto no se diferencia que los actos

¹¹⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS.: *Los delitos relativos a drogas...*, *Op. cit.*, pp. 21 y ss.

¹¹⁵² QUERALT JIMÉNEZ.: *Op. cit.*, p. 27.

¹¹⁵³ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal. Parte Especial, 19ª...*, *Op. cit.*, p. 632.

¹¹⁵⁴ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 543.

¹¹⁵⁵ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 279.

¹¹⁵⁶ DÍEZ RÍPOLLES, JL.: “Tendencias político - criminales...”, *Op. cit.*, p. 46.

preparatorios estén dirigidos a la comisión de un delito relacionado con sustancias que causen o no un grave daño para la salud de las personas, como se distingue en el art. 368 del CP¹¹⁵⁷.

La Jurisprudencia¹¹⁵⁸ considera aplicable este tipo al haberse intervenido acetona, carbohidrato de manitol y pliegos filtrantes para producir cocaína. Dicha Sentencia determina la transcendencia del tipo al especificar que se sanciona, entre otros, la posesión de los equipos, materiales o sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, a sabiendas que se van a utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines. Es un tipo delictivo de mera actividad, ya que se realiza por el mero hecho de tener los equipos, materiales o sustancias referidos, en los que el dolo no sólo debe cubrir la acción típica sino otras a las que ésta debe servir de antesala. A esto se refiere el precepto cuando exige, para la integración del tipo, que el poseedor actúe a sabiendas de que los equipos, materiales o sustancias van a ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de tóxicos, estupefacientes o psicotrópicos. No se trata, de un delito “de sospecha” ya que la mera posesión no es suficiente para la incriminación. Y como difícilmente se puede “saber” cuál va a ser el destino de una cosa sino cuándo dicho destino se lo da su poseedor u otra persona concertada con él, se puede afirmar que es un tipo de “imperfecta realización”, es decir, es un tipo en que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de actos meramente preparatorios que quedarían impunes de no ser por la previsión legal.

La ratio del precepto es clara: “el legislador ha tipificado actos preparatorios, en relación con el cultivo y fabricación de productos tóxicos o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, porque ha querido concertar con la comunidad internacional los instrumentos jurídicos orientados a la represión de determinadas actividades definidas como singularmente amenazadoras y perjudiciales para el bienestar de los pueblos. El adelantamiento de la protección penal ha supuesto, en este caso, considerar como objeto del delito no sólo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan sus precursores. Ahora bien, así como la posesión de las drogas sólo es punible cuando está acompañada del propósito de difundirlas, la posesión de los precursores sólo lo es cuando se tiene conciencia de que van a ser ilícitamente utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de las drogas cuyo consumo se quiere atajar”.

También se aplica el tipo en el caso del permanganato potásico dado que se encuentra incluido en el Cuadro II del Convenio de Viena de 1988 como sustancia susceptible de ser utilizada para la fabricación de drogas¹¹⁵⁹.

B) Supuestos Agravados

Se establece en el **párrafo segundo del art. 371:**

¹¹⁵⁷ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO *et al.*: *Op. cit.*, p. 543.

¹¹⁵⁸ STS (Sala 2ª), núm. 477 / 2001, de 26 de marzo.

¹¹⁵⁹ STS (Sala 2ª), núm. 38 / 2004, de 16 de enero.

“Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el art. 369.2”.

Tampoco se diferencia a efectos de penalidad, entre sustancias que causen o no un grave daño para la salud de las personas.

El precepto contiene dos cualificaciones: a) La pertenencia a organización dedicada al cultivo, producción o fabricación ilícita de drogas ilegales, en cuyo caso se impondrá la pena privativa de libertad prevista en el párrafo primero del art. 371 en su mitad superior¹¹⁶⁰; y, b) El tratarse de jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones, imponiéndose en tal caso la pena superior en grado¹¹⁶¹.

Cabe observar que en la primera cualificación el legislador emplea el término “organización”, mientras que al referirse a los jefes, administradores o encargados emplea además el de “asociaciones”. No obstante, “esta incongruencia legislativa no modifica para nada el substrato del precepto”, dado que ambos términos son utilizados aquí como sinónimos¹¹⁶².

En ambos casos, los Jueces o Tribunales podrán imponer además, las penas a las que se refiere el último párrafo del art. 371. La Jurisprudencia ha estimado aplicable este tipo al “mano derecha” del máximo responsable¹¹⁶³.

7. CONSPIRACIÓN, PROPOSICIÓN Y PROVOCACIÓN PARA DELINQUIR

Dispone el **art. 373 CP**:

“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 368 a 372, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores”.

El precepto contiene una remisión general a las conductas previstas en los arts. 368 a 372 del CP, algunas de las cuales constituyen ya actos preparatorios¹¹⁶⁴.

¹¹⁶⁰ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 281.

¹¹⁶¹ Cfr. JOSHI JUBERT.: “Sobre el concepto de organización...”, *Op. cit.*, pp. 657 y ss.

¹¹⁶² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 281.

¹¹⁶³ STS (Sala 2ª), núm. 557 / 2003, de 24 de abril.

¹¹⁶⁴ STS (Sala 2ª), núm. 183 / 2005, de 18 de febrero.

El fundamento de la punibilidad de tales actos es “la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal. Tanto en la conspiración, como en la proposición y en la provocación, la resolución criminal trasciende del sujeto asilado para comunicarse a otros”¹¹⁶⁵.

El Código Penal de 1995, define estos actos preparatorios punibles en los artículos 17 y 18. Según el **párrafo primero del art. 17 del CP:**

“La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito y resuelven ejecutarlo”.

Existen dos concepciones en torno a esta figura. Una de ellas, la concibe como “coautoría anticipada”, requiriéndose que los conspiradores resuelvan ejecutar todos ellos el delito como coautores¹¹⁶⁶. Otra concepción, es la que considera que no es precisa la resolución del conspirador de contribuir a la comisión del delito como coautor, sino que es suficiente con que ejerza una influencia decisiva en la adopción de la resolución de ejecutar el delito, aunque sea por parte de otro u otros¹¹⁶⁷.

No obstante, como señala MIR PUIG la primera concepción es la única que se adapta a la letra de la ley, que requiere que los conspiradores adopten la resolución de ejecutar el delito¹¹⁶⁸.

La *proposición* se define en el **párrafo segundo del art. 17 CP:**

“La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer el delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”.

Disponiendo el **párrafo tercero del art. 17 del CP:**

“La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigaran en los casos especialmente previstos en la ley”.

La *provocación* se configura en al **art. 18. 1 del CP:**

“La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiofusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de cualquier delito”.

¹¹⁶⁵ MIR PUIG.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª..., *Op. cit.*, p. 342.

¹¹⁶⁶ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2006, pp. 165 y ss. También, STS (Sala 2ª), núm. 1579 / 1999, de 10 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 1581 / 2000, de 18 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 1129 / 2002, de 18 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 1994 / 2002, de 29 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 440 / 2006, de 7 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 77 / 2007, de 7 de febrero.

¹¹⁶⁷ Cfr. CUELLO CONTERAS, J.: *La conspiración para cometer el delito: Interpretación del art. 4.1 del CP*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 39 y ss. y 125 y ss.

¹¹⁶⁸ MIR PUIG.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª..., *Op. cit.*, p. 343.

Estableciendo el párrafo segundo del inciso segundo:

“Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología solo será delictiva como forma de provocación y sí por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer el delito”.

En el último párrafo del art. 18 CP se dispone:

“La provocación se castigara exclusivamente en los casos en los que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiera seguido la perpetración de un delito será castigado como inducción”.

Del texto legal, resulta evidente que mientras que la proposición se refiere a una o varias personas determinadas, no se requiere para la provocación relación personal alguna¹¹⁶⁹. Pues, la definición legal de provocación, está referida expresamente a la ante una concurrencia de personas¹¹⁷⁰.

Por otra parte, la proposición no requiere que el proponente haya resuelto “ejecutar el hecho”, sino sólo a “cometer un delito”. Lo que se desprende a su vez, de la expresión contenida en el párrafo segundo del art. 17 “invita a otra u otras personas a ejecutarlo”, lo que debe interpretarse es que se propone a otro que él ejecute el delito¹¹⁷¹.

La doctrina jurisprudencial ha establecido una clara diferenciación entre el delito provocado, en el que falta la tipicidad y la culpabilidad “al no haber actuado el sujeto sin la conducta incitadora del agente provocador”, y los supuestos en que la actividad policial se dirige al descubrimiento de un hecho delictivo ya realizado, es por ello por lo que en el supuesto de autos se estima inexistente “la pretendida provocación” dado que la actividad de la Guardia Civil se limita a descubrir el delito contra la salud pública cometido por iniciativa del acusado, recibiendo las llamadas en las que se le ofrecía la posibilidad de adquirir droga, dando cuenta a sus superiores jerárquicos y a la autoridad judicial, y realizándose posteriormente las actuaciones necesarias para descubrir la actividad delictiva que se venía realizando¹¹⁷².

En la misma línea¹¹⁷³, se considera inexistente el delito provocado en la conducta de los agentes que observan diversos actos de venta sin intervenir. Y se añade que el delito provocado es que se realiza por “la inducción engañosa de otra persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad, que proponiéndose la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originado así

¹¹⁶⁹ CUELLO CONTERAS.: *Op. cit.*, p. 153.

¹¹⁷⁰ MIR PUIG.: *Derecho Penal. Parte General, 8ª...*, *Op. cit.*, p. 345.

¹¹⁷¹ *Ibidem*, p. 345.

¹¹⁷² STS (Sala 2ª), núm. 1257 / 2003, de 25 de septiembre.

¹¹⁷³ STS (Sala 2ª), núm. 270 / 2003, de 3 de marzo.

una voluntad criminal en un caso concreto, que sin tal provocación no se hubiera producido”¹¹⁷⁴.

La ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado 2 / 1986 de 13 de marzo, les atribuye la investigación de los delitos, descubrir y detener a los presuntos culpables, y asegurar los instrumentos, efectos y pruebas, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente (art. 11. g), teniendo encomendadas las funciones generales a la Policía Judicial en la averiguación de los delitos (art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Real Decreto 769 / 1987 sobre regulación de la Policía Judicial), con atribuciones, previstas en el art. 282 de la Ley Procesal. En el caso de autos, “la acción policial, en suma, no constituyó un factor determinante del delito, aunque sí de su descubrimiento y averiguación y ésta es función de los miembros de los Cuerpos de Seguridad, sin que se pueda hacer reproche alguno a su comportamiento, o a las pruebas obtenidas”.

Sin embargo, se apreció la existencia de delito provocado en el supuesto en el que el acusado había actuado engañado e inducido por un confidente policial que estaba en connivencia con dos funcionarios del cuerpo¹¹⁷⁵. Esta Sentencia, en la que se hace referencia a unos amplios antecedentes jurisprudenciales, señala que delito provocado es aquel que “llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las fuerzas de seguridad, que incita a perpetrar la infracción a quien no tiene previamente tal propósito, originando así el nacimiento de la voluntad criminal”. De tal manera que el delito, de no ser por la provocación no se hubiese producido y añade que “tal forma de proceder desconoce la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenida en el art. 9.3 de la CE, debiendo entenderse que no hay delito porque éste es imposible y no hay culpabilidad, ni tipicidad”.

Señala la Jurisprudencia que distinta es la conducta que, “sin conculcar legalidad alguna, se encamina la descubrimiento del delito ya cometido, generalmente de tracto sucesivo, como suelen ser los de tráfico de drogas. La apreciación de la provocación, según la jurisprudencia citada precedentemente, comporta que el acusado debe ser absuelto del delito por el que fue condenado”¹¹⁷⁶.

En cuanto a la *conspiración* supone un concierto entre dos o más sujetos para ejecutar un delito, así como la resolución de ejecutarlo. Se plantea en primer lugar, la necesidad de diferenciarla de la asociación ilícita que tenga por finalidad la comisión de un delito de tráfico ilegal de drogas, destacándose por la doctrina que esta última se caracteriza por “una mayor estabilidad y organización” y habitualmente “su objeto criminal es más impreciso en cuanto al número de actos”, mientras la conspiración suele tener un objeto criminal más concreto, y la reunión de personas es transitorio; no obstante, en ocasiones su distinción resulta problemática¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁴ STS (Sala 2ª), núm. 44 / 2001 de 23 de enero.

¹¹⁷⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1552 / 2002 de 30 de septiembre.

¹¹⁷⁶ STS (Sala 2ª), núm. 44 / 2001 de 23 de enero.

¹¹⁷⁷ Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 238. COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TS.: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 498.

Otra cuestión que plantea la apreciación de la conspiración, es la diferenciación entre lo que son “meros contactos” previos del “verdadero concierto” para la comisión del delito.

Según REY HUIDOBRO los Tribunales no deberían ser demasiado rigurosos al apreciar “el grado de determinación del plan criminal y que debería bastar con que los conspiradores se concierten para traficar con drogas ilegales, aunque desconozcan aún datos tales como el lugar en que se practique, el medio de transporte que van a utilizar y otros detalles semejantes carentes de transcendencia a estos efectos”¹¹⁷⁸.

En mi opinión, existe conspiración desde que dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito, en este caso, un delito de tráfico ilegal de drogas, y resuelven ejecutarlo.

A los requisitos que deben concurrir para la apreciación de la conspiración se refiere la Jurisprudencia¹¹⁷⁹ señalando que:

“Requiere la concurrencia de una pluralidad de personas, dos al menos, que puedan cada una de ellas ser sujetos activos del delito, que proyecten sus voluntades mediante un “pactum scaeleris” y aparezcan animados de una resolución firme de ser coautores de un concreto delito. No es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta con realidad material tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a tan sólo a meras conjeturas o suposiciones, debiendo el tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso”.

Continúa la Sentencia “aplicando los antes expresados criterios, se observa en este caso que una pluralidad de personas se han reunido, llevando varias de ellas elementos mecánicos y químicos, adquiridos con un desembolso económico de cierta importancia, y utilizables en la manipulación y elaboración de cocaína para su presentación posterior en la forma en que se utiliza por quienes la consumen como droga estupefaciente. No se había realizado ninguna actividad concreta de elaboración sobre la cocaína, pero sí se revela la intención indudable de esas personas de realizar conjuntamente una inequívoca actividad de elaboración, en un momento posterior, de cocaína, con lo que se constata que vienen a concurrir en el caso cuantos elementos son precisos para apreciar la conspiración para la comisión de un delito de tráfico de drogas”.

También, la Jurisprudencia considera existente la conspiración en el supuesto contemplado en autos, se trata del concierto entre dos personas para la compra de droga, no llevándose a efecto por la intervención policial, y recuerda que respecto a este tipo delictivo, siguiendo una posición jurisprudencial poco discutida, cabe señalar con carácter general: “1º. Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de “dinámica propia”, no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o “dependiente” de otro que podemos llamar “principal”, o lo que es lo mismo, podríamos

¹¹⁷⁸ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 147.

¹¹⁷⁹ STS (Sala 2ª), núm. 5157 / 1995, de 30 de junio.

decir que se trata de un delito simplemente “mediato” y no “inmediato”, de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro. 2º. Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la ejecución de un delito y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que puede corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito matriz), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373). 3º. Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues de así ocurrir, entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. 4º. Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de “condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia”, cuales son, no sólo el carácter previo o *pactum scaeleris* entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o *resolutio finis*”¹¹⁸⁰.

En la misma línea, se afirma que según la doctrina, Jurisprudencia y la definición legal, existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y deciden ejecutarlo, pero tal infracción desaparece dejando de ser una forma punible sancionable cuando el hecho concertado “pasa a vías ulteriores de realización cualesquiera que éstas sean”, ya que en este supuesto, tales ejecuciones absorben los conciertos anteriores. Y ello es lo que sucedió en el caso contemplado en autos en el que si bien existió un concierto previo entre el recurrente y alguno de los inculpados, tal concierto se llevo hasta el extremo de convertirse en un delito de tráfico de drogas consumado desde el instante que se llevó al aeropuerto la maleta con el producto que él mismo debía transportar, según el acusado, de un lugar a otro, convirtiéndose así en poseedor mediato de la droga contenida en la maleta¹¹⁸¹.

Sin embargo, la Jurisprudencia considera que conductas como ponerse de acuerdo con otro, “para confirmar que podría ser puesta a disposición de una tercera persona” una determinada cantidad de cocaína, “sin que conste la efectiva puesta del estupefaciente en poder o al alcance de ninguno de ellos”, se encuadran más, en la figura de la conspiración del art. 17 del CP, y sancionada en esta clase de delitos en el art. 373, con la misma pena que la prevista en el art. 62, en relación con el art. 368¹¹⁸².

Respecto a la proposición, se aprecia la existencia de este tipo en el supuesto de un preso que dirige cartas a un traficante con el propósito de que le proporcione droga para traficar, proponiendo un reparto de ganancias¹¹⁸³.

Sin embargo, el Tribunal Supremo¹¹⁸⁴ declara la inexistencia de la proposición contemplada en el art. 373, y si, la consumación del art. 368, dado que en el supuesto

¹¹⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1129 / 2002, de 18 de junio.

¹¹⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 543 / 2003, de 20 de mayo.

¹¹⁸² STS (Sala 2ª), núm. 977 / 2004, de 24 de julio.

¹¹⁸³ STS (Sala 2ª), núm. 824 / 2004, de 2 de julio.

¹¹⁸⁴ STS (Sala 2ª), núm. 982 / 2004, de 10 de septiembre.

enjuiciado no se trata de que se proponga la comisión de un delito, sino de una operación consumada de transporte de cocaína en la que el recurrente aparece como responsable de la operación y quien suministra la droga para su transporte y decide a quién se debe entregar, conducta que incardina, el art. 368.

Finalmente, cabe señalar que el art. 373 representa una anticipación a la respuesta penal consistente en la sanción de los actos preparatorios expuestos “provocación, conspiración y proposición” de cualquiera de los delitos relativos al tráfico de drogas, castigándose con pena atenuada de uno o dos grados “a la que corresponda, respectivamente, a los hechos descritos en los preceptos anteriores”.

8. REINCIDENCIA INTERNACIONAL

El **art. 375 del CP** tras la reforma de la LO 1 / 2015 dispone que:

“Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”.

El precepto contempla la reincidencia internacional para los delitos previstos en los arts. 361 al 372, adaptándose de esta forma, a las normas contenidas sobre la materia en la legislación internacional¹¹⁸⁵.

Para la aplicación del precepto se exige la concurrencia de determinados requisitos. En primer lugar, la existencia de una condena, que ha de ser firme¹¹⁸⁶.

En segundo lugar, la condena debe ser por delitos de la misma naturaleza. Estos términos, como indica REY HUIDOBRO constituyen elementos normativos del tipo cuyo significado deberá buscarse mediante una interpretación de los preceptos del ordenamiento jurídico español¹¹⁸⁷. Es indiferente la redacción de los tipos por los que se dictó la sentencia condenatoria anterior, lo esencial es que exista una relación de analogía con las conductas tipificadas en los arts. 361 al 372 del CP español, no siendo suficiente que la misma pueda predicarse únicamente respecto al bien jurídico lesionado¹¹⁸⁸.

En tercer lugar, se requiere que los antecedentes penales no hayan sido o puedan ser cancelados conforme al Derecho español.

¹¹⁸⁵ Art. 36.2 a) y iii) de la Convención Única..., *cit.*; Art. 22. 2ª a) y iii) del Convenio sobre sustancias psicotrópicas..., *cit.*; Art. 3. 5) del Convenio de Naciones Unidas..., *cit.*

¹¹⁸⁶ GALLEGO SOLER.: *Los delitos de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 313.

¹¹⁸⁷ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 303.

¹¹⁸⁸ MAGALDI PATERNOSTRO, MJ.: “Art. 375” en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.1677. En contra, GALLEGO SOLER.: *Los delitos de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 313, que considera decisivo el criterio del bien jurídico lesionado.

Esta remisión al Derecho español para comprobar la cancelación de los antecedentes penales implica la necesidad de comparar no sólo los tipos correspondientes sino también las sanciones que conlleven¹¹⁸⁹.

Las críticas en torno a la inexistencia de un Registro Internacional de Penados y Rebeldes han sido solventadas tras la ratificación del Convenio Internacional de Lisboa de 12 de octubre de 1984 sobre comunicación de antecedentes penales e información sobre condena por tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas entre los países hispano - ruso - americanos (Instrumento de 11 de abril de 1989), así como con la aprobación del RD 1176 / 1992, de 2 de octubre, por el que se regula el registro de condenas por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dictadas por los Tribunales de los países citados. En los restantes casos, la Jurisprudencia opera de forma puntual mediante comunicaciones procedentes del Registro Central de Penados y Rebeldes¹¹⁹⁰.

9. RESPONSABILIDAD CIVIL

El **art. 378 CP** tras la reforma de la LO 1 / 2015 establece que:

“Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 361 al 372 se imputarán por el orden siguiente:

- 1º. A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.
- 2º. A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.
- 3º. A la multa.
- 4º. A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.
- 5º. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados”.

El precepto contiene una norma especial en materia de imputación de pagos. Reproduce literalmente el art. 126 del CP, con la única excepción de la anteposición del pago de la multa a las costas procesales, tanto las de la acusación, como las de la defensa de la parte procesada; anticipación que responde a la necesidad de paliar el impago motivado por el exceso de las costas de defensa¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁹ ÁLVAREZ GARCÍA.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 279. En este sentido, VALLE MUÑIZ, JM / MORALES GARCÍA, O.: “Art. 375” en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Cizur Menor, Navarra, 2005, p. 1937 señalan: “De tal suerte que la imposición en el extranjero de penas privativas de libertad superiores a los marcos abstractos contemplados en el art.36 en relación al 70.2. 1ª del CP, conllevaría la imposibilidad de apreciación de identidad pues tales penas se inscribirán ya en el seno de órdenes *cualitativos* diversos. Lo que igualmente sucederá. Claro está, cuando la pena prevista para el hecho realizado en el extranjero no tuviera correlativo en el ordenamiento interno (trabajos forzados, destierro)”.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 1937

¹¹⁹¹ VALLE MUÑIZ, JM / MORALES GARCIA, O.: “Art. 378” en *Comentarios...*, *Op. cit.*, p. 1685.

En cierto modo el precepto desconoce la estructura típica y naturaleza de los delitos de los arts. 361 a 372. Ciertamente, dado el carácter colectivo del bien jurídico protegido y la estructura de delitos de peligro no resulta posible, en principio, apreciar daños y perjuicios, evaluables económicamente, derivados de estos delitos; podría apreciarse en los supuestos en los que concurrieran junto a otros delitos de los que se deriven daños y perjuicios indemnizables, y que por su conexión fueran susceptibles de ser juzgados conjuntamente¹¹⁹². Si bien, en estos casos, como indica MAGALDI PATERNOSTRO, tales conceptos resarcitorios no derivan de la comisión de alguno de los delitos previstos en los arts. 361 a 372¹¹⁹³.

Por otro lado, dado el carácter colectivo del bien jurídico protegido, sólo es admisible la acusación pública; desde el punto de vista procesal no es concebible que exista un acusador privado¹¹⁹⁴.

¹¹⁹² ÁLVAREZ GARCÍA.: *El delito...*, *Op. cit.*, p. 307.

¹¹⁹³ MAGALDI PATERNOSTRO.: “Art. 378” en *Comentarios...*, p. 1686. En el mismo sentido, se pronuncia GALLEGO SOLER.: *Los delitos de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 322.

¹¹⁹⁴ MAGALDI PATERNOSTRO.: “Art. 378” en *Comentarios...*, *Op. cit.*, p. 1685.

PARTE SEGUNDA

CRIMEN ORGANIZADO

CRIMEN ORGANIZADO Y GLOBALIZACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El crimen organizado ha existido siempre, por el mismo motivo que ha existido siempre, la actividad ilícita organizada: “La tendencia del hombre de planificar sus tareas sobre todo cuando ha de trabajar en grupo”¹¹⁹⁵.

Lo que sucede es que, en las sociedades contemporáneas, el crimen organizado tiende a ser transnacional, extendiéndose a más de un Estado nacional, alcanzando importantes dimensiones. Lo que conlleva que sea más eficaz, y en consecuencia, más nocivo para la sociedad. Se ha convertido en una amenaza a nivel mundial.

En el VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en 1985, se destacaba la preocupación por la gran difusión que estaba adquiriendo el crimen organizado a escala mundial, con un número desmesurado de operaciones ilícitas, que traspasaban las fronteras de los Estados, sin que los mismos dispusieran de mecanismos efectivos para su prevención. Y se declaraba que “estos criminales, aprovechando lagunas legales, políticas criminales inadecuadas, contradicciones de los ordenamientos penales, corrupción estatal y cualquier deficiencia del sistema, actuaban con la mayor efectividad”¹¹⁹⁶. En los últimos años, se ha experimentado un gran desarrollo de la criminalidad organizada en el ámbito internacional como consecuencia de las importantes transformaciones operadas a nivel mundial.

Así, uno de los grandes desafíos a los que se enfrenta la sociedad contemporánea es, el de la *criminalidad organizada transnacional*. Como manifiesta ZARAGOZA AGUADO es la internacionalización o transnacionalización de ciertas conductas criminales, que se encuentran vinculadas al fenómeno de la delincuencia organizada¹¹⁹⁷.

La evolución de este fenómeno se ha producido de forma paralela a los cambios experimentados en la comunidad internacional en los últimos tiempos. Es evidente, que los cambios de orden social, tecnológico, económico, geográfico y político, producidos a raíz de la globalización de la economía, explican el espectacular desarrollo del crimen

¹¹⁹⁵ HERRERO HERRERO, C.: *Criminología. Parte General y Especial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 607.

¹¹⁹⁶ NACIONES UNIDAS, *VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente*, Milán, 1985, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 1986, p. 67.

¹¹⁹⁷ ZARAGOZA AGUADO, J.: “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas” en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 52.

organizado transnacional. Así, se ha facilitado e incrementado el comercio internacional, la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, el traspaso de las fronteras nacionales, y la conexión entre organizaciones criminales. También, se ha favorecido la libre circulación de bienes y servicios procedentes de conductas criminales, y además, el intercambio de productos prohibidos. Lo que “ha permitido a la criminalidad organizarse más y mejor”¹¹⁹⁸.

De la criminalidad individual se ha pasado a la criminalidad organizada. Y de las organizaciones criminales de ámbito local, que operaban en un ámbito territorial reducido, extorsionando a los comerciantes y desarrollando negocios ilegales como drogas, juego y prostitución, y que carecían de capacidad suficiente para alterar el funcionamiento de las instituciones democráticas de los Estados, se ha pasado a una criminalidad organizada transnacional.

En todo caso, “debe quedar constancia de que el debilitamiento de la organización estatal y de los poderes públicos, su pérdida de capacidad para garantizar el cumplimiento de las leyes, y la inevitable corrupción que surge en las instituciones políticas y administrativas al amparo de esta situación son factores que, como regla general, influyen de manera decisiva en el proceso de asentamiento, crecimiento e internacionalización de las organizaciones criminales”¹¹⁹⁹.

A finales del siglo XIX, el crimen organizado comienza a desarrollarse a nivel internacional. Se experimenta un proceso evolutivo en el que destaca la *cooperación entre grupos criminales* pertenecientes a una misma etnia, asentados en diversos países; las *negociaciones* llevadas a cabo entre diversas organizaciones, para traficar con drogas, trata de personas, etc., que suelen realizarse en territorio neutral; los *acuerdos de colaboración*, que excepcionalmente, se producen entre grupos criminales para un beneficio común; y la *globalización del crimen organizado*, en la que los diversos grupos se distribuyen los países en los que ejercer su poder, estableciéndose, además, importantes acuerdos de cooperación a nivel internacional.

Así, en la segunda mitad del siglo XX surgen pactos coyunturales entre grupos dedicados a las mismas actividades ilícitas (tráfico de drogas, de armas, de personas, extorsiones y blanqueo de capitales), con fines comunes. Pero es en la segunda mitad de la década de 1980 cuando se producen alianzas estables y consolidadas, que constituyen el origen de la globalización del crimen organizado. En el siglo XXI, se ha afianzado el vínculo transnacional entre las Triadas chinas, la Yakuza japonesa y las Mafias asentadas en Europa y Estados Unidos. Con el fin de abrir nuevos mercados (lícitos e ilícitos), a través de una cooperación de ámbito global, los grupos criminales tienden a operar con células insertadas en los puntos más estratégicos del planeta¹²⁰⁰.

No obstante, la globalización del crimen organizado va más allá del desarrollo y expansión de los grupos delictivos en diferentes estados o su integración por sujetos con

¹¹⁹⁸ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, pp. 61 y 62.

¹¹⁹⁹ ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, p. 53.

¹²⁰⁰ BERMEJO MARCOS, F.: “La globalización del crimen organizado”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009, p. 101.

nacionalidades de diversos países. Constituye un proceso muy complejo que implica otros aspectos: “a) *la generalización de la criminalidad organizada* que ya no se plantea como un problema exclusivo de ciertos países, sino de todos, aunque en algunas zonas geográficas o países sea más activa; b) *la universalización de las actividades* en el sentido de que las estructuras y funciones ahora pueden tener como base no un país determinado (o varios), sino el planeta entero, con posibilidad por parte de la organización de ejercer un control prácticamente instantáneo de sus diversas redes y actividades (mostrando con ello, subordinación de las dimensiones espacial y temporal); c) *la homologación de las actividades y estructura de la criminalidad organizada*, que tenderían a presentarse, sin perjuicio de diferencias culturales o antropológicas puntuales, de forma bastante homogénea; d) *la ampliación de su programa* a cualesquiera actividades donde sea posible obtener ventajas económicas o mejoras en sus posiciones de poder, aprovechando intensamente el proceso de globalización de las relaciones sociales, sobre todo, económicas, empresariales y financieras, y los recursos disponibles, así como la flexibilización y multiplicación de las relaciones internacionales de todo tipo; e) particularmente significativa resulta, pues, a la vista de la naturaleza abiertamente lucrativa de la criminalidad organizada, *la globalización de la oferta y la demanda*; f) en el contexto de un proceso de internacionalización del capital y unificación de las economías, una ascendente *concentración del poder criminal* en beneficio de los grandes grupos, sin perjuicio de que respecto de determinadas actividades o zonas haya una mayor fragmentación”¹²⁰¹.

Cabe resaltar que no existe un modelo único de organización criminal transnacional. “Su configuración y su magnitud, así como las aptitudes y especialización varían de un grupo a otro. En principio, actúan en zonas geográficas distintas y en mercados de productos diferentes, y emplean una diversidad de tácticas y mecanismos para burlar las restricciones y sustraerse a las medidas de represión, aunque las más recientes investigaciones han puesto de manifiesto una estrecha vinculación y cooperación entre esos grupos”¹²⁰².

Dentro de esta diversidad, existen organizaciones criminales como las Tríadas chinas o la Yakuza japonesa, con estructura de empresa criminal muy jerarquizada, hasta grupos criminales de menor alcance y rigidez, como son los nigerianos. Otra característica diferenciadora, viene establecida por la diversificación de sus actividades. Así, mientras las organizaciones criminales más grandes como la Yakuza japonesa trafican con drogas, armas, dirige redes de prostitución, y trafica con niños y mujeres para su explotación sexual, otros grupos criminales como es el caso de los colombianos se centran en actividades ilícitas más específicas, como el tráfico de drogas. Actúan en ámbitos territoriales diferentes, surgiendo nuevas organizaciones, en función de las utilidades a explotar. Así, durante mucho tiempo, el control de la droga en México se realizaba por los carteles colombianos, en la actualidad han aparecido nuevas organizaciones mexicanas que tienden a monopolizar el tráfico de drogas en dicho Estado¹²⁰³.

¹²⁰¹ FERRÉ OLIVÉ, JC / ANARTE BORRALLA, E.: *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp. 17 y 18.

¹²⁰² ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, pp. 53 y 54.

¹²⁰³ CHOCLÁN MONTALVO, JA.: “Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación” en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, 2001, p. 233.

Tras la guerra fría, y la desorganización de los Estados que impedía establecer mecanismos rígidos de control, se favoreció el desarrollo de la criminalidad organizada, apareciendo grupos tanto en la Europa oriental como en todo el ámbito territorial de la ex Unión Soviética. Siendo, en la actualidad, la delincuencia organizada rusa una de las más poderosas a nivel mundial.

Como indica ZUÑIGA RODRÍGUEZ “el cambio de un sistema de producción socialista a uno capitalista se ha hecho en muchos países de forma incontrolada y con una liberalización salvaje, propiciando redes de comercio ilícito que traspasan las fronteras nacionales. Las mafias rusas, albanesas, yugoeslavas etc. Son residuos mal encaminados de los ex poderosos de la Unión Soviética, que aprovecharon la liberalización de los mercados para ser los primeros en acumular y competir salvajemente, las privatizaciones de las empresas públicas, además de haber sido un catalizador de la corrupción de los agentes públicos, ha servido para blanquear dinero negro y hacer intervenir a los grupos mafiosos en el mercado legal. Como afirma el premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz los oligarcas rusos robaron activos, los liquidaron y dejaron al país mucho más pobre. Las empresas fueron abandonadas al borde de la quiebra, mientras las cuentas bancarias de los oligarcas rebosaban”¹²⁰⁴.

También se han establecido organizaciones criminales en diversos países de Europa central, dada la situación estratégica y geográfica de los mismos, especialmente, para el tráfico de drogas y de personas. Sin perjuicio, del desarrollo de otras actividades ilícitas como tráfico de armas, de tabaco, robos, extorsiones, etc.¹²⁰⁵.

Como veremos más adelante, las organizaciones criminales no han irrumpido de forma instantánea, sino que su origen se remonta a la historia. Si bien, los antecedentes más próximos al crimen organizado actual se sitúan en la transformación de la delincuencia profesional de Estados Unidos, especialmente tras la prohibición del alcohol en 1919, dónde tiende a proliferar las actividades delictivas especializadas y estables, realizadas por las bandas de gánsteres, sometidos a sus propias reglas. Estructurados jerárquicamente, con reparto de funciones ejecutivas, y utilizando como instrumentos la violencia y la extorsión. El crimen organizado ha ido evolucionando hacia estructuras delictivas secretas, convirtiéndose en empresas criminales, y después, en empresas duales que combinan las actividades legales con las ilegales. En dicho contexto, se van formando las bases de un crimen organizado menos violento, o al menos, que utiliza la coacción y la violencia como amenaza¹²⁰⁶.

El crimen organizado ha ido desarrollándose significativamente, de forma paralela a las transformaciones producidas en los últimos años. Se ha globalizado y diversificado en sus actividades delictivas (tráfico de personas, de armas, de drogas, de órganos humanos o de innovaciones tecnológicas, científicas, y de material nuclear). Utilizando los tejidos del comercio internacional, y corrompiendo las relaciones económicas y políticas lícitas, incrementando considerablemente sus ganancias ilícitas. La interconexión desarrollada entre “poderosas organizaciones criminales y sus asociados del mercado legal es un

¹²⁰⁴ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresa” en *Criminalidad organizada*, Universidad de Castilla - La Mancha, Almagro, 1999, p. 60.

¹²⁰⁵ CLOCLÁN MONTALVO.: *Óp. cit.*, p. 233.

¹²⁰⁶ FERRÉ OLIVÉ / ANARTE BORRALLA.: *Op. cit.*, p. 15.

nuevo fenómeno que afecta profundamente a la economía, la política, la seguridad nacionales e internacionales, por consiguiente, a toda la sociedad globalizada”¹²⁰⁷.

Se ha expandido a nivel mundial. Lo cual se ha visto favorecido por el incremento de contacto entre poderosas organizaciones criminales de carácter internacional, que han dado lugar a acuerdos, distribución de zonas geográficas, de actividades delictivas o de fases de una determinada actividad delictiva. Desencadenando además, una fuerte competencia entre dichas organizaciones, con enfrentamientos que pueden tener lugar en cualquier lugar del mundo, con independencia del territorio en el que haya surgido el conflicto¹²⁰⁸.

Estas organizaciones criminales forman una importante “red criminal” en la que el tráfico ilícito de drogas constituye la principal fuente de sus ganancias ilícitas. Junto a ello, el tráfico de armas y el tráfico de personas constituyen un importante segmento del que obtienen también cuantiosas ganancias. La estrategia utilizada por el crimen organizado para la obtención de ganancias, consiste en situarse en zonas de bajo coste y riesgo, dónde desarrollan sus operaciones de gestión y producción, controlando el ámbito institucional, especialmente mediante la corrupción, al mismo tiempo que buscan mercados en las zonas más ricas, con el fin de obtener precios más altos. Utilizando para la comercialización de sus bienes y servicios ilícitos “redes de personas, funcionarios, profesionales, empresas, instituciones y hasta Estados a su servicio”. Ganancias ilícitas que son destinadas a un fondo común, como es, el blanqueo de dinero¹²⁰⁹.

La trascendencia del crimen organizado para la comunidad internacional, se reflejaba de forma significativa en el documento del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, “Desarrollo, seguridad y justicia para todos” del 2004, en el que se afirmaba que:

“Durante el último decenio la naturaleza de la delincuencia organizada ha evolucionado, impulsado por la apertura de los mercados (globalización) facilitada por nuevas tecnologías de comunicación y presionada por importantes éxitos de represión. Como consecuencia de ello, hoy en día los grupos delictivos parecen redes de negocios más complejas, conglomerados ilegales que pueden mezclarse con negocios legítimos. Han desaparecido las estructuras jerárquicas (familias, carteles, etc.) especializadas únicamente en la violencia y confinados por tanto en los márgenes de la sociedad.

La delincuencia se ha extendido a muchos países, haciendo más difícil su detección y obligando a que la cooperación internacional sea más esencial que nunca. Los grupos delictivos han ensanchado el ámbito de sus operaciones, tanto por lo que se refiere a zonas geográficas como a los sectores en los que actúan, es decir, la delincuencia no es meramente transnacional y especializada, sino transcontinental y diversificada”¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 62.

¹²⁰⁸ FERRÉ OLIVÉ / ANARTE BORRALLÓ.: *Op. cit.*, p. 19.

¹²⁰⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, pp. 53 y 54.

¹²¹⁰ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, “Desarrollo, seguridad y justicia para todos”, 2004, Publicación de Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p. 7.

En definitiva, si bien la globalización produce grandes ventajas a nivel mundial como el impulso de la economía, el progreso de las naciones, novedosas y avanzadas tecnologías y descubrimientos científicos, el desarrollo de las comunicaciones y de los transportes internacionales, también ocasiona graves consecuencias no deseadas para la sociedad, como es el de la criminalidad organizada transnacional. La expansión de este tipo de delincuencia a nivel mundial, se debe a la utilización de los instrumentos generados por el fenómeno de la globalización, convirtiéndose en una importante amenaza para las sociedades democráticas y la seguridad internacional. Se están estableciendo organizaciones criminales a gran escala como las Tríadas chinas, la Yakuza japonesa, la Mafia italiana o la Mafia rusa.

La proliferación de las organizaciones criminales, provoca una importante demanda social destinada a obtener de los Estados instrumentos eficaces para la erradicación de este grave problema de nuestro tiempo. Al ser una delincuencia transnacional, se convierte en un problema de ámbito global, siendo imprescindible, por tanto, unificar y globalizar los mecanismos de control de los Estados. Debe crearse un marco jurídico supranacional, con el fin de garantizar una respuesta jurídica - penal homogénea de los Estados, mejorarse los instrumentos de cooperación judicial y policial en el ámbito internacional, y perfeccionarse las técnicas de investigación criminal.

2. FACTORES DE LA GLOBALIZACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO

En el informe publicado por la Oficina contra las Drogas y el Delito de Naciones Unidas (UNODC), en el 2010, con el título de “La globalización del Crimen” se señala que los factores que han ocasionado la difusión mundial de la delincuencia organizada, son los mismos que han propiciado la globalización.

Tales factores han sido “el desarrollo de las comunicaciones y los transportes, la expansión demográfica de los países en vía de desarrollo, los procesos de urbanización, los conflictos armados y el incremento del tránsito de personas de un Estado a otro. A lo que cabe añadir, la gran proliferación de grupos criminales que operan a través de células insertadas en los puntos estratégicos del planeta”¹²¹¹.

Por tanto, entre los factores que han incidido de forma significativa en el auge y expansión transnacional del crimen organizado, cabe mencionar, en primer lugar, el fenómeno denominado *globalización*.

Para la Real Academia de la Lengua Española la globalización es “la tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”¹²¹².

¹²¹¹ UNODC, “La globalización del Crimen”, *Informe de 14 de julio de 2010*, Viena. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

¹²¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición, Madrid, 2001. Se puede consultar en <http://www.rae.es>

A pesar de la gran difusión del empleo del término globalización, no se ha elaborado una definición precisa y exacta. Para el Banco Mundial la globalización representa “un cambio general que está transformando a la economía mundial (...) que se refleja en vinculaciones internacionales cada vez más amplias e intensas del comercio y las finanzas y el impulso universal hacia la liberación del comercio y los mercados de capital por la creciente internacionalización, y por un cambio tecnológico que está erosionando con rapidez las barreras que obstaculizan la comercialidad internacional de bienes y servicios y la movilidad de capital”¹²¹³.

Según el Fondo Monetario Internacional la globalización “es la interdependencia económica creciente en el conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que por la difusión acelerada y generalizada de la tecnología”¹²¹⁴.

Doctrinalmente, MARY KALDOR entiende por globalización “la intensificación de las interconexiones políticas, económicas, militares y culturales a escala mundial”. Si bien acepta que la globalización tiene sus raíces en la modernidad o incluso en épocas anteriores, considera que la globalización de los años 80 y 90 es un fenómeno originado por “la revolución en las tecnologías de la información y también de las drásticas mejoras en la comunicación y el tratamiento de datos”¹²¹⁵.

En opinión de BECK la globalización es “la concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político; es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo. Ésta procede de manera monocausal y economicista y reduce la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión, la económica, dimensión que considera asimismo de manera lineal, y pone sobre el tapete (cuando, y si es que, lo hace) las demás dimensiones - las globalizaciones ecológicas, cultural, política y social - solo para destacar el presunto predominio del sistema del mercado mundial”¹²¹⁶.

Para CASTELLS se trata de una nueva era, de un nuevo mundo que se está formando, consecuencia de “tres procesos independientes: la revolución de la tecnología de la información; la crisis económica tanto del capitalismo como del estatismo; y el florecimiento de movimientos culturales, como el antiautoritarismo, la defensa de derechos humanos, el feminismo y el ecologismo. La interacción de estos procesos y las reacciones que desencadenaron crearon una nueva estructura social dominante, la sociedad red; una nueva economía, la economía informacional global; y una nueva cultura, la cultura de la virtualidad real”¹²¹⁷.

¹²¹³ BANCO MUNDIAL, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, 2000. Se puede consultar en [http://www. Bancomundial.org](http://www.Bancomundial.org)

¹²¹⁴ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?*, 2000. Se puede consultar en [http:// www.imf.org](http://www.imf.org)

¹²¹⁵ KALDOR, M.: *Las Nuevas Guerras. La Violencia Organizada en la era global*, Tusquets Editores, Barcelona, 2001, pp.17 y 18.

¹²¹⁶ BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, (Traducida por Bernardo Moreno y Rosa Borrás), Paidós, Barcelona, 2001, p. 26.

¹²¹⁷ CASTELLS, M.: *La era de la información. Fin de Milenio. Vol. 3*, 3ª edición, Madrid, Alianza, 2001, pp. 405 y 406.

La globalización es un fenómeno complejo de ámbito internacional que consiste principalmente, en la interdependencia social, ambiental, económica, financiera, política y cultural de los países. A través de la eliminación de las fronteras nacionales, la integración mundial de la economía, el flujo de grandes capitales, las inversiones extranjeras y los adelantos tecnológicos en el contexto de las comunicaciones y de la información¹²¹⁸.

La aparición al final de la Segunda Guerra Mundial, de organismos internacionales como la Organización Mundial de Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial (cuya creación fue acordada por la ONU en la Conferencia Financiera celebrada en Estados Unidos en 1945), y principalmente, el Acuerdo General de Comercio y Tarifas (GATT) firmado en 1947, impulsaron eficazmente, “la apertura de la globalización de la economía y /o mundialización del capital, el fomento del comercio internacional y la cooperación y ayuda entre los pueblos”¹²¹⁹.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el ámbito social, económico y político de los Estados de la comunidad internacional, durante años, estuvo determinado por la Guerra fría y los conflictos entre Europa del Este y del Oeste. Tras la caída del muro de Berlín en 1989 y la disolución de la Unión Soviética en 1991, se inicia un nuevo período histórico determinado por la ideología capitalista y la liberación de los mercados, con los consiguientes cambios en los distintos sectores de la sociedad: económico, político, financiero, social, cultural, de las comunicaciones y de las relaciones internacionales¹²²⁰.

Cambios que según MARY KALDOR consistieron fundamentalmente en “una drástica disminución de la producción en masa con base territorial, la globalización de las finanzas y la tecnología y la especialización y diversidad creciente de los mercados”. Además, cabe añadir, la “transnacionalización y la regionalización de la gobernanza”. Ha habido un aumento importante de las “organizaciones, los acuerdos y los organismos reguladores de ámbito internacional”¹²²¹.

Cambios que se llevan a cabo a nivel mundial, originadas por un cambio de época, lo que se ha llamado “era de la globalización”.

La intensificación del comercio internacional, los acuerdos de cooperación entre los países, y el surgimiento de un mercado único europeo (Mercado Común Europeo), favorecieron la globalización de la economía¹²²².

Dicho fenómeno es consecuencia de la expansión del capitalismo a nuevas zonas geográficas, y la ampliación de los factores de producción y de los servicios a los

¹²¹⁸ DE LA CRUZ OCHOA, R.: *Crimen organizado: aspectos criminológicos y penales*, Editorial Universitaria, Ciudad de la Habana, 2008, p. 24.

¹²¹⁹ VIVAS AGÜERO, P.: “Globalización de la economía y / o mundialización del capital”, *Revista de Ciencias Económicas*, núm. 11, Lima, Marzo de 1999, p. 61. Se puede consultar en <http://sisbib.unmsm.edu.pe>

¹²²⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 44.

¹²²¹ KALDOR.: *Op. cit.*, pp. 96 y 97.

¹²²² VIVAS AGÜERO.: *Op. cit.*, p. 61.

diversos sectores de la sociedad. Lo que ha dado lugar a un importante crecimiento de la riqueza, pero también del desequilibrio económico entre los países ricos y pobres, dada la falta de recursos de los países en desarrollo para integrarse en la economía mundial¹²²³.

La globalización de la economía, ha facilitado la ampliación y liberación de los mercados, al darse una apertura de las fronteras nacionales, y una menor rigidez de los controles. Favoreciendo la libre circulación de bienes, servicios y capitales. Originando un gran desarrollo del comercio internacional, movido por importantes capitales, en perjuicio del mercado nacional. La libertad de comercio a nivel mundial, ha ocasionado además, un importante incremento en la circulación de bienes legales e ilegales. Siendo significativo, el aumento de la demanda de productos ilegales, especialmente de drogas, dada la difusión mundial de estas sustancias y consiguientemente, los cuantiosos beneficios económicos que generan, así como la cooperación que se obtiene de los Estados corruptos, los denominados narcoestados, como Afganistán o Birmania¹²²⁴.

El auge de la demanda de productos ilegales u obtenidos de forma ilegal en el mercado mundial, ha impulsado la proliferación de organizaciones criminales. “Y es que en este mercado global los cauces oficiales no son suficientes para satisfacer los deseos e intereses de un sector de la población que solicita bienes y servicios prohibidos”¹²²⁵. El ámbito internacional en el que operan los diversos grupos criminales, les facilita el acceso al mercado de productos ilegales en los que obtienen cuantiosos beneficios, dado que la consideración de producto ilegal, incrementa ampliamente su valor añadido¹²²⁶.

Es de destacar, que el crimen organizado transnacional, no sólo tiende a explotar las zonas más debilitadas del planeta, sino accede a los países del primer mundo buscando mercados para llevar a cabo sus actividades delictivas, pues la principal fuente de sus ganancias procede de la demanda de bienes y servicios ilícitos¹²²⁷.

Por tanto, el fenómeno de la globalización no sólo ha producido una prosperidad creciente en el ámbito económico y social, sino también ha generado consecuencias negativas como ha sido el gran desarrollo de una criminalidad internacional, a su vez global. Desde que comienza la llamada era de la globalización, el crimen organizado se

¹²²³ Como pone de relieve NACIONES UNIDAS, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005*, PNUD, Ediciones Mundi - Prensa, Madrid, 2005, p. 10: “El comercio internacional ha sido uno de los motores más poderosos de la globalización. Los patrones de comercio han cambiado: se ha registrado un crecimiento sostenido de la participación de los países en desarrollo en las exportaciones manufactureras mundiales y algunos países incluso están cerrando la brecha tecnológica. Con todo, las desigualdades estructurales siguen en pie y en algunos casos incluso se han ampliado. Por ejemplo, África Subsahariana ha ido quedando cada vez más al margen del proceso y hoy, la participación en las exportaciones mundiales que registra esta región de 689 millones de habitantes es inferior a la de Bélgica, de apenas 10 millones”.

¹²²⁴ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 103.

¹²²⁵ BLANCO CORDERO, L.: “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 11, 1997, p. 38.

¹²²⁶ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 28.

¹²²⁷ SANSÓ - RUBERT, D.: “La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno”, *UNISCI Discussion Papers*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 9, 2005, p. 44. Se puede consultar en <http://www.revistas.ucm.es>

transnacionaliza, traspasando las fronteras nacionales, convirtiéndose en un fenómeno internacional¹²²⁸.

El crimen organizado ha utilizado los instrumentos y recursos de la globalización de la economía, para alcanzar de forma paralela, su propia globalización. Así, para la ejecución de sus objetivos, se ha beneficiado de las ventajas del desarrollo del libre comercio internacional (a través de la libre circulación, a corto plazo, de personas, productos y capitales entre los países), de la desregulación financiera a favor del libre comercio, de la aparición de grandes multinacionales con un gran poder financiero que debilitan las economías nacionales al producir un desequilibrio económico entre el comercio nacional y el internacional, de las vías de producción y comercialización de los productos legales a nivel internacional, y de las rutas que tradicionalmente se usaban para el tráfico de mercancías ilegales¹²²⁹. Se ha fijado como objetivo prioritario, la explotación de puntos vulnerables de ciertas sociedades, en concreto, las sociedades en vías de desarrollo o las llamadas sociedades emergentes, dada la debilidad de sus instituciones¹²³⁰.

Por otra parte, la globalización ha favorecido la actividad global de las organizaciones criminales. Impulsando y estrechando los contactos entre dichas organizaciones, con lo que se facilita la distribución de las zonas geográficas más estratégicas del planeta, de las actividades delictivas o de las diversas fases de dichas actividades¹²³¹. Flexibilizando, además, sus estructuras organizativas (mediante conexiones a través de redes) sin que sea preciso un funcionamiento tan hermético como el de antiguo crimen organizado¹²³².

Ciertamente, como ha puesto de manifiesto BLANCO CORDERO “la globalización de la economía ofrece ventajas de incuestionable interés para los grupos criminales organizados:

- a) Acceso a mercados de bienes ilícitos muy lucrativos.
- b) Posibilidad de explotar puntos vulnerables en distintas sociedades, en concreto, en las sociedades en desarrollo y en las democracias emergentes.
- c) Capacidad de operar desde lugares en los que la organización se encuentra relativamente segura, frente a la persecución penal, bien porque carecen de legislación en materia de crimen organizado, bien porque suelen poner trabas a la cooperación judicial internacional.
- d) Posibilidad de canalizar los beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero global que por su propia estructura y formación complica el seguimiento de los mismos.

¹²²⁸ ANGUITA OLMEDO, C.: “La delincuencia organizada: un asunto interior de la Unión Europea. Concepto. Características e instrumentos para su neutralización”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 2, 2010, pp. 153 y 154. Se puede consultar en <http://www.reri.difusiónjurídica.es>

¹²²⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, pp. 61 y 62.

¹²³⁰ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p.28.

¹²³¹ SANSÓ - RUBERT.: *Op. cit.*, p. 46.

¹²³² ANARTE BORRALLA, E.: “Conjeturas sobre la criminalidad organizada” en *Delincuencia organizada...*, *Op. cit.*, p. 19.

- e) Acceso a paraísos fiscales para ocultar y blanquear los fondos de origen delictivo y planificar su vuelta a la economía legal”¹²³³.

La globalización de la economía ha originado de forma correlativa la expansión o globalización de la criminalidad. Así, se puede afirmar que la “criminalidad organizada es la criminalidad de la globalización”¹²³⁴.

En segundo lugar, otro factor a destacar, es su estructura como *empresa criminal*. El crimen organizado se desarrolla en torno a una base asociativa y una planificación empresarial que utiliza las tecnologías más sofisticadas, alternando las actividades lícitas e ilícitas, con el fin de obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito, y con la suficiente trascendencia para condicionar los diversos sectores de la sociedad mundial.

Se caracteriza por “explotar los tejidos del comercio internacional con el fin de lograr ganancias ilícitas, las cuales se acrecientan en la medida que tienen que corromper las relaciones legales, buscar la impunidad, asociarse con las empresas lícitas. Existe pues una correspondencia entre aumento de las ganancias (ilícitas) con la corrupción de las relaciones económicas y políticas lícitas”¹²³⁵.

Los grandes beneficios económicos obtenidos del tráfico ilegal de drogas, y su posterior blanqueo de capitales, han posibilitado que el crimen organizado adquiera un poder económico que supera el producto interior bruto de la mayoría de los países. Disponiendo de los medios económicos para desestabilizar el funcionamiento de las instituciones democráticas, mediante el soborno y corrupción de sus integrantes, y para adquirir los medios tecnológicos más avanzados¹²³⁶.

La criminalidad empresarial a través de los innovadores criterios empresariales “utiliza los elementos de mayor cualificación en el ámbito del comercio y de las comunicaciones, que se infiltra o crea empresas legales, cuyo organigrama presenta una planificada división del trabajo, una pensada distribución de actuaciones y de responsabilidades y una pluralidad de sujetos participantes que proyectan su labor en los diversos niveles de la actuación criminal”¹²³⁷. Lo que unido al ámbito internacional en el que operan, dificulta enormemente la concreción de las responsabilidades penales de cada uno de los sujetos intervinientes, dada la diversidad de conductas, la estructura jerarquizada de los participantes, y las distintas nacionalidades de los mismos, lo que obstaculiza, igualmente, la actuación policial y judicial. Resulta imprescindible establecer fórmulas eficaces de cooperación internacional¹²³⁸.

¹²³³ BLANCO CORDERO, I.: “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y de la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio”, en *Criminalidad Organizada*, Universidad de Castilla - La Mancha Almagro, 1999, pp. 22 y 23.

¹²³⁴ CHOCLÁN MONTALVO, JA.: *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, (Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa” núm.10), Dykinson, Madrid, p. 1.

¹²³⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, pp. 62.

¹²³⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: “Criminalidad organizada, derecho penal...”, *Op. cit.*, pp. 54 y 55.

¹²³⁷ *Ibidem*, pp. 63 y ss.

¹²³⁸ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal” en *Delincuencia organizada. ...*, *Op. cit.*, p. 207.

Se considera que el auge espectacular de la criminalidad empresarial en los últimos años, es debido en gran parte a la irresponsabilidad penal de las sociedades a cuyo amparo actúan las organizaciones criminales, pues dichas organizaciones utilizan sociedades ficticias, sociedades tapaderas o se valen de la corrupción política para el cumplimiento de sus objetivos delictivos. Como manifiesta ZUÑIGA RODRÍGUEZ “las actividades de la criminalidad organizada, la delincuencia económica, y la red de intereses financieros y políticos de las sociedades modernas se entrecruzan, propiciando, incluso, la corrupción política”¹²³⁹.

No cabe duda, por tanto, que el elemento que ha contribuido en mayor medida a la globalización del crimen organizado, ha sido la adopción de las estructuras de las sociedades comerciales lícitas: una estructura jerarquizada, la fungibilidad de sus miembros, el poder sobre las decisiones de las Administraciones públicas, las ventajas que ofrece el sistema financiero a estas organizaciones para canalizar sus beneficios hacia inversiones legales, y el poder para obtener la adhesión de grandes colectivos con economías debilitadas. El modelo de doble estructura que tienden adoptar estas organizaciones, alternando las actividades legales e ilegales, dificulta considerablemente su control. Ya no se trata de meras tapaderas para encubrir las actividades ilegales, sino que además se llevan a cabo actividades productivas, realizadas ambas por verdaderos *holdings* en los que las interdependencias económicas y de decisión son de suma importancia¹²⁴⁰.

El gran desarrollo que experimentan estas estructuras es debido fundamentalmente al mimetismo existente entre organizaciones criminales y organizaciones empresariales. No sólo por “la repetición de estructuras sino, además, a través de la asunción de los procedimientos y fines propios del sistema de economía capitalista. Desde la búsqueda de beneficios, hasta la prospección de mercados y la aplicación de formas específicas de competencia, todo ello en un mundo paralelo constituido por un mercado mundial de bienes y servicios ilegales”¹²⁴¹.

Es evidente, la gran importancia que tiene la empresa en el ámbito de la criminalidad organizada, dado que hoy día las empresas constituyen el motor de la economía de la mayor parte de los países del mundo, pues su trascendencia social es fundamental en el sistema de producción capitalista que impera en el momento actual¹²⁴².

También ha sido determinante para la expansión del crimen organizado, el acceso a paraísos fiscales, en los que se invierten las ganancias procedentes de la actividad delictiva, es decir, se blanquean, para posteriormente, emplearlas en la economía legal. Y el establecer el centro de sus operaciones en aquellas zonas que carecen de una legislación penal contra el crimen organizado y/o de la voluntad estatal de combatirlo, o en las que se dificulta la cooperación judicial internacional¹²⁴³.

¹²³⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Criminalidad de empresa...”, *Op. cit.*, p. 203.

¹²⁴⁰ RUIZ RODRÍGUEZ, L / GÓNZALEZ AGUDELO, G.: “El factor tecnológico de la expansión del crimen organizado. ¿Menores en riesgo?”, en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, p. 9.

¹²⁴¹ BLANCO CORDERO.: *Op. cit.*, p. 20.

¹²⁴² ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: “Criminalidad de empresa...”, *Op. cit.*, p. 203.

¹²⁴³ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 28.

Las organizaciones criminales se “adaptan al terreno, estudian las condiciones de mercado, la penalidad de los países y se establecen allí dónde entienden las condiciones son más óptimas”¹²⁴⁴.

Otro factor que facilita la globalización del crimen organizado son los *avances tecnológicos*. Es una realidad, que “las tecnologías de la información y de la comunicación, como en su momento representaron las armas de fuego contra la vida, las copadoras para falsificar billetes o las grabadoras para violar la intimidad de las personas, también han sido incorporadas de forma inmediata al procedimiento criminal en tanto que representan notables perfeccionamientos para la ejecución de los delitos y enormes ventajas para lograr la impunidad ante el sistema penal”¹²⁴⁵.

Las nuevas tecnologías vinculadas al ámbito informático y de las redes telemáticas con las posibilidades de almacenar y transmitir información, potencian y facilitan la actividad delictiva de la criminalidad organizada, introduciendo formas más peligrosas y nocivas de dicha criminalidad¹²⁴⁶.

Los avances tecnológicos, favorecen la comunicación internacional, especialmente internet, que permite realizar diversas operaciones desde cualquier país a otro de forma rápida y con menores costes, facilitando la comisión y expansión de actividades ilícitas como la pornografía infantil o las estafas¹²⁴⁷. Incrementan el comercio internacional, favoreciendo las transacciones bancarias a nivel mundial, y el movimiento de grandes volúmenes de capital, lo que dificulta su control dado la complejidad de las miles de operaciones que se realizan diariamente, provocando la delincuencia económica, el fraude y el blanqueo de capitales¹²⁴⁸. Para la comisión de estos delitos a gran escala, se eligen Estados como España, en función de una serie de causas como el secreto bancario, el sistema financiero, el control del cambio monetario, la corrupción, las transacciones bancarias con paraísos fiscales o la preparación de los órganos encargados de la persecución de estos delitos.

Las innovaciones en la comunicación y en la transferencia de la información, ha originado además, otros efectos en la actuación de la criminalidad organizada. Así, han permitido la actuación en redes de las organizaciones, maximizando sus beneficios y eludiendo las actuaciones de las agencias de seguridad. La eliminación de pruebas incriminatorias, evitando el papeleo, con lo que se dificulta la actuación policial. Siendo el control y generación de información por la criminalidad organizada, la principal amenaza en la actualidad, para la seguridad de los Estados Nacionales¹²⁴⁹.

Como señala LIÑAN CLEMENTE “la economía virtual, la cibereconomía se caracteriza por una globalización y una integración mundial, por un desarrollo de las

¹²⁴⁴ SANSÓ - RUBERT.: *Op. cit.*, p. 49.

¹²⁴⁵ RUIZ RODRÍGUEZ / GÓNZALEZ AGUDELO.: *Op. cit.*, p. 2.

¹²⁴⁶ DEL ROSAL BLASCO, B.: “Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político - criminales” en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 147 y ss.

¹²⁴⁷ RUIZ RODRÍGUEZ / GÓNZALEZ AGUDELO.: *Op. cit.*, p. 2.

¹²⁴⁸ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, pp. 103.

¹²⁴⁹ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, pp. 25 y 26.

técnicas de información y una desregulación creciente. El mercado se convierte en un foro planetario internacional donde se llevan a cabo, de forma continua, intercambio de movimientos especulativos de capital son cada día de sesenta a cien veces más importantes que los movimientos de capitales comprendido en las transacciones económicas reales¹²⁵⁰.

No obstante, resulta de suma importancia distinguir entre utilización de las tecnologías de la información y comisión de actividades delictivas bajo la cobertura de dichas tecnologías. “Aquéllas representan solo un instrumento de optimización de recursos que, como ocurre en otros muchos casos de los que se aprovecha el crimen organizado, es de carácter legal, lo cual constituye un importante incremento de la dificultad en la persecución de los delitos. A ello es preciso añadir que la estrecha relación entre este sector de la delincuencia y las actividades lícitas de los poderes económicos está generando una poderosa confusión respecto de cuál es el terreno de lo realmente ilícito y a quién le corresponde la responsabilidad de abordarlo”¹²⁵¹.

Efectivamente, el principal instrumento de optimización de recursos del crimen organizado a nivel internacional son las novedosas tecnologías de la información y la comunicación.

En el Plan de Acción del Consejo de Europa de 28 de Abril de 1997 se señala que: “Las innovaciones tecnológicas como internet y las operaciones bancarias electrónicas están resultando ser vehículos extraordinariamente bien adaptados tanto para cometer delitos como para transferir los beneficios resultantes de los mismos en actividades de apariencia lícita”¹²⁵².

DEL ROSAL BLASCO señala que la irrupción de los avances informáticos y telemáticos en las relaciones sociales y políticas, ha originado desde el punto de vista fenomenológico, nuevos tipos delictivos. Así, distingue las siguientes conductas: “a) conductas “no informáticas” o que no usan las redes informáticas o telemáticas y que pueden vulnerar nuevos intereses o intereses tradicionales; b) conductas “informáticas” o “digitales”, es decir, que sí usan las redes informáticas o telemáticas, y que aunque son aparentemente lícitas, en realidad, encubren operaciones delictivas; c) conductas “informáticas” o “digitales” ilícitas y /o delictivas”¹²⁵³.

Cabe destacar, no obstante, que las nuevas tecnologías de la comunicación, muy especialmente internet, se utilizan mayoritariamente como medio de encubrimiento y ocultación de las actividades ilícitas de los grupos criminales. Solo excepcionalmente, se usa la red para la comisión de delitos puramente informáticos. Se observa como la delincuencia organizada ha ido evolucionando acorde con los nuevos tiempos. De una criminalidad cuyo poder se asentaba en la posesión de bienes y territorios, se ha pasado a una criminalidad cuyo poder procede del control de la información como medio para

¹²⁵⁰ LIÑAN CLEMENTE, A.: *Mercado Mundial y Ordenamiento Penal. Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, p. 123.

¹²⁵¹ RUIZ RODRÍGUEZ / GÓNZALEZ AGUDELO.: *Op. cit.*, p. 3.

¹²⁵² DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA núm. C 251, de 15 de Agosto de 1997.

¹²⁵³ DEL ROSAL BLASCO.: *Op. cit.*, p. 159.

expansionar su actividad, y de la utilización de la tecnología más avanzada obtenida de los amplios capitales liberados¹²⁵⁴.

El uso de la informática y de las nuevas tecnologías, y el temor a la facilidad delictiva a través de la red, han incidido de forma directa en la transformación del Derecho. Surge la necesidad de tutelar jurídicamente los nuevos intereses nacidos del uso de aquellas tecnologías y resolver los nuevos conflictos que se originen. Lo que ha ocasionado importantes transformaciones de los ordenamientos jurídicos - penales desde finales del siglo XX. Tipificándose nuevas figuras delictivas en los Códigos Penales y promulgándose leyes especiales para garantizar la protección de nuevos valores¹²⁵⁵.

Así mismo, se han adoptado iniciativas en el ámbito internacional. Especialmente significativa es la Directiva del Parlamento y Consejo Europeo 2006 / 24 / CE, de 15 de Marzo de 2006¹²⁵⁶, relativa a la conservación de datos de las comunicaciones por vía telemática. En la que se viene a establecer que la conservación de dichos datos debe ser compatible con lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹²⁵⁷.

La intervención penal en esta materia está centrada, en la persecución de los sujetos que utilizan la red para cometer delitos, o para recopilar o transmitir información eficaz para la actividades criminales realizadas individualmente o en grupo. Optando tanto los Estados como la Unión Europea, por una política criminal consistente en “insertar mecanismos de control en la propia red que entorpezca la libre circulación de los contenidos ilícitos”¹²⁵⁸.

Señala FERRAJOLI que “la mundialización de las comunicaciones y la economía no acompañada de una correspondiente mundialización del Derecho y de sus técnicas de tutela” han favorecido el desarrollo de la criminalidad internacional¹²⁵⁹.

Por otra parte, se han desarrollado y ampliado considerablemente los *medios de transporte internacional*, lo que ha facilitado la circulación de bienes entre los Estados, y ha obstaculizado el control de las miles de mercancías que se envían a diario. Impulsando un aumento importante de la inmigración y paralelamente la aparición de grupos étnicos en diversas partes del planeta, que son aprovechadas por el crimen

¹²⁵⁴ RESA NESTARES, C.: *Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 18.

¹²⁵⁵ DEL ROSAL BLASCO.: *Op. cit.*, pp. 147 y ss.

¹²⁵⁶ DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA núm. L 105, de 13 de Abril del 2006.

¹²⁵⁷ El art. 8 del CEDH establece que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, y de su correspondencia.
2. No podrá hacer 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 libertades de los demás.

¹²⁵⁸ RUIZ RODRÍGUEZ / GÓNZALEZ AGUDELO.: *Op. cit.*, p. 13.

¹²⁵⁹ FERRAJOLI, L.: “Criminalidad y globalización”, *Revista de Ciencias Penales*, Tlalpan, núm. 1, 2005, p. 71. Se puede consultar en [http //: www. cienciaspenales. net](http://www.cienciaspenales.net)

organizado para establecer redes transnacionales. Propiciándose, además, un incremento del tráfico de personas de un país a otro¹²⁶⁰.

Como indica DE LA CRUZ OCHOA “aunque la mayoría de los inmigrantes son respetuosos con la ley de los países de acogida, las diásporas étnicas han sido aprovechadas por las diversas organizaciones criminales para desarrollar redes transnacionales propias con las que se mantienen en permanente contacto a través de un sistema avanzado de comunicaciones”¹²⁶¹.

Dado el enorme poder económico que ostenta el crimen organizado, goza de una posición privilegiada en la obtención y utilización de las tecnologías más avanzadas. Ello les permite mejorar la calidad de los productos y la capacidad de distribución de los mismos. Dichos avances son fundamentales en el tráfico ilícito de drogas (como se pone de manifiesto a través del tráfico de nuevas sustancias) y en todo tipo de falsificación. Además, al acceder de forma prioritaria a los mismos le facilita el control de la información y de la comunicación, lo que dificulta su persecución penal. Las innovaciones llevadas a cabo en las redes de comunicación y el transporte han ampliado considerablemente las relaciones económicas y sociales, lo que ha permitido la experimentación de nuevas clases de drogas. El consumo masivo de drogas y de otros productos ilegales ha contribuido de forma evidente a la consolidación y crecimiento de determinadas ramas especializadas del crimen organizado o la expansión de antiguos grupos criminales a nuevas actividades lucrativas¹²⁶². Si bien, hoy en día, la principal fuente de financiación del crimen organizado procede de la droga, especialmente, el tráfico de heroína y cocaína. Siendo el negocio de mayor alcance a nivel mundial. Así, según el informe de la Oficina contra las Drogas y el Delito de Naciones Unidas, del 2010, la demanda mundial de la cocaína se ha incrementando considerablemente, estimándose que más de 15 millones de la población mundial son consumidores de cocaína. El 40% de los mismos se localizan en Estados Unidos. Concentrándose el negocio de la cocaína en pequeños grupos criminales altamente organizados, a los que se les genera unos beneficios económicos de 88.000 millones de dólares¹²⁶³.

También, los *conflictos políticos de ámbito internacional* han contribuido de igual modo, a la expansión del crimen organizado. Así, las estrategias mundiales del crimen organizado han estado marcadas por los acontecimientos económicos y políticos. Los avances en los medios de comunicación, les facilita trasladarse a las zonas más conflictivas o inestables del planeta, donde existen menos controles, y “gran cantidad de capitales cubren la huida de los fondos legales en momentos de perentoriedad de efectivo y en los que el rendimiento de la inversión suele ser alto por las propias características del riesgo asumido”¹²⁶⁴.

La desaparición de los regímenes comunitarios en la Europa Oriental, ha sido un suceso de máxima importancia para la expansión de la criminalidad organizada. Dado

¹²⁶⁰ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 103.

¹²⁶¹ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 26.

¹²⁶² *Ibidem*, p. 27.

¹²⁶³ UNODC, *Informe Mundial sobre las drogas del 2010*, Viena, Publicaciones de las Naciones Unidas, New York, 2010, p. 65.

¹²⁶⁴ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 27.

que como indica BERMEJO “se produjo una situación anómica en la que estas sociedades debieron reajustarse muy bruscamente, pasando de un régimen colectivista al individualismo y a la adopción de un modelo extremo de economía de libre mercado que ofrecía un terreno propicio para la delincuencia económica, el fraude y el lavado de dinero”¹²⁶⁵.

Ciertamente, el establecimiento de un sistema de libre mercado sin los correlativos medios de control, fueron aprovechados por los grupos criminales que se insertaron rápidamente en los países del Este. Beneficiándose además, de otros efectos originados por la transformación del sistema, como “el desorden interno, el ocaso de las estructuras existentes de autoridad y legitimidad, las reticencias a la población a cualquier tipo de nuevo control estatal, el resurgimiento de conflictos étnicos y el desmoramiento del aparato judicial, policial y de inteligencia y su subordinación o cooperación con el crimen organizado”¹²⁶⁶.

Por último, entre los factores que han propiciado la expansión mundial de la criminalidad organizada, cabe mencionar la enorme *proliferación de organizaciones criminales* que operan mediante células insertadas en los puntos más estratégicos del planeta. Constituyendo *redes criminales*. Redes que se relacionan socialmente, entre sí, a través de lazos familiares, vínculos de amistades o grupos étnicos, estableciéndose relaciones a largo plazo, mediante las que se crea la cobertura adecuada para el encubrimiento de las actividades delictivas y de sus autores. Se produce una interacción entre los grupos criminales de los distintos Estados, a través de lo que se denomina clientelismo o colaboración. Grupos que no llegan a conocerse, y que interactúan mediante un intermediario (*bróker o free lance*) que no pertenece a la red. Es a través de esta interacción, por la que las actividades delictivas de dichos grupos, alcanzan una dimensión global¹²⁶⁷.

En definitiva, los mencionados factores, han contribuido a la globalización de la delincuencia organizada, convirtiéndose en la principal amenaza para la comunidad internacional. Se estrechan las relaciones internacionales, propiciando las alianzas multinacionales entre diversos grupos criminales, con el fin de ampliar su alcance, extender geográficamente su poder, garantizar la ejecución de sus objetivos recurriendo a la extorsión y a la violencia, maximizar sus beneficios y ocultarse ante la justicia. Surge así, una criminalidad organizada transnacional sumamente compleja¹²⁶⁸.

El X Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente celebrado en el 2000, declaró que:

“En la nueva era de la mundialización, las fronteras se han abierto, las barreras comerciales han caído y la información se trasmite rápidamente por todo el mundo al alcance de una tecla. Los negocios están floreciendo (...) y también lo está la delincuencia organizada transnacional. Se están forjando fortunas como resultado del

¹²⁶⁵ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, pp. 103

¹²⁶⁶ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 28.

¹²⁶⁷ ANGUITA OLMEDO.: *Op. cit.*, pp. 158 y 159.

¹²⁶⁸ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, pp. 103 y 104.

tráfico de drogas, la prostitución, las armas de fuego ilícitas y todo un conjunto de delitos transfronterizos. Todos los años los delincuentes organizados blanquean enormes sumas de dinero de procedencia ilícita.

Si en el pasado se le consideró una amenaza a escala local, o cuando más, a escala regional, la delincuencia organizada se ha convertido en una cuestión transnacional muy compleja. Como se señala en el informe mundial sobre la delincuencia y la justicia, desde la perspectiva de la delincuencia organizada en el decenio de 1990, Al Capone era un matón con horizontes estrechos, ambiciones limitadas y un feudo meramente local”¹²⁶⁹.

3. PRINCIPALES ACTIVIDADES DELICTIVAS

Como explica ANARTE BORALLO la criminalidad organizada se caracteriza por afectar simultáneamente a diversos bienes jurídicos colectivos como la salud pública, el medio ambiente, etc. Pero también, pueden verse afectados bienes jurídicos individuales como en el caso de que las organizaciones criminales lleven a cabo actos violentos. Siendo necesario resaltar en la actualidad, las consecuencias indirectas como son la acumulación de poder político y su capacidad de corrupción. Incrementándose, además de forma rápida y vasta su capacidad económica, obligando al crimen organizado a invertir sus ganancias en las economías legales y los sistemas financieros formales, con efectos contaminantes del sistema económico, social e incluso jurídico de la sociedad, siendo una amenaza para la seguridad de cualquier país¹²⁷⁰.

Como se ha expuesto en líneas anteriores, el proceso de globalización actual ha propiciado una expansión sin precedentes del crimen organizado, infiltrándose de pleno en el sistema capitalista puliendo al mínimo sus defectos. Diversificando, además, ampliamente sus actividades con las que obtener un cuantioso lucro ilícito¹²⁷¹.

Tal fenómeno de la globalización mundial ha favorecido la permeabilización de las fronteras lo que ha permitido un incesante incremento de las actividades criminales de carácter transnacional. En efecto, la interconexión entre las economías mundiales ha originado la creación de zonas de libre comercio a nivel mundial, reduciéndose los controles aduaneros entre los Estados, lo que ha sido aprovechado por las redes de la criminalidad organizada¹²⁷².

El crimen organizado “lleva a cabo una enorme diversidad de operaciones ilícitas traspasando las fronteras de los Estados y aprovechando las lagunas y contradicciones

¹²⁶⁹ NACIONES UNIDAS, *X Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 10 a 17 de abril del 2010, Viena*, Publicaciones de las Naciones Unidas, New York, 2010, p. 49.

¹²⁷⁰ ANARTE BORALLO.: *Op. cit.*, pp. 45 y 46.

¹²⁷¹ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 104.

¹²⁷² ESCRIBANO ÚBEDA - PORTUGUÉS, J.: “Análisis de los efectos negativos de la delincuencia organizada”, *Anales de la Universidad Metropolitana*, Vol. 9, núm. 2 (Nueva serie), 2009, p. 69. Se puede consultar en <http://www.dialnet.unirioja.es>

en los ordenamientos jurídicos de éstos, para ponerlas al servicio de su actividad criminal”¹²⁷³.

Ciertamente, la criminalidad organizada, tal y como se concibe en nuestros días, tiende a ser *multidisciplinar*, es decir, a diversificar su actividad ilícita. No obstante, “el ser multidisciplinar no es nota consustancial a tal clase de delincuencia”¹²⁷⁴.

BOSSARD señala que criminalidad multidisciplinar es la que “supone el ejercicio simultáneo o consecutivo, por un malhechor o un grupo de malhechores, de varias actividades criminales diferentes, así como vínculos estructurales u ocasionales entre malhechores que realizan especialidades delictivas diferentes”¹²⁷⁵.

La actividad delictiva de la delincuencia organizada se caracteriza además, por ser *transnacional*. Con el devenir de las transformaciones operadas contemporáneamente, propiciadas fundamentalmente por la globalización mundial, la delincuencia organizada “afrenta respectivamente procesos evolutivos, adaptándose al entorno en el que pretende llevar a cabo sus actividades ilícitas, para evitar la pérdida de competitividad y eficacia”¹²⁷⁶. La delincuencia organizada ha ido evolucionando hasta adquirir carácter transnacional.

El delito será transnacional si:

1. “Se comete en más de un Estado.
2. Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado.
3. Se comete sólo dentro de un Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado.
4. Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”¹²⁷⁷.

Las organizaciones criminales transnacionales abarcan por tanto, “un repertorio de actividades que incluyen un inventario muy amplio de delitos, especialmente de naturaleza económica. La tendencia a la diversificación y la conexión entre mercados delictuales, obedece al afán de maximación del lucro obtenible”¹²⁷⁸.

Así, la actividad criminal de la delincuencia organizada se puede agrupar en dos tipos de delitos: a) delitos estructuralmente instrumentales para la subsistencia de los grupos criminales (pertenencia al grupo criminal, corrupción o blanqueo de capitales); b) delitos finales son aquellos de los que se obtiene directamente lucro. Este segundo tipo, incluye “el tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, contrabando de

¹²⁷³ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 607.

¹²⁷⁴ *Ibidem*, p. 619.

¹²⁷⁵ BOSSARD, A.: “La Criminalité transfrontière multidisciplinaire”, *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, núm. 4, 1984, pp. 756 y 757.

¹²⁷⁶ SANSÓ-RUBERT.: *Op. cit.*, p. 43.

¹²⁷⁷ UNODC, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 6.

¹²⁷⁸ SANSÓ - RUBERT.: *Op. cit.*, p. 45.

inmigrantes, tráfico y contrabando de bienes, contrabando, delitos cibernéticos, fraude, falsificación, tráfico de bienes culturales, piratería, crímenes ambientales, evasión fiscal, delitos financieros, y otros delitos en contra de la administración pública”¹²⁷⁹.

Si bien, la delincuencia organizada transnacional ha expansionado su actividad criminal a nuevas modalidades delictivas, el tráfico de drogas, el tráfico de armas y la trata de personas siguen constituyendo sus principales actividades delictivas.

3.1. Tráfico ilícito de drogas

El tráfico de drogas ilegales es, desde los inicios del crimen organizado, su principal negocio ilícito, y constituye su principal actividad delictiva en el ámbito europeo. Siendo la más extendida manifestación de la criminalidad actual a nivel internacional. Y ello, no sólo en un ámbito cuantitativo sino cualitativo, dado que la delincuencia de la droga suele desencadenar otras actividades criminales¹²⁸⁰.

El Informe del Consejo de Europa y de Europol del 2004 establece que “el tráfico de drogas sigue siendo la forma de delincuencia organizada transnacional más generalizada de la Unión Europea. Los Estados miembros son un notable mercado consumidor de todos los tipos de drogas ilícitas. Grupos organizados bien establecidos en los Estados miembros garantizan la distribución al por mayor en toda la Unión. Se mantiene la tendencia hacia el tráfico de varias drogas diferentes. Estos tipos de envíos pueden estar destinados a varios receptores en distintos Estados miembros, lo que indica una mayor cooperación entre los grupos de delincuencia organizada implicados en este tráfico”¹²⁸¹.

Siendo, como expusimos ampliamente en el capítulo primero, la cocaína, la heroína, el cannabis y las drogas sintéticas las sustancias más consumidas, y las que originan un mayor tráfico.

El abastecimiento de la *cocaína* sigue estando dominado por los grupos colombianos, si bien en los últimos veinte años, su mercado principal ha dejado de ser Estados Unidos y se ha asentado en Europa. Su infiltración en el mercado europeo se produjo a raíz del acuerdo estipulado con la mafia siciliana en 1987, por el que se intercambiaba heroína procedente de Asia y Europa, por cocaína de Sudamérica. Lo que permitió a los colombianos introducirse en el mercado de la heroína en Estados Unidos, y en el de la cocaína en Europa, aprovechando la infraestructura de la mafia siciliana¹²⁸².

Ciertamente, el mercado europeo es el mercado más potencial de consumidores de drogas a nivel mundial (se calculaba en el 2004, que el número de adictos oscilaba entre

¹²⁷⁹ UNODC, *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencia adquirida*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 9.

¹²⁸⁰ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Delitos contra la salud pública. Subtipos agravados” en *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación*, Madrid, 1995, pp. 679 y ss.

¹²⁸¹ INFORME DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE EUROPOL, *Report on de Organised Crime Situation in Council of Europe Member State*, Luxemburgo, 2004, p. 12.

¹²⁸² ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 71.

1 y un 1.5 millones)¹²⁸³. Se calcula que cada año se transporta desde Sudamérica a Europa por vía marítima unas 250 toneladas de cocaína¹²⁸⁴. El alto índice de prevalencia de consumo de drogas de su población, así como las infraestructuras existentes en logística y transporte, han originado que Europa sea “uno de los centros neurálgicos del crimen organizado internacional”¹²⁸⁵.

Las diversas organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico en el ámbito europeo se diversifican atendiendo al tipo de droga con la que trafican. Así, en cuanto a la *heroína*, las 3 / 4 partes de dicha sustancia consumida en Europa procede de Afganistán. Si bien, el opio (planta de la que se produce la heroína), se cultiva también en la zona sur de la Federación rusa, en Moldavia, Ucrania, Paquistán y Lituania, siendo trasladada por carretera, a través de la “ruta de los Balcanes”. El mercado de la heroína sigue estando dominado por los grupos criminales organizados turcos, adquiriendo el opio en bruto en los países de cultivo, refinándolo, y distribuyéndolo después por los mercados europeos. Siendo vendido en la calle por grupos étnicos como yugoslavos, italianos o albaneses¹²⁸⁶.

Pese a que se sigue traficando heroína en importantes cantidades por la “ruta de los Balcanes”, durante el 2010 tras la cosecha defectuosa de la adormidera de opio en Afganistán, se registraron un menor número de incautaciones en los países de aquellas zonas, habiendo disminuido también la disponibilidad de heroína en el mercado europeo entre el 2010 y el 2011. Dicha escasez ha originado que en algunos países se haya sustituido el consumo de heroína por otras sustancias (desomorfina, opio acetilado y opioides sintéticos). Sin embargo, en las zonas costeras de África y en los países del Asia sudoriental, se registra un incremento de las incautaciones¹²⁸⁷.

Otras vías de introducción de la heroína en Europa procedente del sudeste asiático, es la que se produce por la mafia rusa, transportándola a través de la Federación rusa, Escandinavia y países bálticos. O la realizada por nigerianos, siendo introducida por vía aérea mediante correos. Igualmente, parte de la heroína consumida en Europa, procede de Colombia utilizándose la ruta de la cocaína¹²⁸⁸.

En cuanto a la *cocaína*, los cultivadores de las mejores variedades de hojas de coca del mundo son Perú y Bolivia. A la luz de los datos disponibles sobre cultivo, producto y tráfico se observa como durante el periodo comprendido entre el 2006 y 2010 se redujo la producción de cocaína en Colombia, produciéndose un desplazamiento a Perú y Bolivia dónde se incremento considerablemente el cultivo del arbusto de coca durante ese periodo. Siendo hoy en día los principales productores a nivel mundial¹²⁸⁹. En laboratorios clandestinos de Perú y Bolivia, y a través de la síntesis química, de la hoja

¹²⁸³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 48 a 50.

¹²⁸⁴ INFORME DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE EUROPOL, *Report... cit.*, p. 12.

¹²⁸⁵ GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS, A. : “ La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales” en *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa, 2012, p. 11.

¹²⁸⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 72.

¹²⁸⁷ UNODC, *Informe mundial...*, *cit.*, p. 2.

¹²⁸⁸ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 72.

¹²⁸⁹ UNODC, *Informe mundial...*, *cit.*, p. 2.

de coca se extrae la pasta de coca, mediante la utilización de precursores químicos importados principalmente de Suiza, Alemania y Estados Unidos. Dicho procedimiento se lleva a cabo también en Colombia. Siendo la elaboración de la cocaína pura, la especialización de los carteles colombianos, dominando igualmente su comercialización y distribución a nivel mundial¹²⁹⁰.

Las rutas utilizadas para los envíos de cocaína con destino a Europa son América del Sur, América Central y fundamentalmente, Argentina, Brasil, Ecuador, Venezuela y México. También son utilizadas las islas del Caribe para el traslado de cocaína con destino a Europa. Habiéndose detectado en los últimos años además, rutas alternativas por los países de África occidental¹²⁹¹. Las redes de narcotraficantes sudamericanos han trasladado gran parte de sus “plataformas operativas” a África occidental. En esta zona, han encontrado importantes ventajas como: rutas desconocidas evitando ser captados, “idiosincrasias compatibles” entre los traficantes sudamericanos y los de África occidental, capacidad limitada de los países de esta zona para aplicar las leyes siendo escasas las incautaciones de la droga, o debilidad de los gobiernos para ejercer la autoridad, imponiéndose en algunas regiones cierto control por grupos insurgentes¹²⁹².

Los principales puntos por los que se introduce la cocaína en Europa son España, Países Bajos, Portugal y Bélgica. Una vez introducida en Europa se almacena o distribuye en países como Alemania, Francia y Reino Unido¹²⁹³.

La cocaína es después de la hierba y la resina de cannabis la droga de mayor tráfico a nivel mundial. Así, en el 2009 se incautaron 732 toneladas en todo el planeta. La mayor parte de cocaína fue incautada en América del Sur, seguida de América del Norte y Europa central y occidental¹²⁹⁴.

Según el Informe Mundial sobre Drogas del 2012 los principales mercados de cocaína siguen estando en Europa, América del Norte y Oceanía (principalmente Australia y Nueva Zelanda). Si bien, están emergiendo nuevos mercados, en Europa Oriental y Asia sudoriental. Además, existen indicios de que el tráfico ilícito de cocaína a través del África Occidental, ha podido originar un mercado de cocaína en los países de esta región. Finalmente, es de mencionar la expansión que ha tenido la cocaína en algunas zonas de América del Sur¹²⁹⁵.

El enorme margen de ganancias obtenidas del tráfico de cocaína, especialmente en el mercado europeo, permite a las organizaciones criminales mover grandes cantidades de dinero con las que financiar nuevas actividades delictivas.

¹²⁹⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 72.

¹²⁹¹ OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS (OEDT), “*El problema de la drogodependencia en Europa*”, *Informe anual 2011*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011, Luxemburgo, p. 72.

¹²⁹² PHILIP DE ANDRÉS, A.: “El crimen organizado, el tráfico de drogas y el terrorismo: el nuevo talón de Aquiles de África Occidental”, *Fríde*, 2008, pp. 2 y ss. Se puede consultar en [http://: www. fríde. org / download / com](http://www.fríde.org/download/com)

¹²⁹³ OEDT, “*El problema...*”, *cit.*, p. 72.

¹²⁹⁴ *Ibidem*, p. 72.

¹²⁹⁵ UNODC, *Informe mundial sobre las drogas, 2012*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York, 2012, pp. 2 y 3.

Respecto a las *drogas sintéticas* (principalmente anfetaminas, metanfetamina y éxtasis) son junto al cannabis las sustancias más consumidas, siendo Europa el principal centro de producción y distribución a nivel mundial. Son los grupos criminales asentados en Holanda los que dominan la producción de dichas sustancias y su distribución tanto en Europa como en América del Norte, América del Sur, Asia, África del Sur y Australia¹²⁹⁶.

El 80% de la producción mundial de anfetaminas se centra en Europa. Habiéndose incrementado en el 2009 las incautaciones a nivel mundial, alcanzando las 33 toneladas. La mayor parte de las incautaciones practicadas en Europa se produjeron en los Países Bajos, Polonia, Bélgica, Bulgaria y Turquía. Si bien, el mayor incremento de las incautaciones (25 toneladas) se produjeron en Arabia Saudí, Jordania y Siria¹²⁹⁷.

De las incautaciones de “éxtasis” en Europa se desprende un incremento considerable del mercado de esta droga en la Unión Europea (de 595 kg en 2009 se pasó a 1,3 toneladas en el 2010). El consumo de esta droga también parece estar creciendo en Estados Unidos, a la luz de las crecientes incautaciones de “éxtasis” en Oceanía y Asia sudoriental. También, se han duplicado en el 2010 las incautaciones de metanfetamina en Centroamérica, Asia oriental y sudoriental¹²⁹⁸.

Es de destacar que Europa es uno de los principales consumidores y a la vez el productor más importante de drogas de síntesis del planeta. Lo que complica su política criminal al eliminarse la diferenciación habitual en el mercado mundial de la droga, entre países consumidores y productores¹²⁹⁹.

El *cannabis* es la droga ilegal más consumida a nivel mundial, oscilando entre 119 y 224 millones los consumidores de cannabis en el planeta. De los datos derivados de las incautaciones y de la erradicación del cannabis se desprende un incremento notable de la producción de marihuana. La importancia de la marihuana y del hachís varía según la región; el hachís predomina en el Cercano Oriente, Oriente Medio y Asia sudoccidental, mientras que en el África septentrional y Europa los mercados de marihuana y hachís son de similar extensión. En el resto del mundo, incluido Estados Unidos, predomina el hachís. De los datos derivados de las incautaciones muestran que en África (excepto en los países del África septentrional) el derivado del cannabis predominante es la marihuana¹³⁰⁰.

El principal mercado de hachís a nivel mundial es el europeo, siendo junto a la marihuana las drogas más consumidas en Europa. El 80 % de la resina de cannabis consumido en Europa procede de Marruecos y del Norte de África. Mientras, la hierba del cannabis se cultivaba en países como Colombia y México fundamentalmente¹³⁰¹. La resina de cannabis procedente de Marruecos y del Norte de África se introduce clandestinamente en Europa, especialmente a través de España, mientras que países

¹²⁹⁶ ZUÑIGA RODRIGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 73.

¹²⁹⁷ OEDT, “*El problema de la drogodependencia...*”, *cit.*, p. 59.

¹²⁹⁸ UNODC, *Informe mundial...*, *cit.*, p. 3.

¹²⁹⁹ ZUÑIGA RODRIGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 73.

¹³⁰⁰ UNODC, *Informe mundial...*, *cit.*, p. 3.

¹³⁰¹ ZUÑIGA RODRIGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 73.

como Bélgica o Países Bajos son núcleos de almacenamiento o mercados secundarios de distribución y comercialización¹³⁰².

El dominio sobre el tráfico de dichas sustancias corresponde a los grupos criminales europeos. Pues, la comercialización del hachís procedente de Marruecos se realiza por grupos españoles. No obstante, en la mayoría de los casos, según la Interpol se trata de grupos criminales constituidos por integrantes de diversos países: marroquí, franceses, ingleses, holandeses, italianos o alemanes. Mientras, la marihuana procedente de Sudamérica se distribuye desde Holanda¹³⁰³.

La difusión del cultivo de interior del cannabis, las tendencias de los precios y las incautaciones de hierba y resina de cannabis indican un posible desplazamiento del predominio de la resina de cannabis en el mercado europeo en beneficio de la hierba de cannabis, a la luz de los datos suministrados por los Estados de la Unión Europea sobre la notable proliferación de las plantaciones de hierba del cannabis¹³⁰⁴. En los lugares en los que se realiza el cultivo de interior pueden albergar grandes operaciones del crimen organizado, que en ocasiones optan por abastecer a los mercados locales con el fin de evitar los riesgos del tráfico ilícito del cannabis¹³⁰⁵.

El cultivo ilícito del cannabis de interior y el realizado a escala comercial, se ha incrementado considerablemente en Europa occidental y central. Siendo preocupante la creciente participación de grupos criminales, en virtud de los datos suministrados por países como Alemania, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Francia, Hungría, Italia, Noruega, Reino Unido y Suecia¹³⁰⁶.

Por otro lado, el cultivo de cannabis bajo techo aumenta su potencia lo que parece explicar en parte, el incremento de la demanda de tratamiento entre los consumidores de cannabis, a lo que cabe añadir los efectos obtenidos con la administración prolongada del cannabis¹³⁰⁷.

3.2. Tráfico de armas y material nuclear

El tráfico ilícito de armas y material nuclear constituye uno de los negocios más lucrativos del crimen organizado. El abastecimiento de armas devastadoras y material nuclear a Estados y organizaciones les proporciona ingresos millonarios¹³⁰⁸.

La delincuencia organizada es cada vez “más transnacional, multiétnica y poli - crime orientada, ya que se diversifican en una variedad de delitos relacionados con las

¹³⁰² OEDT, “*El problema de la drogodependencia...*, cit., p. 44.

¹³⁰³ ZUÑIGA RODRIGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, Op. cit., p. 73.

¹³⁰⁴ OEDT, “*El problema...*, cit., p. 47.

¹³⁰⁵ UNODC, *Informe mundial...*, cit., p. 3.

¹³⁰⁶ JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES (JIFE), *Informe del 2012*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 106.

¹³⁰⁷ UNODC, *Informe mundial...*, cit., p. 3.

¹³⁰⁸ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 104.

mercancías lícitas e ilícitas objeto de comercio con fines de lucro. El contrabando se ha convertido en la actividad criminal por excelencia de las organizaciones criminales y el tráfico de armas de fuego es, junto con las drogas y la trata de personas, uno de los más lucrativos de esas actividades delictivas”¹³⁰⁹.

Los delincuentes, los paramilitares, las organizaciones de narcotraficantes, los grupos rebeldes y los Estados subversivos no fabrican sus propias armas. Recurren al mercado ilegal o negro para la adquisición de armamento de diverso tipo y con distinta finalidad teniendo en común, la infracción de los cauces legales para la adquisición, distribución y destino final, así como la falta de autorización de las autoridades competentes. Siendo un mercado en continuo auge (destacando la potente demanda de armas ligeras y pequeñas)¹³¹⁰. Existiendo una evidente relación entre delincuencia, crimen organizado, mercado negro y tráfico ilícito de armas.

La mayoría de las organizaciones criminales entran en el “negocio del tráfico de armas a través de otras actividades criminales, lo que puede ofrecer a los contactos, el conocimiento de las rutas y las infraestructuras existentes en relación con el tráfico ilícito de armas”. El contrabando de armas por el crimen organizado se inicia en los Balcanes occidentales y en la antigua Unión Soviética¹³¹¹.

La gran mayoría del armamento con el que se trafica en el ámbito internacional procede del excedente de armas en zonas en los que han existido conflictos bélicos o incluso de armas en uso de fuerzas armadas que las venden sin la autorización de sus correspondientes gobiernos. A través de la corrupción existente en las fuerzas armadas o en los organismos gubernamentales de determinados países, se suministra ilegalmente armamento a los traficantes internacionales¹³¹². Además, son objeto de tráfico las armas neutralizadas que son reactivadas, las que proceden del hurto, robo, la malversación, y las armas legales que son vendidas de forma ilegal en el mercado negro¹³¹³.

El negocio del tráfico ilegal de armas comenzó a adquirir significancia en la década de los 90, contribuyendo a su desarrollo el excedente de armas existentes tras la Guerra Fría (las que Estados Unidos y la Unión Soviética habían suministrado a sus representantes durante la Guerra Fría), la apertura de las fronteras y el libre comercio. Así, como los nuevos conflictos armados que surgieron durante esta década, lo que incrementó la demanda de todo tipo de armas. Proliferando muy especialmente, las armas pequeñas y ligeras. Los países más pequeños comenzaron a fabricar armas de pequeño calibre como medio para acercarse a las nuevas tecnologías. Una gran diversidad de países en desarrollo se dedica a la fabricación de armas ligeras con licencias o tecnología de las naciones industrializadas. Siendo potentes exportadores de armamento Brasil, Egipto, China o Israel. Las fábricas de armas ligeras y pequeñas al

¹³⁰⁹ UNODC, *Un problema global. Las armas de fuego ilícitas como una amenaza para la seguridad global*, 2013. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

¹³¹⁰ LUMPE, L / MEEK, S / NAYLOR, RT.: “Introducción al tráfico de armas “en *Tráfico de Armas. El mercado negro mundial de armas ligeras*, Intermon Oxfan, Barcelona, 2004, p. 17.

¹³¹¹ EUROPOL, *The EU Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) 2013*, Europol, 2013, p. 31.

¹³¹² UNODC, *Violencia, crimen y tráfico ilegal de armas en Colombia*, 2006 p. 31. Se puede consultar en www.unodc.org

¹³¹³ EUROPOL, *Informe Socta...*, cit., p. 31.

funcionar con acuerdos de producción bajo licencia operan con menores controles que las empresas de Estados Unidos y Europa, lo que facilita la exportación¹³¹⁴.

Los acuerdos de transferencia de armas han ido aumentando. Los proveedores de armas siguen centrándose en los países en desarrollo. Entre el 2000 - 2007 el 66% de los acuerdos de transferencia de armas a nivel mundial fueron con los países en desarrollo, ascendiendo su valor a más de 42.000 millones de dólares de los EE.UU¹³¹⁵.

La gran difusión del uso de las armas ligeras y pequeñas en la actualidad, es debido a su bajo coste, la facilidad para ser transportadas, para ser usadas y la escasa estructura logística que requieren. Como a los escasos controles en muchos países, la impunidad en otros, lo que facilita la exportación de armamento a zonas en conflicto. A los grandes stocks de armas no usadas por los ejércitos, o las existentes en aquellos países tras la desaparición de las “estructuras de poder”. Asimismo, a la aparición de importantes organizaciones criminales que se dedican a la venta de armas como fuente de ingresos (tras la desintegración de la URSS surgieron poderosas organizaciones en los países del Este europeo)¹³¹⁶.

Hoy en día, las principales organizaciones criminales dedicadas al tráfico de armas son la Mafia rusa (armas y material nuclear), la Mafia albanesa (a través de la ruta de los Balcanes), la Mafia italiana (como la Camorra que trafica con armas y material nuclear que compran a la Mafia rusa, y la Ndrangheta), y la Mafia turca (que colabora con los grupos albaneses en el tráfico de armas)¹³¹⁷.

También, la delincuencia organizada en Centroamérica trafica con los excedentes de armas militares procedentes de las tres guerras civiles (Guatemala, El Salvador, y Nicaragua) de la reducción de los ejércitos tras los acuerdos de paz, o de la corrupción policial. Y lo hacen a través de las fronteras (especialmente las de Nicaragua y Panamá) siendo Colombia y México los principales mercados a los que se destina dichas armas¹³¹⁸.

Por otro lado, la existencia de múltiples actores (gobiernos, ejércitos, grupos criminales, mafias, etc.) en la posesión de las armas, facilita el tráfico de las mismas. “La globalización facilita también el tráfico de armas, al establecerse una estrecha conexión entre delincuentes, el crimen organizado, los narcotraficantes y los actores militares no estatales”¹³¹⁹.

Dada la clandestinidad del mercado negro y los escasos controles existentes, resulta complejo saber “cuántas armas pequeñas (armas diseñadas para el uso individual, tales como revólveres, pistolas automáticas, rifles y ametralladoras) y armas ligeras (armas

¹³¹⁴ LUMPE / MEEK, / NAYLOR.: “Introducción....”, *Op. cit.*, pp. 17 y ss.

¹³¹⁵ GILLIS, M.: *El desarme. Guía básica*, Naciones Unidas, Nueva York, 2009, p. 61.

¹³¹⁶ FISAS, V.: *Armas ligeras: La pesada herencia de la cultura armamentista*, Cátedra Unesco sobre paz y derechos humanos, Icaria, Barcelona, 2000, p. 14.

¹³¹⁷ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, pp. 105 y ss.

¹³¹⁸ UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica y el Caribe. Una evaluación de las amenazas*, Publicación de Naciones Unidas, Nueva York, 2012, pp. 59 y ss.

¹³¹⁹ FISAS.: *Op. cit.*, pp. 10 y ss.

diseñadas para ser usadas por un grupo de dos o tres personas) están en circulación en todo el mundo. Las fuentes autorizadas estiman la cifra en un mínimo de 875 millones, pero existen graves problemas para llevar a cabo el recuento de dichas armas”¹³²⁰.

Si bien en el pasado, los principales proveedores de armamento fueron las dos grandes potencias militares como Estados Unidos y la Unión Soviética, en el momento actual ha aumentado los países suministradores de armas, incrementándose el número de armas, y dificultando su control¹³²¹.

Según el Instituto Internacional de Estocolmo para la investigación de la paz (SIPRI) la transferencia internacional de armas se incrementó en un 17 por ciento entre 2003-2007 y 2008 - 2012. Los cinco principales exportadores de armas entre 2008 - 2012 han sido Estados Unidos, Rusia, Alemania, Francia y China, con un 75 por ciento de las exportaciones. A los que sigue Reino Unido, España, Italia, Ucrania e Israel. Otros proveedores son Japón, Singapur y Corea del Sur (proveedor emergente). Los principales países importadores de armas India, China, Pakistán, Corea del Sur, Singapur, Argelia, Australia, EE.UU, y Arabia Saudita. Se estima el valor total del comercio de armas a nivel mundial, en el 2011, en 43000000000 millones de dólares¹³²².

El tráfico ilícito de armas y su proliferación excesiva e incontrolada en diversas zonas del mundo, origina muy diversas consecuencias humanitarias y socioeconómicas, y supone una grave amenaza para la paz y la seguridad internacional. Pues “el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos alimenta los conflictos, exagera la violencia, contribuye al desplazamiento de civiles, socava el respeto del derecho internacional humanitario, obstaculiza la prestación de asistencia humanitaria a las víctimas de los conflictos armados y fomenta la delincuencia y el terrorismo”¹³²³.

Como señala VICENC FISAS “el descontrol en la venta de estas armas por todo el mundo (...) ha puesto a disposición fácil de una gran cantidad de personas todo tipo de armas, y a bajo coste, para ser usadas en guerras civiles y en conflictos étnicos, o para fines ilícitos y criminales, aumentando con ello la inseguridad de las ciudades y rearmando a todo clase de bandas, grupos paramilitares, mafias, clanes y guerrillas”¹³²⁴.

Con el fin de controlar el tráfico mundial de armas ligeras, los Estados exigen determinada documentación para la exportación e importación de las mismas, como el certificado de destino final. Mediante el que el destinatario autoriza la entrega de las armas y se trata de eliminar el posterior tráfico secundario de las mismas. Sin embargo, “la codicia comercial, la corrupción política y la enorme cantidad de material circulante han superado el sistema. Hoy existe un activo mercado negro de dichos certificados y

¹³²⁰ GILLIS.: *Op. cit.*, p. 68.

¹³²¹ FISAS.: *Op. cit.*, p. 15.

¹³²² SIPRI, *Sipri Yearbook 2013*, Estocolmo, pp. 10 y ss. Se puede consultar en [www. sipri. org. /](http://www.sipri.org/) Yearbook /.

¹³²³ ONU, *Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos*, Nueva York, 9 al 20 de julio del 2001, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, p. 6.

¹³²⁴ FISAS: p. 5.

funciona con la complicidad de muchos gobiernos y funcionarios corruptos”. Otras fisuras del sistema utilizadas por los contrabandistas de armas han sido la no exigencia de permisos de importación en los Estados en tránsito, la creación de zonas de mercado común, y las deficiencias de los tratados internacionales. También los acuerdos ilegales con vendedores, empresas de transporte o compañías de seguros han contribuido al contrabando mundial de armas. Así, como la utilización de bancos extraterritoriales o paraísos fiscales en los que se oculta los ingresos millonarios que genera el contrabando mundial de armas¹³²⁵.

El tráfico ilegal de armas constituye en este momento, más que nunca, una actividad criminal vinculada al crimen organizado. Siendo una de las principales preocupaciones de los gobiernos a nivel mundial, la comunidad internacional ha adoptado diversas iniciativas con el objeto de luchar contra la proliferación de dicho tráfico. Siendo la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000 y su Protocolo complementario contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones del 2001, el principal instrumento mundial para luchar contra el crimen organizado y el tráfico ilícito de armas. El Protocolo tiene por finalidad prevenir, investigar y perseguir los delitos de fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego. Entró en vigor el 3 de junio del 2005. Y hasta la fecha constituye el único instrumento vinculante jurídicamente a nivel mundial, que regula las armas pequeñas y ligeras.

El 2 de Abril del 2013 se aprobó el tratado sobre comercio de armas convencionales (carros de combate, vehículos blindados de combate, sistema de artillería de gran calibre, aeronaves de combate, helicópteros de combate, buques de guerra, misiles y lanzamisiles, armas pequeñas y armas ligeras) con el objeto de regular el comercio internacional (exportación, importación y transferencia) de dichas armas y prevenir el tráfico ilícito¹³²⁶.

Por otro lado, otra de las grandes amenazas de carácter transnacional del siglo XXI es la proliferación de material nuclear y radiactivo¹³²⁷, su tráfico ilícito, y la adquisición de dicho material por las organizaciones criminales y grupos terroristas, mediante el contrabando o sustracción de instalaciones nucleares o lugares de almacenamiento, o el sabotaje de transportes que contengan dicho material.

“La percepción de que existe un mercado favorece la sustracción de material nuclear y otros materiales radiactivos a sus legítimos propietarios y, lo que es más inquietante,

¹³²⁵ LUMPE / MEEK / NAYLOR: *Op. cit.*, pp. 23 y ss.

¹³²⁶ BOE núm. 163, de 9 de Julio de 2013.

¹³²⁷ Según el art. 1 del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de Naciones Unidas del 2005: 1. Por “material radiactivo” se entenderá material nuclear y otras sustancias radiactivas que contienen núclidos que sufren desintegración espontánea (un proceso que se acompaña de la emisión de uno o más tipos de radiación ionizante, como las partículas alfa y beta, las partículas neutrónicas y los rayos gamma) y que, debido a sus propiedades radiológicas o fisionables, pueden causar la muerte, lesiones corporales graves o daños considerables a los bienes o al medio ambiente. 2. Por “materiales nucleares” se entenderá el plutonio, excepto aquél cuyo contenido en el isótopo plutonio-238 exceda del 80%, el uranio-233, el uranio enriquecido en el isótopo 235 ó 233, el uranio que contenga la mezcla de isótopos presentes en su estado natural, pero no en forma de mineral o de residuos de mineral, y cualquier material que contenga uno o varios de los elementos mencionados.

aumenta las posibilidades de robo de materiales muy peligrosos para venderlos en el mercado negro, donde pueden ser adquiridos por grupos terroristas”¹³²⁸.

Aunque la mayoría del arsenal nuclear existente a nivel mundial se mantiene a buen recaudo, existe la preocupación de que algunos, así como otros materiales nucleares conexos, carezcan de suficientes medidas de seguridad y sean vulnerables al robo. El Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) mantiene una base de datos (ITBD) sobre tráfico ilícito que recoge los casos de tráfico ilícito y otras actividades no autorizadas relacionadas con materiales nucleares y radiactivos¹³²⁹.

Los incidentes registrados en el ITBD evidencian la persistencia del problema del tráfico ilícito de material nuclear y radiactivo, con los robos, pérdidas, contrabando y actividades no autorizadas. Desde enero de 1993 a diciembre de 2012 el ITBD contenía 2331 casos confirmados. Durante el 2012 se han confirmado 160 casos a la ITBD. La posesión ilegal, el tráfico ilícito y la circulación de material nuclear y radiactivo constituyen una potente amenaza para la seguridad internacional, en cuanto dichas actividades contribuyen a la proliferación nuclear¹³³⁰.

Las armas nucleares son las más potentes y destructivas de la tierra. De ahí, que desde la fundación de Naciones Unidas se ha luchado por eliminar este tipo de armas. Con el fin de eliminar la proliferación nuclear se han celebrado diversos Tratados. Así, el control del empleo de armamento nuclear se realiza a través del *Tratado de No Proliferación Nuclear* (TNP) de 1968, suscrito por 189 estados, y de la actuación del *Organismo Internacional de la Energía Atómica* (OIEA).

El tratado aludido implica “el compromiso por parte de las cinco potencias nucleares entonces existentes, que coinciden con los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, de no transferir a otros estados tecnología armamentística nuclear y, por parte de los demás estados firmantes, de no tratar de producir armas nucleares”. Sin embargo, Israel que poseía materia nuclear se negó a firmar del tratado, si bien se comprometió con Estados Unidos a mantener un “perfil nuclear bajo”¹³³¹.

Otros países que se negaron a suscribir el tratado a pesar de poseer armamento nuclear desde 1998, son India y Pakistán. Existiendo también naciones que hubieran podido desarrollar un programa de armamento nuclear tras haber firmado el tratado. Así, Corea del Norte que ha revocado su firma en el 2002. Siendo llamativo además, la gran producción de uranio de Irán. Lo cierto, es que el control del armamento nuclear peligra ante la gran difusión de la innovadora tecnología nuclear, de grupos terroristas tendentes a adquirir armas nucleares o radiológicas, o de Estados que se proveen de dichas armas con el fin de reforzar su capacidad defensiva frente a posibles represalias de otras naciones. A lo que cabe añadir, la libre producción de uranio enriquecido y plutonio¹³³².

¹³²⁸ BOLETÍN DEL OIEA núm. 4, de 2 de junio del 2008.

¹³²⁹ GILLIS.: *Op. cit.*, p. 24.

¹³³⁰ OIEA, *Base de datos (ITBD) sobre tráfico no autorizado*, 2013. Se puede consultar en [www. ns. iaea. org / securityti](http://www.ns.iaea.org/securityti)

¹³³¹ AVILÉS FÁRRE, J.: “Las amenazas globales del siglo XXI”, *Arbor*, Volum. 180, núm. 709, 2005, p. 259 y ss. Se puede consultar en [www. arbor @csic. es](http://www.arbor@csic.es)

¹³³² *Ibidem*, p. 260.

Se calcula que a comienzos del 2013 ocho naciones poseían alrededor de 4400 armas nucleares operacionales. De las que aproximadamente 2000 siguen en alerta máxima operativa. Dichas naciones son las principales potencias nucleares: Estados Unidos, Rusia, Reino Unido, Francia, China, India, Pakistán e Israel. Si bien, los Estados reconocidos legalmente como poseedores de armamento nuclear son los cinco primeros. No existen datos fiables sobre el arsenal nuclear de dichos Estados, especialmente en el caso de los que no suscribieron el Tratado de No Proliferación (TNP) de 1968: Pakistán, India e Israel.

Pakistán y la India están aumentando y sofisticando su arsenal nuclear. Desarrollando armas nucleares capaces de “misiles balísticos y de crucero”, e incrementando su producción de materiales fisionables militares. Israel no ha reconocido ni negado oficialmente la tenencia de material nuclear. Se estima que posee 80 armas nucleares (50 para la entrega de Jericó II misiles balísticos de medio alcance y 30 bombas de gravedad para la entrega de aeronaves).

En el 2012 se especuló sobre la posibilidad de que hubiese desarrollado misiles de crucero lanzados desde submarinos. Se carece de información oficial sobre la posesión de armamento nuclear operativo en Corea del Norte. Si bien, en el 2012 el Director de Inteligencia Nacional de Estados Unidos señalaba que Corea del Norte había producido armamento nuclear, tal como resultaba de las imágenes de satélite y otras pruebas¹³³³.

Por otra parte, dada la gravedad de las consecuencias de los actos de terrorismo y la amenaza que representa para la paz y la seguridad internacional, y con el fin de intensificar la cooperación internacional y adoptar medidas eficaces para prevenir y sancionar estos actos terroristas, la Asamblea General adoptó en el 2005 el *Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear*, entrando en vigor el 7 de Julio del 2007.

3.3. Trata de personas

Se entiende por trata de personas “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo la explotación ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”¹³³⁴.

También, “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios anunciados en el apartado a) del presente artículo”¹³³⁵.

¹³³³ SIPRI, *Sipri Yearbook...*, cit., pp. 12 y ss.

¹³³⁴ UNODC, *Convención de las Naciones Unidas...*, cit., pp. 44 y 45.

¹³³⁵ *Ibidem*, p. 45.

El Informe Mundial de Naciones Unidas del 2012 calcula que entre el 2007 y 2010 se detectaron víctimas de 136 nacionalidades distintas en 118 países del mundo, registrando la mayor parte de los países corrientes de trata (hasta unas 460)¹³³⁶.

Se estima que más de 700.000 personas son objeto de trata todos los años con fines de explotación sexual. “La trata de mujeres especialmente jóvenes, es posiblemente el tipo de delincuencia organizada de más rápido crecimiento”¹³³⁷. Según el informe de Naciones Unidas la mayor parte de las víctimas de trata a nivel mundial son mujeres, habiéndose incrementado la trata de menores de edad en un 27%¹³³⁸.

Desde principios de los años 70 grupos criminales de Corea y China trasladaban ilegalmente mujeres a Estados Unidos para trabajar como prostitutas en salones de masaje, en estudios de modelo, etc. Llegando a cobrar por el transporte ilegal de mujeres 30.000 dólares.

Tras la disolución de la Unión Soviética, la caída de los demás países socialistas europeos y los conflictos en la antigua Yugoslavia, la trata de mujeres y niñas experimentó un incremento espectacular en Europa. En Estados Unidos se calculaba que existían más de 300.000 niñas comprendidas entre los nueve y los doce años que eran objeto de explotación sexual¹³³⁹.

Ciertamente, uno de los principales factores de la difusión mundial de la trata de personas ha sido el proceso de globalización económica. La caída de los regímenes socialistas y el establecimiento de un sistema capitalista también en estos países, ha originado la globalización del modelo económico. Dicho modelo “ha traído consigo el paulatino empobrecimiento del tercer mundo, preso de su deuda, obligado a seguir un patrón capitalista partiendo de unos niveles de endeudamiento exterior insuperables, aumentándose así la brecha entre los países pobres y los países ricos”¹³⁴⁰.

Como indica DE LA CRUZ OCHOA “las diferencias entre el norte y el sur dan lugar a un amplio movimiento migratorio hacia los países del primer mundo, en particular la Unión Europea y Estados Unidos. Las políticas de puertas cerradas de estos países y su progresivo recrudescimiento han creado las condiciones para que el tráfico ilegal de emigrantes y la trata de personas se convierta en un próspero negocio”¹³⁴¹.

Otro de los factores que han propiciado la expansión mundial de la trata de personas ha sido la globalización del crimen. Siendo dicho mercado una de sus principales actividades criminales. El interés de las organizaciones criminales por intervenir en dicho sector del mercado es debido: a las elevadas ganancias, la necesidad de una red

¹³³⁶ UNODC, *Global Report on Trafficking in persons*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 7. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

¹³³⁷ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 37.

¹³³⁸ UNODC, *Global...*, *Op. cit.*, p. 25.

¹³³⁹ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 37.

¹³⁴⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Trata de seres humanos y delincuencia organizada”, *Revista para el análisis del derecho (INDRET)*, núm. 1, 2012, p. 9. Se puede consultar en <http://www.indret.com>

¹³⁴¹ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 37.

organizada con diversas personas que participen en las distintas fases del proceso, y la percepción de bajo riesgo de persecución policial y judicial¹³⁴².

La trata de personas crece con un poder internacional demoledor. Siendo como afirma GARCÍA VÁZQUEZ “el cardinal motor de este comercio, la demanda de mujeres y niños destinados a la explotación”¹³⁴³.

La trata con fines de esclavitud sexual “es un negocio floreciente de vidas baratas y grandes beneficios”¹³⁴⁴.

Las víctimas están en condiciones de “semiesclavitud, bajo el control de mafias de ámbito transnacional”, teniendo pánico a de denunciar por las graves represalias que aquéllas o sus familias pueden sufrir por parte de los grupos criminales que las explotan, o por temor a ser expulsadas del país europeo en el que se encuentran¹³⁴⁵.

La mayor parte de trata de personas, especialmente de mujeres y niñas, con fines de explotación sexual se detecta en América, Europa y Asia. Siendo los países europeos los que registraron un mayor número de víctimas¹³⁴⁶.

Sin duda, los países receptores, por excelencia son “Alemania, Holanda, Bélgica, Suiza, Italia y España; y las zonas de origen más frecuentes: Colombia, Filipinas, Ecuador, República Dominicana, Tailandia, Balcanes y Este de Europa, Guinea, Nigeria, Sierra Leona, Cabo Verde y el Sudeste asiático”¹³⁴⁷.

La explotación sexual de mujeres extranjeras es una de las actividades criminales más extendidas en Europa, siendo en su mayoría mujeres procedentes de países fuera de la Unión Europea. La explotación de menores es también un mercado ampliamente desarrollado en Europa. El Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de los niños celebrado en Estocolmo en 1996, aportó cifras que evidencian un crecimiento de este comercio. Sus datos evidenciaron que no sólo existía prostitución infantil en países en vías de desarrollo como India, Filipinas o Sri Lanka, sino también en Francia, Bélgica, Portugal o España¹³⁴⁸.

Según Naciones Unidas la explotación sexual de menores - especialmente de niñas - parece estar aumentando. En los países de Europa y de Asia Central se detecta que el 16% de las víctimas de explotación sexual son menores de edad, mientras que en África y Oriente Medio los menores representan el 68%¹³⁴⁹.

¹³⁴² VILLACAMPA ESTIARTE.: *Op. cit.*, pp. 10 y 11.

¹³⁴³ GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm.10, 2008, p. 232.

¹³⁴⁴ BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2000, p. 4.

¹³⁴⁵ GARCÍA VÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 236.

¹³⁴⁶ UNODC, *Global...*, *Op. cit.*, p. 34.

¹³⁴⁷ GARCÍA VÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 237.

¹³⁴⁸ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 70.

¹³⁴⁹ UNODC, *Global...*, *Op. cit.*, p. 26.

Las formas por las que llegan estos niños a esa situación de explotación sexual pueden ser “padres que venden a sabiendas a sus niños a los recaudadores para aumentar la renta familiar, reclutadores que engañan con falsas promesas, niños raptados o que huyen de sus casas y luego son atraídos a la prostitución. Todo ello demuestra que existe una demanda creciente de prostitución infantil, de lo que se benefician los clientes pederastas y los traficantes ilegales que encuentran en ello un negocio lucrativo”¹³⁵⁰.

El turismo sexual es otro de los negocios en alza de las organizaciones criminales, en los que las víctimas son menores de edad. Siendo el Sudeste Asiático, especialmente Tailandia, uno de los destinos favoritos de los europeos para satisfacer sus más bajos instintos sexuales. Buscando el anonimato de un país extranjero, los “clientes pederastas buscan niñas para satisfacer sus depravaciones”¹³⁵¹.

Como señala CASTELLS “el anonimato, garantizado por el hogar electrónico o por el viaje exótico, ayuda a romper la barrera del temor a las masas de perversos que viven entre nosotros. La escapada a otra transgresión para encontrar excitación sexual en una sociedad de sexualidad normalizada alimenta la demanda de nuevas emociones, sobre todo entre los segmentos adinerados de los profesionales aburridos”¹³⁵².

Por otro lado, la mitad de los casos de trata suelen darse dentro de una misma región. El 75% de los casos son de recorrido corto o medio. Las víctimas detectadas en los países de Asia meridional, Asia Oriental, el Pacífico, África, Europa Oriental y Asia Central, proceden casi exclusivamente de países de la misma región, mientras que los países del Oriente Medio, de América del Norte y Europa Central y Occidental, registran una proporción elevada de víctimas procedentes de otras regiones o subregiones¹³⁵³.

A pesar de las dificultades existentes para obtener datos fiables relativos a la trata de personas, en los últimos años, es de destacar dos instrumentos que nos han permitido aproximarnos a esta realidad: la recopilación de datos por la Organización Mundial del Trabajo (OIT) mediante el denominado *Counter-Trafficking Module Database* y la base de datos sobre la tendencia mundial de la trata establecido en el *Programa Global contra la trata de personas* de la UNODC. No obstante, ninguno de estos documentos contiene información relativa a la comisión del delito por la delincuencia organizada¹³⁵⁴.

La vinculación existente entre la trata de personas y el crimen organizado se revela en el principal instrumento internacional contemporáneo en la lucha contra este tipo de criminalidad a nivel mundial, la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* del 2000. Como complemento de esta Convención las Naciones Unidas aprobó entre otros, en el 2000, el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas*, especialmente mujeres y niños, que tiene tres finalidades esenciales: prevenir y combatir la trata de personas, proteger a las

¹³⁵⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 70.

¹³⁵¹ *Ibidem*, p. 70.

¹³⁵² CASTELLS.: *La era...*, *Op. cit.*, p. 190.

¹³⁵³ UNODC, *Global...*, *Op. cit.*, p. 35.

¹³⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE.: *Op. cit.*, p. 13.

víctimas de la trata, y promover la cooperación entre Estados para cumplir dichos fines (artículo 2 del Protocolo)¹³⁵⁵. Siendo aplicable a delitos transnacionales de trata de personas en los que participe un grupo delictivo organizado.

En el ámbito europeo, destaca los informes del Consejo Europeo y de Europol sobre la situación de la delincuencia organizada en Europa. De los informes del Consejo se patentiza que la trata se ha convertido en un importante negocio para los grupos criminales organizados en países del ámbito del Consejo, especialmente la explotación sexual de mujeres procedentes de países del Este, aunque también es destacable la explotación sexual de menores. Siendo la zona sur - este donde operan los principales grupos criminales dedicados a este sector del mercado (albaneses, albanos - kosovares, serbios, macedonios)¹³⁵⁶. No obstante, en el informe del 2005 se constata que la trata, al menos aparentemente, está disminuyendo en estas zonas, mientras que en otras está aumentando (Países Bajos, Suecia o Alemania)¹³⁵⁷.

Sin embargo, de los Informes de Europol se desprende que los principales grupos criminales dedicados a la trata de personas son los de la zona sur - este de Europa. Entre los que destacan los grupos albaneses (que controlan la trata de personas), los rumanos, búlgaros, los kurdos, turcos y lituanos¹³⁵⁸. Entre los grupos criminales no europeos destacan los nigerianos (destacan por la prostitución y explotación sexual de menores), los paquistaníes, indios y especialmente chinos. Además, entre los países de los que proceden las víctimas que son objeto de explotación sexual por los grupos criminales destacan países de la zona sur - este de Europa (Bulgaria, Rumania y Albania)¹³⁵⁹.

Las organizaciones criminales más activas suelen ser aquellas que tienen contactos en los países de origen de las víctimas, o son del mismo país, o tienen estrechos vínculos históricos o culturales con los países de los que proceden las víctimas¹³⁶⁰.

Los últimos documentos internacionales aprobados en el ámbito europeo, frente a la trata han sido el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos del 2005 - también conocido como Convenio de Varsovia -, y la Directiva 2011 / 36 / UE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, sobre prevención y lucha contra la trata de personas y protección a las víctimas.

En definitiva, la lucha contra “las organizaciones delictivas involucradas en la trata de personas requiere enfoques amplios, flexibles y cooperativos, tanto a nivel europeo como internacional”¹³⁶¹.

¹³⁵⁵ UNODC, *Convención de las Naciones Unidas...*, *Op. cit.*, p. 44.

¹³⁵⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Informe sobre la situación del crimen organizado 2004*, Estrasburgo, 2004, p. 24. Se puede consultar en <http://www.coe.int>

¹³⁵⁷ CONSEJO DE EUROPA, *Organised crime situation report 2005*, 2005, pp. 34 y 35. Se puede consultar en <http://www.coe.int>

¹³⁵⁸ EUROPOL, *Informe del 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas, 2004, pp. 5 y ss.

¹³⁵⁹ EUROPOL, *Informe del 2004...*, *cit.*, p. 12.

¹³⁶⁰ *Ibidem*, pp. 13 y ss.

¹³⁶¹ GARCÍA VÁZQUEZ.: *Op. cit.*, p. 242.

Capítulo II

CONCEPTO DOCTRINAL DE CRIMEN ORGANIZADO. CARACTERÍSTICAS

Uno de los grandes retos a los que se enfrentan las sociedades contemporáneas es el fenómeno del *crimen organizado transnacional*.

Dicho fenómeno tal y como se conoce hoy en día, surge a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, si bien, su origen se remonta en la historia.

El concepto de “crimen organizado” se utilizó por primera vez en Estados Unidos, a finales del siglo XIX, para aludir a las mafias sicilianas integradas por inmigrantes italianos que operaban en los puertos de Nueva Orleans y Nueva York. Tras el surgimiento de *Cosa Nostra* en Estados Unidos en 1908, primero como filial de la mafia siciliana, y después como organización criminal de ámbito internacional, dicho concepto hace referencia a las organizaciones criminales¹³⁶².

Como punto de partida cabe señalar que no existe un modelo único de organización delictiva. “Su configuración y su magnitud, así como las aptitudes y la especialización, varían de un grupo a otro”¹³⁶³. Dada tal diversidad, resulta muy complejo establecer una delimitación conceptual clara y unívoca en la teoría.

Como manifiesta CHOCLÁN MONTALVO “no puede ocultarse que el concepto de criminalidad organizada es un concepto de contornos muy imprecisos y lleno de relativismo. Esta imprecisión del concepto plantea problemas de legalidad (exigencia de determinación de los tipos penales) e interpretación por parte de los Tribunales”¹³⁶⁴.

Las organizaciones criminales se diferencian por las zonas geográficas en las que operan, por los mercados de productos diversos en los que actúan, por su alcance, o diversidad de actividades delictivas, infraestructuras, por las tácticas y mecanismos para burlar las prohibiciones, por los medios para sustraerse a la investigación y persecución policial y judicial, etc¹³⁶⁵.

¹³⁶² ANGUITA OLMEDO.: *Op. cit.*, p. 156.

¹³⁶³ ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, p. 53.

¹³⁶⁴ CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 7.

¹³⁶⁵ Un análisis de las diversas organizaciones criminales puede verse en HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, pp. 623 y ss. Distingue entre: a) *Organizaciones criminales de naturaleza mafiosa*, situando en este grupo a las mafias italianas, las Triadas chinas y los Boryokudan japonesas. Dentro de las mafias italianas, la camorra, la Ndrangheta y la mafia siciliana, en particular, la Cosa Nostra, b) organizaciones criminales *flexiblemente mafiosas*, como los Cárteles colombianos; c) organizaciones criminales *funcionalmente mafiosas*, situando en este grupo, por ejemplo, al Grapo Español, o el Ejército Rojo alemán; d) organizaciones criminales *ambiguamente constituidas*, que fundamentalmente persiguen fines económicos.

Así, CHOCLÁN MONTALVO atendiendo a su objeto diferencia los siguientes tipos de organización:

1. “Las que persiguen fundamentalmente un lucro económico, cometiendo delitos determinados como medio para alcanzar su objetivo principal (*delincuencia organizada común e industrial*). Esta modalidad de delincuencia, se desarrolla en todos los sectores de la actividad lucrativa, aprovechando toda coyuntura, pudiendo especializarse en un sector concreto.
2. Las que tienen por objeto infiltrarse en el poder constituido, mediante la corrupción política y la influencia en el funcionamiento de los organismos públicos. Son *las asociaciones de tipo mafioso*.
3. Las que tienen una finalidad subversiva contraria al orden constitucional, que persiguen modificar el sistema político. Se trata del *terrorismo contestatario*.
4. Por último, la criminalidad estatal organizada que se desarrolla desde el poder político, utilizando la actividad delictiva como instrumento para el cumplimiento de objetivos. Es lo que se denomina *terrorismo paraestatal*”¹³⁶⁶.

Por tanto, resulta del todo imposible establecer un concepto claro y consensuado de crimen organizado que abarque tal diversidad de tipos. Aún así, resulta imprescindible realizar su delimitación conceptual, especialmente, porque de ella dependerá la eficacia de su control¹³⁶⁷.

Como señala MEDINA ARIZA “de ninguna manera podremos medir, ni combatir el crimen organizado si no nos ponemos de acuerdo en la realidad que esta etiqueta captura”¹³⁶⁸.

Los continuos intentos realizados para delimitar conceptualmente dicho fenómeno, han estado orientados a la elaboración de características que en mayor o menor medida, concurren en toda organización criminal¹³⁶⁹. Mediante el análisis de sus principales rasgos característicos, trataremos aquí, de aproximarnos a su contenido.

Como punto de partida debe diferenciarse entre” la criminalidad organizada en *sentido amplio* (la criminalidad *en* la empresa), que abarca todas aquellas acciones que se desarrollan en el contexto de una actividad empresarial (de la que se ocupa el Derecho penal económico, principalmente), y una organización criminal *en sentido estricto* que tiene como objeto, precisamente, el delito (la criminalidad *como* empresa o proyecto criminal), por lo que puede decirse que la organización es criminal cuando se plantea como objetivo principal la obtención de un lucro por medios ilícitos”¹³⁷⁰.

DE LA CRUZ OCHOA define el crimen organizado como “la actividad criminal realizada por tres o más personas, estructuradas de forma permanente, autorenovada y

¹³⁶⁶ CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 8.

¹³⁶⁷ ANARTE BORALLO.: *Op. cit.*, p. 20.

¹³⁶⁸ MEDINA ARIZA, JJ.: “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado” en *Delincuencia...*, *Op. cit.*, p. 111.

¹³⁶⁹ *Ibidem*, p. 111.

¹³⁷⁰ CHOCLÁN MONTALVO.: “Criminalidad.....”, *Op. cit.*, p. 235.

planificada, que actúa - de acuerdo con códigos internos de organización criminal -, dónde debe estar presente los propósitos de obtener ganancias operando dentro de un mercado ilegal”¹³⁷¹.

Desde el punto de vista funcional, casi todos los estudios criminológicos sobre el tema, coinciden al afirmar que la criminalidad organizada es la que “se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y la coacción con relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos”¹³⁷².

Por lo tanto, el crimen organizado requiere la existencia de una organización criminal, con estructura jerarquizada, permanente y autorrenovable, cuyo objetivo principal sea la obtención de lucro ilícito. “El carácter transnacional no es requisito esencial de la organización”¹³⁷³. Pues, señala HERRERO HERRERO que “la delincuencia, para ser organizada, no tiene porque extenderse y continuarse más allá de un solo Estado nacional. Basta, para serlo, que posea las características más arriba descritas”¹³⁷⁴.

No obstante, en las sociedades contemporáneas la criminalidad organizada más significativa es transnacional. Lo que la hace más peligrosa y nociva para la sociedad. Constituyendo la principal preocupación de la Política Criminal actual.

Sistematizando lo expuesto, cabe resaltar que el elemento principal del crimen organizado es la existencia de una **organización criminal**. Es decir, un grupo de “tres o más personas que actúan de forma confabulada para delinquir”¹³⁷⁵. No se trata de la mera suma de dos o tres personas, sino de la “ordenación formal de actividades consecutivas y ordenadas encaminadas a la realización de objetivos específicos y comunes”. Siendo esencial en una organización señalar sus objetivos comunes, pues ello es lo que le da “racionalidad”¹³⁷⁶.

Así, el elemento rector de toda organización es la determinación de sus *objetivos comunes*, en cuanto que orienta íntegramente la toma de decisiones y las actuaciones de la misma. Como afirma ZUÑIGA RODRÍGUEZ “tanto la estructura, la división del trabajo, la relación entre los miembros todo está funcionalizado hacia los fines de la organización”¹³⁷⁷. Ello porque la organización surge desde que varias personas deciden asociarse y dividir entre ellos el trabajo, con el fin de garantizar el cumplimiento de sus objetivos. “Si el objetivo perseguido pudiera conseguirse personalmente, no habría organización”¹³⁷⁸.

¹³⁷¹ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 15.

¹³⁷² HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 610.

¹³⁷³ CHOCLÁN MONTALVO.: “La organización...”, *Op. cit.*, p. 8.

¹³⁷⁴ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 618.

¹³⁷⁵ *Ibidem*, p. 612.

¹³⁷⁶ MOUZELIS, N.: *Organización y burocracia. Un análisis de las teorías modernas sobre organizaciones sociales*, 3ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 1991, p. 66.

¹³⁷⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema....*, *Op. cit.*, p. 128.

¹³⁷⁸ MOUZELIS.: *Op. cit.*, p. 138.

Por otro lado, los objetivos de la organización criminal pueden ser finales o mediatos. El objetivo final, es la obtención de lucro ilícito. Es decir, la obtención de beneficios económicos a partir de la comisión de actividades delictivas. Se aprovechan las ventajas económicas del tráfico ilícito. Los objetivos mediatos pueden ser diversos como el uso de la violencia, la protección de algún miembro, la alianza con otras organizaciones etc. Cabe resaltar, que junto a los objetivos comunes, los integrantes de la organización pueden tener sus propios objetivos: el afán de poder, de venganza personal etc. Ello puede dar lugar “a la creación de subsistemas dentro de la organización, a la tensión entre la organización y algún miembro, o los conflictos de grupos o de intereses. Los mecanismos de disciplinamiento, control y vigilancia sirven para controlar estas tensiones”¹³⁷⁹.

Para la realización de su objetivo final, la organización *divide el trabajo* entre sus miembros. Pues, se lleva a cabo un reparto de roles, funciones, derechos y obligaciones en un sistema organizacional orientado al objetivo final. La distribución de funciones en la organización criminal se caracteriza por ser *vertical*, dándose distintos rangos jerárquicos. Se suele realizar atendiendo a la especialización de sus miembros, lo que conduce a la *profesionalización*. Así, existe cierta profesionalización de diverso grado entre los miembros de la organización criminal. “Mientras más profesionalizado sea un miembro menos fungible”¹³⁸⁰.

La división de funciones se lleva a cabo mediante la *estructura* de la organización. Entendiendo como tal, el conjunto de reglas generales y permanentes que orientan la división de funciones, coordinan las actividades comunes orientadas a la realización del objetivo final¹³⁸¹. Estructura que en la organización criminal es *jerárquica*.

Como apuntábamos líneas más arriba, la división de funciones en la organización criminal implica la existencia de distintos niveles jerárquicos, de tal modo que los órganos ejecutivos, suelen ser informados de la parte del plan que les corresponden ejecutar, pero no del plan global. Las órdenes se dan de arriba abajo, y a medida que se va descendiendo de nivel se va concretando la orden del superior¹³⁸².

Dicho elemento, nos permite diferenciar adecuadamente la mera codeincuencia para la comisión de un delito concreto y el crimen organizado. La codeincuencia implica la participación de una pluralidad de personas en el hecho delictivo, distribuyéndose funciones en un plano de igualdad, sin subordinación de unos a otros. En el crimen organizado, existe una previa planificación de la operación y un reparto de roles y funciones jerárquico, de modo que existen integrantes con cometidos subordinados a otras personas que actúan como jefes¹³⁸³.

Por otra parte, desde el punto de vista criminológico, se entiende por estructura no sólo la división de funciones, sino la *permanencia* de la agrupación para la realización de sus fines ilícitos. Siendo otro de los elementos que permite diferenciar la

¹³⁷⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema....*, *Op. cit.*, p. 129.

¹³⁸⁰ *Ibidem*, p. 129.

¹³⁸¹ MAYNTZ, R.: *Sociología de la organización*, 5ª edición, Alianza, Madrid, 1990, p. 112.

¹³⁸² CHOCLÁN MONTALVO.: “La criminalidad organizada....”, *Op. cit.*, p. 245.

¹³⁸³ CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización....*, *Op. cit.*, p. 8.

organización criminal de la mera codelinuencia. Ésta se extingue con la comisión de un delito concreto. Mientras que la organización criminal, tiene la vocación de mantener su estructura para el objetivo general de la comisión de actividades delictivas¹³⁸⁴.

La estructura dota de autonomía a la organización criminal, de modo que sus miembros son “esencialmente sustituibles entre sí, sin que de ello dependa la subsistencia del proyecto criminal”. De ahí, que la *fungibilidad* de sus miembros constituya uno de los elementos que caracterizan a la organización criminal. Siendo autorrenovable, alcanzando incluso a los jefes de los niveles superiores¹³⁸⁵. Por tanto, resulta irrelevante quién sea el jefe o “capo”, los miembros y los agentes conexos¹³⁸⁶.

Por tanto, la permanencia de la organización, garantiza el cumplimiento de sus objetivos. De ahí, que estén interesados en su conservación, tanto sus miembros internos con el fin de alcanzar su objetivo final, como los miembros externos con los que se relacionan la organización¹³⁸⁷. La capacidad de permanencia de la organización criminal dependerá del mantenimiento de sus objetivos¹³⁸⁸.

Para el mantenimiento de su estructura y división de funciones, la organización criminal actúa de acuerdo a unos *códigos comunes de conducta* que son asumidos por todos los miembros. Se trata de las reglas que rigen la actuación del grupo, las relaciones entre sus miembros, las relaciones exteriores, los conflictos internos o los derechos o deberes entre sus miembros. Constituye un elemento esencial de la organización, dado que la *clandestinidad* de sus operaciones requiere un rígido control de estos códigos¹³⁸⁹.

Existen incluso ritos de iniciación para la incorporación de nuevos miembros, y reglas no escritas como “la ley del silencio o normas de la fraternidad, con promesas de cohesión interna y fidelidad bajo el poder coactivo del aparato”¹³⁹⁰. Se estimula “la lealtad entre los miembros del grupo, no interferir con los intereses de otro, mantener el *status quo* y el silencio, funcionar como un equipo y como hombres de honor. Actuar siempre con los ojos y oídos abiertos, y la boca cerrada”¹³⁹¹.

Las relaciones internas entre los miembros de la organización dependen de diversos factores como: el interés por alcanzar el objetivo final, el interés personal por alcanzar sus propios objetivos, etc. Se debaten entre la cohesión y el conflicto. De su equilibrio dependerá su permanencia. En las organizaciones criminales, se impone el deber de obediencia. Resolviéndose los conflictos internos de acuerdo a sus códigos de conducta o mediante vías más conciliadoras. Recurriendo, en ocasiones, a la violencia¹³⁹².

¹³⁸⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 57.

¹³⁸⁵ CHOCLÁN MONTALVO.: “La criminalidad organizada....”, *Op. cit.*, pp. 244 y 245.

¹³⁸⁶ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 20.

¹³⁸⁷ MAYNTZ.: *Op. cit.*, pp. 60 y 61.

¹³⁸⁸ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema....*, *Op. cit.*, p. 133.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, p. 130.

¹³⁹⁰ CHOCLÁN MONTALVO.: “La criminalidad organizada....”, *Op. cit.*, p. 245.

¹³⁹¹ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 20.

¹³⁹² ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema....*, *Op. cit.*, pp. 131 y 132.

En cuanto a las relaciones del crimen organizado con el exterior, según ZUÑIGA RODRÍGUEZ son de dos tipos: “*depredadora*, cuando utiliza la violencia o se sirve de ella para cumplir sus fines o *parasitaria*, cuando se vale de las debilidades del sistema para aprovecharse de las fisuras de las relaciones sociales ordinarias, con el objeto de beneficiar sus negocios ilícitos”¹³⁹³.

Señala CACIAGLI que “la criminalidad organizada en sus relaciones sociales se vale de la falta de publicidad, del secretismo, de lo oculto, puesto que el acuerdo implica siempre la violación a una norma determinada”¹³⁹⁴.

La estructura jerárquica de la organización criminal, implica además, la existencia de un *centro de poder*. Pues, se estructura en forma piramidal, en cuyo vértice se sitúa el centro de poder, existiendo “una cadena de mando de arriba abajo; cuanto más abajo descendamos más predominará el obedecer que el mandar; en ellas, las actividades de ejecución son realizadas por los grupos de rango inferior”¹³⁹⁵. Si bien, tradicionalmente la organización criminal ha sido jerárquica, la tendencia actual de las organizaciones criminales, es asumir la estructura en red¹³⁹⁶.

La estructura en red consiste en vínculos interconectados entre diversas organizaciones criminales, que operan mediante células insertadas en los puntos más estratégicos del planeta. Redes que pueden ser “grandes o pequeñas, locales o globales, nacionales o transnacionales, enfocadas en un objetivo o en varios”¹³⁹⁷.

En opinión de GALLEGO SOLER los requisitos que deben concurrir en la organización criminal son:

1. Existencia de una seria planificación y preparación del hecho delictivo.
2. Ejecución del hecho por medio de profesionales altamente cualificados, lo que presupone una división del trabajo en colaboración (división vertical y división horizontal del trabajo).
3. Las ganancias obtenidas se tratan de introducir mediante el blanqueo del dinero en la economía legal.
4. Los grupos mantienen vínculos que les posibilitan una gran movilidad geográfica y flexibilidad.
5. Estructuración fuertemente jerarquizada, con relaciones poco claras de dependencia y autoridad (se sabe que existe un sistema interno de sanciones en la organización).
6. Gran poder corruptor, e intentan introducirse y ocupar lugares y trabajos públicos.
7. Sus ámbitos de actuación son de muy diverso tipo.
8. Actitud criminal del grupo”¹³⁹⁸.

¹³⁹³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, pp. 132.

¹³⁹⁴ CACIAGLI, M.: *Clientismo, corrupción, y criminalidad organizada*, Centro de Estudios judiciales, Madrid, 1996, p. 62.

¹³⁹⁵ MAYNTZ.: *Op.cit.*, 126.

¹³⁹⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 131.

¹³⁹⁷ DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 17.

¹³⁹⁸ GALLEGO SOLER, JI.: *Los delitos de tráfico de drogas II*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 37.

Otro de los rasgos definitorios del crimen organizado es su configuración como **empresa criminal**. En los últimos años, el crimen organizado se ha convertido en una verdadera empresa del crimen. Se ha aprovechado de las ventajas del proceso de globalización para insertarse en la economía legal, y en el sector financiero formal, con “efecto contaminante”. De sus actividades tradicionales, ha pasado a fundar empresas, conglomerados financieros, inversiones en empresas y bolsa, con el fin de blanquear el dinero procedente de sus actividades delictivas. Corrompiendo bancos, fundaciones, empresas constructoras, etc, asumiendo un rol empresarial y utilizando la economía legal para reciclar el dinero ilegal¹³⁹⁹.

Se estima que el desarrollo tan espectacular de la “empresa del crimen” en los últimos tiempos, se ha debido a la irresponsabilidad penal de las sociedades, pues el crimen organizado suele utilizar sociedades ficticias, sociedades tapaderas, y la corrupción política para consumir su actividad delictiva. “Las actividades de la criminalidad organizada, la delincuencia económica, y la red de intereses financieros y políticos de las sociedades modernas se entrecruzan, propiciando, incluso la corrupción política”¹⁴⁰⁰.

La criminalidad empresarial se ha globalizado de forma paralela a la globalización de los mercados. Siendo su objetivo principal la obtención de lucro ilícito. El cual depende en gran parte, del reciclaje de dinero logrado con la realización de hechos ilícitos¹⁴⁰¹.

Como señala CATANZARO “la disponibilidad de enormes cantidades de dinero hace aumentar desmesuradamente las exigencias de “limpiar” los beneficios derivados de operaciones ilícitas. La limpieza consiste en hacer desaparecer las huellas del origen sucio del dinero. El método tradicional del blanqueo de dinero negro, a través de los bancos, implica muchas veces la necesidad de cómplices y es muy peligroso (...) ello provoca una mayor presión sobre los aparatos públicos para obtener contratos, concesiones inmobiliarias, obras públicas que permitan invertir capitales procedentes de actividades ilícitas”¹⁴⁰².

La vinculación entre el crimen organizado y el mundo empresarial, es cada vez más estrecha, dada la existencia de necesidades mutuas dentro del ciclo productivo como: la comisión de delitos (societarios, etc.), su encubrimiento (blanqueo de capitales) y la financiación para la comisión de delitos (empresas que financian el crimen organizado). Ciclo que se cierra cuando el crimen organizado tiene que reciclar el dinero ilegal¹⁴⁰³.

En la práctica, existe una alianza entre el crimen organizado y la empresa lícita, ante la convergencia de un interés común: la obtención del lucro. Alianza, que en los últimos tiempos se ha visto favorecida por una similar estructura organizativa, el nuevo sistema en red de las relaciones económicas, así, como las innovaciones tecnológicas y de las comunicaciones¹⁴⁰⁴. No sorprende el papel fundamental que ha adquirido la empresa en

¹³⁹⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 143.

¹⁴⁰⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: “Criminalidad de empresa...”, *Op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁰¹ CHOCLÁN MONTALVO.: “La criminalidad...”, *Op. cit.*, p. 235.

¹⁴⁰² CATANZARO, R.: *El delito como empresa. Historia social de la mafia*, Taurus, Madrid, 1992, p. 292.

¹⁴⁰³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 144.

¹⁴⁰⁴ *Ibidem*, pp. 144 y 145.

el ámbito criminal, ante la evidencia de que la empresa constituye el motor de la economía en la mayoría del mundo, dado la importancia social que ha adquirido el sistema capitalista que impera a raíz del proceso de globalización¹⁴⁰⁵.

Partiendo de la idea de que el crimen organizado se caracteriza por la comisión de hechos ilícitos y el empleo de violencia, CATANZARO distingue los siguientes tipos de empresas, siendo las tres primeras de tipo mafiosos:

1. Empresas que desempeñan actividades de producción ilícita y utilizan métodos violentos para desalentar a la competencia.
2. Empresas que desempeñan actividades de producción ilícitas y utilizan métodos formalmente pacíficos (tipo nada fácil de encontrar en la práctica).
3. Empresas que desempeñan actividades de producción lícitas y utilizan métodos violentos para desalentar a la competencia.
4. Empresas que desempeñan actividades de producción lícitas y utilizan métodos formalmente pacíficos.

Si bien, como hemos visto, existe un vínculo entre crimen organizado y empresa legal, no deben confundirse. Pues, “una cuestión es la criminalidad *como* empresa y otra la criminalidad *de* la empresa”¹⁴⁰⁶.

La finalidad delictiva es la línea divisora entre criminalidad organizada y criminalidad de empresa. Como señala ZUÑIGA RODRIGUEZ “si la empresa está instrumentalizada por una organización criminal que tiene por finalidad el lucro ilícito, estamos claramente ante un caso de criminalidad organizada. Si la empresa tiene fines lícitos pero ocasionalmente comete delitos, estamos ante una criminalidad económica de empresa”¹⁴⁰⁷.

Otro elemento esencial del crimen organizado, es también el **fin de lucro ilícito**. Pues, el objetivo fundamental de las organizaciones criminales es maximizar sus beneficios, aprovechando las elevadas ganancias que genera el tráfico ilícito, en relación a la mínima inversión. Si bien, la comercialización de bienes y servicios origina un riesgo proporcional a las ganancias, el crimen organizado tiende a desarrollar su actividad en Estados en los que existe un mínimo riesgo, buscan “paraísos de impunidad”¹⁴⁰⁸.

En efecto, en su afán de dominar el mercado ilícito, el crimen organizado busca la *impunidad* a través de los “paraísos legales” y los “paraísos fiscales”. Los paraísos legales se suelen situar en países poco desarrollados institucionalmente, con conflictos armados, con sociedades emergentes o con elevado índice de corrupción. Los paraísos fiscales ofrecen a sus clientes un régimen fiscal favorable, y además, sociedades de pantalla, que operan a través de “hombres paja”; cuentas bancarias asociadas a dichas sociedades, protegidas mediante un secreto bancario infranqueable; y la constitución de un trust o fideicomiso, es decir, de un fondo a través del que se pueden realizar

¹⁴⁰⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: “Criminalidad de empresa...”, *Op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁰⁶ CATANZARO.: *Op. cit.*, p. 293.

¹⁴⁰⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 145.

¹⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 133.

inversiones o desinversiones internacionales, en las que se garantiza igualmente su anonimato¹⁴⁰⁹.

El fin último de la criminalidad organizada es la obtención del beneficio económico. Toda su estructura, división de funciones, toma de decisiones, relaciones internas y externas están orientadas a la obtención de lucro¹⁴¹⁰.

Para conseguir dicho fin, se vale de la corrupción política. Pues, como señala CACIAGLI “la criminalidad organizada ha valorado que la expansión de la corrupción política es el medio más poderoso para conseguir sus objetivos pues le ofrece dos elementos importantes para su desarrollo: protección y silencio; finalmente, impunidad. También la criminalidad organizada puede ofrecer protección al político corrupto, pudiendo servirle de “brazo armado” para “cubrir” sus actividades corruptas”¹⁴¹¹.

La organización criminal tiende, por tanto, a adquirir un importante poder económico mediante la perpetración de ilícitos. De ahí, que CHOCLÁN MONTALVO ponga de manifiesto que “una represión eficaz de la delincuencia organizada requiere neutralizar sus utilidades (...). La incidencia de la delincuencia organizada en el mercado económico social lleva a priorizar en la lucha contra la criminalidad organizada el ataque al patrimonio ilícito como uno de los objetivos fundamentales de la Política de globalización”¹⁴¹².

Siendo otra de las características del crimen organizado, la comisión de **delitos graves**. En efecto, señala CHOCLÁN MONTALVO que las diversas manifestaciones delictivas que se realizan por el crimen organizado, “deben poder ser calificadas como delincuencia grave”¹⁴¹³.

Si bien el tráfico de drogas constituye la principal fuente de financiación del crimen organizado transnacional, por su capacidad de desestabilizar Estados, sus actividades delictivas son diversas. Las organizaciones criminales tras especializarse en el mercado ilegal de un determinado producto tienden a diversificar su actividad delictiva¹⁴¹⁴.

Los delitos más frecuentes del crimen organizado transnacional son el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el blanqueo de capitales. Otras actividades delictivas vinculadas al crimen organizado transnacional son: “la evasión tributaria, el fraude en perjuicio de las instituciones financieras internacionales, tráfico de obras de arte y la eliminación de desechos industriales tóxicos, entre otras”¹⁴¹⁵.

¹⁴⁰⁹CASTRESANA, C.: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada” en RODRÍGUEZ GARCÍA, N / FABIÁN CAPARROS, E (coords.) *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis Interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003, p. 219.

¹⁴¹⁰ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 133.

¹⁴¹¹CACIAGLI.: *Op. cit.*, pp. 93 y ss.

¹⁴¹²CHOCLÁN MONTALVO.: “La criminalidad organizada...”, *Op. cit.*, p. 237.

¹⁴¹³*Ibidem*, p. 246

¹⁴¹⁴CHABAT, J.: “El Estado y el crimen organizado transnacional. amenaza global, respuestas nacionales”, *Revista de historia internacional*, núm. 42, 2010, p. 7. Se puede consultar en [http:// www.istor.cide.edu](http://www.istor.cide.edu)

¹⁴¹⁵DE LA CRUZ OCHOA.: *Op. cit.*, p. 46.

Las organizaciones criminales en su afán de búsqueda de beneficios económicos, mediante el tráfico ilícito, se sirven tanto de la extorsión y el chantaje, como de la violencia. Ciertamente, el **uso de la violencia** en sus relaciones internas y en sus relaciones con el exterior, es uno de los rasgos definitorios del crimen organizado.

Pueden presentarse diversos tipos de violencia:

- 1) La violencia en la comisión de los delitos propios de su actividad ilícita (robos, homicidios, extorsiones, secuestros, etc.).
La violencia que se emplea para mantener la cohesión de la organización, o para solventar los conflictos internos.
- 2) La violencia destinada a someter a otros grupos criminales competidores, con el fin de ejercer su influjo en el mercado ilegal.
- 3) La violencia frente a las autoridades y órganos encargados de su represión, para favorecer su impunidad.
- 4) La violencia para proteger a sus aliados o clientes¹⁴¹⁶.

Cabe destacar, que por violencia debe entenderse tanto la física como la intimidación. Lo trascendental de la criminalidad organizada es la voluntad de doblegar la voluntad de otro u otros, mediante el empleo de la violencia. Señala SPAGNOLO que la “fuerza de intimidación es la capacidad que posee el Estado, su aparato, una organización social o también un simple individuo, de inculcar temor en base a la demostración difusa de su fuerza y de su predisposición a usarla. Es la cantidad de miedo que una persona (física o jurídica) está en grado de suscitar en terceros en consideración de la predisposición a ejercitar sanciones o represalias”¹⁴¹⁷.

Tradicionalmente la violencia ha sido consustancial al crimen organizado. No obstante en las sociedades actuales, el elemento económico pase a ocupar un papel central en la configuración del crimen organizado. El hecho que su actividad está orientada a la obtención de beneficios económicos, opera como elemento contrario a la utilización de la violencia¹⁴¹⁸. El crimen organizado al actuar en el ámbito económico, evita, en la medida de lo posible el uso público de violencia¹⁴¹⁹.

VON HENTIG detalla las divergencias entre la tradicional y la actual criminalidad organizada, al comentar que:

“En el tránsito del *gang*, abiertamente criminal, al *racket* el ataque al dinero de los demás no se realiza ya directamente, con los medios brutales de antaño. No pretenden ya sumergir sus manos en la propiedad acumulada en los bancos, ferrocarriles, oficinas de correos y grandes almacenes. El tránsito de los “impuestos” directos a los indirectos, mucho menos sensible, se produce inconteniblemente, paso a paso. La tendencia fundamental del *racket* es la satisfacción de aquellas necesidades de las masas a las que la ley ha echado el cerrojo. El que desea gozar esos placeres o beneficios corre el riesgo

¹⁴¹⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 138.

¹⁴¹⁷ SPAGNOLO, G.: *L'associazione di tipo mafioso*, 5ª edición, Cedam, Padua, p. 28.

¹⁴¹⁸ MEDINA ARIZA.: *Op. cit.*, p. 112.

¹⁴¹⁹ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 622.

de ser castigado. Los *rackets* disminuyen en gran parte ese riesgo, sin exigir otra cosa que una elevada comisión. Para atenuar el peligro que corren ellos y sus auxiliares, han ideado muy diversos métodos de corroer los controles estatales y paralizarlos en sus puntos débiles. Se robustece la propia energía acudiendo a una alta disciplina y a una moral categórica, el adversario es desorganizado y debilitado por medio del cohecho, infiltración en los puestos de mando, disfrazando inocentemente a las propias tropas y enmascarando todas las transacciones, adormeciéndole en una falsa tranquilidad. Aquí, en el intento de sustraerse a la garra del poder del Estado, se efectúa el tránsito de la criminalidad ligera a la grave, aunque el camino que conduce desde la orden de matar al homicidio se dilata y se mezcla con el disimulo¹⁴²⁰.

No obstante, no cabe olvidar, que la violencia de la sociedad, favorece el desarrollo del crimen organizado. Como veíamos, los conflictos armados y las “nuevas guerras”, especialmente en las sociedades emergentes, favorecen ampliamente la criminalidad organizada. Además, el fin de un conflicto armado, origina la transformación de grupos terroristas en grupos de criminalidad organizada¹⁴²¹.

Por último, el crimen organizado actual se caracteriza por desarrollar una *actividad internacional*, motivada en gran parte por una galopante globalización, que ha impulsado la apertura de las fronteras, la internacionalización de los mercados ilegales, y del tráfico ilícito. El crimen organizado es transnacional, habiéndose internacionalizado el tráfico ilícito de drogas, personas, armas, etc. Situándose en unas zonas geográficas los productores, y en otros los consumidores.

El carácter transnacional del crimen organizado, implica la asunción, de una estructura en red, mediante la que se consolidan alianzas con otros grupos criminales, se reparten territorios, fases de ejecución de la actividad delictiva, etc. Las grandes dimensiones que ha adquirido el crimen organizado, dificulta enormemente su persecución penal, siendo, como veremos más adelante, la principal preocupación de la Política Criminal¹⁴²².

Recapitulando lo expuesto, podemos definir el crimen organizado transnacional como *la actividad criminal realizada por un grupo o asociación criminal, estructurada de forma jerárquica, permanente y autorrenovable, que actúa de acuerdo a unos códigos de conducta, se sirve de medios legales e ilegales, desarrollando su actividad en el ámbito internacional, con el fin de obtener lucro mediante el dominio del tráfico ilegal.*

A juicio de CHOCLÁN MONTALVO una empresa criminal, será considerada como organización criminal, cuando reúna las siguientes condiciones:

1. “La existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones, lo que presenta específicos problemas a la teoría de la autoría, en atención a la distancia espacio - temporal entre toma de decisión y ejecución material del delito.
2. Actuación a distintos niveles jerárquicos, de modo que los órganos ejecutivos, en

¹⁴²⁰ VON HENTIG, H.: *El gánster*, Espasa - Calpe, Madrid, 1982, pp. 151 y 152.

¹⁴²¹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada y sistema...*, *Op. cit.*, p. 140.

¹⁴²² *Ibidem*, pp. 148 y 149.

su individualidad, desconocen el plano global, conociendo sólo la parte de plan asumida.

3. Aplicación de tecnología y logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad.
4. Fungibilidad o intercambialidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores.
5. Sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina.
6. Movilidad internacional.
7. Apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios¹⁴²³.

Finalmente, uno de los trabajos más interesantes en esta materia, es el desarrollado por JOACHIM SCHNEIDER al señalar que las notas definitorias del crimen organizado transnacional son las siguientes:

1. Selecciona sus actividades delictivas con el fin de maximizar sus beneficios y disminuir el riesgo de persecución policial. Tiende a especializarse en ilícitos que no conllevan víctimas (tráfico de drogas y armas), en los que las víctimas participan en el hecho y no los denuncian (prostitución, juego, pornografía), en los que las víctimas no denuncian por miedo (extorsión de dinero a cambio de protección), y en los que la víctima es anónima.
2. La criminalidad organizada es el núcleo en torno al cual se desarrollan otras formas de criminalidad. Como las represalias e incluso asesinatos de miembros sospechosos de colaboración policial. Los delitos patrimoniales cometidos para obtener fondos. O delitos accesorios como los cometidos por los adictos a las drogas.
3. Responde a la demanda de la población de bienes y servicios ilegales.
4. La organización criminal se crea con el fin de ofrecer servicios ilegales, y de producir, transportar y distribuir productos ilegales.
5. La organización criminal actúa de acuerdo a una planificación y estrategia, con distribución de roles y funciones, que conlleva la profesionalización de sus miembros.
6. Opera de acuerdo a una rígida disciplina interna, de acuerdo códigos comunes de conducta, estableciéndose reglas no escritas, como la ley del silencio.
7. Tiende a utilizar más la amenaza que la violencia efectiva, con el fin de evitar la alarma social.
8. Utiliza medios legales e ilegales, insertándose en la economía legal con el fin de reciclar el dinero procedente de su actividad delictiva.
9. Las personas corruptas de las que dispone la organización criminal, dentro de órganos policiales, jurídicos, políticos y económicos, constituyen una zona intermedia del grupo criminal, sin los que éstos no podrían existir, y a través de los cuales se les otorga protección a sus miembros, dificultando además, su persecución policial y judicial.
10. El crimen organizado opera a nivel internacional, mediante el uso de las nuevas tecnologías y avanzados medios de comunicación y transporte¹⁴²⁴.

¹⁴²³ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 9.

¹⁴²⁴ JOACHIM SCHEIDER, H.: "Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1993, pp. 723 a 745.

Capítulo III

DEFINICIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como señalábamos en líneas anteriores uno de los grandes retos a los que se enfrenta la sociedad contemporánea, es, sin duda, el de la delincuencia organizada transnacional. Siendo la primera cuestión a tratar, el concepto de criminalidad organizada.

Manifiesta ZARAGOZA AGUADO que la evolución de este problema no puede entenderse al margen de los cambios producidos en el ámbito internacional. Es evidente, que los cambios de los últimos años, han ejercido una influencia significativa en el crecimiento y expansión de las organizaciones criminales¹⁴²⁵.

No existe un modelo único de organización delictiva. “Las diversas manifestaciones que ha desarrollado en distintos países, la pluralidad de actuaciones que realiza, la diversa dimensión del fenómeno, hacen que resulte difícil acoger un concepto que reúna unas características consensuadas en todos los ámbitos y países”¹⁴²⁶. No obstante, no debe desistirse del empeño de llegar a acuerdos para definir la delincuencia organizada, ante la necesidad de establecer mecanismos de prevención y sanción.

Advierte ZUÑIGA RODRÍGUEZ que “el criterio más idóneo para un acercamiento racional al tema sea acudir a las definiciones internacionales, dado que, lo principal es llegar a acuerdos en el ámbito internacional a los efectos de una cooperación policial y judicial más efectiva. A esta conclusión se ha llegado, fundamentalmente desde que la criminalidad organizada adquiere carácter transnacional”¹⁴²⁷.

Así, la comunidad internacional ha reaccionado frente al fenómeno de la delincuencia organizada con diversas e importantes iniciativas que pretenden, en “atención a su carácter transnacional y a los graves peligros que entraña el incremento, multiplicación y diversificación de sus actividades, el diseño de un marco jurídico supranacional que garantice una respuesta legal uniforme y homogénea de todos los Estados, el fortalecimiento de todos los mecanismos de cooperación policial y judicial, y el perfeccionamiento de los medios de investigación y de los instrumentos punitivos necesarios para combatir tan graves comportamientos criminales”¹⁴²⁸.

Iniciativas en las que se ha tratado de consensuar una definición común con el fin de coadyuvar al fortalecimiento de la cooperación policial y judicial, dada la expansión de la criminalidad organizada. Como señala ZUÑIGA RODRÍGUEZ “este ha sido el

¹⁴²⁵ ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, pp. 52 y 53.

¹⁴²⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: “*Criminalidad organizada, derecho...*”, *Op. cit.*, p. 2.

¹⁴²⁷ *Ibidem*, p. 2.

¹⁴²⁸ ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, p. 58.

motor de todos los acuerdos internacionales, en la medida que se percibe acertadamente que, para afinar los mecanismos de cooperación internacional en la lucha contra esta criminalidad, se requiere previamente establecer qué se entiende por criminalidad organizada”¹⁴²⁹.

1. NACIONES UNIDAS

Las iniciativas frente al fenómeno de la delincuencia organizada se han producido fundamentalmente en el ámbito de la ONU y de la Unión Europea. En el ámbito de las Naciones Unidas los convenios internacionales sobre delitos asociados a la criminalidad organizada empiezan a desarrollarse en los años setenta, tanto en el marco de la prevención del delito como de la cooperación internacional. Así, es de resaltar el Proyecto del Convenio para la prevención y represión de determinadas actividades terroristas de 1972 y la Convención contra el tráfico de drogas de 1973, con el fin de reforzar la cooperación internacional en estas materias, dado su carácter transnacional¹⁴³⁰.

Si bien, los trabajos de Naciones Unidas orientados a fortalecer la cooperación internacional contra el crimen organizado, tienen como punto de arranque el V Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Ginebra del 1 al 12 de septiembre de 1975. Bajo el tema “transformaciones en las características y dimensiones de la criminalidad nacional y transnacional”. Se puso el énfasis en el crimen como negocio, tanto en el ámbito nacional como internacional, señalando: “la criminalidad organizada, la criminalidad de empresa y la corrupción”¹⁴³¹.

En el VI Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes celebrado en Caracas (Venezuela) del 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980, se abordó la cuestión en el marco del tema “Delito y abuso de poder: delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley”, añadiendo nuevos elementos a la noción internacional de delincuencia organizada. En este contexto, se examinaron entre otras cosas, los delitos respecto a los cuales los organismos de aplicación de la ley eran relativamente impotentes debido a su elevada posición económica o política de quienes los cometían, o porque las circunstancias en las que se cometían eran tales que disminuían las posibilidades de que los culpables fueran denunciados y perseguidos¹⁴³².

En el momento de celebrarse el VII Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, en Milán (Italia) del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, era cada vez más evidente que la delincuencia organizada constituía una grave amenaza mundial. Se reconoció que la delincuencia organizada había adquirido una dimensión y coordinación mundial sin precedentes, habiéndose

¹⁴²⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op, cit.*, p. 57.

¹⁴³⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹⁴³¹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: “*Criminalidad organizada, derecho...*”, *Op, cit.*, p. 3.

¹⁴³² NACIONES UNIDAS, *Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe preparado por la Secretaria*, Naciones Unidas, Nueva York, 1981, capítulo IV, párrafo 159, p. 68.

diversificado ampliamente en sus actividades delictivas. Bajo el tema del programa titulado “Nuevas dimensiones de la criminalidad y de la prevención del delito en el contexto del desarrollo: desafíos para el futuro”, se resaltó que “la gran diversidad de actividades delictivas de las organizaciones internacionales constituía un grave desafío al orden público nacional y a la cooperación internacional, y que las fronteras nacionales habían dejado de representar una barrera eficaz contra esas actividades delictivas”¹⁴³³.

Se reconoció las dimensiones internacionales de la delincuencia organizada y la necesidad de una respuesta concertada por parte de la comunidad nacional, aprobándose el Plan de Acción de Milán, aprobado posteriormente por la Asamblea General en su resolución 40 / 32 de 29 de noviembre de 1985 por el que se adoptaron acciones para la cooperación multilateral, en concreto contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y la delincuencia organizada¹⁴³⁴.

En el VIII Congreso celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, en el marco del tema “Medidas nacionales e internacionales eficaces contra la delincuencia organizada y las actividades delictivas de carácter terrorista”, se recomendó la adopción de medidas contra la delincuencia organizada y el terrorismo, dada “la alarmante amenaza y la reconocida gravedad de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, especialmente el terrorismo, el tráfico de armas o de personas, los atentados al ecosistema y a los bienes culturales”¹⁴³⁵.

No obstante, el tratamiento internacional propiamente del crimen organizado, en el ámbito de las Naciones Unidas, se produce a partir de la Conferencia Ministerial Mundial contra la Delincuencia Transnacional Organizada celebrada en Nápoles entre el 21 y 23 de noviembre de 1994, en la que se elaboró una Declaración Política y un Plan de Acción con el propósito de fortalecer la cooperación internacional en materia de delincuencia organizada¹⁴³⁶.

Uno de los objetivos esenciales de la Conferencia era la redacción de una Convención Internacional contra la delincuencia organizada transnacional, llegando a elaborarse el Proyecto de Convención Marco de las Naciones Unidas, que fue aprobado por Resolución 27 / 1996 de 24 de julio del Consejo Económico y Social¹⁴³⁷. Siendo el último texto revisado de marzo de 1999¹⁴³⁸.

El Proyecto de Convención Marco de las Naciones Unidas, mantiene el concepto de delincuencia organizada elaborado por el VI Congreso de las Naciones Unidas para la

¹⁴³³ NACIONES UNIDAS, *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe preparado por la Secretaria*, Naciones Unidas, Nueva York, 1986, p. 11.

¹⁴³⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁴³⁵ NACIONES UNIDAS, *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe preparado por la Secretaria*, Naciones Unidas, Nueva York, 1991, p. 163

¹⁴³⁶ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 49 / 169, de 23 de diciembre de 1994.

¹⁴³⁷ ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, p. 59.

¹⁴³⁸ BLANCO CORDERO.: “Principales...”, *Op. cit.*, p. 25.

Prevención del delito y el Tratamiento del delincuente de 1985, definiéndola en su art.1 como “las actividades colectivas de tres o más personas, unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permiten a los jefes del grupo obtener beneficios o controlar territorios o mercados, nacionales o extranjeros, mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto intensificando la actividad criminal como con fines de infiltrarse en la economía legítima, en particular mediante:

- a) Tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y blanqueo de dinero, tal como se definen en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos de 1988.
- b) Trata de personas como se define en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949.
- c) Falsificación de moneda como se define en el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda de 1929.
- d) Tráfico ilícito o robo de objetos culturales, como se define en la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de 1970, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y la Convención sobre la devolución internacional de los Bienes Culturales robados o ilegalmente exportados de 1995 del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
- e) Usar daño a la población, como se define en la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980.
- f) Actos terroristas.
- g) Tráfico ilícito o robo de armas y materiales o artefactos explosivos.
- h) Tráfico ilícito o robo de vehículos de motor.
- i) Corrupción de funcionarios públicos”¹⁴³⁹.

En el IX Congreso de Naciones Unidas celebrado en El Cairo (Egipto) del 28 de abril al 5 de mayo de 1995, en el marco del tema titulado “Medidas contra la delincuencia organizada y la delincuencia económica de ámbito nacional y transnacional, y cometido del Derecho penal en la protección del medio ambiente: experiencias nacionales y cooperación internacional” se debatió como temas principales: la difusión de la delincuencia organizada y la amenaza que planteaba su dimensión transnacional. Adoptándose medidas significativas para combatirla. Tomándose como hito la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la delincuencia transnacional organizada en el establecimiento de una cooperación internacional eficaz¹⁴⁴⁰.

En el X Congreso celebrado en Viena (Austria) entre el 10 y el 17 de abril del 2000, primer congreso sobre el delito del nuevo milenio, bajo el tema “La delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI”¹⁴⁴¹, se aprobó la Declaración de Viena por la

¹⁴³⁹ NACIONES UNIDAS, *Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada*, marzo de 1999. Se puede consultar en <http://www.un.org>

¹⁴⁴⁰ NACIONES UNIDAS, *Informe del Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 28 de abril a 5 de mayo de 1995*, p. 7. Se puede consultar en <http://www.uncjin.org>

¹⁴⁴¹ NACIONES UNIDAS, *Informe del décimo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente del 10 al 17 de abril del 2000*, Viena, p. 1. En <http://www.uncjin.org>

que los Estados miembros se comprometieron a fortalecer la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la reforma penal.

Con ocasión de la Cumbre del Milenio, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta en Palermo, en diciembre del 2000, la *Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*¹⁴⁴². Sin duda, es el documento más importante en la lucha contra la delincuencia organizada a nivel mundial. Su propósito esencial es promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Cabe destacar el consenso alcanzado en la Convención al definir el grupo delictivo organizado. Estableciéndose en el **artículo 2, apartado a)** que para los fines de la Convención se entenderá por grupo delictivo organizado:

“Un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Por delito grave se entenderá “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave” (**artículo 2, apartado b)**).

El Proyecto de Convención de 1999 delimitaba las actividades criminales que, entre otras, debían considerarse como delitos graves: tráfico ilícito de drogas, blanqueo de dinero, trata de personas, falsificación de moneda, tráfico ilícito o robo de objetos culturales, delitos relativos a material nuclear, terrorismo, fabricación y tráfico de armas y explosivos o sus piezas, tráfico ilícito o robo de vehículos de motor y corrupción. Si bien, estos delitos no se incorporan en la redacción definitiva de la Convención, constituyen un buen ejemplo de los delitos graves que suelen estar vinculados a la criminalidad organizada.

En el **apartado c)** se dice que se entenderá por grupo estructurado:

“Un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

En definitiva, en la definición de grupo delictivo organizado de Naciones Unidas destacan los siguientes elementos: el carácter estructurado de un grupo, la permanencia de sus actividades, la comisión de delitos graves y la persecución de un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Se avanza así “hacia una definición de criminalidad organizada centrada en tres elementos:

¹⁴⁴²NACIONES UNIDAS, *Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

- a) La existencia de una organización estructurada (lo cual supone ya cierta permanencia),
- a) destinada a la comisión de delitos graves, y
- b) dirigida a la obtención de beneficios económicos (directa o indirectamente)”¹⁴⁴³.

En el XI Congreso de Naciones Unidas celebrado en Bangkok (Tailandia) del 18 al 25 de abril de 2005, en el marco del tema titulado “Sinergias y respuestas: Alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal”, se aprobó la Declaración de Bangkok en el que se establecen los fundamentos de coordinación y cooperación internacionales con el fin de prevenir y combatir la delincuencia y se imparten directrices para fortalecer esa coordinación y cooperación.

En la Declaración también se acoge con beneplácito la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos, exhortando a todos los Estados que aún no lo hayan hecho a ratificar esa Convención y sus Protocolos¹⁴⁴⁴.

En el XII Congreso de Naciones Unidas celebrado en Salvador (Brasil) del 12 al 19 de abril de 2010, bajo el tema “Estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución”, se aprobó la Declaración de Salvador, destacándose el papel fundamental del sistema de justicia penal en el desarrollo, la necesidad de un enfoque holístico en la reforma del sistema judicial penal con el fin de reforzar la capacidad de los sistemas judiciales penales en la lucha contra el delito, y estableció mecanismos de prevención y control de las nuevas formas de delincuencia en todo el mundo¹⁴⁴⁵.

Finalmente, en el XIII Congreso de Naciones Unidas celebrado en Doha (Qatar) del 12 al 19 de abril de 2015, con el tema “La integración de la prevención del delito y la justicia penal en el marco más amplio del programa de las Naciones Unidas para abordar los problemas sociales y económicos y promover el estado de derecho a nivel nacional e internacional, así como la participación pública”, se ha aprobado la Declaración de Doha en la que se insiste en la importancia de combatir el crimen organizado y de fortalecer los sistemas de justicia penal y de prevención¹⁴⁴⁶.

2. UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea ha tomado conciencia sobre la necesidad de combatir todas las formas de criminalidad organizada, de ahí que se hayan adoptado diversos instrumentos internacionales para la cooperación entre los diversos Estados de la Unión Europea en la

¹⁴⁴³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁴⁴ NACIONES UNIDAS, *Informe del undécimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal del 18 al 25 de abril de 2005*. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

¹⁴⁴⁵ NACIONES UNIDAS, *Informe del duodécimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal del 12 al 19 de abril de 2010*. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

¹⁴⁴⁶ NACIONES UNIDAS, *13º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal del 12 al 19 de abril de 2015*. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

contra la lucha delincuencia organizada transnacional, tanto en materia de prevención como de represión penal.

Un avance significativo en materia de cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, lo constituye el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, en el que “se potencia la creación de un espacio común de seguridad, justicia y libertad, es decir, el Tercer Pilar”¹⁴⁴⁷.

El **art. 29 del Tratado** dice que: “Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia”.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”¹⁴⁴⁸.

Por otro lado, el **artículo 31 e) del TUE** establece que la acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá “la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las personas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”¹⁴⁴⁹.

En virtud de estas disposiciones, se ha impulsado el llamado Tercer Pilar, es decir, “un proceso de armonización de legislaciones penales y el desarrollo de la cooperación policial con la Europol y judicial con la creación del Ministerio Fiscal Europeo y la euroorden, en el que la lucha contra la criminalidad organizada constituye uno de los ejes fundamentales”¹⁴⁵⁰. Se procede así, a la creación del “Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997¹⁴⁵¹.

Debe citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el “Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada”, que se concreta en la Acción Común 98 / 733 / JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea¹⁴⁵², relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea.

El art. 1 de la Acción Común, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación

¹⁴⁴⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, Op. cit., p. 51.

¹⁴⁴⁸ DOCE C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.

¹⁴⁴⁹ DOUE C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.

¹⁴⁵⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, Op. cit., p. 51.

¹⁴⁵¹ DOCE núm. C 19, de 23 de enero de 1999.

¹⁴⁵² DOCE núm. L 351, de 29 de diciembre de 1998.

penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, establece que se entenderá por “organización delictiva” una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad, de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

Los delitos a que se refiere el párrafo primero incluyen los mencionados en el artículo 2 del Convenio de Europol y en su anexo y que pueden ser sancionados con una pena al menos equivalente a la mencionada en el párrafo primero.

Los delitos mencionados en el artículo 2 son: terrorismo (atentados contra la vida, la integridad física y libertad de las personas o contra sus bienes), el tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilícito de material nuclear o radiactivo, tráfico de inmigración clandestina, trata de seres humanos, tráfico de vehículos robados, el blanqueo de dinero vinculado a los anteriores delitos. Además, el anexo añade: delitos contra la vida, la integridad física (homicidio voluntario, agresión con lesiones graves), la libertad (secuestro, detención ilegal, toma de rehenes), la propiedad (robos organizados, fraude, estafa, extorsión, etc.), falsificación de moneda y medios de pago, falsificación de documentos y tráfico de documentos falsos, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de bienes culturales, tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, etc.

Por tanto, la organización criminal es una agrupación compuesta por un mínimo de tres personas, que actúen de forma estructurada, y concertada mediante distribución de funciones entre sus integrantes, en uno o varios países de la Unión Europea, para cometer delitos graves. Siendo indiferente, que la comisión de los mencionados delitos sea el fin de la organización, o el medio para obtener recursos económicos o para la corrupción de funcionarios públicos.

Además, como indica el art. 1,3 de la Posición Común, de 29 de marzo de 1999, definida por el Consejo de Europa, en este ámbito deberán incluirse “las actividades de personas, que actuando concertadamente con el objetivo de cometer crímenes graves, estén implicadas en alguna organización delictiva que disponga de estructura y que opere o haya operado durante un periodo de tiempo determinado”. Señalando que el concepto de organización criminal no estará limitado a “grupos con una estructura altamente desarrollada o de una naturaleza duradera, tales como las organizaciones mafiosas”¹⁴⁵³.

Debe destacarse también, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004 / 679 / CE, de 29 de abril que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre

¹⁴⁵³ DOCE núm. L 87, de 31 de marzo de 1999.

de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre del 2000 y cuya ratificación se produjo mediante instrumento de 1 de septiembre de 2003 (Circular 2 / 2011).E igualmente, la Decisión Marco 2008 / 841/ JAI, de 24 de octubre¹⁴⁵⁴, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2008, dejando sin efecto la Acción Común 98 / 733 / JAI y persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. Introduciendo las siguientes novedades:

El **artículo 1.1** define la organización delictiva como:

“La asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Como se puede observar, define la organización de forma semejante a la Acción Común del 98, si bien, introduce como novedad, la finalidad de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material, aproximándose así, a la definición de Naciones Unidas.

El **artículo 1.2** define la asociación estructurada como:

“Una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

Se insiste en la necesidad del carácter permanente de la asociación, diferenciándola de las diversas formas de coautoría.

El **artículo 2** insta a los Estados a tipificar como delito una o ambas de las conductas siguientes de participación en organización delictiva:

- A. La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y la actividad de la organización delictiva, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, con la facilitación de información o medios materiales, así como toda forma de financiación a sabiendas que contribuirá a la actividad delictiva. Se tipifica las diversas formas de colaboración con organización criminal.
- B. La conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad considerada en el art. 1. En este caso, se aleja más de la noción de organización delictiva, en cuanto que se trata de un acuerdo para una futura colaboración”.

¹⁴⁵⁴ DOCE nº L 300, de 11 de noviembre de 2008.

3. RECAPITULACIÓN

Recapitulando, existe una gran dificultad de establecer una definición internacional de criminalidad organizada, dada las diversas manifestaciones que está adquiriendo, incluso dentro del territorio de la Unión Europea. Como se ha puesto de manifiesto, la finalidad esencial de todos los acuerdos internacionales ha sido consensuar una definición común de criminalidad organizada. Dado que para afianzar los mecanismos de cooperación internacional, resulta imprescindible precisar el concepto de criminalidad organizada.

Para ello se ha tratado de armonizar las legislaciones penales de los diversos países al tipificar el delito de participación en organización delictiva. Si bien, se advierte la dificultad de obtener un equilibrio entre el objetivo de armonización, los elementos comunes y las peculiaridades de cada Estado¹⁴⁵⁵.

Otra de las cuestiones a debatir en los acuerdos internacionales ha sido la de definir a la criminalidad organizada por los delitos que comete o por su forma de actuar. A juicio de MEDINA ARIZA “el crimen organizado no puede ser definido exclusivamente por unos actos, sino también debe referirse a las personas que trabajan juntas como grupo para cometer dichos actos”¹⁴⁵⁶.

Caracterizar a la criminalidad organizada por los delitos que se cometen implicaría renunciar a una noción común de la misma, y, un abandono de la prevención y represión de este fenómeno que presenta peculiaridades propias¹⁴⁵⁷.

Es de hacer notar, que una de las características de la criminalidad organizada implícita en todas las definiciones internacionales, es su carácter transnacional. Es decir, su capacidad para traspasar las fronteras nacionales.

En síntesis, las definiciones internacionales destacan los siguientes elementos al establecer una noción común de criminalidad organizada. “la existencia de una *organización*, esto es, una estructura (*división de funciones*), con una *finalidad programática común*, que no es otra que la *comisión de delitos graves*”¹⁴⁵⁸.

Lo que implica la concurrencia de los elementos propios de cualquier asociación ilícita, banda o grupo de malhechores: la concertación de varias personas para la comisión de delitos, con cierta estabilidad y permanencia¹⁴⁵⁹.

En consecuencia, la criminalidad organizada constituye un plus de peligrosidad respecto a las tradicionales asociaciones ilícitas, no teniendo una referencia legal directa en las mismas¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁵⁶ MEDINA ARIZA.: “Una introducción...”, *Op. cit.*, p. 111.

¹⁴⁵⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁵⁸ *Ibidem.* 58.

¹⁴⁵⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ.: *La criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁶⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 58

Por otro lado, en el ámbito de la investigación policial transnacional, a los efectos de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, y fundamentalmente como documento para la Europol, la Unión Europea ha elaborado el documento “Enfopol 161. REV- 3”¹⁴⁶¹ en el que se establecen una serie de indicadores que permiten delimitar conceptualmente el crimen organizado sobre la base de once criterios, de los cuales deben concurrir al menos seis, (siendo imprescindibles la concurrencia de los números 1, 5 y 11).

Los criterios delimitadores del concepto de crimen organizado son:

1. Colaboración de más de dos personas.
2. Distribución de tareas.
3. Actuación continuada o por tiempo prolongado.
4. Utilización de formas de disciplina y control interno.
5. Sospecha de comisión de delitos graves.
6. Operatividad en el ámbito internacional.
7. Empleo de violencia u otras formas de intimidación.
8. Uso de estructuras de negocios o comerciales.
9. Actividades de lavado de capitales.
10. Ejercicio de la influencia (políticos, medios de comunicación, etc.).
11. Búsqueda de beneficio o de poder.

La elaboración de estos indicadores y consenso alcanzado en torno a este listado, es consecuencia de la toma de conciencia sobre el grave peligro y amenaza que implica la progresiva, pero creciente, expansión de la criminalidad organizada en el espacio europeo¹⁴⁶².

Tales indicadores, al destacar los elementos propios de la criminalidad organizada resultan relevantes en orden a delimitar su concepto. Si se tiene en cuenta los tres indicadores que obligatoriamente han de darse, se puede observar su correspondencia con los elementos utilizados en las definiciones internacionales, de este modo, cabe mencionar los siguientes:

1. Organización: La unión de más de dos personas para la obtención de lucro, mediante la comisión de delitos graves. La organización necesita una estructura, es decir, de medios materiales y personales orientados al fin común de la organización. La estructura releva un reparto de roles y funciones, que puede ser horizontal o vertical. Lo que presupone el carácter estable y permanente de la organización para el cumplimiento de su fin común.
2. Comisión de delitos graves: Todas las definiciones internacionales coinciden al afirmar que el crimen organizado se caracteriza por la comisión de delitos graves. Siendo el fin mediato de la organización, frente al fin común de la

¹⁴⁶¹ UNIÓN EUROPEA, *documento Enfopol, 161/1994*. Se puede consultar en [http://: www. europa. eu](http://www.europa.eu)

¹⁴⁶² JAIME- JIMÉNEZ, O / CASTRO MORAL, L.: “La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91, p. 177. Se puede consultar en [http //: www. doaj. Org](http://www.doaj.org).

misma. En los indicadores para la policía basta con que sean sospechosos de la comisión de delitos graves.

3. Finalidad programática común delictiva: La existencia de una organización presupone la agrupación de varias personas para un fin común. La comisión de delitos graves es el fin mediato, existiendo un fin programático común que puede ser económico o político. Existiendo un debate en torno a este punto en el ámbito internacional. Sin embargo, dichas finalidades en la actualidad se entrecruzan. Las organizaciones que persiguen la finalidad política, también buscan la obtención de lucro como medio para financiar sus actividades delictivas. Y las organizaciones que se orientan a un fin económico, conciertan alianzas con el poder político para obtener la impunidad¹⁴⁶³.

En definitiva, la noción internacional de criminalidad organizada que se ha ido forjando en los últimos tiempos es la que la vincula a la existencia de una organización orientada a la comisión de delitos graves, para la obtención de fines de lucro o fines económicos.

¹⁴⁶³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, pp. 59 y 60.

Capítulo IV

CONCEPTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. EN EL CÓDIGO PENAL

No es frecuente que los ordenamientos jurídicos incluyan un concepto de crimen organizado. Como señala ZUÑIGA RODRÍGUEZ la concepción de criminalidad organizada es de “tipo sociológica o criminológica y traducirla a las reglas de la legislación penal plantea serías dificultades porque las herramientas conceptuales del Derecho Penal no pueden descifrar todos los códigos que la realidad fenomenológica de la misma posee. Prueba de ello es que hasta ahora no existe un concepto jurídico - penal de criminalidad organizada que haya encontrado consenso en las legislaciones o en la doctrina”¹⁴⁶⁴.

En el mismo sentido, HERRERO HERRERO opina que “no existe, en los países de nuestra área de cultura, una definición convergente de delincuencia organizada desde el punto de vista técnico - jurídico”. Cuando en las legislaciones se habla de delincuencia organizada se utiliza la “técnica casuística”. Técnica que es seguida también, en el Derecho Penal Español, al tipificar la delincuencia organizada (así, por ejemplo, artículos 515.2, 516, 302, 369, 6ª, etc.). “La legislación española, en este campo, sólo incluye normativa de excepción, limitativa de derechos fundamentales, para comportamientos referidos a bandas armadas o elementos terroristas, por lo que la definición de la delincuencia organizada como tal no puede fijarse desde esa perspectiva jurídica”¹⁴⁶⁵.

Ciertamente, el Derecho penal español no contenía un concepto de delincuencia organizada. El legislador penal del 95 se limitaba a incluir el artículo 515 del Código Penal en el que se tipificaba la asociación ilícita (asociación para la comisión de hechos delictivos), sin especificar las notas que la definían, y en la parte especial del Código, tipos agravados de determinados delitos, cuando se realizasen en el marco de una organización criminal, sin que ésta sea tampoco definida en dichos tipos de la parte especial¹⁴⁶⁶.

El **artículo 515 del Código Penal**, en su redacción dada por la LO 10 / 1995, de 23 de Noviembre¹⁴⁶⁷ establecía que:

“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

¹⁴⁶⁴ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 217.

¹⁴⁶⁵ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, pp. 614 y 615.

¹⁴⁶⁶ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 248.

¹⁴⁶⁷ BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995.

1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
2. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
3. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su persecución.

En el artículo 515 se tipificaba la asociación criminal, junto con otras asociaciones de carácter ilícito. “La asociación de finalidad criminal forma parte, pues, de la figura más amplia del delito de asociación ilícita”¹⁴⁶⁸. Se tipifica la asociación criminal en el apartado primero del 515 al referirse a “las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”. El resto de asociaciones ilícitas se contienen en los números siguientes del artículo, como las organizaciones terroristas (sancionadas en el art. 516 con mayor pena), de carácter paramilitar, etc. En el artículo 518 y 519 se castigaban respectivamente, las conductas de favorecimiento (mediante cooperación económica o cualquier otra clase), y la provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos previstos en los apartados anteriores.

Por otro lado, el elemento organización presente en la comisión de determinados delitos, originó en nuestro Código Penal la tipificación de circunstancias agravantes en delitos como el blanqueo de capitales (art. 302), el fraude fiscal o a la Seguridad Social (art. 305. 1 b) y 307. 1 b), el depósito de armas o explosivos (art. 569), el tráfico ilegal de drogas (art. 369.6, 370 y 371. 2).

El art. 515 del Código Penal era un precepto de carácter genérico en el que se tipifica la asociación ilícita, sin especificar las notas que la definen. Originando una interpretación estricta de la misma, y en consecuencia, una escasa aplicación práctica limitada a la asociación terrorista y la que tenía por fin la subversión del orden constitucional.

Como señala CHOCLÁN MONTALVO “el art. 515 ha tenido una escasa aplicación práctica, debido a una insuficiente definición típica y, sobre todo, a la estrecha perspectiva con que la jurisprudencia ha interpretado este tipo. El problema de la delincuencia organizada, en realidad, no se ha vinculado con este delito, habiéndose preferido por el legislador la técnica de agravaciones específicas para determinados delitos graves, y en consecuencia, con importantes lagunas para la represión eficaz del crimen organizado”¹⁴⁶⁹.

La reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5 / 2010, de 22 de junio¹⁴⁷⁰, ha introducido importantes modificaciones en materia de delincuencia organizada. El Preámbulo de la Ley explica el objeto de la reforma al señalar que *el fenómeno de la delincuencia organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia,*

¹⁴⁶⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, MI.: “Función política - criminal del delito de asociación ilícita para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en ARROYO ZAPATERO, L / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I (dirs.): *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos, In memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2001, p. 646. Se puede consultar en <http://www.cienciaspenales.net>

¹⁴⁶⁹ CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁷⁰ BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos , instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen objetos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. De ahí, la gran importancia de tipificar adecuadamente la delincuencia organizada.

Tras la reforma, se afronta la criminalidad organizada desde tres planos diferentes: 1) el art. 515 que tipifica la asociación ilícita, continua vigente, si bien modificado en ciertos aspectos por la reforma; 2) se incorpora el Capítulo VI del Título XXII del libro II relativo a las “organizaciones criminales” y “grupos criminales”; 3) se incorporan nuevas circunstancias agravantes en la comisión de determinados delitos por una organización criminal¹⁴⁷¹.

Tal sistemática ha sido ampliamente criticada por SÁINZ CANTERO CAPARRÓS al señalar que distorsiona aún más la regulación legislativa de la delincuencia organizada. En su opinión, el legislador debería haber optado por la eliminación del delito de asociación ilícita y su sustitución por una fórmula más concreta y conforme al derecho internacional, o mantener el delito de asociación ilícita facilitando un concepto más claro de dichas asociaciones, trasladable al ámbito de la delincuencia organizada. Sin embargo, como hemos visto, el legislador ha optado por la solución más confusa, manteniendo el delito de asociación ilícita, con modificaciones meramente sistemáticas, incorporando nuevos subtipos agravados por pertenencia del autor a una organización o asociación criminal, y tipificando las organizaciones y grupos criminales dentro de los delitos contra el Orden público, originando un *tertium genus*, en forma de perspectiva normativa, que vendría a complicar la aplicación de los instrumentos para combatir de la delincuencia organizada¹⁴⁷².

Desde otro punto de vista, manifiesta SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ que en los últimos años se ha venido aplicando el delito de asociación ilícita principalmente a las asociaciones de tipo terrorista, y de forma más limitada a las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilegal de drogas, y que en el marco del Derecho internacional a pesar de que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos contaban con una figura de asociación criminal, han venido creando tipos específicos para la lucha contra el crimen organizado. Así, los instrumentos internacionales surgidos a raíz de la problemática actual de la delincuencia organizada, defienden la necesidad de crear tales figuras

¹⁴⁷¹ SUÁREZ LÓPEZ, JM.: “Aspectos dogmáticos y político - criminales en el tratamiento penal de la delincuencia organizada”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, pp. 97 y 98. Se puede consultar en <http://www.revistas.um.es/analesderecho>

¹⁴⁷² SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, JE.: *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 1185 y 1186.

específicas, a dicho propósito responden los tipos del art. 570 bis y siguientes del Código Penal¹⁴⁷³.

El **artículo 515** en su redacción dada por la LO / 2010, de 22 de junio incorpora las siguientes novedades: 1. Se añade en el apartado primero como asociación ilícita “la que tenga por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada, y reiterada”. Son asociaciones que deben constituirse de forma organizada, y de actuar de forma coordinada para la ejecución reiterada de diversas infracciones penales constitutivas de faltas¹⁴⁷⁴. 2. Se suprime el apartado segundo relativo a las organizaciones terroristas, que tras la reforma, se tipifican de forma autónoma (en la Sección primera del Capítulo VII en el Título XXII del Libro II).

Tras la reforma de la Ley Orgánica 1 / 2015, de 30 de marzo se introducen en el art. 515 las siguientes novedades: 1. Se modifica el apartado primero, considerando como asociaciones ilícitas “las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”. 2. Se modifica el apartado cuarto, considerando como asociaciones ilícitas “las que fomenten, promuevan o inciten al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad, o discapacidad”.

Como se puede observar, dicho precepto sigue tipificando de forma genérica los delitos de asociación ilícita, sin ofrecer un concepto claro y preciso de asociación, que pudiese ser trasladado al ámbito de la delincuencia organizada. No resulta eficaz para responder a “un modelo de delincuencia que por sus características, dimensiones, estructura y funcionamiento reviste una gran complejidad”¹⁴⁷⁵.

La reforma de 2010 incorporó además, circunstancias agravantes en la comisión de determinados delitos en el marco de una organización o grupo criminal (al margen de las organizaciones o grupos criminales terroristas), como la trata de personas (art. 177 bis 6), los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años (art. 183.4), los delitos relativos a la prostitución (art. 187.4, 188.4 y 188.3), el descubrimiento y revelación de secretos (art.197.8), contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 271 y 276), blanqueo de capitales (art. 302.1), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 305.1 y 307.1), el tráfico ilegal de personas (art. 318 bis 4), falsificación de moneda (art. 386), o el tráfico de drogas y sus precursores (art. 369. 1, 2^a, 369 bis, 370, 2^a y 371. 2)¹⁴⁷⁶.

Por otro lado, como se indica en la Circular 2 / 2011 de la Fiscalía General del Estado (FGE) “la jurisprudencia ha venido ofreciendo una interpretación restrictiva de los conceptos de “organización” y “agrupación de carácter transitorio” empleados por el legislador, indistintamente en muchos casos junto con el de “asociación”, en números

¹⁴⁷³ SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, I.: *Comentario al Código Penal*, Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 2011, p. 1923.

¹⁴⁷⁴ SERRANO GÓMEZ, A / SERRANO MAÍLLO, A.: *Op. cit.*, p. 981.

¹⁴⁷⁵ ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁷⁶ SUAREZ LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 98.

subtipos agravados en la parte especial del Código Penal, doctrina jurisprudencial desarrollada sobre todo con ocasión de la aplicación del subtipo cualificado de pertenencia a organización o agrupación de carácter transitorio, en relación con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”¹⁴⁷⁷.

Como señala GÓNZALEZ RUS el Código Penal carecía de un concepto legal de criminalidad organizada, sin que el mismo pudiera obtenerse de los artículos relativos al delito de asociación ilícita ni a los definidores de tipos cualificados. Recurriendo a los primeros, se obtendría un concepto excesivamente amplio, abarcando la comisión de cualquier delito. Si se utilizase los tipos específicos, se limitaría su ámbito únicamente a una parte de los delitos de los que se suelen cometer en el marco de la criminalidad organizada¹⁴⁷⁸. Carencia que ha sido subsanada por la LO 10 / 2010.

El legislador ante la necesidad de ofrecer soluciones adecuadas para combatir la delincuencia organizada, ha optado por tipificar de forma separada la dirección y pertenencia a una “organización” y a un “grupo criminal”, diferenciando ambos conceptos, en los artículos 570 bis y 570 ter del CP respectivamente.

Así, es de resaltar la inclusión del Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica “De las organizaciones y grupos criminales”, y contiene los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter. Lo que conlleva a una “reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código” que tipifica las asociaciones ilícitas, en las que, a excepción de las organizaciones y grupos terroristas que han pasado a sancionarse en el art. 571 del Código Penal, se establecen cuatro tipos de asociaciones ilícitas, dónde debe primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, como es el derecho de asociación, “cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos, o bien en las organizaciones de carácter paramilitar, o en las que se promuevan para atentar contra valores constitucionales, a las que ha de añadirse la primera, que permanece objeto de nuestra atención, y que se corresponde con la asociación que tenga por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promueva su comisión”¹⁴⁷⁹.

Como señala la Fiscalía General del Estado en su Circular 2 / 2011, la incorporación del Capítulo VI “obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente “todas las formas de criminalidad organizada”, y responde también a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal”¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁷ CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO núm. 2 / 2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5 / 2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 7.

¹⁴⁷⁸ GÓNZALEZ RUS, JJ.: “Asociación para delinquir y criminalidad organizada”, *Actualidad Penal*, número 27, 2000, p. 563.

¹⁴⁷⁹ STS Sala 2ª, núm. 544 / 2012, 2 de julio.

¹⁴⁸⁰ CIRCULAR FGE núm. 2 / 2011..., *cit.*, p. 1.

En el mismo sentido, SÁINZ CANTERO CAPARRÓS afirma que la incorporación del Capítulo VI en el Título XXII del libro II “parece en principio justificada por una clara incidencia de ciertas obligaciones supranacionales en materia de armonización normativa en relación con la criminalidad organizada, entre las que menciona la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre del 2000, y a la Decisión Marco de la UE 2008 / 841 / JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada”¹⁴⁸¹.

El legislador persigue arbitrar los mecanismos adecuados para luchar tanto contra la criminalidad organizada transnacional, como contra la criminalidad organizada de ámbito territorial más reducido, dado que ambas contribuyen a alterar el funcionamiento de las sociedades democráticas, y por tanto, la paz y la seguridad ciudadana.

Como se ha señalado antes, la necesidad de delimitar los conceptos de “organización” y “grupo criminal” ha llevado al legislador a tipificar por separado ambas figuras.

A) Organización criminal

El **párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis** del Código Penal, tras la reforma de la LO 1 / 2015, define la organización criminal como “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

El legislador ha establecido el concepto de organización criminal a partir de las definiciones jurisprudenciales de la misma¹⁴⁸². Si bien, el Tribunal Supremo establece que “el concepto de organización es relativamente indeterminado”¹⁴⁸³, y que “no es preciso una ordenación perfecta (...) si una estructura jerárquica y cierta permanencia”¹⁴⁸⁴.

Señala SÁINZ CANTERO CAPARRÓS que el concepto de organización criminal que introduce el art. 570 bis se caracteriza por las siguientes notas definitorias:

1. Agrupación o reunión de más de dos personas.
2. Carácter estable o por tiempo indefinido, lo que implica cierta permanencia.
3. Coordinación y distribución de funciones entre sus integrantes.
4. Su fin sea la comisión de delitos o la perpetración reiterada de faltas¹⁴⁸⁵.

La organización criminal es la *agrupación de tres o más personas* para llevar a cabo una actividad delictiva. Se trata, pues, de un delito plurisubjetivo, en el que concurren

¹⁴⁸¹ SÁINZ CANTERO CAPARRÓS.: *Op. cit.*, p. 1185.

¹⁴⁸² SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, pp. 1062 y 1063.

¹⁴⁸³ STS (Sala 2ª), núm. 56 / 2007, 2 de junio.

¹⁴⁸⁴ STS (Sala 2ª), núm. 239 / 2008, de 8 de enero.

¹⁴⁸⁵ SÁINZ CANTERO CAPARRÓS.: *Op. cit.*, pp. 1192 y 1193.

de forma concertada tres o más personas con el fin de delinquir, distinguiéndose a efectos de responsabilidad penal dos clases de autores, atendiendo al rol asumido en la organización. El elemento distintivo de la organización criminal es la *permanencia* de la agrupación, su estabilidad en el tiempo, más allá de la comisión del hecho delictivo¹⁴⁸⁶.

El *carácter concertado o coordinado* con que actúan los miembros de la organización, implica la existencia de una estructura organizativa. Se requiere que la pluralidad de personas que integran la asociación criminal actúe de forma ordenada, para la ejecución de sus objetivos comunes, previamente planificados, distribuyéndose roles y funciones.

Dicha estructura, en muchos casos, ha de ser jerarquizada, en la que existen diversos niveles jerárquicos, de modo que en cada nivel deben cumplirse las órdenes de los jefes de los niveles superiores. A medida que descendemos de nivel, se van cumpliendo funciones de ejecución¹⁴⁸⁷.

La comisión del hecho delictivo de forma concertada o coordinada a través de una organización, constituye un plus de peligrosidad, en cuanto se refuerza la acción delictiva, garantizándose su ejecución, dificultando la investigación y persecución policial y judicial.

El *fin* de la organización ha de ser la *comisión de delitos* como manifestación de la voluntad colectiva de todos sus integrantes. Cuando se trate de delitos especialmente graves, se prevé una cualificación punitiva¹⁴⁸⁸.

Como podemos observar, el concepto de organización criminal que establece el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis del Código Penal, prescinde de dos elementos esenciales de las definiciones que nos ofrecen las leyes internacionales, son : a) la comisión de delitos graves, y b) el fin de lucro ilícito u la obtención de otros beneficios de carácter material. La pretensión del legislador ha sido establecer un ámbito de aplicación amplio que abarque toda organización criminal (tanto las que cometen delitos graves y menos graves), en su afán de combatir este tipo de criminalidad¹⁴⁸⁹.

Como señalábamos más arriba, el artículo 515 del Código Penal se limita a tipificar de forma genérica la asociación ilícita sin especificar las notas que la definen. Notas que han sido precisadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴⁹⁰ señalando que “la asociación ilícita requiere : a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, d) el fin de la asociación - en el caso del artículo 515.1 del CP - ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total

¹⁴⁸⁶ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO / *et al.* : *Op. cit.*, p. 799.

¹⁴⁸⁷ CHOCLÁN MONTALVO.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, pp. 244 y 245.

¹⁴⁸⁸ CÍRCULAR núm. 2 / 2011..., *cit.*, p. 9.

¹⁴⁸⁹ SÁINZ CANTERO CAPARRÓS.: *Op. cit.*, pp. 1192 y 1193.

¹⁴⁹⁰ STS (Sala 2ª), núm. 326 / 2010, de 13 de abril.

de cada acción individual en tiempo y lugar”¹⁴⁹¹. Tales notas definitorias establecidas por la jurisprudencia para las asociaciones ilícitas, son trasladables al concepto legal de organización criminal del art. 570 bis.

Carece de sentido que se siga manteniendo el delito de asociación ilícita junto con el de organización criminal. No se comprende, pues, que la Exposición de Motivos de la LO 5 / 2010, de 22 de junio, se diga que la tipificación del delito de organizaciones criminales y grupos criminales se deba a “la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales”; dado que el delito de asociación ilícita es excesivamente amplio, y debería limitarse a las organizaciones terroristas.

Sin embargo, el legislador ha optado por mantener el delito de asociación ilícita, ha suprimido el apartado segundo del art. 515. 1 relativo a las organizaciones terroristas, tipificándolas separadamente (en la Sección primera del Capítulo VII en el Título XXII del Libro II), y ha introducido como delitos autónomos los relativos a las organizaciones criminales y grupos criminales, que difícilmente se pueden diferenciar de las asociaciones ilícitas. “La relación entre ambos delitos queda ahora, pues, como un concurso de leyes, que se debe resolver por la regla de la alternatividad (art. 8.4ª, art. 570 quáter, 2)”¹⁴⁹².

En conclusión, según la Circular 2 / 2011¹⁴⁹³ las características que delimitan el concepto de organización criminal del art. 570 bis son:

- a) Una pluralidad de personas que actúan de forma concertada para delinquir. Es un delito plurisubjetivo, en el que concurren como mínimo, tres o más sujetos activos, diferenciándose a efectos de responsabilidad penal entre los jefes y los integrantes de la organización criminal.
- b) Existencia de una estructura organizada y por lo general, jerarquizada, en la que exista un centro de poder y una relación de subordinación respecto de los demás integrantes, con reparto de roles y funciones. Y con la infraestructura adecuada a la complejidad de la actividad criminal que se pretenda cometer, que no podría ejecutarse de forma individual. Sin embargo, no se exige como requisito “ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales”.
- c) Carácter permanente. El acuerdo asociativo de sus integrantes ha de ser duradero, y no meramente transitorio. Debe existir voluntad de perpetuidad.
- d) El fin de la organización debe ser la voluntad de delinquir. Es decir, debe existir una “voluntad colectiva, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar”¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹¹ En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 415 / 2005, de 23 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 50 / 2007, de 19 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 480 / 2009, de 22 de mayo.

¹⁴⁹² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 911

¹⁴⁹³ CÍRCULAR núm. 2 / 2011..., *cit.*, p. 11.

¹⁴⁹⁴ STS (Sala 2ª), núm. 745 / 2008, de 25 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 41 / 2009, de 20 de enero.

B) Grupo criminal

El **art. 570 ter del Código Penal** define el grupo criminal como “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

Aparece definido el grupo criminal como figura de carácter residual frente al concepto de organización criminal, si bien coincide con la organización criminal en determinados elementos definitorios, como su integración por más de dos personas y que su fin sea la comisión concertada de delitos, se perfila sobre la falta de alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo 570 bis.

Como indica LUZÓN CÁNOVAS “se configura pues el grupo criminal por exclusión de las características que definen la organización siendo sólo imprescindible que se trate como mínimo de tres personas concertadas para la perpetración de delitos”¹⁴⁹⁵. De este modo, se reducen los elementos definidores de las organizaciones criminales como son: su carácter estable o por tiempo indefinido, y la coordinación de sus integrantes con reparto de roles y funciones¹⁴⁹⁶.

La Circular 2 / 2011 establece que “para delimitar el ámbito del grupo criminal del de la organización criminal, la diferencia reside en la existencia de una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido en las organizaciones criminales, mientras que el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos) pero puede carecer de una estructuración organizativa perfectamente definida, o puede contar con una estructura organizativa interna pero no perpetuarse en el tiempo”¹⁴⁹⁷.

A diferencia de las organizaciones criminales, la normativa internacional sobre esta materia no exige a los Estados parte la tipificación como delito de estos grupos¹⁴⁹⁸. Además, señala SÚAREZ LÓPEZ que la tipificación de los grupos criminales con el fin de dar cobertura legal a las estructuras criminales transitorias quedaba “más que cumplida con los múltiples y más eficaces tipos cualificados por “pertenencia” a una organización o asociación”¹⁴⁹⁹, en los que se ha previsto que dichas organizaciones o asociaciones fueran transitorias¹⁵⁰⁰.

Tales subtipos agravados fueron interpretados restrictivamente por la jurisprudencia al señalar que “no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima

¹⁴⁹⁵ LUZÓN CÁNOVAS, M.: “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 3, 2011. Se puede consultar en <http://www.el.derecho.com>

¹⁴⁹⁶ MUÑOZ CONDE.: *Op. cit.*, p. 910.

¹⁴⁹⁷ CÍRCULAR núm. 2 / 2011..., *cit.*, pp. 20 y 21.

¹⁴⁹⁸ SÁINZ CANTERO CAPARRÓS.: *Op. cit.*, pp. 1192 y 1193.

¹⁴⁹⁹ SÚAREZ LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 103

¹⁵⁰⁰ SÁINZ CANTERO CAPARRÓS.: *Op. cit.*, p. 1203.

permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeinencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal¹⁵⁰¹.

El Preámbulo de la LO 5 / 2010 justifica la tipificación del grupo criminal por separado de la organización delictiva al establecer que *la necesidad de responder a otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Por ello se definen los grupos criminales en el art. 570 ter como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.*

Por tanto, lo determinante es que la asociación de más de dos personas que actúen de forma concertada para la perpetración de un plan criminal, garantiza la consumación del plan con cierta independencia de los miembros del grupo criminal lo que dificulta la persecución policial y judicial, agravando el daño para la sociedad.

Es de destacar, que la tipificación autónoma del grupo criminal ha permitido una adecuada persecución de actividades delictivas frecuentes que inciden en la seguridad ciudadana, por parte de estas asociaciones criminales sin vocación de permanencia, ni estructura estable, tales como hurtos, robos, estafas, delitos contra la propiedad o tráfico de drogas, como es el caso de grupos familiares dedicados habitualmente a dicho tráfico.

También, permite diferenciar dichas asociaciones criminales de estructuras complejas que operan a nivel internacional, como los cárteles dedicados al tráfico de drogas o una organización dedicada a la trata de personas, “pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad y va a permitir guardar la debida proporcionalidad punitiva como respuesta a los hechos a los que se aplican tales tipos delictivos”¹⁵⁰².

A juicio de SAÍNZ CANTERO la fórmula utilizada por el legislador al definir los grupos criminales es excesivamente amplia y confusa, y debería precisarse “con un mayor respeto al principio de taxatividad”¹⁵⁰³.

Si bien, se ha tratado de adaptar nuestra legislación a la normativa internacional, al incorporarse en nuestro código penal los delitos relativos a organizaciones criminales y grupos criminales, se ha olvidado como señala GONZÁLEZ RUS que el concepto de asociación ilícita adoptado por nuestra doctrina y jurisprudencia, al amparo del art. 515.1 del Código Penal, es más amplio que el propuesto en los foros internacionales,

¹⁵⁰¹ STS (Sala 2ª), núm. 1095 / 2001, de 16 de julio.

¹⁵⁰² CÍRCULAR núm. 2 / 2011..., *cit.*, p. 22.

¹⁵⁰³ SAÍNZ CANTERO CAPARRÓS.: *Op. cit.*, pp. 1203 y 1204.

pues para constituir un grupo criminal en derecho español, bastan dos personas, se incluyen las asociaciones transitorias, y cualquier clase y gravedad de delito que se persiga cometer¹⁵⁰⁴.

2. EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL

En la evolución legislativa del ordenamiento jurídico español no se ha contenido una definición de delincuencia organizada, hasta la LO 5 / 99 de de 13 de enero¹⁵⁰⁵, por la que se modificaba la LECr en materia de técnicas de investigación criminal del crimen organizado, concretamente, la figura del agente encubierto. Si bien, dicha definición regía únicamente, para la asociación criminal prevista en el apartado primero del art. 515 del CP.

El **art. 282 bis 4** establecía que:

“A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considera como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- c) Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada prevista en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- h) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal,
- i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- j) Delitos de terrorismo previsto en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- k) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12 / 1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando”.

El art. 282 bis 4 contiene una definición de delincuencia organizada aplicable sólo “a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo” (relativo al agente encubierto), lo

¹⁵⁰⁴ GONZÁLEZ RUS.: *Op. cit.*, p. 582.

¹⁵⁰⁵ BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999.

que implica que tal definición no es general, sino se limita al ámbito del precepto¹⁵⁰⁶. Del tenor literal del texto legal, se desprende que el propósito del legislador no ha sido tanto incorporar una definición como “asegurarse de que determinados supuestos criminales quedan protegidos por la cobertura político - criminal que supone la lucha contra la delincuencia organizada, con vistas especialmente al expediente de confrontar las garantías constitucionales y las limitaciones y cargas penales que la reforma conlleva. Esta percepción se ve de algún modo reforzada al contemplar la pobreza y fragilidad delimitadora de los elementos constitutivos registrados en la declaración legal”¹⁵⁰⁷.

A juicio de DEL POZO PÉREZ la definición de delincuencia organizada introducida en el art 282 bis 4 de la LECR es errónea e incompleta, dado que no “debe ni puede utilizarse un listado de delitos indicando que son parcelas donde actuara la organización criminal, para definir ésta. Lo lógico hubiera sido determinar sus características o notas definitorias, sin embargo, sólo se alude a asociación de tres o más personas y permanencia o reiteración”¹⁵⁰⁸.

Opina CONDE - PUMPIDO que la definición de delincuencia organizada incorporada en tal precepto, se basa en dos condiciones: “el carácter organizado” con el que actúan sus integrantes, y la finalidad delictiva de la organización, que ha de ser la comisión de alguno o alguno de los delitos que se mencionan en *numerus clausus*¹⁵⁰⁹.

Como podemos observar, en el concepto legal que incorporaba la LECR, cabe resaltar tres elementos esenciales:

1. Asociación integrada por tres o más personas.
2. Realización permanente o reiterada de sus actividades.
3. Ejecución de actividades delictivas (alguna de las que enumera el precepto).

El primer elemento es de carácter *estructural*, al hablar el texto legal de asociaciones la pretensión del legislador no ha sido incluir las agrupaciones más o menos estables, sino estructuras. El requisito numérico es meramente secundario, excluyéndose las uniones de sólo dos sujetos. Por tanto, este primer elemento debe interpretarse en el sentido de “exigir una estructura que haga sumamente costosa la utilización de otros medios de investigación con fines procesales menos agresivos”¹⁵¹⁰.

El segundo elemento es *temporal* exigiéndose que la asociación realice “de forma permanente o reiterada” comportamientos que tengan por finalidad alguno de los delitos

¹⁵⁰⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (dir.) / CONDE - PUMPIDO TOURÓN, C / DÍAZ MARTÍNEZ, P.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal y otras leyes del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1200.

¹⁵⁰⁷ ANARTE BORALLO.: “*Conjeturas....*”, *Op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁰⁸ DEL POZO PÉREZ, M.: “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española”, *Criterio Jurídico*, Vol. 1, núm. 6, 2006, p. 272. Se puede consultar en <http://www.revistas.javerianacali.edu.co>

¹⁵⁰⁹ CONDE - PUMPIDO FERREIRO / CONDE - PUMPIDO TOURON / DÍAZ MARTÍNEZ.: *Op. cit.*, p. 1200.

¹⁵¹⁰ CHOCLAN MONTALVO.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 249.

que enumera el precepto. Por tanto, para hablar de delincuencia organizada se requiere que exista una estructura asociativa criminal, que actúe de forma permanente, con “animo de perduración”, y reiterada, lo que exige la comisión de actos delictivos diversos “integrantes de una serie de delitos, cometidos en momentos temporales diferenciados y sucesivos”. Ahora bien, no es preciso que dicha actividad permanente y reiterada sea realmente consumada, sino que sólo ha de ser el fin de la organización criminal¹⁵¹¹.

El último elemento es *finalista*, es decir, el objetivo principal de la organización criminal ha de ser la comisión de alguno o algunos de los delitos que se enumera el precepto. Si bien, la enumeración de delitos que establece el precepto es incompleta, e inexacta dado que no se corresponde con los subtipos agravados previstos en el Código Penal en esta materia¹⁵¹².

No en todas las actividades delictivas mencionadas en el precepto, concurre el plus de agravación que deriva de la comisión delictiva por una organización criminal. “Se produce pues una disociación del tratamiento sustantivo respecto del procesal. Además, en realidad, no se define lo que es la organización”¹⁵¹³.

No se puede establecer un concepto de delincuencia organizada ateniendo a los hechos ilícitos que realiza, es necesario que la comisión de dichos delitos “se impulse desde una estructura más compleja que la mera actuación de más de tres personas en grupo, que proyectan su actividad a una pluralidad de delitos más allá de una esporádica actuación, pues ello todavía no aclara en qué consiste el plus de desvalor que resulta de una actuación llevada a cabo por una empresa criminal”¹⁵¹⁴.

No es válido establecer el mencionado concepto en función de los delitos que enumera el artículo 282 bis, dado que a efectos penales la comisión a través de una organización, no concurre en todos los supuestos del apartado cuarto del mencionado precepto.

En el Código penal del 95 es determinante en los delitos de terrorismo (tipificándose la pertenencia a banda armada u organización terrorista); en los delitos contra la salud pública, blanqueo de capitales, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, y prostitución de menores (en los que se introducen subtipos agravados); y en los delitos de contrabando, previsto en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12 / 1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando.

Por otro lado, la norma debe adaptarse a la sociedad, y a la continua evolución del fenómeno de la delincuencia organizada, por lo que tratar de establecer una definición a partir de un *numerus clausus* de actividades criminales, limita la investigación de otras actividades delictivas en las que interviene la criminalidad organizada. Por lo tanto, resulta necesario que el legislador revise los tipos enumerados en el precepto e incluya

¹⁵¹¹ CONDE - PUMPIDO FERREIRO / CONDE - PUMPIDO TOURON / DÍAZ MARTÍNEZ.: *Op. cit.*, p. 1200.

¹⁵¹² GONZÁLEZ RUS.: *Op. cit.*, p. 569.

¹⁵¹³ ANARTE BORALLO.: “*Conjeturas....*”, *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

¹⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 249.

los que no se mencionan, y trate de establecer una definición de delincuencia organizada no enumerando sus actividades delictivas, sino destacando sus notas características¹⁵¹⁵.

Tras la LO 5 / 2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal, cuya disposición final primera modifica la LECR, la redacción vigente del **artículo 282 bis** de la **LECR** es la siguiente:

“A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considera como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a. Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el art. 156 bis del Código Penal.
- b. Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c. Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d. Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g. Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada prevista en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j. Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k. Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l. Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n. Delitos de terrorismo previsto en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o. Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12 / 1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando”.

Cabe destacar que a pesar de las notas de “permanencia y reiteración” que se emplean en el precepto, el legislador incluye expresamente las organizaciones transitorias, siendo suficiente “una mínima permanencia” que la diferencie de la codelinquencia. Cabe

¹⁵¹⁵ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 273.

incluso la constitución de una organización para una operación específica siempre que concurren los elementos propios de una organización criminal: un centro de poder, una estructura jerarquizada, y fungibilidad de sus miembros que garantice la persistencia del proyecto criminal¹⁵¹⁶.

Como podemos observar, tras la reforma del apartado 4 del art. 282 bis, y ante la diversificación de la actividad delictiva de la moderna delincuencia organizada, se incluyen entre los delitos propios de la misma, los siguientes: a) delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el art. 156 bis del Código Penal; b) delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal; c) delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal; d) delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

Ciertamente el artículo 282 bis de la LECR establece un concepto excesivamente amplio de delincuencia organizada. El legislador no especifica que es una organización criminal, ni las características que ha de reunir la misma. La exigencia de estructura organizada y el carácter permanente de la misma, constituyen los elementos más significativos del concepto establecido por el artículo 282 bis. Si bien, es insuficiente para establecer un concepto sustantivo de criminalidad organizada.

¹⁵¹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 501 / 2010, de 4 de junio.

Capítulo V

CONCEPTO JURISPRUDENCIAL

No existe hasta el momento una definición concreta de organización criminal en la Jurisprudencia que pudiera utilizarse como concepto general¹⁵¹⁷.

No se ha conseguido una línea jurisprudencial unánime, sino que existen diversas posturas en las sentencias del Tribunal Supremo, lo que pone de manifiesto la necesidad de perfilar un concepto uniforme¹⁵¹⁸.

Cabe resaltar que la Jurisprudencia ha abordado el concepto de organización criminal únicamente en referencia al tipo agravado de organización en el delito de tráfico ilegal de drogas tipificado en el art. 369. 6º del Código Penal del 95. En el que se preveía una agravación del tipo básico del delito de tráfico ilegal de drogas cuando el culpable “perteneциere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviera como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional”.

La *ratio* a la que obedece esta agravación es el plus de peligrosidad que implica para el bien jurídico (salud pública) la comisión del delito por una organización criminal, por la persistencia del plan criminal que la organización representa¹⁵¹⁹.

Con el fin de diferenciar la organización del subtipo agravado de la mera coautoría del delito básico el TS¹⁵²⁰ ha venido a establecer que el concierto de una pluralidad de personas para la comisión de un hecho delictivo, no es suficiente para la existencia de una organización. Para que pueda aplicarse la agravación tiene que haber algo más que la actuación concertada de varias personas para delinquir¹⁵²¹.

Ciertamente no puede confundirse la organización a la que se refiere el art. 369.6ª del Código Penal con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, aunque ambos supuestos presenten rasgos comunes¹⁵²². En caso contrario, se estaría desnaturalizando el concepto de organización, por lo que la Jurisprudencia ha procurado “buscar criterios que integren su contenido evitando que la presente agravación pueda ser aplicada tanto al cártel que opera internacionalmente como al grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad (...)”¹⁵²³.

¹⁵¹⁷ CHOCLÁN MONTALVO.: “Criminalidad...”, *Op. cit.*, p. 246.

¹⁵¹⁸ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 51.

¹⁵¹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 184 / 2002, de 12 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 942 / 2000, de 2 de junio.

¹⁵²⁰ STS (Sala 2ª), núm. 864 / 1996, 18 de abril.

¹⁵²¹ STS (Sala 2ª), núm. 808 / 2005, de 23 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 759 / 2003, de 23 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1850 / 2002, de 3 de diciembre.

¹⁵²² STS (Sala 2ª), núm. 759 / 2003, de 23 de mayo.

¹⁵²³ STS (Sala 2ª), núm. 57 / 2003, de 23 de enero.

No obstante, la Jurisprudencia, como veremos, ha sido vacilante, sin que haya aportado un concepto determinado.

Se ha afrontado el concepto normativo a partir de la concurrencia de requisitos que deben darse para apreciarse el subtipo agravado. Así, se requiere una pluralidad de personas que actúen de forma concertada y coordinada, con estructura jerarquizada, distribución de roles y funciones, y con medios adecuados para ejecutar sus actividades criminales. Tal postura se recoge en sentencias como la STS (Sala 2ª), núm. 633 / 1993 de 17 de marzo, dónde se alude a una pluralidad de personas que actúan de forma concertada para la realización de un plan criminal, mediante distribución de funciones, y la STS (Sala 2ª), núm. 937 / 1994, de 3 de mayo en la que se establece que la organización criminal requiere la existencia de dos o más personas que se concierten y coordinen para un plan criminal, sin que sea necesario que la organización sea “más o menos perfecta, más o menos permanente”¹⁵²⁴.

Pero es la STS (Sala 2ª), núm. 222 / 1995, de 19 de enero la que determina más adecuadamente las notas definitorias de la organización a efectos de aplicar la agravación. Se exige pluralidad de personas, estructura jerarquizada con un centro de poder y diversos niveles jerárquicos, con fungibilidad de sus integrantes de modo que se garantice la ejecución del plan criminal con independencia de sus integrantes, dificultando la persecución de sus actividades criminales, incrementado al mismo tiempo el daño ocasionado para la sociedad.

La Jurisprudencia ha venido precisando el concepto de organización añadiendo a los elementos mencionados en sentencias anteriores otras notas, como el empleo de medios idóneos¹⁵²⁵; una cierta jerarquización¹⁵²⁶; la distribución de cometidos y una cierta supervisión¹⁵²⁷; la continuidad temporal del plan más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelinencia¹⁵²⁸; el empleo de medios de comunicación no habituales¹⁵²⁹.

Por otro lado, la fungibilidad de los miembros de la organización, como elemento principal se reconoció por la Audiencia Nacional al establecer que:

“La organización que opera como una agravante del delito del art. 344 del CP requiere ante todo que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que

¹⁵²⁴ En el mismo sentido, se pronuncian la STS (Sala 2ª), núm. 210 / 1995, de 14 de febrero y STS (Sala 2ª), núm. 864 / 1996, de 18 de noviembre añadiendo esta última que “lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o el plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito. Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización”.

¹⁵²⁵ STS (Sala 2ª), núm. 797 / 1995, de 24 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 1867 / 2002, de 7 de noviembre.

¹⁵²⁶ STS (Sala 2ª), núm. 867 / 1996, de 12 de noviembre;

¹⁵²⁷ STS (Sala 2ª), núm. 867 / 1998, de 6 de abril.

¹⁵²⁸ STS (Sala 2ª), núm. 936 / 1994, de 3 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 964 / 1999, de 10 de junio.

¹⁵²⁹ STS (Sala 2ª), núm. 785 / 1991, de 8 de febrero.

dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente, de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal¹⁵³⁰.

La vocación de permanencia como nota diferenciadora de la organización criminal frente a la codelincuencia, se ha venido estableciendo en varias sentencias¹⁵³¹. Igualmente, se señala que la delincuencia organizada puede valerse de una o más organizaciones pero no se confunde con ellas en el sentido estricto de la agravante¹⁵³².

Así, se trata de una organización más fuerte, con estructura más consolidada, con vocación de permanencia que se caracteriza por las siguientes notas: 1. Estructura organizativa de tipo jerárquico. Y de tipo piramidal, en cuyo vértice se sitúa el jefe, quién imparte las ordenes a los situados en los niveles inferiores. 2. Vocación de continuidad en la comisión de sus actividades delictivas. 3. Disposición de cuantiosos medios económicos y empleo de los avances tecnológicos más avanzados. 4. Ámbito de actuación a nivel internacional¹⁵³³.

Por otra parte, cabe destacar la STS (Sala 2ª), núm. 6202 / 2001, de 16 de julio en la que se utiliza la expresión de “empresa criminal”. Si bien, no aporta nada relevante, aplica la agravante al transporte por vía marítima de diversas toneladas de cocaína señalando que no es necesaria una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia”, por lo que es posible una organización constituida para una operación específica.

En opinión de MONTERO LA RUBIA “la diferencia entre organización y codelincuencia no queda justificada al aplicar la agravación a todos los que participaron en el traslado de la droga que por su notoria importancia, precisa de medios y organización como los empleados. En este caso concreto si se aplica la hiperagravante de extrema gravedad, no se hizo en casos similares por el mismo tribunal”¹⁵³⁴.

La Jurisprudencia admitió la existencia de organización en el caso de subcontrata. Es decir, la contratación de una organización por otra superior para la realización del hecho delictivo. Así, se contempla el abordaje en alta mar de una embarcación que contenía una gran cantidad de droga, cuyo transporte realiza un grupo independiente al Cártel de Bogotá, que concertó la operación con los narcotraficantes gallegos a los que se destinaba la droga. Señala la sentencia¹⁵³⁵: “Los contactos que la tripulación del Tammsaare mantuvo con el representante de la logística del Cartel de Bogotá iban encaminadas a la consecución de los siguientes objetivos: en el Tammsaare ya se habían realizado las obras de acondicionamiento en orden a la construcción del oportuno

¹⁵³⁰ SAN núm. 32 / 1995, de 19 de enero.

¹⁵³¹ STS (Sala 2ª), núm. 933 / 1998, de 16 de octubre.

¹⁵³² STS (Sala 2ª), núm. 1837 / 2000, de 28 de noviembre.

¹⁵³³ MONTERO LA RUBIA.: *Op. cit.*, p. 54.

¹⁵³⁴ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

¹⁵³⁵ STS (Sala 2ª), núm. 919 / 2004, de 12 de julio.

habitáculo, idóneo para ocultar la sustancia estupefaciente bien durante los largos viajes marítimos, bien en el propio puerto panameño de Colón, y en el interior de tal habitáculo se habían ya introducido los 329 fardos de cocaína con el pleno conocimiento de todos y cada uno de los miembros de la tripulación cuya misión específica consistía ahora en navegar de nuevo desde el puerto de Colón, a través del Océano Atlántico, hasta alcanzar el punto de encuentro con la embarcación del grupo gallego elegido por el acusado Lázaro, situado entre las Azores y las Islas Canarias, para hacer allí el transporte de la cocaína participando todos activamente en dichas labores que quedaron abortadas con el abordaje y apresamiento del buque, en el que no viajaba representante alguno de la organización colombiana para contratar la sustancia estupefaciente. Señala el juzgador que los tripulantes de la embarcación del Tammsaare no se integran en la organización de Lázaro, pero sí constituyen un grupo organizado, una organización contratada por otra superior para la realización del hecho delictivo. Ello se desprende de la necesaria coordinación y reparto de papeles para la realización de los trabajos de acondicionamiento del barco, para la ocultación de la droga que conocían todos los tripulantes y la navegación desde el punto de origen hasta Panamá y el punto donde se produjo el abordaje y el previsto traslado de la droga hasta el barco gallego”.

Dado que no se ha impuesto ninguna postura jurisprudencial en torno al concepto de organización criminal, se trata de un concepto indeterminado, por lo que habrá que estar a las peculiaridades de cada caso para determinar si existe o no organización. Así, se señala que:

“Debe añadirse que aunque por desgracia sea frecuente y ello constituya la forma más grave en esta modalidad de delito, no es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico, a veces con conexiones a nivel internacional o mundial, ni tampoco que tenga un organigrama complejo tipo mafia, ni menos aún que se adopte una determinada forma jurídica que sirva de fachada para tapar estas actividades que necesitan de la clandestinidad para poder ser más eficaces y burlar así mejor la vigilancia de los distintos Estados, así como que tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma organización se dedique además, a otras actividades que sean lícitas. Pero, precisamente por la clandestinidad con la que normalmente se actúa en estos casos, el problema fundamental radica en la fijación de unos criterios, más o menos amplios y flexibles, necesarios para precisar este concepto, por su propia naturaleza indeterminado, sino en lo concerniente a su prueba, para cuya solución obviamente habrá de estarse a las peculiaridades de cada caso, si bien teniendo en cuenta que, desde luego, no puede exigirse que quede acreditada la forma concreta en que aparece cada uno de los elementos que, conforme antes se ha dicho, delimitan este concepto”¹⁵³⁶.

De este modo, en STS (Sala 2ª), núm. 233 / 2008, de 5 de mayo se reconoce la concurrencia de una organización al afirmar que:

“(…). En línea con lo que ya declaramos en nuestra STS 763 / 2007, de 26 de septiembre, es más que probable que la distribución clandestina de mucho más de dos

¹⁵³⁶ STS (Sala 2ª), núm. 370 / 2004, de 17 de marzo.

toneladas de cocaína no sea imaginable sin el apoyo logístico de una organización profesionalmente dedicada a tal objetivo. El coste económico de la droga, la definición de una ruta que implica cruzar el océano Atlántico y, en fin, la ineludible exigencia de contactos en el lugar de destino, sugiere un entramado organizativo, con distribución funcional de responsabilidades, sin el cual la operación nunca podría llevarse a efecto (...).”

Lo que justifica en este caso la aplicación de la agravación del art. 369.1, 2ª (tras la LO 15 / 2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la LO 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) no es que la droga haya sido distribuida por una organización, sino que el culpable perteneciera a la misma.

En la mencionada sentencia, se hace referencia además, a la STS (Sala 2ª), núm.763 / 2007 de 26 de septiembre en línea con lo resuelto en las SSTS (Sala 2ª), núm. 1601/ 2005, de 22 de diciembre y núm 808 / 2005, de 23 de junio , entre otras, al señalar que en el concepto de organización o asociación debe incluirse “cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas y funciones entre ellas y que posea una vocación permanente en el tiempo”. Tales criterios jurisprudenciales permiten diferenciar entre la organización y la mera codelinquencia, a la hora de aplicar la agravación.

La *ratio legis* de la cualificación es la existencia de una pluralidad de personas con organigrama y planificación previa, con disponibilidad de medios idóneos para los fines delictivos, con capacidad para realizar operaciones de gran envergadura, lo que dificulta al Estado la persecución de tales redes criminales¹⁵³⁷.

Uno de los elementos fundamentales de la organización que permite diferenciarla del mero concurso de personas es la actuación concertada y coordinada de sus integrantes para la comisión de su actividad delictiva, como manifestación de la voluntad colectiva, con distribución de tareas y funciones. Con lo que refuerza su capacidad delictiva y dificulta su persecución.

La STS (Sala 2º), núm. 26 / 2009, de 22 de enero, señala que:

“(...). Según precedentes jurisprudenciales de esta Sala. Por todas STS 727 / 2008, de 5 de noviembre, el elemento diferencial de la organización, respecto del concurso de personas, consiste en la reunión de un número de personas vinculadas por una finalidad común que debe ser alcanzada mediante el sometimiento de la voluntad de cada uno a la decisión del conjunto, con una distribución de tareas adecuadas para la comisión de uno o varios delitos. Por lo que el concepto de organización a los efectos del delito de tráfico de drogas no consiste sólo en un acuerdo de voluntades referido a una manera de actuar, sino que requiere una actuación conjunta en la forma de una organización en la que quepa distinguir un sistema de jerarquías, aunque sea informal, de los miembros, una actividad mercantil ilícita y la ejecución controlada de la ejecución de los delitos o del delito. No se trata, por lo tanto, de los instrumentos más o menos modernos que utilicen

¹⁵³⁷ STS (Sala 2ª), núm. 808 / 2005, de 23 de junio.

los partícipes para comunicarse entre sí o para llevar a cabo el transporte, sino de una estructuración del grupo adoptando especiales medidas para neutralizar la persecución del delito y conseguir de esta manera un aumento cualitativo de la capacidad delictiva (...).”

Si bien, se destacaba el carácter permanente de la organización como uno de sus rasgos característicos, el legislador incluye expresamente las organizaciones transitorias, por lo que la jurisprudencia española ha interpretado que es suficiente “una mínima permanencia” que la diferencie de la codelinquencia.

Cabe incluso la constitución de una organización para una operación específica siempre que concurren los elementos propios de una organización criminal: un centro de poder, una estructura jerarquizada, y fungibilidad de sus miembros que garantice la persistencia del proyecto criminal¹⁵³⁸.

Es de resaltar, la STS (Sala 2ª) núm. 293 / 2011, de 14 de abril en la que se utiliza la expresión “empresa criminal”, y se expone de forma sistemática los elementos definitorios de la organización:

“1. La jurisprudencia, luego de advertir que no puede confundirse la organización a que se refiere el artículo 369 del Código Penal con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, aunque ambos supuestos presente rasgos comunes, (STS 759 / 2003 y STS 65 / 2006), ha señalado de forma sintética los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido (STS 222 / 2006, entre otras), aunque cabe la organización de carácter transitorio, como señalaba la literalidad del precepto vigente con anterioridad a la LO 5 / 2010, siempre que se aprecien los elementos propios de la organización delictiva. Igualmente, ha precisado que la agravación no debe ser aplicada a todos los casos en que concurren varias personas para la ejecución de un plan de cierta complejidad, insistiendo en que lo decisivo es, precisamente, la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una “empresa criminal”.

Justifica la Sentencia además, la agravación de la pena en función de la mayor capacidad delictiva de la organización criminal en virtud de los medios de que dispone, de su configuración como empresa criminal, lo que garantiza la ejecución del plan delictivo con independencia de sus integrantes, y de la mayor capacidad de lesión para el bien jurídico protegido.

Tras la LO 5 / 2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal, la agravante de organización prevista con anterioridad a la reforma en el art. 369.1,2ª, pasa a integrarse

¹⁵³⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1154 / 2009, de 11 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 501 / 2010, de 4 de junio.

en el nuevo art. 369 bis cuyo párrafo primero dispone que: “cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos”. Tras la reforma, la Jurisprudencia ha interpretado el concepto de organización delictiva a la luz del nuevo 369 bis¹⁵³⁹.

Como se expone en la STS (Sala 2ª), núm. 239 / 2012, de 23 de marzo, la supresión de la circunstancia 2ª del art. 369 y la nueva regulación ha traído consigo dos importantes consecuencias jurídicas: a) Los términos “transitorio” y “ocasional” utilizados en la delimitación de la agravatoria han desaparecido. b) Correlativamente se ha introducido en el Código Penal una definición auténtica de carácter general de lo que debe entenderse por “organización criminal” y como complemento el “grupo criminal”

La definición de estas dos modalidades de manifestación criminal se contiene en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II, bajo la rúbrica “De las organizaciones y grupos criminales”.

A la vista de tales reformas, es evidente que el concepto de organización criminal que manejaba la Jurisprudencia ya no resulta útil, habiéndose sustituido las notas de transitoriedad y ocasionalidad, por las del “carácter estable e indefinido”. Por lo que se viene a excluir a “las organizaciones transitorias” y se concreta como elemento esencial de toda organización criminal la permanencia y continuidad en el tiempo.

La Jurisprudencia a efectos de aplicar la cualificación prevista en el art. 369 bis, interpreta el concepto de organización conforme a lo previsto en el 570 bis del Código Penal que define la organización criminal como: “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten dichas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

Así, en la Sentencia se dice que no resulta aplicable la cualificación del 369 bis, al considerarse que en la hipótesis relatada en el *factum* no concurren las circunstancias para poder apreciar la existencia de una organización criminal:

“(…). Al faltar el carácter estable y calificarse la actuación delictiva de transitoria, falta una de las notas previstas para la cualificación. Pero además, en el relato probatorio no se describe la infraestructura material, los medios técnicos de que valían más allá del camión que debía transportar la droga, ni tampoco concreta la forma en que se encontraba estructurada la gestión coordinada entre ellos, ni la estabilidad, permanencia o continuidad en el tiempo de la misma, circunstancias precisas para proclamar que nos hallamos ante una organización criminal (...)”.

Por otra parte, cabe resaltar, que tanto en la definición de organización criminal (art. 570 bis), como en la de los grupos criminales (570 ter), la finalidad de tales grupos u

¹⁵³⁹ STS (Sala 2ª), núm. 181 / 2011, de 15 de marzo.

organizaciones ha de ser “cometer delitos”. De ello se desprende que no existirá organización criminal en la actuación concertada y coordinada de una pluralidad de personas, con reparto de funciones, cuando tenga por finalidad la comisión de un solo delito, lo que deberá valorarse atendiendo a la finalidad de cada grupo u organización¹⁵⁴⁰.

De forma más concreta, se viene a enumerar las notas definitorias de la organización criminal a efectos de aplicar el subtipo agravado, señalando: “Es claro que se está en una situación cualitativamente distinta de la mera codelinquencia. Basta recordar, que los elementos de la organización criminal para la aplicación del correspondiente subtipo agravado se integran por los siguientes:

- Pluralidad de personas.
- Coordinación entre ellas y reparto de responsabilidades.
- Cierta jerarquía.
- Utilización de medios idóneos para el fin perseguido.
- Cierta estabilidad o permanencia, aunque sea de carácter transitorio, pero una estabilidad que se mantendría aunque se alternase o cambiase alguno de los elementos personales que integran la red.

Es obvio que en este caso se dan todos los requisitos debiéndose destacar la importancia de la red y de sus contactos de aprovisionamiento, a la vista de la importancia de la cantidad de droga ocupada.

Obviamente se está en presencia de una red clandestina definida por su opacidad y capacidad de destrucción de pruebas, por lo que no se pueden pedir organigramas o documentos propios de una organización que opere en la legalidad, pero es evidente que de la investigación llevada a cabo se deriva con una certeza más allá de toda duda razonable que se está ante una organización criminal que supera la mera codelinquencia (...)¹⁵⁴¹.

Cabe concluir, a la vista de la Jurisprudencia más reciente, que no existe un concepto jurisprudencial de organización criminal que pueda utilizarse como concepto general, que se continúa abordando tal concepto mediante la enumeración de los elementos o notas características que deben concurrir a efectos de aplicar la agravación del art. 369 bis, si bien, ofreciéndose una postura restrictiva, interpretando dicho concepto a la luz del art. 570 bis del Código Penal.

Es de resaltar, que a pesar de la incorporación por la reforma del 2010 de numerosos subtipos agravados en la comisión de determinados delitos en el marco de una organización o grupo criminal, la doctrina jurisprudencial en torno al concepto de organización se ha desarrollado con ocasión de la aplicación del subtipo cualificado de pertenencia a organización delictiva, en relación con el delito de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Circular de la FGE 2 / 2011).

¹⁵⁴⁰ STS (Sala 2ª), núm. 544 / 2012, de 2 de julio.

¹⁵⁴¹ STS (Sala 2ª), núm. 612 / 2012, de 26 de junio.

Capítulo VI

PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Las opciones político - criminales del legislador al afrontar el fenómeno de la criminalidad organizada consistían en: a) la tipificación autónoma de la asociación con fines criminales, dándose en tal caso, una relación concursal de delitos con el hecho delictivo cometido en su ámbito; b) la tipificación expresa para cada delito, en la parte especial del código, mediante la incorporación de circunstancias agravantes, en los casos en que el delito se haya cometido en el contexto de una organización criminal. Con lo que se solucionaba el concurso de delitos. En nuestro derecho coexistían de *lege data* ambas opciones, pues junto a la tipificación autónoma del delito de asociación ilícita en el art. 515 y siguientes del Código Penal, se incorporan tipos agravados en la parte especial del Código, por la pertenencia del culpable a una organización¹⁵⁴².

No obstante, nuestro derecho penal se encontraba estrechamente vinculado a la criminalidad individual, y sobre ella se constituía la teoría de la autoría y participación, pero no ofrecía respuesta adecuada para” la criminalidad asociativa o de grupo”¹⁵⁴³. Se requería la elaboración de tipos penales idóneos en el que se sancione la pertenencia a organización delictiva.

Como señala CHOCLÁN MONTALVO “el art. 515 ha tenido una escasa aplicación práctica, debido a una insuficiente definición típica y, sobre todo, a la estrecha perspectiva con que la jurisprudencia ha interpretado este tipo. El problema de la delincuencia organizada, en realidad, no se ha vinculado con este delito, habiéndose preferido por el legislador la técnica de agravaciones específicas para determinados delitos graves, y en consecuencia, con importantes lagunas para la represión eficaz del crimen organizado”¹⁵⁴⁴.

Mediante el art. 515, se sancionaba la mera *pertenencia a una organización* para la comisión de un delito, si bien, el principal problema era “la indeterminación del tipo de asociación ilícita a estos fines”. Debiéndose aplicarse en todo caso, a sus autores la pena por el delito de asociación ilícita, con independencia de las penas que les pudiera corresponder por los hechos delictivos cometidos en dicho contexto¹⁵⁴⁵.

En opinión de MUÑOZ CONDE la autonomía del delito de asociación ilícita podría ser “muy importante para castigar adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada, ya que el castigo de la pertenencia o la dirección de una asociación ilícita, puede ya de por sí ser suficiente o servir de penalidad alternativa en los casos en los que no se puede imputar, conforme a las reglas generales de imputación a título de autoría y

¹⁵⁴² CHOCLÁN MONTALVO.: “Criminalidad...”, *Op. cit.*, p. 251.

¹⁵⁴³ *Ibidem*, p. 253.

¹⁵⁴⁴ CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁴⁵ CHOCLÁN MONTALVO.: “Criminalidad...”, *Op. cit.*, p. 254.

participación y a la valoración de la prueba que haga el Tribunal, a todos los miembros de la organización los hechos concretos realizados solo por algunos miembros de la misma”¹⁵⁴⁶.

No obstante, la realidad jurídica ha evidenciado la escasa aplicación práctica que ha tenido el artículo 515, y su desvinculación con la organización criminal.

Se planteaba la necesidad de cubrir lagunas legales a efectos de llevar a cabo una represión eficaz del crimen organizado. A falta de la incorporación en el Código Penal de tipos delictivos que sancionen la pertenencia a organización criminal, con definición concreta del elemento normativo relativo a la organización, serán los Tribunales los que deberán interpretar el delito de asociación ilícita contenido en el art. 515.1¹⁵⁴⁷.

La incorporación de tipos agravados en la parte especial del Código Penal, para aquellos delitos que se hayan cometido en el seno de una organización criminal como el blanqueo de capitales (art. 302), el fraude fiscal o a la Seguridad social (art. 305. 1 b) y 307.1 b), el depósito de armas o explosivos (art. 569), el tráfico ilegal de drogas (art. 369.6 y 370 y 371.2)¹⁵⁴⁸ era insuficiente para dar respuesta al fenómeno de la delincuencia organizada, que no se limita a dichas manifestaciones delictivas y que, precisan sanciones penales idóneas al plus de peligrosidad que implica la comisión de actividades criminales en el seno del crimen organizado. Sin embargo, la aplicación de la relación concursal entre el delito de asociación ilícita y el delito cometido en su ámbito, permitía satisfacer en parte esa necesidad de aplicar una mayor sanción¹⁵⁴⁹.

En opinión de CHOCLÁN MONTALVO sancionar la mera pertenencia a una organización criminal no lleva a un Derecho penal de autor, sino que se configura como delito de peligro en el que se anticipa la tutela penal frente a las posibles lesiones a bienes jurídicos¹⁵⁵⁰. Sin embargo, FERRÉ OLIVÉ en contra de ello, destaca que “no puede sancionarse penalmente la simple pertenencia a una organización criminal o su dirección, porque nos llevaría a un derecho penal de autor y no del hecho, y a un claro ejemplo de responsabilidad objetiva”¹⁵⁵¹.

Tras la reforma de la LO 5 / 2010, como ya se ha avanzado, en el derecho español se pasó de la “doble” a la “triple” vía en la represión de la criminalidad organizada¹⁵⁵². Entre las modificaciones incorporadas por la LO 5 / 2010 destaca la regulación en el art. 369 bis del CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, y la incorporación del Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, relativo a “organizaciones y grupos criminales”, introduciéndose expresamente las

¹⁵⁴⁶ MUÑOZ CONDE.: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en *Delincuencia....*, *Op. cit.*, p. 152.

¹⁵⁴⁷ CHOCLÁN MONTALVO.: “Criminalidad....”, *Op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁴⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: “Función...”, *Op. cit.*, pp. 646 y 647.

¹⁵⁴⁹ CHOCLÁN MONTALVO.: “Criminalidad....”, *Op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 258.

¹⁵⁵¹ FERRÉ OLIVÉ.: “Blanqueo de capitales y criminalidad organizada” en *Delincuencia....*, *Op. cit.*, p. 92.

¹⁵⁵² GÓNZALEZ RUS, JJ.: “La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, p. 19. Se puede consultar en [http://: www. revistas. um. es](http://www.revistas.um.es)

conductas de dirección y pertenencia a organización y grupo criminal, diferenciándose entre ambos conceptos, y ofreciendo definiciones auténticas de ambas figuras criminales en los artículos 570 bis y 570 ter respectivamente. “Ambas novedades legales generan importantes cuestiones jurídicas de carácter concursal derivadas de la posibilidad de que una conducta de tráfico de drogas realizada perteneciendo a una organización criminal pueda incurrir en tipos penales regulados en diversas normas”¹⁵⁵³.

La especial incidencia de la criminalidad organizada en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas determinó la incorporación por LO 1 / 1988 de una agravación específica en el art. 344 bis a) 6º del Código Penal de 1973 cuando “el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional”.

Por LO 10 / 1995, de 25 de noviembre pasó a tipificarse en la circunstancia 6ª del art. 369, si bien, se añadió la expresión “pertenencia a una asociación”; pasando a regularse en los mismos términos en la circunstancia 2ª del art. 369 por la LO 15 / 2003, de 25 de noviembre.

La LO 5 / 2010 ha venido a suprimir la circunstancia 2ª del art. 369, tipificando la pertenencia a organización delictiva de forma individualizada configurándose como subtipo agravado en el nuevo art. 369 bis del CP, en cuyo primer párrafo se establece que “cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos”.

Como se puede observar la LO 5 / 2010 no sólo ha variado la colocación sistemática de la agravante de pertenencia a organización delictiva, sino que ha modificado su contenido material dado que la nueva redacción del precepto, se sanciona a quién perteneciendo a una organización delictiva realizara alguna de las conductas del artículo 368, y se suprime la referencia a las organizaciones de carácter transitorio, y la expresa finalidad de la organización de difundir las sustancias o productos aun de forma ocasional. Estableciéndose distinta penalidad según se trate de sustancias que causen o no grave daño a la salud de las personas¹⁵⁵⁴.

La supresión de los términos “transitorio” y “ocasional” como caracteres propios de la organización criminal, están en consonancia con una de las novedades más importantes de la reforma, como ha sido la delimitación del concepto de organización en el art. 570 bis que establece:

“A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de

¹⁵⁵³ CÍRCULAR FGE, núm. 3 / 2011, de 13 de Octubre, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5 / 2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico de drogas y precursores, p. 2

¹⁵⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, JM (dir.) / PASTOR MUÑOZ, N / FAHOURI GÓMEZ, Y.: *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 564 y 565.

manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas y funciones con el fin de cometer delitos”.

A la vista de tales reformas, es evidente que el concepto de organización criminal que manejaba la Jurisprudencia ya no resulta útil, habiéndose sustituido las notas de transitoriedad y ocasionalidad, por las del “carácter estable e indefinido”. Por lo que se viene a excluir a “las organizaciones transitorias” y se concreta como elemento esencial de toda organización criminal la permanencia y continuidad en el tiempo¹⁵⁵⁵.

La Jurisprudencia a efectos de aplicar la cualificación prevista en el art. 369 bis, interpreta el concepto de organización conforme a lo previsto en el 570 bis del CP.

Para la interpretación del concepto de pertenencia a organización que incorpora expresamente el art. 570 bis (entre otras conductas típicas) puede ser utilizada la doctrina elaborada por los tribunales en relación con las organizaciones terroristas, sin olvidar que no concurre aquí, la finalidad de perturbar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional. De acuerdo con esta doctrina el concepto de pertenencia o integración tiene “un carácter más o menos permanente, nunca esporádico y exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la organización, esto es, participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierte en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo”¹⁵⁵⁶.

A ello ha aludido la Jurisprudencia, que ha identificado en algunas sentencias los términos “integrante” y “miembro activo” en los términos en los que aparece en la STS de 31 de marzo del 2010 “los integrantes de la banda, organización o grupo - que se suelen denominar miembros activos - son las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, la comisión de delitos de manera organizada. La intervención activa no equivale tanto a la futura autoría o coparticipación en los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así, serán integrantes - miembros activos - los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente”.

Por otro lado, el art. 369 bis exige que el culpable “perteneciere” a una organización delictiva. La norma legal no utiliza la expresión colaboración con una organización, sino que habla de pertenencia a la misma, que equivale a ser integrante de la organización. Por tanto, no se aplicará esta cualificación a aquellas personas que sean contratadas para una tarea. No debe confundirse la pertenencia a la organización con la mera colaboración¹⁵⁵⁷. La simple colaboración con la organización se tendrá en cuenta en la individualización judicial de la pena¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵⁵ STS (Sala 2ª), núm. 239 / 2012, de 23 de marzo.

¹⁵⁵⁶ CÍRCULAR 2 / 2011..., *cit.*, p. 15.

¹⁵⁵⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1090 / 2005, de 15 de septiembre; STS (Sala 2ª), núm. 808 / 2005, de 23 de junio.

¹⁵⁵⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1090 / 2005, de 15 de septiembre.

Es de resaltar la STS (Sala 2ª), núm. 773 / 2010, de 15 de septiembre , en la que se dice que no resulta aplicable a la tripulación del barco la cualificación del 369 bis, al considerarse que en la hipótesis relatada en el *factum* no concurren elementos suficientes para deducir su integración en la organización criminal.

El *factum* habla de una tripulación y un capitán de nacionalidad griega, y de un ciudadano italiano que utilizó nombre falso para comprar la embarcación en la que se cargó la droga. Del mismo modo, se manifestó que el barco salió oficialmente del puerto de Rotterdam con destino a Split (Croacia), y que navegó bajo bandera finlandesa.

La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico tercero, añade otras consideraciones que, si bien pueden ser muy apropiadas respecto al coprocesado Luca M, en cuanto que “siendo de profesión panadero, es ilógico deducir que la compra del barco y la falsificación de la carta de identidad para los trámites de la transmisión del mismo, constituyendo una sociedad denominada Rosso L, sea una actividad sustentada con medios propios, por lo que se infiere la posible conexión con una organización delictiva de carácter permanente, dada la elevada inversión y el futuro proyecto de trabajo ofrecido a Martino R. de contable”, resultan insuficientes con respecto a los simples miembros de la tripulación, cuya participación en una trama organizada se dice que “viene determinada por el hecho de que ellos se conocían entre sí, tal como manifestaron en las actuaciones, siendo personas que trabajan en la actividad marítima (...) desde hace tiempo y son conocedores de la actividad desarrollada, sin haber percibido sus salarios muchos de ellos, que se desplazan, hasta Rotterdam desde Grecia, y reembarcan en un carguero, al que cambian de destino en las proximidades de Madeira (...)”.

Eran marineros, se conocían entre sí, algunos no cobraron por anticipado, siéndole cambiado, en ruta, el destino al barco en el que trabajan. Como se ve, su profesión, nacionalidad común y conocimiento entre sí, no parece que sean elementos suficientes para deducir su integración en “la organización”, de acuerdo con los parámetros jurisprudencialmente exigidos. Tampoco puede ser atribuible a los meros tripulantes el cambio de rumbo en la travesía, que si es imputable a alguien ha de serlo respecto del armador que iba a bordo, y respecto del capitán de la embarcación, ninguno de cuyos miembros de su tripulación consta que le hubiera tenido que sustituir en momento alguno en tal función (...)”.

También en relación con los subtipos de pertenencia a organización el Tribunal Supremo ha venido delimitando sus requisitos configuradores, que sintetiza del siguiente modo:

- Organización,
- distribución de funciones,
- estabilidad en el tiempo,
- financiación,
- jerarquía¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁹ STS (Sala 2ª), núm. 453 / 2010, de 11 de mayo.

Por otra parte, “dada la diversidad conceptual que la vigente regulación atribuye a las posibles conductas delictivas concertadas por varios sujetos, la adecuada interpretación de los tipos penales requiere la delimitación del alcance que el vigente Código Penal atribuye a los supuestos de codelincuencia, grupo organizado y organización criminal”¹⁵⁶⁰.

Los requisitos contenidos en el art. 570 bis al definir la organización criminal (pluralidad de personas, actividad criminal indefinida o estable, distribución de funciones o cometidos, plan concertado y coordinado) permiten diferenciar los supuestos en los que concurre una organización respecto a los casos en que se trata de simple codelincuencia o coparticipación para la comisión de un delito¹⁵⁶¹. La Jurisprudencia había venido subrayando que para que pueda apreciarse la existencia de organización criminal tiene que haber algo más que la actuación concertada de varias personas para delinquir¹⁵⁶².

Cabe destacar, que en lo esencial, a través de la reforma de la LO 5 / 2010 se ha incorporado en nuestro texto legal, el concepto de organización criminal que, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, había sido objeto de una consolidada doctrina jurisprudencial, que exigía la concurrencia de determinados requisitos para apreciar la existencia de organización criminal. Así, se dispone que:

“La mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de comercio o papeles y el empleo de medios idóneos que superen los habituales en supuestos de delitos semejantes. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión”¹⁵⁶³.

Por lo que se refiere a la delimitación entre organización y grupo criminal ha quedado limitado por la definición de grupo criminal incorporada por el legislador sobre los requisitos negativos de no concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias de la organización criminal.

Siendo mayores las dificultades al tratar de diferenciar entre el delito de pertenencia a organización criminal o grupo criminal y otras formas de codelincuencia estableciendo

¹⁵⁶⁰ CÍRCULAR 3 / 2011..., *cít.*, p. 15.

¹⁵⁶¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 1074.

¹⁵⁶² STS (Sala 2ª), núm. 808 / 2005, de 23 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 759 / 2003, de 23 de mayo.

¹⁵⁶³ STS (Sala 2ª), núm. 65 / 2006, de 2 de febrero

la Circular de la FGE 2 / 2011 que “se valorará la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenderá la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros”¹⁵⁶⁴.

De forma más concreta, se viene a enumerar las notas definitorias de la organización criminal a efectos de aplicar el subtipo agravado en STS (Sala 2ª), núm. 612 / 2012, de 26 de junio¹⁵⁶⁵, al señalar que:

“Es claro que se está en una situación cualitativamente distinta de la mera codelincuencia. Basta recordar, que los elementos de la organización criminal para la aplicación del correspondiente subtipo agravado se integran por los siguientes:

- Pluralidad de personas.
- Coordinación entre ellas y reparto de responsabilidades.
- Cierta jerarquía.
- Utilización de medios idóneos para el fin perseguido.
- Cierta estabilidad o permanencia, aunque sea de carácter transitorio, pero una estabilidad que se mantendría aunque se alternase o cambiase alguno de los elementos personales que integran la red”.

Además, la nueva regulación en el art. 369 bis del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización criminal, junto a la tipificación autónoma de los delitos de pertenencia a organización y grupo criminal en el art. 570 bis y 570 ter, respectivamente, como se ha expuesto más arriba, genera importantes cuestiones jurídicas de carácter concursal.

En primer lugar, se plantea la relación concursal con el delito de asociación ilícita del art. 515.1 del Código Penal. Tras la reforma de la LO 5 / 2010 se suprime los arts. 515.2 y 516 CP, y se mantiene el resto de la regulación de las asociaciones ilícitas tipificadas en el 515.

La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal plantea un conflicto de normas cuando el supuesto de hecho planteado puede ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en el art. 515.1 y 570 bis del Código Penal. Es decir, cuando se trate de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales, supuesto que coincide con los elementos que configuran el tipo del art. 570 bis.

El legislador ha previsto en el **art. 570 quáter 2**, in fine del CP que:

¹⁵⁶⁴ CÍRCULAR 2 / 2011..., *cit*, pp. 25 y 26.

¹⁵⁶⁵ En la que se hace referencia a la STS (Sala 2ª), núm. 2007 / 2012, de 26 de junio o a la STS (Sala 2ª), núm. 579 / 2012, de 26 de junio.

“En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuviesen comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8”.

Por tanto, cuando se plantee un conflicto de normas entre el artículo 515.1 y el 570 bis del CP, se resolverá conforme al criterio de alternatividad previsto en la regla 4ª del artículo 8, es decir, aplicando el tipo con pena más grave, como es en este caso, el 570 bis.

En segundo lugar, se plantea una relación concursal entre los delitos de organización y grupo criminal y los ilícitos penales cometidos en su seno. Tal relación concursal no plantea problemas, cuando en la tipificación de tales ilícitos no se haya previsto expresamente un subtipo agravado por pertenencia a organización, dado que los delitos de organización y grupo criminal son independientes respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen.

Se apreciará un concurso real de delitos entre los tipos del art. 570 bis o 570 ter y los específicos ilícitos penales cometidos en el ámbito de la organización o grupo criminal o a través de las mismas¹⁵⁶⁶.

Finalmente, la relación concursal entre los arts. 570 bis y 570 ter con los subtipos agravados de pertenencia a organización, asociación o grupo criminal de la parte especial del Código Penal (como los arts. 177 bis 6, 183.4, 187.4 y 188.4, 197.8, 271.c) y 276.c), 302.1, 305.1. b) y 307.1. b), 318 bis 4, 386, 369 bis, 370, 371.2).

Existen subtipos agravados que sólo contemplan la pertenencia a organización criminal y no a grupo criminal, en tal caso no se plantea conflicto de normas, sino que se aplicará un concurso real de delitos entre el tipo básico del delito cometido y el 570 ter cuando el sujeto activo del hecho ilícito ejecutado en el contexto del grupo criminal pertenezca al mismo tiempo al grupo criminal o realice otra de las conductas típicas del art. 570 ter.

Cuando el delito que se imputa, contemple un subtipo agravado por pertenencia o dirección a organización o grupo criminal, se produce un concurso de normas con los arts. 570 bis o 570 ter CP en los que se sanciona de forma autónoma la pertenencia o dirección a organización o grupo criminal, pues “precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a organización, de modo que castigar este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los art 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico vulneraría el principio *non bis in idem*”¹⁵⁶⁷.

El legislador ha previsto que en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales, el mayor desvalor del hecho de pertenecer a una organización criminal justifica la aplicación de la sanción más grave.

¹⁵⁶⁶ CÍRCULAR 2 / 2011..., *cit*, pp. 29 y 30.

¹⁵⁶⁷ CÍRCULAR 2 / 2011..., *cit*, p. 32.

Si bien, el concurso de normas entre los subtipos agravados de pertenencia a organización y grupo criminal y el 570 bis o 570 ter se produce porque en tales disposiciones se sanciona la pertenencia a organización o grupo criminal, es conveniente no olvidar que en los subtipos agravados se castigan conjuntamente dos conductas: la del delito de que se trate y la de pertenecer a organización o grupo criminal, mientras que en los arts. 570 bis y 570 ter se tipifica únicamente esta última conducta¹⁵⁶⁸.

Para resolver el conflicto, sin vulnerar el principio *non bis in idem*, se aplicará de acuerdo a lo previsto por el legislador en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso, y el tipo del delito cometido “si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado”¹⁵⁶⁹.

En opinión de GÓNZALEZ RUS la opción política criminal más adecuada para sancionar la pertenencia a organización criminal es, o a través de subtipos agravados en actividades delictivas concretas, o a través del delito de organización criminal; siempre en similares términos a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y en la DM 2008 / 841 / JAI, ya comentados. Y en todo caso, derogándose el delito de asociación criminal del art. 515.1ª cuyo mantenimiento por la reforma de la LO 5 / 2010 no ha entendido nadie¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁸ CÍRCULAR 3 / 2011..., *cit*, p. 20.

¹⁵⁶⁹ CÍRCULAR 2 / 2011..., *cit*, p. 34.

¹⁵⁷⁰ GÓNZALEZ RUS.: “*La criminalidad...*”, *Op. cit.* pp. 37 y 38. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE.: *Derecho...*, 2010, *Op. cit.*, pp. 910 y 911. CANCIO MELIÁ, M.: “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo” en DÍAZ- MAROTO VILLAREJO (dir.): *Estudio sobre la reforma del Código Penal*, Madrid, 2011, p. 654.

Capítulo VII

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Para resolver el problema de la intervención de una pluralidad de personas en la comisión de un ilícito penal, tradicionalmente la dogmática penal europea, distingue entre autoría y participación. Entre los criterios utilizados para realizar esta distinción, predomina *la teoría del dominio del hecho*, según la cual el autor del delito es el que “domina objetiva y subjetivamente” la realización del delito, sin cuya intervención el delito no podría cometerse. El partícipe, es sólo, el que “favorece, ayuda, induce o coopera” en la comisión del delito, cuya realización, depende de la voluntad del autor. No obstante, se trata de una distinción meramente conceptual, que no impide que el partícipe sea condenado con la misma pena que el autor¹⁵⁷¹.

Esta distinción, se complica, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas integradas en una organización criminal, que actúan concertadamente para la realización del proyecto criminal. En tales casos, el problema que se plantea no es sólo el castigo de todos sus integrantes por pertenencia a organización criminal, sino de quiénes sin intervenir directamente en la comisión del delito, lo planifican, y toman la decisión de su realización.

Como señala CHOCLÁN MONTALVO “a menudo la toma de decisiones desde el centro de poder tiene lugar a distancia y en momento anterior a la ejecución del delito, lo que dificulta la labor de investigación de quienes son los autores principales de estos hechos”¹⁵⁷². Este suele ser el problema de autoría y participación que se plantea en las actividades delictivas cometidas por organizaciones criminales, dedicadas al tráfico de drogas, tráfico de armas, trata de personas o blanqueo de capitales¹⁵⁷³.

La separación espacial, temporal y jerárquica entre los miembros de la organización que intervienen directamente en la ejecución material del hecho, y aquellos que desde la cúspide de poder toman las decisiones plantea el problema dogmático de la *autoría en caso de aparatos organizados de poder*¹⁵⁷⁴.

Para resolver este problema, y en concreto, en relación con los crímenes contra la humanidad y genocidios cometidos por el gobierno nacionalsocialista alemán entre 1933 y 1945, ROXÍN formuló en 1963 la tesis del “dominio de la organización” como forma autónoma de autoría mediata, según la cual se consideraba como *autores mediatos* a quienes sin participar en la ejecución material de los hechos delictivos,

¹⁵⁷¹ MUÑOZ CONDE, F.: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en *Delincuencia...*, *Op. cit.*, p. 151.

¹⁵⁷² CHOCLÁN MONTALVO.: “*Criminalidad...*”, *Op. cit.*, p. 260.

¹⁵⁷³ MUÑOZ CONDE.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 152.

¹⁵⁷⁴ CHOCLÁN MONTALVO.: “*Criminalidad...*”, *Op. cit.*, p. 262.

dominaban su realización utilizando el *aparato de poder* de organización estatal, desde el centro de poder desde dónde se daban las ordenes, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, y los intermediarios en cargados de controlar la ejecución de las ordenes.

Teoría que fue aplicada en el proceso de Eichmann, alto funcionario nazi encargado de planificar actos de exterminio de judíos, luego ejecutado por otros en los campos de concentración. Proceso en el que se le condenó a muerte, a pesar de demostrarse que no intervino en la ejecución material de los hechos. Para Roxin, se fundamentaba en la consideración de Eichmann como autor mediato de estos delitos, en cuanto que dada su posición en el aparato de poder, dominaba los hechos ejecutados por otros. No obstante, los meros ejecutores eran igualmente responsables como autores¹⁵⁷⁵.

La propuesta de ROXIN es muy sugestiva en especial, para los aparatos de poder estatal organizados y aquellos que poseyendo una rígida estructura interna actúan al margen del derecho¹⁵⁷⁶, y, ciertamente, permite afrontar los supuestos más graves de criminalidad organizada, diferenciándolos de las “formas menores de agrupación criminal”¹⁵⁷⁷.

Sin embargo, en contra de esta teoría se ha argumentado que no resulta aplicable cuando el sujeto que ejecuta materialmente el hecho es plenamente responsable, pues tradicionalmente el “principio de la responsabilidad del ejecutor material limita la posibilidad dogmática de la autoría mediata”¹⁵⁷⁸, sino sólo cuando el sujeto que ejecuta el hecho es inimputable o sea un mero instrumento del “hombre de atrás que es realmente el autor (mediato) de lo que el autor inmediato realiza sin responsabilidad alguna o con una responsabilidad por lo menos disminuida”¹⁵⁷⁹.

El principio básico de responsabilidad, conforme al cual se descarta la responsabilidad como autor del que da la orden, cuando el ejecutor actúe dolosamente y con plena capacidad de culpabilidad, respondiendo aquel conforme a alguna de las formas de participación del delito, ha sido aplicado por la Jurisprudencia en algunos supuestos.

Así, en el caso Hipercor¹⁵⁸⁰ (terrorismo de ETA). La sentencia recurrida condenaba a Santi Potros como inductor de 21 delitos de asesinato, 30 delitos de lesiones de diversa gravedad, 13 faltas de lesiones y un delito de estragos, por la explosión de un artefacto colocado en el Hipercor de Barcelona el 19 de junio de 1987, dado que era el dirigente de ETA bajo cuyas órdenes operaban los comandos armados.

¹⁵⁷⁵ ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la 6ª edición alemana, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S. A., 1998, pp. 267 y ss. (trad. De Bustos Ramírez y Yáñez Pérez).

¹⁵⁷⁶ AMBOS, K.: “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 3, 1999, pp. 133 y ss. (trad. M. Cancio Meliá). MUÑOZ CONDE, F.: “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho?””, *Revista Penal*, núm. 6, 2000, pp. 104 y ss.

¹⁵⁷⁷ ANARTE BORRALLA, E.: “Conjeturas...”, *Op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁷⁸ CHOCLÁN MONTALVO.: “Criminalidad...”, *Op. cit.*, p. 263.

¹⁵⁷⁹ MUÑOZ CONDE.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 4718 / 2004, de 2 de julio.

En el auto de procesamiento de Augusto Pinochet, dictado por la Audiencia Nacional el 10 de diciembre de 1998, se decía:

“Al frente de todo este organigrama de terror se encuentra presuntamente Augusto Pinochet Ugarte, que si bien no participa en la ejecución material de los hechos sí idea el plan y lo financia con cargo a los fondos públicos del propio Estado cuyo poder, en unión de los demás mandos militares de la Junta de gobierno, usurpa y ejerce a partir del 11 de septiembre de 1973. La acción de Augusto Pinochet como inductor está clara por cuanto su acción anterior a que se concretan los hechos delictivos, (detenciones ilegales, asesinatos, desaparición, torturas); a) es directa y se ejerce sobre personas determinadas. Como jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la jefatura exclusiva de la DINA; b) para cometer delitos determinados como los enumerados malversa caudales públicos por la utilización de fondos públicos para fines ilegales y delictivos, o delitos contra el patrimonio derivados de los apoderamientos violentos de los bienes de las víctimas; c) con sujetos pasivos igualmente determinados, que se concretan en las personas enumeradas en esta resolución y todos aquellos cuya identificación se desconoce, que recibe la orden de los mandos militares superiores y estos de los integrantes de la Junta de Gobierno; d) es también eficaz y causante de la determinación del autor, que recibe la orden de los mandos militares superiores y estos de los integrantes de la Junta de Gobierno; e) es abierta, clara y no insidiosa como lo demuestra el desarrollo de los hechos y la falta de sanción penal adecuada o ni siquiera administrativamente mínimas; f) es dolosa por cuanto, no puede hablarse con seriedad de desconocimiento, error o negligencia, sino de consciencia y voluntad de ejecución directa, y g) es seguida de la ejecución del delito convenido, extremo que no necesita, en este momento de mayor concreción”.

No obstante, ROXIN en el desarrollo de su tesis mantenía que en una organización delictiva, los hombres de atrás (*hintermanner*), los llamados “delincuentes de despacho o escritorio” que imparten de forma autónoma las ordenes para la comisión de delitos, pueden ser responsables como autores mediatos, aún cuando los autores inmediatos sean castigados como autores plenamente responsables¹⁵⁸¹.

ROXIN fundamentaba su tesis con determinados argumentos¹⁵⁸². En primer lugar, el verdadero instrumento que permite al “hombre de atrás” la ejecución de sus órdenes es el aparato de poder, compuesto por una pluralidad de personas, integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en las funciones de la organización, y aseguran al hombre de atrás el dominio del resultado. El mero ejecutor de la orden no ocupa un papel fundamental dentro de la organización, ya que esta dispone de una pluralidad de personas dispuestas a hacer todo lo que se les pida.

En segundo lugar, el ejecutor y el hombre de atrás poseen diversas formas de dominio del hecho que no se excluyen mutuamente. Pues, mientras el sujeto que ejecuta

¹⁵⁸¹ ROXIN, C.: “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Revista de Estudios de la justicia*, núm.7, 2006, p. 11. Se puede consultar en [http://: www. derecho. uchile](http://www.derecho.uchile)

¹⁵⁸² *Ibidem*, pp. 14 y 15.

materialmente el hecho tiene el dominio sobre la acción, es decir, el dominio sobre la consumación del hecho. El hombre de atrás, tiene el dominio sobre la organización, es decir, la posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado.

En tercer lugar, el dominio del hecho del hombre de atrás mediante el dominio que posee sobre la organización, le permite garantizar la producción del resultado con “mayor seguridad que incluso en el supuesto del dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata”.

A pesar de lo anómalo de apreciar como autoría mediata estos casos de “autor tras el autor”¹⁵⁸³, la tesis de ROXÍN ha tenido una gran aceptación doctrinal¹⁵⁸⁴ y respaldo jurisprudencial.

Fue utilizada como argumento por la Corte Suprema argentina en sentencia de 9 de diciembre de 1985 para condenar a los Generales de la Dictadura de Videla por planificar y dirigir las ejecuciones y desapariciones contra miles de ciudadanos argentinos. Se adoptó un criterio material de autoría en virtud de la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar.

También, se aplicó en Sentencia de 21 de septiembre de 1976 de la Corte Suprema de Chile, en el caso Letelier, en la que se condena al coronel Conteras, director del cuerpo militarizado Dirección de Inteligencia Nacional por el asesinato de don Orlando Letelier del Solar (antiguo ministro de Relaciones Exteriores y de Defensa del gobierno del Presidente Allende), que vivía exiliado en Washington, y su secretaria.

En Alemania, la tesis del “dominio de la organización” ha sido asumida por gran parte de la doctrina científica (entre otros, STRATENWERTH, ACHIMDHAUSER, MAURACH, GOSSEL, ZIPF). Se considera que aunque el autor inmediato actúe con dolo y sea plenamente responsable, resulta apreciable la teoría de la autoría mediata en los casos de aparato organizado de poder. Se fundamenta en la existencia del dominio de la voluntad, de modo que el sujeto encargado de la ejecución material del hecho puede ser sustituido por otro, lo que implica que el hecho, en realidad, está dominado por el “centro de poder”¹⁵⁸⁵.

Entre los principales Comentarios al Código Penal alemán cabe destacar dos autores. HEINE¹⁵⁸⁶ afirma que, mientras exista un aparato organizado de poder desvinculado del ordenamiento jurídico, pudiera “en gran medida estar asegurada la autoría mediata”. Y JOECKS declara que “el dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder

¹⁵⁸³ MUÑOZ CONDE.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 154.

¹⁵⁸⁴ DE FIGUEIREDO DIAS, J.: “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el “dominio de la organización”, en *Delincuencia...*, *Op. cit.*, p. 103. En España, es seguida principalmente por GÓMEZ BENÍTEZ, JM.: “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 1, 1984, pp. 112 y ss; y *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984, p. 131. BUSTOS RAMÍREZ, H / HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Trotta, Madrid, 1999, p. 293.

¹⁵⁸⁵ CHOCLÁN MONTALVO.: “Criminalidad...”, *Op. cit.*, pp. 265 y 266.

¹⁵⁸⁶ SCHÖNKE / SCHRODER / CRAMER / HEINE, StGB, 26ª edición, 2001, 25, marg. 25 a, citado por ROXÍN, C.: “El dominio...”, *Op. cit.*, p. 14.

aparece como una tercera forma independiente de la autoría mediata. Es el prototipo de una situación del “autor detrás del autor” y ha sido reconocido ampliamente en la doctrina y la jurisprudencia. Sólo algunas voces se muestran contrarias a esta construcción, rechazándola”¹⁵⁸⁷.

La tesis de la autoría mediata aplicada al ámbito de la criminalidad organizada, ha sido también aceptada por el Tribunal Supremo Federal alemán en la sentencia de 26 de julio de 1994 al señalar que “una autoría mediata así entendida es aplicable no sólo en caso de abuso de poder estatal, sino también en casos de delitos organizados mafiosamente, en los que la separación espacial, temporal y jerárquica entre la cúpula de la organización responsable de la orden y el ejecutor inmediato habla contra la coautoría con reparto de papeles”¹⁵⁸⁸. Con este argumento se condenó a los miembros del Consejo de Seguridad Nacional del anterior gobierno de la Alemania del Este, como autores mediatos de homicidios dolosos por los disparos que habían ordenado realizar a los soldados de frontera, contra las personas que pretendían saltar el muro de Berlín hacia la República Federal alemana. Los soldados fueron igualmente condenados por homicidio doloso.

Jurisprudencia que ha sido aplicada en sentencias posteriores en todo el mundo. Como en la sentencia de la Corte Suprema de Perú de 14 de diciembre de 2007 (caso masacre de la comunidad de Lucanamarca) por la que se condenó a Guzmán Reynoso, líder del grupo terrorista Sendero Luminosos, por delitos contra la vida.

Nuestra Jurisprudencia no descarta la tesis de la autoría mediata en los casos de aparatos de poder. Pues, la STS (Sala 2ª), núm. 4587 / 2008, de 17 de julio al reexaminar la responsabilidad del acusado Hassan El Haski, admite por primera la posibilidad de aplicar la autoría mediata en los aparatos de poder, aunque no la considera aplicable al caso. El TS exponía los presupuestos que debían concurrir:

“Tampoco puede declararse su responsabilidad como autor de los hechos delictivos sobre la única base de su posición como dirigente, en general, de la organización terrorista. Sería preciso para ello, como primera exigencia, acreditar que los hechos fueron ejecutados por miembros de la organización que él dirige, y en segundo lugar sería necesario establecer que los límites de sus responsabilidades en la organización le permitían no solo conocer la probabilidad o, incluso, la cercanía del suceso, sino que además le autorizaban a intervenir de alguna forma relevante en la decisión relativa a su ejecución o a la suspensión de la misma. No consta ninguna clase de relación de ese tipo precisamente con esos hechos, lo que impide considerarlo responsable de los mismos”.

Evidentemente, la admisión del “dominio de la organización” como una forma independiente de autoría mediata, viene condicionada por cuatro factores:

1. *Poder de mando “Anordnungsgewalt”*. Sólo puede ser autor mediato quien en una organización dirigida rígidamente tiene autoridad para dar órdenes y la

¹⁵⁸⁷ JOECKS, W.: *Munchener Kommentar*, 2003, 25, marg. 123. Cit. por ROXÍN.: “El dominio...”, *Op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁸⁸ BGHSt 40, 237. Cit por ROXÍN, C.: “El dominio...”, *Op. cit.*, p. 15.

ejerce para “causar realizaciones del tipo”. Pueden encontrarse en los distintos niveles de la jerarquía de mando, diversos autores que se suceden en cadena. Así, el comandante de un campo de concentración nazi, era autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque el mismo actuara bajo las órdenes de mandos superiores.

2. *La desvinculación del ordenamiento jurídico “Rechtsgelostheit” del aparato de poder.* Es una condición necesaria para el dominio del hecho por el hombre de atrás. Si bien, es conveniente realizar dos aclaraciones. En primer lugar, el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho, sólo en el “marco Derecho, no dependerá de la forma en que se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica”.
3. *La fungibilidad del autor inmediato.* La sustitubilidad de los meros ejecutores dentro de los aparatos organizados de poder, permiten al hombre de atrás garantizar la producción del resultado.
4. *La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.* El ejecutor perteneciente a un aparato organizado de poder está sometido a diversas influencias de la organización, está “más preparado para el hecho” que un delincuente individual, con lo que se incrementa la garantía del resultado y el dominio del hecho por el hombre de atrás. La pertenencia a la organización le puede llevar a cometer actos que no realizaría individualmente. A un “empeño excesivo de prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica, o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo”. También hay una participación de miembros interiormente contrarios que actúan sabiendo que de no ejecutar los hechos, serán ejecutados de todos modos por otros miembros de la organización. Por último, se encuentran los ejecutores dispuestos a todo, por temor a perder su puesto, al menosprecio de otros miembros o a otros perjuicios sociales.

De lo expuesto se desprende que la tesis del “dominio de la organización” no es aplicable a todo el ámbito del crimen organizado. En los inicios de su tesis ROXÍN hacia depender la apreciación de tal figura jurídica de la concurrencia de los cuatro factores señalados.

Individualizando posteriormente, las dos situaciones en las que se podía aplicar la teoría del “dominio de la organización” como fundamento de la autoría mediata: 1. La existencia de una organización política, militar o policial que se apodera del aparato de Estado; como en el caso del sistema nacionalsocialista alemán, el régimen comunista de la RDA o las dictaduras militares en América Latina. 2. Movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan fines contrarios al orden jurídico establecido, adquiriendo un poder, que les convierte en un “Estado dentro del Estado”. En estos dos casos, se limita por tanto, el ámbito de aplicación del dominio de la organización¹⁵⁸⁹.

Ciertamente, la tesis de ROXÍN no resulta convincente en otros casos de criminalidad organizada que se desarrollan en “organizaciones criminales ilegales no estatales y no tan estrictamente basadas en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina”¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, J.: “Autoría...”, *Op. cit.*, p.103.

¹⁵⁹⁰ MUÑOZ CONDE.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 154.

Se puede afirmar que determinados grupos terroristas operan como ejércitos, en los que también existe un “hombre de atrás”, y los ejecutores son meros instrumentos, intercambiables. También la Mafia siciliana o los Yakuzas japoneses con sus códigos secretos, y su estructura jerarquizada presentan similitudes con los aparatos de poder estatal. Si bien, a diferencia de estos, existe una relación más directa y personal entre los que dan las órdenes y los que las ejecutan. Su carácter marginal y su forma de vida, hacen más complicado sustituir a los ejecutores fuera del ámbito del grupo u organización¹⁵⁹¹.

AMBOS considera que si bien la teoría de RÓXIN pudiera ser aplicable a estas formas de criminalidad organizada, no cabe descartar que otros tipos de autoría o de participación sean más apropiadas a determinadas formas de criminalidad organizada de carácter paraestatal, mafioso, terrorista, o de delincuencia común dedicadas al tráfico de drogas, blanqueo de capitales, etc¹⁵⁹².

En opinión de MUÑOZ CONDE la figura jurídica de la *coautoría* es la que mejor se adapta a determinadas formas de comisión del delito, en las que los sujetos que dan las órdenes no intervienen en la ejecución material. Debiendo diferenciarse dentro de la coautoría entre la coautoría ejecutiva (total o parcial) y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores no intervienen en la ejecución del delito.

El fundamento de la coautoría es el dominio funcional del hecho, por lo que lo importante es el dominio sobre el hecho que tenga el sujeto aunque no intervenga en su ejecución. Ello permite considerar también como coautores a los jefes o los que asumen funciones de dirección u organización¹⁵⁹³.

La teoría de la coautoría es seguida también por un sector de la doctrina alemana (JESCHECK, SAMSON, OTTO) al considerar que la persona situada en la cúspide es coautor, porque tiene el dominio de la organización. No se puede admitir la teoría del “autor tras el autor”, negando la autoría mediata, cuando el ejecutor material actúa dolosamente y es plenamente responsable¹⁵⁹⁴.

Sin duda, el principal defensor de esta tesis es JAKOBS que parte de una concepción más normativa del dominio del hecho. Entendiéndolo como responsabilidad jurídica y no como dominio real. Considera que la autoría mediata implica que la persona que actúa directamente lo haga conforme a derecho, es decir, que no sea jurídicamente responsable o que no lo sea totalmente. Ya que en otro caso no podría considerarse mero instrumento. Destaca que la fungibilidad de los ejecutores, y el automatismo con que ejecutan las ordenes son “datos naturalísticos” intrascendentes. “Para una igual responsabilidad en ambos, sólo es posible una equiparación por la vía de la coautoría”¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹¹ MUÑOZ CONDE.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 155.

¹⁵⁹² AMBOS, K.: *Tarherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, GA, 1998, pp. 226 y ss. Cit. por ROXÍN.: “El dominio...”, *Op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁹³ MUÑOZ CONDE.: “Problemas...”, *Op. cit.*, pp. 155 y 156.

¹⁵⁹⁴ CHOCLÁN MONTALVO.: “*Criminalidad...*”, *Op. cit.*, p. 263.

¹⁵⁹⁵ JAKOBS, G.: *Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, 1991, pp. 21 y ss. Cit. por CHOCLAN MONTALMO.: “*Criminalidad...*”, *Op. cit.*, p. 264.

La teoría de la coautoría ha sido aplicada jurisprudencialmente en determinados casos. Así, en el secuestro de Segundo Marey por los GAL por la que se condenó al Ministro del interior y al Secretario de Estado¹⁵⁹⁶; y en el caso Lasa - Zabala por los GAL, en la que se condena como coautor al Gobernador Civil de Vizcaya¹⁵⁹⁷.

No obstante, ROXIN¹⁵⁹⁸ formula importantes objeciones a la tesis de la coautoría. En primer lugar, falta la decisión de realizar conjuntamente el hecho, que constituye el presupuesto de actuación en la coautoría. Pues, en los aparatos organizados de poder el que da las órdenes y el que ejecuta los hechos no se conocen. No actúan en el mismo nivel. El ejecutor se limita a cumplir una orden.

En segundo lugar, tampoco se produce una ejecución común. “El burócrata” no realiza ningún acto de ejecución por sí mismo, “no se ensucia las manos”, sino que se vale del ejecutador. “Desaparecen los contornos de la coautoría y se borran todas las diferencias frente a la autoría mediata y la inducción, cuando se incluye en la coautoría la orden de un hecho”.

En tercer lugar, la tesis de la coautoría elimina la diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (de arriba abajo, del que da la orden al que la ejecuta), mientras que en la coautoría está horizontalmente (se trata de actuaciones equivalentes, que se producen en el mismo nivel).

En mi opinión, no resulta admisible la tesis de la coautoría en los aparatos organizados de poder, en cuanto que faltan los presupuestos esenciales que se exigen para la aplicación de tal figura jurídica, prevista por nuestro legislador en el art. 28.1 del Código Penal. Pues, no existe una decisión de actuación conjunta para la comisión del delito. Tampoco existe una ejecución común. Un sujeto da la orden y el otro la ejecuta, sin que aquél realice acto ejecutivo alguno. Ni siquiera, en la mayoría de los casos, el que da la orden desde el centro de poder, conoce al ejecutor. Falta la colaboración, la aportación conjunta a la realización del hecho.

Por otra parte, señala DE LA CUESTA ARZAMENDI que en ocasiones, no podrán probarse el plan común o el dominio funcional del hecho¹⁵⁹⁹. En tal caso, la “vía de exigencia de responsabilidad del jefe de la organización, habrá de ser entonces: la participación como inductor”¹⁶⁰⁰, siempre que se acredite que la orden originó que el

¹⁵⁹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 8421/ 1998, de 29 de julio.

¹⁵⁹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 6461 / 2001, de 20 de julio.

¹⁵⁹⁸ ROXIN, C.: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en *Delincuencia...*, *Op. cit.*, pp. 194 y 195.

¹⁵⁹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.: “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites” en *La cooperación internacional: nuevos retos y límites*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 101.

¹⁶⁰⁰ GONZÁLEZ RUS, JJ.: “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría” en *Problemas de autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXIX, CGPJ, Madrid, 1994, p. 132. LÓPEZ PEREGRIN, MC.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 404. PÉREZ ALONSO, EJ.: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, p. 235; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, MT.: “Autoría y participación en la criminalidad organizada” en *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, pp. 36 y ss.

ejecutor adoptará la decisión de la actividad criminal, sin que sea suficiente con probar la “condición de dirigente”¹⁶⁰¹. Cuando no se pueda acreditar tal extremo, el jefe será responsable por su participación como cooperador (necesario o no)¹⁶⁰².

También se han formulado críticas convincentes a la tesis de la *inducción* en los supuestos de dominios de organización, defendida entre otros autores, por HERZBERG y KOHLER. HERZBERG sostiene que “Hitler, Himmler y Honnecker responden de los homicidios que ellos ordenaron no como autores, sino como inductores”¹⁶⁰³. En similares términos, KOHLER afirma “en los casos de “determinados dominios de organización” (...) es aplicable la inducción”¹⁶⁰⁴. Ambos autores se apoyan en una concepción puramente normativa. El dominio del hecho del hombre de atrás es considerado como “factivo” o “naturalístico” y por tanto, insignificante¹⁶⁰⁵.

Así, KOHLER dice que “el hecho de que se destaque la intercambilidad de los particulares en la organización del hecho con “reparto de papeles” para nada afecta a su concreta responsabilidad. Por lo tanto, eso no hace que el hombre de atrás adquiera ninguna posición de autor. La referencia al dominio de la organización y la correspondiente disponibilidad de los particulares subestima la propia responsabilidad de los autores inmediatos”¹⁶⁰⁶. Como se puede observar, la negación del “autor detrás del autor” es la idea de la que parte esta tesis.

En verdad, la concepción de que los hombres de atrás en delitos en el ámbito de organizaciones de poder no son autores mediatos sino coautores o inductores han ganado en los últimos años importantes seguidores, siguen siendo rechazables. Expuesto los argumentos en contra de la tesis de la coautoría, cabe destacar aquí, que la tesis de la inducción tampoco encaja adecuadamente con los hechos. ROXIN¹⁶⁰⁷ opone diversos reparos.

En primer lugar, considera que es evidente que en una organización criminal el que da las órdenes, tiene el dominio del hecho. Decir por ejemplo en el caso de Hitler que sólo había dado las órdenes para matar a sus enemigos, contradice los principios de imputación. Y quién quiera resolver el problema por la vía de la inducción “debe darse de baja en la teoría del dominio del hecho”.

En segundo lugar, se prescinde de las diferencias materiales entre el inductor y el que da la orden que domina el hecho. El inductor debe buscar un autor, el “burócrata” solo necesita dar una orden; el inductor debe tomar contacto con el posible autor y captarlo para su plan, el “burócrata” sólo dar la orden en el aparato organizativo. El “burócrata”

¹⁶⁰¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI.: *Op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁰² HERNÁNDEZ PLASENCIA, JU.: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 276. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ.: “Autoría...”, *Op. cit.*, pp. 36 y ss.

¹⁶⁰³ HERZBERG, R.: “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen” en *Amelung (Hrsg.) Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisation des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p.33. Cit por ROXIN.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 195.

¹⁶⁰⁴ KOHLER, H.: *Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 510 y ss. Cit por ROXIN.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 195.

¹⁶⁰⁵ ROXIN.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 195.

¹⁶⁰⁶ KOHLER.: *Op. cit.*, pp. 510 y ss.

¹⁶⁰⁷ ROXIN.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 196.

no influye espiritual o psíquicamente en otro, para que éste decida cometer el delito, sino que durante la comisión del delito por el ejecutor, el “hombre de atrás” conserva el dominio del hecho, a diferencia del inductor, que se desentiende una vez iniciada la ejecución del ilícito penal.

También, considero rechazable la tesis de la inducción en el caso de los aparatos organizados de poder. La figura de la inducción esta prevista en el art. 28 a) del Código Penal, en el que nuestro legislador exige expresamente para su aplicación que se “induzca directamente a otro u otros a ejecutar el hecho”. Es decir, que una persona mediante la persuasión, haga que otra u otras decidan cometer el hecho. Mientras que el que ocupa la cúspide de poder, se limita a dar la orden, no necesita persuadir a nadie. La persona o personas que son persuadidas son las que dirigen y dominan el hecho, a diferencia de lo que sucede en la autoría inmediata, el inductor se desvincula de la ejecución. En la inducción, debe existir además, una relación directa y personal entre el autor y el inducido, que no se da en los aparatos organizados, en los que en la mayor parte de los casos, la persona que da la orden no conoce al ejecutor.

En conclusión, la tesis más generalizada y aceptada es la del “dominio de la organización” debiendo castigarse como autor mediato al “hombre de atrás”. Tesis que como se ha señalado, resulta aplicable al ámbito de las organizaciones delictivas. Siendo conveniente como indica ROXIN¹⁶⁰⁸ realizar una serie de apreciaciones.

En primer lugar, autor mediato no es sólo el jefe situado en la cúspide de poder de la organización criminal, sino todo el que en los niveles jerárquicos inferiores transmite la orden con “poder de mando autónomo”. Por tanto, puede ser autor incluso cuando actúa en cumplimiento de una orden dada por un jefe superior. Mientras que el sujeto que se limita a una mera colaboración con el que da la orden, será cómplice.

En segundo lugar, la actividad criminal desarrollada por la organización delictiva, debe referirse a un tipo concreto pudiendo limitarse incluso la forma de realización del tipo.

En tercer lugar, se trata de rebatir la tesis del dominio del hecho manifestando que el ejecutor podría hacer fracasar el delito por que se negara o no pudiera cumplir la orden o tuviera piedad de la víctima, por lo que en realidad el que da la orden no tendría el dominio del hecho. Sin embargo, éste no es un argumento concluyente. Se estaría ante un supuesto de “autoría mediata intentada”.

Sólo no debe olvidarse que la admisión de la tesis de la autoría mediata, según lo expuesto con anterioridad, queda condicionada a que en cada caso concreto, se acredite la existencia de una organización delictiva con estructura fuertemente jerarquizada, con fungibilidad o sustitubilidad de los meros ejecutores y con el control instantáneo que de ella se deriva.

¹⁶⁰⁸ ROXIN.: “Problemas...”, *Op. cit.*, p. 196.

Capítulo VIII

PRINCIPALES ORGANIZACIONES CRIMINALES

Antes de profundizar en las principales organizaciones criminales existentes a nivel mundial, debe tratarse de identificarlas globalmente mediante la delimitación de sus elementos esenciales. Como se ha expuesto en este capítulo existe una gran diversidad conceptual. Resulta especialmente operativa la definición aportada por GAYRAUD al señalar que “una mafia es una sociedad secreta y fraternal, de carácter criminal, basada en la obediencia y respaldada por una mitología, que practica un reclutamiento étnico, controla un territorio y domina a las demás especies criminales”¹⁶⁰⁹. Sus principales elementos delimitadores son el dominio de un territorio, la capacidad de orden y control, su rígida estructura jerarquizada basada en la obediencia, la etnicidad y la diversidad de sus actividades delictivas¹⁶¹⁰.

Más recientemente, se ha definido a la organización criminal como “toda organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de su implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento y protección mediante el recurso a la violencia y a la corrupción o la confusión con empresas legales”¹⁶¹¹.

Por tanto, los principales signos de identidad de las organizaciones criminales son: la finalidad económica, implicación prioritaria en el abastecimiento y suministro de bienes y servicios ilegales, la comisión de actividades ilícitas complementadas con negocios legales, continuidad y medidas de protección, y empleo de la corrupción y violencia¹⁶¹².

No obstante, debe señalarse que no todas las organizaciones delictivas representan tales notas caracterizadoras con la misma intensidad. No todas “poseen ni la misma estructura ni la misma cohesión ni la misma rigidez jerárquica”¹⁶¹³.

EUROPOL señala: “parece ponerse cada vez más en duda la percepción tradicional de los grupos de delincuencia organizada como grupos jerárquicamente estructurados”. Añadiendo que de los datos de que se dispone “sugieren que un porcentaje creciente de grupos poderosos de delincuencia organizada tiene una estructura más celular, que es habitual la salida y entrada de personas en estos grupos y que no es tan evidente la cadena de mando”. Igualmente, “estas estructuras celulares parecen tener un número limitado de miembros clave que establecen relaciones más permanentes con miembros de otras células”. Continúa el informe señalando que “(...). A pesar de la apariencia de

¹⁶⁰⁹ GAYRAUD, JF.: *El G 9 de las mafias en el mundo*, Urano, Barcelona, 2007, p. 339.

¹⁶¹⁰ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 105.

¹⁶¹¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ, L / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS, A.: *Crimen organizado. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ariel, Barcelona, 2010, p. 21.

¹⁶¹² *Ibidem*, pp. 24 y ss.

¹⁶¹³ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 623.

estos grupos de delincuencia organizada, debe destacarse que los grupos poderosos jerárquicos continúan ocupando posiciones clave dentro de la delincuencia organizada de la UE”. La mayor flexibilidad, se les exigiría para poder “implicarse en diversas actividades delictivas de acuerdo con las oportunidades que se les presenten y con el equilibrio entre el alto rendimiento y el bajo riesgo del acto delictivo”¹⁶¹⁴.

A continuación se realizará un breve recorrido por las organizaciones delictivas más poderosas del mundo, atendiendo fundamentalmente a su estructura y actividades transnacionales.

1. LA MAFIA SICILIANA O COSA NOSTRA

Aunque suele utilizarse el término *mafia* como sinónimo de organización criminal, en su acepción más estricta hace referencia a la *Cosa Nostra* que tiene su origen en la isla italiana de Sicilia a finales del siglo XIX.

En una sociedad caracterizada por la distribución desigual de la riqueza, la carencia de igualdad de derechos y el predominio de la fuerza individual, la violencia era un medio legítimo para gestionar las relaciones sociales¹⁶¹⁵. La mafia era “una industria de la violencia”¹⁶¹⁶.

Las familias o grupos mafiosos se expansionan ampliamente a principios del siglo XX, favorecida por el arraigo de la cultura popular siciliana como el “ensalzamiento de los valores familiares y machistas”. Rasgos que se reflejaban en las organizaciones mafiosas configuradas como *famiglie* que se sirven de sus vínculos de parentesco de sus jefes y miembros para proveer sus filas.

Otro elemento cultural favorable a la extensión de la mafia fue la desconfianza de los sicilianos hacia las instituciones estatales, y la tendencia de recurrir a la ayuda de familiares y amigos para resolver todo tipo de problemas. A lo que cabe añadir, el juramento de *omerta* o código de silencio que la mafia siciliana impuso a sus integrantes¹⁶¹⁷.

Desarrollándose un código moral más complejo, por el que las familias mafiosas ofrecían una justicia alternativa a la oficial. En virtud de dicho código, “un mafioso debía hacerse respetar por sí mismo, recurrir a la propia fuerza o al poder de sus familiares y amigos para resolver sus problemas, defender su honor, el de su familia y sus amigos, vengarse de toda ofensa y evitar en todo momento invocar al Estado y sus leyes”. Los líderes mafiosos estimulaban la desconfianza de los sicilianos hacia las instituciones del Estado, ofreciendo una justicia alternativa. A cambio, exigían *rispetto*

¹⁶¹⁴ EUROPOL, *Informe 2003 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada. Versión pública*, La Haya, 2003, pp. 6 y 7.

¹⁶¹⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, p. 88.

¹⁶¹⁶ CACIAGLI.: *Op. cit.*, pp. 111 y ss.

¹⁶¹⁷ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 43 y ss.

a los beneficiarios, es decir, reconocimiento de su poder e inmunidad para sus actividades, las de su familia o de los que se encontraban bajo su protección¹⁶¹⁸.

A partir de los años 70 se habla de un “salto cualitativo de la mafia” a raíz de su infiltración en el mercado legal mediante la constitución de empresas y su progresiva introducción en el mercado financiero, dada la necesidad de reciclar el dinero ilegal. Adquiriendo una mayor complejidad en la década de los 80 en sus relaciones internas y externas, y en el proceso de internacionalización del mercado ilícito. Si bien, es en la década de los 90 y en virtud del proceso de globalización, cuando la mafia consolida su expansión, monopolización, estructuración, internacionalización e infiltración en el mercado legal, mediante la constitución de empresas propias, la corrupción privada, la confabulación con el poder político y clientismo¹⁶¹⁹.

La *Cosa Nostra* también es conocida como *Honorata Societá* y sus miembros “hombre de honor”. Compuesta por unos 5.200 afiliados integrados aproximadamente en unas 100 familias, unas 70 en la provincia de Palermo¹⁶²⁰. Constituye el “modelo de mafia por excelencia”¹⁶²¹.

La unidad básica de estos grupos, como se ha señalado, es la familia o *Cosca*¹⁶²², que en italiano significa “hoja de alcachofa”. El conjunto de los *mafiosi* que integran una *famiglie* simbolizan las hojas que recubren una alcachofa¹⁶²³.

El tamaño de la *Cosca* es diverso, pudiendo estar integrada entre diez y cien miembros. Cada familia controla un territorio más o menos determinado. Su estructura es piramidal situándose en su vértice el jefe de la familia, es decir, el “Capo o Rappresentante, auxiliado por un consejero (Consigliere) y un Vicecapo o subdirector adjunto”. Y en su base, los *soldati* (soldados) o *uomini d'onore* (hombres de honor) que se agrupan en grupos de diez o *decinas* y están dirigidos por un *Capodecina*¹⁶²⁴.

Todo *uomini d'onore* puede desarrollar su propio *partito*, una “red social compuesta por conocidos con los que establecen una relación clientar y a los que ofrecen servicios” a cambio de una remuneración económica u otro tipo de contraprestación o cualquier favor¹⁶²⁵.

Para entrar en una familia, se sigue un ritual de iniciación con gran carga simbólica, que concluye con un juramento de lealtad de la familia y juramento de sus normas. De acuerdo a la pauta seguida por otras organizaciones criminales italianas y de otros países, el ingreso en una familia mafiosa plenamente sólo tiene lugar como recompensa a “una trayectoria previa de cooperación en tareas menores”¹⁶²⁶.

¹⁶¹⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 47.

¹⁶¹⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, pp. 90 y 91.

¹⁶²⁰ GAYRAUD.: *Op. cit.*, p. 87.

¹⁶²¹ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 627.

¹⁶²² GAYRAUD.: *Op. cit.*, p. 82.

¹⁶²³ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 51.

¹⁶²⁴ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 106.

¹⁶²⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 52.

¹⁶²⁶ *Ibidem*, p. 52.

Las familias a su vez se agrupan en *Mandamenti*, cada uno de los cuales está dirigido por un *Capomandamento* durante tres años. Los Mandamenti pueden a su vez agruparse en Comisiones Provinciales. La Comisión Interprovincial integrada por las familias de Palermo y alrededores, controlan a las demás. Los capomandamento son elegidos por miembros de la región, y median entre las familias para evitar enfrentamientos sangrientos¹⁶²⁷.

Destaca VIOLANTE que *Cosa Nostra* es una organización “ampliamente arraigada en la sociedad, está dotada de una organización paramilitar y posee ilimitados recursos financieros. Controla de forma absoluta el territorio en el que opera. Su fuerza está determinada por su relación con la política. La regla fundamental es el utilitarismo (...) *Cosa Nostra* es un estado dentro del estado y actúa como un elemento subversivo armado”¹⁶²⁸.

En la actualidad, sigue existiendo la mafia en Sicilia manteniendo una gran influencia y patrimonio. Se estima que persisten unas cien familias y miles de miembros. Estas familias siguen dedicándose a actividades ilícitas, teniendo presencia y acuerdos de cooperación con organizaciones criminales en todo el mundo¹⁶²⁹.

Cosa Nostra está presente “en Europa (Alemania, Bélgica, Chequia, España, Gran Bretaña, Rusia, etc.) América (Antillas Holandesas, Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, Panamá, Uruguay, Venezuela, etc.) y África (Sudáfrica y Angola) y mantiene sólidos contactos con Cosa Nostra de Estados Unidos, Camorra, Ndrangheta, mafias rusas (...)”¹⁶³⁰.

2. CAMORRA (CAMPANIA)

La *Camorra* tiene su origen en la región italiana de Campania, y más concretamente, en su capital, Nápoles. Esta organización criminal, según los investigadores, surgió en el siglo XIX en las prisiones napolitanas, extendiéndose rápidamente en todos los distritos de la ciudad, mediante una red de colaboradores de los diversos estamentos sociales. Dedicándose especialmente a la extorsión, y en menor medida al contrabando, robos y asesinatos¹⁶³¹.

Se trataba de grupos con “estructuras de sectas con determinados roles, reglas, rituales y, por supuesto, obligación de secreto”¹⁶³². El poder de la *Camorra* en Nápoles ha sido muy significativo, dominando la delincuencia y la economía de los barrios más marginales, como controlando importantes empresas económicas extendidas por toda la Campania¹⁶³³.

¹⁶²⁷ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 106.

¹⁶²⁸ VIOLANTE, L.: *No es “la pioura”*. 12 tesis sobre la mafia, Anaya, Madrid, 1997, p. 20.

¹⁶²⁹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 62.

¹⁶³⁰ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 106.

¹⁶³¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 63.

¹⁶³² ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, p. 92.

¹⁶³³ *Ibidem*, p. 93.

En la década de 1990 se integraba por unos 6.800 miembros¹⁶³⁴, agrupadas en “111 familias, 25 de ellas en Nápoles y el resto en las provincias de Salerno, Caserta, en Benevento y en Avellino”. Se les conoce coloquialmente como el sistema¹⁶³⁵.

La *Camorra* se desarrolló en la segunda mitad del siglo XX como una especie de coalición entre clanes (el parentesco era un vínculo esencial entre muchos de sus integrantes)¹⁶³⁶. Cada uno de estos clanes estaba dirigido por un *caporegime*, careciendo de “estructura piramidal, de vértices provinciales o regionales”¹⁶³⁷.

Para potenciar su poder, la Camorra emplea dos pautas de desarrollo. En primer lugar, la diversificación de sus actividades ilícitas, implicándose en el juego, las apuestas y los negocios vinculados a la construcción. En segundo lugar, la influencia política derivada de su actuación como intermediarios entre los ciudadanos y los candidatos políticos y funcionarios públicos¹⁶³⁸.

Para fortalecerse y garantizar su persistencia, los clanes de la Camorra tienden a agruparse en coaliciones o buscar alianzas fuera de Nápoles, en Sicilia. Surgen de este modo, la “*Nuova Famiglia, la Alianza de Secondigliano, la Nueva Camorra Campana* (...) y los pactos con *Cosa Nostra*”. Tienden a enfrentamientos sangrientos por el dominio de su territorio¹⁶³⁹.

A partir de 1970, la fundación de la *Nuova Camorra Organizzata* de Raffaele Cutolo trató de acabar con la fragmentación de la Camorra y unificar todos los clanes bajo una única estructura, sin éxito¹⁶⁴⁰. Tras un decaimiento a partir de 1983 como consecuencia de la primera guerra de la Camorra, y de la desaparición de sus principales líderes, en la última década del siglo XX se produjo una rápida recuperación¹⁶⁴¹.

Se diversificaron sus actividades delictivas. A parte, del tráfico ilícito de drogas (heroína, cocaína y hachís) que le permitieron obtener, a partir de los 70, grandes fortunas por las alianzas con la mafia de Sicilia, los carteles colombianos (...). Destacando por la importación de heroína a Europa por la ruta de los Balcanes¹⁶⁴². Más recientemente, se implican también, en el tráfico de armas y material y material nuclear que compran a las mafias rusas, tráfico de personas, falsificación de productos de marca (*Cartier, Vuitton*, etc.) y tratamiento de residuos tóxicos¹⁶⁴³.

Se ampliaron las alianzas con organizaciones delictivas internacionales (entre otras, las de Estados Unidos, Rusia, Albania o Nigeria), incrementándose también los

¹⁶³⁴ VIOLANTE.: *Op. cit.*, p. 25.

¹⁶³⁵ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 106.

¹⁶³⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 64.

¹⁶³⁷ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 107.

¹⁶³⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 65.

¹⁶³⁹ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁴⁰ GAYRAUD.: *Op. cit.*, pp. 98 y 99. DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 66.

¹⁶⁴¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁴² BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁴³ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 67.

desplazamientos de miembros de la Camorra a diversos países de Europa y América. Se consolidó la influencia política de los camorristas. Y se aumentó progresivamente la agresividad de las bandas de la Camorra en Nápoles¹⁶⁴⁴.

La *Camorra* opera en Europa (Albania, Alemania, España, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Montenegro, Países Bajos, Rumanía, Suiza, etc.), América (Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Uruguay, Venezuela), Asia (China) y Australia¹⁶⁴⁵.

3. NDRANGHETA (CALABRIA)

Se conoce también como *Cosa Nuova calabresa* o la *Fibbia*¹⁶⁴⁶. Sus miembros suelen referirse a ella como *Onorata Societa* (Sociedad de Honor). Surge en el siglo XIX en la zona de Calabria. Desde sus orígenes se identifica por dos rasgos: “Su relativa invisibilidad y el cultivo de un conjunto de códigos, rituales y símbolos destinados a distinguir a sus miembros como “hombres de honor” e imbuirles de un código moral alternativo cuyas normas merecen más respeto y devoción que cualquier otra ley”¹⁶⁴⁷.

En 1995 estaba compuesta de unos 6.000 miembros agrupados en 150 familias o células, la mayor parte de las cuales se ubicaban en Reggio Calabria¹⁶⁴⁸. Se le considera la organización criminal más violenta y mejor organizada de Italia, alcanzando una mayor penetración tanto a nivel nacional como internacional¹⁶⁴⁹.

La clave de su éxito es su seriedad. Seriedad que se manifiesta en “la impermeabilidad tanto de las infiltraciones policiales como a la inmunidad frente a los fenómenos de arrepentimiento; así, como el cumplimiento de la palabra dada”¹⁶⁵⁰.

La estructura de esta organización criminal está basada en dos unidades fundamentales como son, los clanes o *'ndrine*¹⁶⁵¹ dirigida cada una por su patriarca o *Capobastone*. Consisten en agrupaciones esencialmente familiares cuya pervivencia dependerá de los vínculos familiares y de nuevas incorporación de descendientes¹⁶⁵².

Y los *locali* que se sitúan en el nivel organizativo superior, compuestos por varios *'ndrine*. Cabe destacar que la *'NDRANGHETA* nunca ha tenido estructura piramidal o centralizada. En el *'ndrine* existe una jerarquía clara, que empieza con los soldados o *picciotti d'onore* y caba con el cabo, siendo la relación de entre *'ndrine* de igual a igual. Cada *'ndrine* ejerce el monopolio del crimen en una zona determinada. Los *locali*

¹⁶⁴⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁴⁵ GAYRAUD.: *Op. cit.*, p. 104.

¹⁶⁴⁶ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁴⁷ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 69.

¹⁶⁴⁸ GAYRAUD.: *Op. cit.*, p. 104.

¹⁶⁴⁹ VIOLANTE.: *Op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁵⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, p. 92.

¹⁶⁵¹ VIOLANTE.: *Op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁵² DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 69.

constituyen “la primera de varias instancias reguladoras entre los diferentes *'ndrine* que la integran” si bien carecen de autoridad formal sobre ellas¹⁶⁵³.

Tal autonomía y organización descentralizada ha favorecido los enfrentamientos entre los *'ndrine* y los *locali*, razón por la cual a partir de los años 70 se llevaron a cabo diversas estrategias de coordinación, tratando de establecer órganos de control de todas las familias, como la *Santa* (sobre 1976) y la *Cosa Nuova* 20 años después, con una estructura más centralizada¹⁶⁵⁴.

A partir de la década de los 80, comienzan a desarrollar y obtener beneficios del tráfico ilegal de drogas fundamentalmente, exportando heroína a Estados Unidos, cocaína a Europa y hachís marroquí a Europa y Australia. A partir de los 90 actúan coordinados con la mafia de Trapani (sicilianos), mafia albanesa y cárteles colombianos con quienes tienen una “relación privilegiada”¹⁶⁵⁵.

En los últimos tiempos, la *'Ndrangheta* parece haber desplazado en lo que se refiere a dimensiones y acumulo de riqueza a *Cosa Nostra*. Hoy es una de las organizaciones criminales más ricas del mundo, sino, la más rica del mundo. Esta mafia ha experimentado en los últimos 20 años un desarrollo espectacular, pasando de ser una mafia de pastores, gente del campo y usureros, a controlar el tráfico de la cocaína en Europa, favorecido por el debilitamiento de la mafia siciliana o *Cosa Nostra*, por los “golpes” tan duros originados por “las leyes de arrepentimiento”¹⁶⁵⁶.

En la actualidad, esta organización criminal es puntera en el tráfico de armas y domina el tráfico de cocaína en Europa, con ingresos anuales de unos 36.000 millones de euros, suministrando droga a otras organizaciones delictivas para su posterior reventa¹⁶⁵⁷.

Actúan en Europa (Albania, Alemania, Bélgica, España, Francia, Países Bajos, Rusia, Suiza, Turquía, etc.), América (Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Venezuela, etc.) y Australia¹⁶⁵⁸.

4. SACRA CORONA UNITA (APULIA)

Fue fundada en 1983 en la región de Puglia (Abulia) por Giuseppe Rogoli, miembro de la *'Ndrangheta*¹⁶⁵⁹. Su organización es horizontal y está compuesta por unos cuarenta y cinco clanes autónomos que operan en su correspondiente territorio. Con unos 2000 miembros, destacando el importante papel de las mujeres en las operaciones¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵³ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 70.

¹⁶⁵⁴ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 108.

¹⁶⁵⁵ FORGIONE, F.: *'Ndrangheta. La mafia menos conocida y más peligrosa del planeta*, Destino, Barcelona, 2008, pp. 223 y ss.

¹⁶⁵⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, p. 92.

¹⁶⁵⁷ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 108.

¹⁶⁵⁸ GAYRAUD.: *Op. cit.*, pp. 95 y 96.

¹⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 104

¹⁶⁶⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 75.

Tienen estrechas conexiones con otras organizaciones italianas, cárteles colombianos, mafias rusas y asiáticas y fundamentalmente con la mafia albanesa¹⁶⁶¹. Aprovecha su situación geográfica estratégica en el Adriático, para el tráfico de drogas, de armas y de otros productos. También, trafican con inmigrantes ilegales, que trasladan a Europa occidental: albaneses, kurdos, chinos y personas del subcontinente indio¹⁶⁶².

Sacra Corona Unita opera en Europa (Albania, Alemania, Bélgica, Kosovo, Montenegro, etc.) y América (Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Uruguay, Venezuela, etc.)¹⁶⁶³.

5. COSA NOSTRA AMERICANA (ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ)

Los orígenes de la Mafia italoamericana se sitúan en las dos primeras décadas del siglo XX, en las que llegaron a Estados Unidos un millón de sicilianos, que pronto continuaron desempeñando sus actividades delictivas en las zonas en las que sus anteriores compatriotas, habían sentado las bases de una delincuencia rampante. Aprovechando sus credenciales mafiosas, y “el progresivo dinamismo económico asociado a la creciente diáspora italiana para introducir y monopolizar la importación de productos alimenticios italianos”, comenzaron a surgir diversos grupos delictivos organizados en diversas ciudades de Estados Unidos, conforme a los principios y métodos de la mafia siciliana¹⁶⁶⁴.

La Mafia italianoamericana se consolidó entre 1930 y 1950 como una coalición de diversas familias, ubicadas en el centro, sur, oeste y costa este de Estados Unidos y Canadá. Cada familia dominaba un territorio estando prohibida la intervención (mediante la realización de actividades económicas ilegales o de acciones violentas) de otra familia¹⁶⁶⁵.

Cosa Nostra en Estados Unidos se compone de unos 1.000 miembros distribuidos en 26 familias extendidas por las ciudades más importantes de Estados Unidos. Dirigida por una Comisión, controlada actualmente por las familias de Nueva York¹⁶⁶⁶. Cada familia se estructura piramidalmente¹⁶⁶⁷, con el jefe de la familia *capofamiglia*, asistido por un subjefe *sottocapo* y un consejero *consigliere*; en el nivel inferior, existen varios capitanes *caporegime* cada uno dirige su grupo o decena *decine*, compuesto por los soldados, a su vez vinculados con otras personas ajenas a la familia que colaboran con ellas, y a los que se les denomina asociados *affiliati* o iniciados *avvicinati*. Como se puede observar, la organización interna de las familias de las mafias latinoamericanas es prácticamente idéntica a la de la mafia siciliana, e igualmente por lo que se refiere a las normas que deben acatar sus miembros¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶¹ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 108.

¹⁶⁶² DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 76.

¹⁶⁶³ GAYRAUD.: *Op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁶⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 77 y ss.

¹⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 98 y 99.

¹⁶⁶⁶ GAYRAUD.: *Op. cit.*, pp. 130 a 133.

¹⁶⁶⁷ FRATTINI, E.: *Mafia S.A.*, Espasa Calpe, Madrid, 2002, p. 331.

¹⁶⁶⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 100.

Su principal actividad delictiva transnacional es la importación de droga¹⁶⁶⁹ en colaboración con otras organizaciones delictivas italianas, chinas, japonesas, mejicanos, rusos (...) otras actividades ilícitas son la trata de personas, prostitución, fraudes por internet (...) ¹⁶⁷⁰.

Es de destacar, que desde la década de 1980, la mafia latinoamericana inició la pérdida de su posición de primera organización criminal en Estados Unidos. Lo que fue debido a la rígida y estricta vigilancia de las autoridades para controlar a los mafiosos, y al crecimiento y competencia de otras organizaciones delictivas en el narcotráfico. A mediados del 2000 se afirmaba que habían desaparecido unas siete familias, perviviendo más de veinte por todo Estados Unidos, si bien con una actividad muy inferior a la realizada en otras épocas¹⁶⁷¹.

6. YAKUZA (JAPÓN)

Con la palabra *Yakuza* se designa a las principales organizaciones y bandas criminales que dominan la actividad delictiva en Japón desde hace varios siglos. En la actualidad, se calcula que existen en Japón unos 86.000 *Yakuza* agrupados en 25 federaciones¹⁶⁷².

Los *Yakuza* comenzaron a actuar abiertamente durante el siglo XIX, sometidos a normas de conducta como el no uso de la violencia contra las autoridades policiales y la población civil inocente.

Entre el siglo XIX y principios del siglo XX los *Yakuza* fueron fortaleciendo su poder infiltrándose en las “élites económicas” de Japón, y controlando la” prostitución, el contrabando, el blanqueo de dinero, los espectáculos, la especulación de bienes inmobiliarios, el negocio de la extorsión y el tráfico de drogas, artículos pornográficos y armas”. También, estableciendo importantes alianzas con la clase política japonesa¹⁶⁷³.

Durante gran parte del siglo XX la policía japonesa ha pactado con los *Yakuza* para controlar la delincuencia callejera. Desarrollan sus negocios y extorsiones discretamente y no se consideran a sí mismos como grupos delictivos, sino como “gerentes de un territorio sobre el que ejercen un control informal minimizando su recurso a la violencia”¹⁶⁷⁴.

Desde sus orígenes, los *Yakuza* han adoptado una estructura jerárquica de origen feudal conocida como *oyabun - kobun* (padre e hijo) o *Senpai - k hai* (mayores - menores) basada en pactos de obediencia y lealtad del hijo al padre. Cada grupo está dirigido por el *Oyabun* o *Kumich* (cabeza de familia), asistido por un consejero *Saiko komon* y por el jefe del cuartel general *So - honbucho*. En el nivel inferior, están los

¹⁶⁶⁹ FRATTINI.: *Op. cit.*, p. 312

¹⁶⁷⁰ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁷¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁷² GAYRAUD.: *Op. cit.*, p. 125.

¹⁶⁷³ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 113 y ss.

¹⁶⁷⁴ BERMEJOS MARCOS.: *Op. cit.*, p. 111.

Wakagashira que controlan a los gangs de la región con la ayuda del *honbucho*. Por debajo, los *Shateigashira* dirigen las bandas en el ámbito local y controlan a los *Kumi*¹⁶⁷⁵.

La mayor parte de los *Yakuza* proceden de la clase trabajadora, incorporándose a las organizaciones criminales tras un periodo de participación en actividades criminales juveniles. Se consideran una especie de samuráis modernos. Viven públicamente sin ocultar su identidad. Se identifican con exóticos tatuajes *irezumi* que llegan a cubrir gran parte de su cuerpo, o con chapas que colocan en su solapa, conocidas como *boryokudan*.

Existen organizaciones que disponen de sedes públicas, de periódicos o se anuncian por internet. Los *Yakuza* cuidan su imagen pública realizando importantes servicios sociales¹⁶⁷⁶.

Aunque los *Yakuza* están presentes en numerosos países, su proyección internacional ha sido menor que la de otras organizaciones criminales, debido a que prefieren utilizar sus contactos internacionales para realizar negocios en su propio país.

Entre sus principales actividades delictivas, destaca el tráfico de personas, en especial de mujeres chinas y filipinas, para su explotación sexual en los burdeles de Japón. El tráfico de drogas, importando anfetaminas de Taiwán, China y Corea y cocaína a los carteles colombianos para la importación de esta droga a menor escala¹⁶⁷⁷. Y el tráfico de armas controlado casi en su totalidad por los *Yakuza* importándolas especialmente, de Estados Unidos¹⁶⁷⁸.

Operan fundamentalmente en Asia (en las dos Coreas, Taiwán, Tailandia, Filipinas, Vietnam), Australia (Gold Coast y Queensand), Brasil, Paraguay, Canadá y Estados Unidos (California y Hawái) y en Europa¹⁶⁷⁹.

Una de sus principales inversiones en el extranjero son los establecimientos de ocio y turismo en Estados Unidos y Hawái, que utilizan para el blanqueo de dinero. Una de las técnicas empleada por los *Yakuza* es el denominado *sokaya* que consiste en comprar en conjunto las acciones de una sociedad para posteriormente perturbar las asambleas de los accionistas utilizando la violencia o artimañas obstruccionistas hasta conseguir que los dirigentes de la empresa les paguen para que desistan de ello¹⁶⁸⁰.

Otros negocios desarrollados en el extranjero son el negocio de la prostitución, drogas y juego que extienden a Hawái. Están implicados también en el turismo sexual, exportando mujeres y niños a diversos países asiáticos y de otras zonas del mundo. En

¹⁶⁷⁵ BERMEJOS MARCOS.: *Op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁷⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 118.

¹⁶⁷⁷ BERMEJOS MARCOS.: *Op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁷⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 120.

¹⁶⁷⁹ GAYRAUD.: *Op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁸⁰ KENDALL, RE.: "Las organizaciones delictivas, un problema internacional", *Revista Internacional de Policía Criminal*, 469 - 471 (1998) pp. 251 y 252.

el 2008 existían indicios de que los Yakuza estaban involucrados en tráfico de drogas en Australia, en negocios de armas en Filipinas, y en otros tipos de tráfico ilegal y delitos financieros en Rusia¹⁶⁸¹.

7. LAS TRIÁDAS CHINAS

Las organizaciones más parecidas a las organizaciones mafiosas occidentales han sido las denominadas *Triadas* surgidas en China¹⁶⁸².

Las *Triadas* toman su nombre del triángulo sagrado *Tin -Tei- Wui* (Cielo - Tierra - Hombre). Las principales bandas, en su mayoría con sede en Hong Kong, congregan unos 200.000 miembros, operan a nivel callejero, dedicándose especialmente a la extorsión¹⁶⁸³.

Las principales *Triadas* (*Sap Sze Wui, Chu Luen Pang, Sun Yee On, Wo Chi Tau, Si Hai Pang*) se desarrollaron en el siglo XX en Hong Kong, Taiwán y Macao, con presencia en la mayoría de los barrios chinos de todo el mundo¹⁶⁸⁴.

Hasta finales del siglo XX las *Triadas* fueron de naturaleza absolutamente nacionalista. Se beneficiaban del apoyo de los patriotas. Su táctica consistía en “protegerse en cierta medida detrás de su carácter misterioso” y desestabilizar al Estado a través de la fuerza y de la subversión. Hoy en día, los rituales y títulos que continúan utilizando las triadas chinas constituyen una tapadera perfecta para el crimen organizado¹⁶⁸⁵.

Las *Triadas* se componen de una pluralidad de bandas independientes que se reúnen regularmente para delinquir y repartirse beneficios. Su organización es horizontal, sin una comisión que las coordine¹⁶⁸⁶.

Cada *Triada* presenta una estructura piramidal en cuyo vértice se sitúa el líder *san chu* y un segundo líder *fu san chu*. En los niveles inferiores se suceden diversos líderes, que dirigen diversos departamentos y divisiones. Los jefes de las triadas son elegidos por sus miembros para un periodo de tiempo determinado. Para introducirse en estas organizaciones se requiere el pago previo de ciertos honorarios, que una persona avale al nuevo miembro, quién obtiene sus credenciales tras una ceremonia en la que es examinado y se le exige recitar los treinta seis juramentos de la triada, cuyo incumplimiento está penado con la muerte. El nuevo miembro debe aprender además, determinadas señales, saludos y contraseñas¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 121.

¹⁶⁸² HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 628.

¹⁶⁸³ BERMEJOS MARCOS.: *Op. cit.*, p. 109.

¹⁶⁸⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 126.

¹⁶⁸⁵ DONNELLY, T.: “Las Triadas chinas”, *Revista Internacional de Policía Criminal*, 469 - 471, 1998, p. 214.

¹⁶⁸⁶ BERMEJO MARCO.: *Op. cit.*, p. 109.

¹⁶⁸⁷ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 126.

A pesar de su estructura piramidal, los líderes no ejercen un control vertical sobre sus subordinados, no imparten órdenes a sus subordinados y solo obtienen beneficios de aquellas actividades en las que hayan estado implicados directamente. Sólo ejercen su autoridad para la resolución de conflictos o asegurar la lealtad de algún miembro. No todos los miembros de las triadas se dedican a la comisión de actividades delictivas, sino muchos de ellos se integran en diversos sectores sociales y profesionales¹⁶⁸⁸.

En las últimas décadas las *Triadas* han persistido por su expansión al extranjero, sofisticando su actividad delictiva, mediante la utilización de los avances tecnológicos y de los nuevos medios de comunicación, llevándola fuera¹⁶⁸⁹.

En la actualidad, sus principales actividades delictivas a nivel transnacional son el tráfico de drogas y la trata de personas (en Europa y Asia, especialmente Taiwán y Japón), los fraudes con tarjetas de crédito y la extorsión de empresas y restaurantes chinos en todo el mundo¹⁶⁹⁰.

En cuanto al narcotráfico, desde los años 80, controlan el mercado de la heroína en el llamado Triangulo Dorado (Laos, Birmania y Tailandia). Exportando posteriormente esta droga, a todo Asia, América y Europa. En los últimos años, se han desarrollado como fabricantes y distribuidores de drogas sintéticas. Entre el 2000 y 2006 el treinta y nueve por ciento de las anfetaminas retenidas por agencias estatales de todo el mundo fue confiscado en China¹⁶⁹¹.

Las *Triadas Chinas* están presentes en Norteamérica (Estados Unidos y Canadá), Sudamérica (Honduras y Bolivia), Australia y Europa (principalmente en Alemania, e Italia, Francia, Bélgica, y España)¹⁶⁹².

Como escribe MARENCO “(...) El fenómeno de las Triadas nacido como expresión de revuelta política interna en China, se desarrolló después en sentido criminal y, desde el sureste chino, fue exportado a todo el mundo con ocasión de las sucesivas oleadas migratorias. Con el progreso tecnológico del siglo veinte, ha asumido características siempre más actuales, porque de las rapiñas y las extorsiones ha evolucionado hacia el tráfico de droga, de ilícitos clandestinos, la falsificación de bienes y el reciclaje de dinero. La globalización les ofrece, ya, nuevos espacios de maniobra y posibilidad de ganancias inmensas. Probablemente, no obstante, con el pasar de los años, han tomado la peculiaridad esotérica que caracterizaron sus inicios deviniendo en un fenómeno más complejo, si bien ahora muy unido a la comunidad china.

En el curso del siglo veintiuno, aunque por vía de vínculos entrelazados con la clase dirigente de Pekín, teniendo presente que, con la liberación de los mercados, China está destinada a convertirse en una superpotencia, podría transformarse en el fenómeno criminoso con más peligro del mundo, para afrontar el cual será necesaria una

¹⁶⁸⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁸⁹ DONNELLY.: *Op. cit.*, p. 215

¹⁶⁹⁰ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 109.

¹⁶⁹¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 128 y 129.

¹⁶⁹² BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 110.

preparación específica que, hoy por hoy, falta, por parte de las organizaciones internacionales, de las fuerzas del orden, de los magistrados, y una intensificación de la colaboración, bajo el plano judicial, entre cada uno de los Estados”¹⁶⁹³.

8. CÁRTELES (COLOMBIA)

El surgimiento de la delincuencia organizada en Latinoamérica está vinculado al desarrollo del negocio de la droga (especialmente cocaína, aunque no sólo esta sustancia) y a la gran demanda existente a nivel mundial¹⁶⁹⁴. Desarrollo que tiene lugar en la segunda mitad del siglo XX, mediante un especial “fenómeno de producción, procesamiento y comercialización de cocaína en América del Sur” en el que existe un reparto del proceso económico, principalmente entre Perú y Bolivia como proveedores de la hoja de coca, y Colombia encargada de su procesamiento y comercialización¹⁶⁹⁵. Lo que originó el nacimiento de una nueva modalidad de organizaciones criminales destinadas a la producción y exportación de drogas¹⁶⁹⁶.

Las principales organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico en Colombia son los cárteles. Surgen a partir de los grupos de traficantes armados de los años 80, alcanzando su auge años después. Son amplias organizaciones en las que se distribuyen las tareas del negocio de la cocaína, como la producción, distribución, financiación y protección de las personas implicadas. Su estructura es jerárquica, en cuyo vértice hay uno o varios líderes (como en el caso del Cártel de Medellín) o una confederación de líderes (como en el caso del Cártel del Calí o el Cártel del Valle).

Los Cárteles se caracterizan por la autonomía entre los miembros de una y otra sección, así como entre los que ocupan la cúspide y los que se sitúan en la base. A su vez, estas organizaciones disponían de colaboradores residentes en Estados Unidos, que se encargaban de las operaciones de distribución y venta. Además, de otros colaboradores pertenecientes a diversos sectores profesionales, como abogados, banqueros, financieros, empresarios (...) residentes en su mayor parte en Estados Unidos¹⁶⁹⁷.

El funcionamiento de la próspera industria criminal de la cocaína, dominada por los cárteles colombianos se caracteriza por los siguientes rasgos¹⁶⁹⁸:

1. Se trata de una industria orientada a la demanda principalmente de Estados Unidos y Europa, dirigida, por tanto, a la *exportación*. La principal fuente de ganancias se obtiene del proceso de transporte y distribución de la cocaína, lo que, a su vez, está asociado a la demanda sostenida por otros Estados.

¹⁶⁹³ MARENCO, A.: “L’evoluzione internazionale delle Triadi cinesi secondo il paradigma criminologico”, Cesnur, 2003, p. 37. Se puede consultar en <http://www.cesnur.org/> 2004

¹⁶⁹⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 133.

¹⁶⁹⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 96.

¹⁶⁹⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 133.

¹⁶⁹⁷ *Ibidem*, pp. 138 y 139.

¹⁶⁹⁸ CASTELLS.: *Op. cit.*, pp. 227 a 231.

2. Se trata de una delincuencia *internacionalizada*, en la que existe un reparto del trabajo, donde se aprovechan las vías de distribución de otros contrabandos para afianzar el mercado de la cocaína. Por lo que el control y persecución de estos delitos depende tanto del país que realiza la oferta, como los que demandan.
3. Un rasgo esencial del negocio de la droga es el blanqueo de dinero. La economía sumergida, las redes comerciales privadas, los bancos y entidades financieras de países como Colombia, Venezuela, Panamá y Florida han favorecido la introducción de importantes cantidades de dinero en el sistema financiero internacional.
4. Las transacciones comerciales y sociales se llevan a cabo mediante el empleo de una *violencia extraordinaria*. Los sicarios colombianos están entrenados en el “arte de matar”. Los cárteles tienen miembros encargados de vigilar y controlar a sus competidores o a cualquier persona que les suponga un obstáculo para el logro de sus objetivos.
5. El funcionamiento de esta industria criminal sólo se explica por la *corrupción* y la introducción de su “entorno institucional” en el sistema. Los narcotraficantes corrompen o intimidan a las autoridades, la policía, las aduanas, los jueces, políticos, banqueros, químicos, transportistas, periodistas, propietarios de los medios de comunicación y empresarios.

Destaca CASTELLS, “para la mayoría de estas personas, la alternativa entre obtener sumas de dinero considerables o ver a sus familias aterrorizadas es demasiado fuerte para resistirse. En ausencia de una afirmación decisiva del poder estatal, las redes del narcotráfico se hacen con el control de tantas personas y organizaciones como le sean necesarias en su entorno”¹⁶⁹⁹.

Los cárteles más poderosos tanto en capacidad organizativa, poder de decisión e ingresos económicos, han sido los de Medellín y Cali. Llegando a ocupar una “posición hegemónica en un sector importante de la economía criminal global”¹⁷⁰⁰.

La organización denominada *Los Grandes Mañosos o Cártel de Medellín* surge en 1976 como consecuencia de una alianza entre varios grupos de traficantes que llevaban importando coca de Perú y transformándola en cocaína en Medellín. Sus principales líderes fueron Pablo Escobar Gaviria (el Patrón), Gonzalo Rodríguez Gacha (el mexicano), los hermanos Ochoa y Calos Lehder. Tras la muerte de Escobar en 1993, el Cártel de Medellín perdió todo su esplendor, a pesar de sustituirle su colaborador Diego Fernando Murillo, permaneciendo activo hasta su rendición en 2005¹⁷⁰¹.

El Cártel de Cali surge como consecuencia del acuerdo de colaboración entre los cinco principales grupos de traficantes de la ciudad, liderados por Gilberto Rodríguez Orejuela, su hermano Miguel y José Santacruz Londoño. Su organización era patriarcal, se basaba en vínculos familiares y en estrictos principios de disciplina y lealtad. Sin embargo, disponían de un avanzado modelo de gestión. Caracterizándose además, por su filosofía empresarial. Daban prioridad al soborno frente a la violencia. Por su

¹⁶⁹⁹ CASTELLS.: *Op. cit.*, p. 231.

¹⁷⁰⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 96.

¹⁷⁰¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 139 y ss.

facilidad para obtener información con la que anticiparse a sus competidores, y por su habilidad para encontrar nuevas vías de financiación y de negocios¹⁷⁰².

El origen social de ambos cárteles determinó su forma de actuar y su inserción social en la sociedad colombiana. Diferenciándose por la utilización de diversas estrategias de vinculación social, siendo protagonistas ambos cárteles de sangrientas guerras por controlar el mercado de la cocaína en Colombia. Así, el cártel de Medellín estaba integrado por sujetos de la clase media baja, mientras que los de Cali, procedían de la clase media alta de la zona y nunca se enfrentaron al “poder de la oligarquía colombiana tradicional”. Sin embargo, el cartel de Medellín desafió a la élite local, perfilando una estrategia política con la que Pablo Escobar fue elegido congresista en 1982, siendo expulsado de forma inmediata por la intervención del embajador de Estados Unidos¹⁷⁰³. También ha sido distinta la relación de ambos cárteles con los sectores sociales más marginales. Pablo Escobar financió un programa de viviendas y servicios sociales para los barrios más pobres de Medellín, ganándose el reconocimiento de la sociedad, y protegió a las bandas juveniles de los abusos de la policía nacional.

Sin embargo, la idea de “orden” del cártel de Cali era la “limpieza social” matando de forma aleatoria a los “desechables que, según estos narcotraficantes, consistían en los sin techo, prostitutas, niños de la calle, mendigos, rateros y homosexuales”. No obstante, ambos cárteles han tenido un rasgo común como ha sido el empleo brutal de violencia. Siendo sus integrantes entrenados militarmente en la misma red de asesinos¹⁷⁰⁴.

La disolución de los Cárteles de Medellín y Cali dio paso a una nueva etapa del narcotráfico en Colombia, el vacío dejado por estas potentes organizaciones criminales fue ocupado por *los cartelitos*, los grupos armados (guerrilleros) que desde hacía años seguían en conflicto con el Estado y las fuerzas paramilitares surgidas para contrarrestar la violencia de aquellos grupos. Si bien, la mayoría de la droga exportada desde Colombia a otros países desde la caída de los Cárteles de Medellín y Cali hasta nuestros días, está controlado por los *cartelitos* con estructura menos rígida y jerarquizada que los grandes Cárteles, actuando mediante pequeñas células que se valen de las nuevas tecnologías como teléfonos móviles, internet y programas informáticos diseñados para encriptar datos. Estos grupos se han ido adaptando a las transformaciones del mercado de la droga. Siguen controlando las rutas caribeñas de contrabando y el mercado de la cocaína especialmente al este de Estados Unidos y en Europa. Habiendo incrementado también su influencia en los últimos años, en el mercado de la heroína¹⁷⁰⁵.

9. CÁRTELES (MEXICO)

El desarrollo de actividades y grupos criminales en México no se produce hasta el siglo XX, estando vinculado en un principio el tráfico de las drogas a gran escala. En las

¹⁷⁰² DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 144 y ss.

¹⁷⁰³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷⁰⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 148 y ss.

décadas de los 70 y 80, los cárteles mexicanos se iniciaron en el narcotráfico con dos tipos de droga: heroína y cannabis, antes de entrar a participar en el tráfico de cocaína procedente de países como Bolivia, Perú o Colombia¹⁷⁰⁶. El principal Estado productor de ambas drogas, Sinaloa, se convierte en un lugar en el que se produce “una simbiosis entre narcotráfico, política y actividad comercial y empresarial”¹⁷⁰⁷.

A partir de la década de los 90, a raíz de los acuerdos concertados con los cárteles colombianos para la introducción de cocaína en Estados Unidos, los traficantes mexicanos fueron infiltrándose en el mercado de la cocaína dominando en poco tiempo, la venta de cocaína en el oeste y medio oeste de Estados Unidos. Estableciendo, años más tarde, vínculos de cooperación directa con los laboratorios de Perú y Colombia donde se producía la cocaína. A finales del siglo, la mayoría de la cocaína consumida en Estados Unidos, procedía de Colombia. Las organizaciones mexicanas que comenzaron a controlar el narcotráfico se constituyeron en Cárteles¹⁷⁰⁸.

Siguieron el modelo jerárquico de los cárteles colombianos, desarrollaron una rígida disciplina interna con recompensas económicas e intimidaciones. Con un alto nivel de especialización profesional de sus integrantes y colaboradores. En cada ciudad o estado en el que operaban los cárteles existía un sujeto de rango superior o medio encargado de dirigir las operaciones. Se caracterizaban por la importancia de las relaciones familiares. El jefe de la familia ejercía las funciones de liderazgo y control, encargando a otros familiares el blanqueo de dinero. Los líderes asumían la responsabilidad de otorgar sustento económico y protección a los familiares de sus subordinados muertos o en prisión. Los cárteles tenían un gran arraigo social debido a una mezcla de “temor, admiración y respeto”¹⁷⁰⁹.

México ha sustituido a Colombia como lugar operativo de los grandes cárteles de la droga. La desaparición de los cárteles colombianos más poderosos como Medellín y Cali en los años 90, y la consiguiente segmentación del narcotráfico en *cartelitos* en Colombia, originó, a partir del 2000, el fortalecimiento de los cárteles mexicanos¹⁷¹⁰.

A partir del siglo XXI se consolidan los cárteles más importantes (los de Sinaloa, del Golfo¹⁷¹¹, los Zetas¹⁷¹², de Tijuana, de Juárez¹⁷¹³, del Pacífico Sur o ex Beltrán Leyva, y la Familia Michoacán) que junto algunos más pequeños, se disputan el mercado de la cocaína que en el 2009 generó unas ganancias netas de 137.000 millones de dólares¹⁷¹⁴.

¹⁷⁰⁶ GRATIUS, S.: *Europa y América Latina: La lucha contra la droga y el narcotráfico*, Departamento temático, Dirección general de políticas exteriores, Unión Europea, Bélgica, 2012, p. 7. Se puede consultar en <http://www.europarl.europa.eu>

¹⁷⁰⁷ ASTORGA, L.: *El siglo de las drogas. El narcotráfico, del Porfiriato al nuevo milenio*, Plaza y Janés, México, 2005, p. 87.

¹⁷⁰⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 153 y ss.

¹⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 157.

¹⁷¹⁰ GRATIUS.: *Op. cit.*, p. 8.

¹⁷¹¹ Tras una primera época de predominio de los cárteles de Tijuana y Suárez, los cárteles de Sinaloa y el Golfo pasaron a controlar la mayor parte de la droga que entra en México.

¹⁷¹² Los Zetas, están integrados por ex militares, que operan en México y América Central, son el cartel más violento. Tiene su origen en los sicarios contratados por el cartel del Golfo.

¹⁷¹³ El cartel de Juárez fue el primero en participar en el tráfico de cocaína colombiana.

¹⁷¹⁴ GRATIUS.: *Op. cit.*, p. 8.

La consolidación de los cárteles ha originado sangrientas guerras entre los mismos, por controlar los desembarques, rutas de tráfico, “plazas” y pasos fronterizos¹⁷¹⁵.

Hasta principios del 2007, las vías para la introducción de la droga en México eran fundamentalmente las marítimas y aéreas, pero a partir del 2008 comenzaron a dar prioridad a las vías terrestres debido en gran parte a las bases establecidas por los cárteles en algunos países de Centroamérica como Nicaragua, Panamá y Costa Rica. Se ha ampliado también el ámbito de actuación de los cárteles en los últimos años, a diversos países sudamericanos, fortaleciendo las relaciones de cooperación con los criminales de estos países. Además, los cárteles mexicanos han establecido bases en Europa y África occidental, cooperando con grupos criminales locales en el tráfico de drogas, armas e inmigrantes¹⁷¹⁶.

Actualmente, México continúa siendo uno de los más importantes productores y exportadores de droga. El gobierno federal continúa su lucha abierta contra los narcos, existiendo grandes dificultades para controlar las fronteras con Estados Unidos y algunas zonas adyacentes¹⁷¹⁷.

10. MAFIAS RUSAS

Se denomina *Mafias rusas* a los grupos delictivos organizados surgidos tras la fragmentación de la URSS. Según los expertos los factores que originaron el nacimiento de estas mafias son: la falta de confianza ciudadana en las instituciones estatales, la corrupción económica y política existente desde hace tiempo en el régimen soviético, los cambios sociales y políticos operados tras la desaparición de la URSS, en especial el tránsito hacia una economía de mercado¹⁷¹⁸.

En la actualidad, se calcula que existen unos 10.000 grupos o *bratva* que agrupan 100.000 integrantes. Son conocidos también en conjunto como la *Organizats*. Destacan por su violencia¹⁷¹⁹. Consisten en bandas independientes estructuradas de forma horizontal, cada una dirigida por un *Pakhan* o *Zar* que coordina y controla a sus soldados o *boyeviky*, al frente de cada banda hay un *Brigadir*. Los soldados de estas bandas están integrados en su mayor parte por veteranos de guerra y antiguos atletas, miembros de la policía o funcionarios de Justicia. A pesar de su independencia, reconocen la autoridad para mediar en los conflictos de los *Ladrones de código* o *Vory v'Zakhone*¹⁷²⁰.

Los *Vory* surgieron como grupos criminales cohesionados por un estricto código de conducta que “rechazaba toda colaboración con el Estado, fomentaba la lealtad interna y

¹⁷¹⁵ MAERTENS, F / DE ANDRÉS, AP.: “David contra Goliat. El combate contra el narcotráfico”, FRIDE, 2009, p. 5. Se puede consultar en <http://www.fride.org>

¹⁷¹⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 166.

¹⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 169.

¹⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 178.

¹⁷¹⁹ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 112.

¹⁷²⁰ RIERA, A.: *La Organizatsja. Mafia rusa, mafia roja*, Arcopress, Córdoba, 2008, pp. 87 y 88.

limitaba o prohibía el cultivo de lazos familiares”. Gozaban de una gran honorabilidad por su resistencia a las presiones del Estado. Su estructura siempre ha sido jerárquica, y su funcionamiento, clandestino. Solían realizarse tatuajes con los que se revelaban su pertenencia, estatus e incluso especialidad, dentro del grupo criminal. Cada grupo Vory estaba dirigido por un *vor o zakone*, reconocido por el resto para ejercer su autoridad en un territorio determinado. Siendo elegido en una reunión compuesta por los miembros más importantes y a partir de la recomendación de al menos dos líderes¹⁷²¹.

En principio unas de las actividades criminales de las mafias rusas eran la extorsión y la protección. Si bien, las más poderosas como la Hermandad de Solntsevo, las bandas chechenas de Moscú, la Tambovskaya de San Petersburgo y la Uralmashevskaya de Ekaterimburgo se desarrollaron de forma significativa, diversificando sus actividades y legalizando e internacionalizando gran parte de sus inversiones¹⁷²².

Así, entre las principales actividades delictivas de las mafias rusas, cabe resaltar el tráfico ilícito de drogas (importan heroína y cocaína, y en sus laboratorios elaboran sustancias sintéticas que exportan a Europa Occidental y Estados Unidos. Beneficiándose del cobro de impuestos por cruzar su territorio, a los traficantes procedentes del Triangulo de Oro, Turquía, Pakistán o Afganistán), el tráfico de armas y material nuclear (en cooperación con *Cosa Nostra siciliana* o la *Sacra Corona Unita*), el robo de coches a gran escala, y la prostitución en Europa oriental¹⁷²³.

Al mismo tiempo que las mafias rusas se involucraban en estos negocios en el extranjero, potenciaban ampliamente sus contactos y cooperaciones con otras organizaciones delictivas: Mafia siciliana, 'Ndrangheta, Camorra, Triadas chinas, Yakuza, grupos criminales coreanos, y traficantes colombianos, mexicanos y turcos¹⁷²⁴.

Finalmente, otro interés común entre las mafias rusas y estas organizaciones era la necesidad de blanquear dinero. Aprovechando la gran disponibilidad de dinero para financiar todo tipo de empresas legales, algunas de las organizaciones mencionadas adquirieron algunos bancos para blanquear su dinero u ofrecer este servicio a los cárteles colombianos de la coca¹⁷²⁵.

11. MAFIA ALBANESA

Dada su situación geográfica, la herencia de las guerras y el gran nivel de corrupción, los Balcanes occidentales se convirtieron en uno de los epicentros del crimen organizado a principios del siglo XXI. A mediados del 2000 la mitad de las personas en edad de trabajar estaban implicadas en algún tipo de tráfico ilegal. Los grupos más poderosos de los Balcanes son las bandas y organizaciones albanesas¹⁷²⁶.

¹⁷²¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 180 a 182.

¹⁷²² *Ibidem*, p. 189.

¹⁷²³ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 112.

¹⁷²⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 190.

¹⁷²⁵ GLENNY, M.: *McMafia. El crimen sin fronteras*, Destino, Barcelona, 2008, pp. 61 y ss

¹⁷²⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 205 y 206.

Aunque se utiliza la expresión *mafia albanesa*, las bandas y organizaciones albanesas actúan de forma autónoma y no tienen un liderazgo centralizado. Su composición está determinada por vínculos familiares, lo que conlleva la formación de clanes¹⁷²⁷. En Kosovo se han detectado unos 15 clanes mafiosos. Son grupos con estructura jerarquizada, férrea disciplina interna, y caracterizados por ser muy violentos¹⁷²⁸. Sometidos a un código de conducta el *kanun o código de honor* que conlleva una lealtad absoluta de sus miembros y un total secretismo. Este código favorece que la pertenencia a estos grupos sea duradera y dificulte la persecución policial¹⁷²⁹.

Es significativo el “salto cualitativo” operado por estos grupos criminales, de las bandas con reducido número de integrantes que en un primer momento actuaban de forma autónoma, coaligándose sólo para la comisión de hechos delictivos, en especial, explotación de la prostitución, han pasado a desarrollarse y afianzarse en el tráfico ilícito internacional¹⁷³⁰.

Sus principales actividades delictivas transnacionales son el tráfico de heroína (a través de la ruta de los Balcanes, operando en colaboración con la mafia turca), trata de personas (para su explotación sexual en Europa Occidental), tráfico de coches robados y de armas¹⁷³¹.

La mafia albanesa opera fundamentalmente en Italia y Grecia. También, en Gran Bretaña, Alemania, Países Bajos, Bélgica y Bielorrusia. “Protegidos por su diáspora y asentamientos en Europa”¹⁷³². Desde hace décadas están asentados en Estados Unidos donde han pasado a desarrollar actividades como la prostitución y el blanqueo de dinero.

En la primera década del siglo XXI diversas agencias internacionales de seguridad como Europol continúan proporcionando datos en torno a las numerosas actividades delictivas cometidas por grupos y organizaciones albanesas en toda Europa a los que se les define como “una de las primeras amenazas transnacionales para el Viejo Continente en relación con el crimen organizado”¹⁷³³.

12. MAFFIYA TURCA

También es conocida como Mundo Subterráneo o Estado profundo. Surgen sobre el 1945, colaborando desde sus inicios con la mafia siciliana en el narcotráfico¹⁷³⁴. A partir de los años 70 el crimen organizado experimenta un importante crecimiento como consecuencia de los cambios efectuados en el ámbito económico, social y político. Pero

¹⁷²⁷ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 206.

¹⁷²⁸ GAYRAUD.: *Op. cit.*, p. 118.

¹⁷²⁹ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 206.

¹⁷³⁰ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 634.

¹⁷³¹ GAYRAUD.: *Op. cit.*, pp. 118 a 120.

¹⁷³² BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 109.

¹⁷³³ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 210.

¹⁷³⁴ BERMEJO MARCOS.: *Op. cit.*, p. 109.

es en la década de los años cuando surgen nuevos grupos criminales, en los que sus líderes cuentan con una importante formación académica y militar, gozando de un “crédito moral” considerable, dado que en muchos sectores de la sociedad se les consideraba como verdaderos patriotas¹⁷³⁵.

Entre 1980 y mitad de los 90 se produce lo que se ha denominado “modernización de las organizaciones criminales turcas”. Conservaron muchos de los rasgos de épocas anteriores como los vínculos de parentesco entre sus miembros, su integración por individuos emigrados a las grandes ciudades desde una misma zona (como la península de Anatolia y las aéreas alrededor del mar Negro), estructura jerarquizada, rígida disciplina interna, liderazgo centralizado, y la obediencia y fidelidad absoluta a los líderes. Pero también se produjeron cambios significativos como la orientación paulatina de las actividades ilícitas conforme a una “lógica meramente económica”, profesionalización en actividades violentas y especialización de tareas, transformación del perfil de los líderes convirtiéndoles en “hombres de negocios”, transnacionalización de sus actividades y colaboradores, creación de negocios legales y desarrollo de contactos en el ámbito empresarial¹⁷³⁶.

Varias de las grandes organizaciones han llegado a integrar a más de cien miembros vinculados entre sí, mediante una rígida estructura de mando que cuenta con un líder máximo que no participa directamente en las actividades ilícitas. A la mayoría se le encomiendan tareas vinculadas a sus habilidades. Los miembros que participan en las actividades más peligrosas suelen llevar armas y documentos falsos de identidad¹⁷³⁷.

En la actualidad, el narcotráfico continúa siendo su principal actividad delictiva especialmente el tráfico de heroína cooperando con grupos y organizaciones albanesas, siendo su facción más peligrosa la compuesta por el *brazo albanés*, “de células compuestas por ex militares del UCK y, por ello, gestionadas y dirigidas al modo militar”¹⁷³⁸.

Otras actividades son el tráfico de armas, de personas y de órganos. Operan en Europa Occidental, teniendo una presencia importante en Alemania, Grecia, Países Bajos, Gran Bretaña, España y Francia¹⁷³⁹.

Según los datos suministrados por la Cámara de Comercio de Ankara, las bandas y organizaciones criminales turcas controlaban la cuarta parte de la renta nacional de Turquía, lo que equivale a unos sesenta mil millones de dólares¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, pp. 212 a 214.

¹⁷³⁶ *Ibidem*, pp. 214 y 215

¹⁷³⁷ *Ibidem*, p. 215.

¹⁷³⁸ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, pp. 635 y 636.

¹⁷³⁹ GAYRAUD.: *Op. cit.*, pp. 111 a 115.

¹⁷⁴⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS.: *Op. cit.*, p. 217.

PARTE TERCERA

LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS: TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Capítulo I

CONSIDERACIONES PREVIAS

La delincuencia organizada, especialmente en el marco del narcotráfico y el terrorismo, no es un fenómeno de reciente aparición.

Las estructuras organizadas, permanentes, con finalidad ilícita y ánimo de lucro, existían con anterioridad al proceso actual de globalización.

No obstante, como se expuso en la Parte segunda, la mundialización de la economía, ha dado lugar a un proceso de expansión de este tipo de criminalidad traspasando las fronteras nacionales, haciendo ineficaces muchos de los instrumentos de investigación utilizados tradicionalmente por el Estado de Derecho para combatir este tipo de delincuencia¹⁷⁴¹.

La criminalidad organizada, alcanza en la actualidad, unas dimensiones sin precedentes afectando a la casi totalidad de los países, originando una criminalidad compleja y creciente que afecta a “aspectos fundamentales de la vida económica, social e institucional” y que la comunidad internacional considera que debe ser “combatida con prioridad”¹⁷⁴².

No es de extrañar, en consecuencia, la atención que recibe por la comunidad internacional, intensificada en los últimos años debido al “cambio cualitativo”¹⁷⁴³ producido en ella como consecuencia del fenómeno de la globalización y que, más allá de la “armonización de los mecanismos de cooperación penal internacional, acaba buscando indefectiblemente la homogenización del sistema penal sobre la base de los modelos ensayados por los Estados Unidos de América en su particular guerra contra determinadas modalidades del crimen organizado”¹⁷⁴⁴.

Por tanto, son dos los motivos fundamentales que ha llevado a los Estados a utilizar nuevas técnicas para combatir la criminalidad organizada: la transnacionalidad “real y virtual”, propia del proceso de globalización económico actual impulsada por una tecnología que permite actuar “en tiempo real en cualquier economía local en cualquier momento desde cualquier lugar”; y el empleo de sofisticados medios en la comisión del delito y perfeccionamiento de la estructura criminal que hacen ineficaces las técnicas

¹⁷⁴¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF.: *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 14.

¹⁷⁴² DE LA CUESTA ARZAMENDI.: “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada...”, *Op. cit.*, p.

1.

¹⁷⁴³ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: “Criminalidad organizada” en *El nuevo Código Penal: primeros problemas de aplicación*, Universidad de Salamanca, 1997, p. 173.

¹⁷⁴⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI.: “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada...”, *Op. cit.*, p.

2.

de investigación tradicionales¹⁷⁴⁵.

La LO 5 / 1999, de 13 de enero¹⁷⁴⁶, de modificación de la LECr en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, recoge, en su Exposición de Motivos que:

La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el “modus operandi” con que actúa. Ante este nuevo reto, los sucesivos Gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas, si bien existen todavía algunos de los que puede dotarse legítimamente un Estado en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico.

Continúa afirmando que la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilegal de drogas, común motivo de preocupación para todas las naciones, ha sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales. En esta línea, destaca la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en donde se insta a las Partes firmantes de la misma, entre ellas España, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean necesarias para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional.

Y ello justifica, como añade la Exposición de Motivos: Las reformas que se incorporan en la presente Ley parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de los medios conducentes a la perpetración de los delitos. De esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores. Todas estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que pueden violentar garantías

¹⁷⁴⁵ DELGADO MARTÍN, J.: La criminalidad organizada. Comentarios a la LO 5 / 1999, de 23 de febrero, de modificación de la ley en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el delito de tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves en, Bosch, Barcelona, 2001, p. 30.

¹⁷⁴⁶ BOE, núm. 12, de 14 de enero de 1999.

constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva a favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.

La preocupación de la comunidad internacional por el grave problema que representa la criminalidad organizada y a la necesidad de elaborar una política judicial común para combatir esta forma de criminalidad, ha centrado la atención de los organismos internacionales.

En el ámbito de la Unión Europea, tras diversas recomendaciones de los Ministros de Justicia e Interior para unificar criterios con el fin de establecer un concepto de “delincuencia organizada” en el marco del espacio europeo, se adoptó la Acción Común de 21 de diciembre de 1998¹⁷⁴⁷, adoptada por el Consejo de Europa sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la participación de una organización delictiva en los Estados de la Unión.

Por su parte, en el marco de las Naciones Unidas, se celebró la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada, en Palermo, en diciembre del 2000¹⁷⁴⁸.

En nuestro ordenamiento procesal penal, el legislador ha introducido diversos instrumentos procesales que tiendan a “facilitar la consecución de los elementos incriminatorios que permitan una eficaz represión de las graves conductas delictivas que genera el crimen organizado, y entre estos podemos mencionar:

- a) La entrega vigilada
- b) El agente encubierto
- c) El mejor tratamiento punitivo a quienes implicados en el crimen organizado facilitan su persecución aportando datos e información de lo que conocen, como son los supuestos de arrepentimiento.

¹⁷⁴⁷ El art. 1 de la acción común 98 / 733 / JAI, de 21 de diciembre de 1998, publicado en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas de 29 de diciembre de 1998, L 351 / 1, entendía por organización delictiva:

“Una asociación estructurada, de dos o más personas, establecida durante un cierto tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos de cuatro años o con una pena aún más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

¹⁷⁴⁸ El art. 20.1 de la Convención de 2000 dispone que: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.

- d) La protección de los testigos y peritos del riesgo de represalias por sus declaraciones y dictámenes e impedir que se produzcan situaciones que condicionen la veraz y libre manifestación de testigos y peritos”¹⁷⁴⁹.

Como vimos, una de las cuestiones fundamentales que plantea la criminalidad organizada es la relativa a “la autoría en caso de aparatos organizados de poder, particularmente por la distancia espacio - temporal entre órganos de ejecución directa y centro de decisiones”. Además, suelen plantearse problemas a efectos de prueba a los órganos encargados de la persecución penal, para llegar a la cúspide del poder, al “hombre de atrás” del que emanan las ordenes¹⁷⁵⁰.

El fenómeno de la criminalidad organizada ha sido tratado ampliamente por la doctrina, tanto penalista como procesalista, quien ha destacado las dificultades para desarticular este complejo entramado organizativo de cara a la prevención y persecución de los delitos que forman parte de su actividad, y al descubrimiento de sus responsables.

Tales dificultades se incrementan en la actualidad por el proceso de globalización, a la complejidad de tales redes organizativas, a la gran sofisticación de las tecnologías empleadas y a su clandestinidad¹⁷⁵¹.

Ante estos obstáculos surge la necesidad arbitrar nuevas técnicas de investigación y persecución criminal o perfeccionamiento de las ya existentes, que permita a los órganos encargados de la persecución penal¹⁷⁵² acceder a la estructura organizativa, detectar la comisión de delitos e informar de sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores.

En los últimos años, se han ido adoptando nuevas técnicas de investigación y persecución criminal, para combatir determinados delitos que se consideran más eficaces para tales fines, como por ejemplo, la vigilancia prolongada de las personas sospechosas de integrar una organización delictiva; la utilización de diversos instrumentos para captar y reproducir la imagen y el sonido; la permisión de la circulación y entrega vigilada de drogas y, especialmente, la infiltración de determinadas personas en las organizaciones criminales, lo que se conoce en el ordenamiento jurídico español como agente encubierto regulado en el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento criminal (introducido por la Ley Orgánica 5 / 1999 de 13 de enero¹⁷⁵³).

¹⁷⁴⁹ GRANADOS PÉREZ, C.: “Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado. Agente Encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia” en *La criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, pp. 75 y 76.

¹⁷⁵⁰ CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 57.

¹⁷⁵¹ GARCÍA SÁNCHEZ, B.: “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal”, *Revista de letras jurídicas*, núm. 9, 2004, p. 2. Se puede consultar en [http //: www. lettrasjuridicas. com](http://www.lettrasjuridicas.com)

¹⁷⁵² El artículo 282 de la LECrim establece que la “Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial”.

¹⁷⁵³ GARCÍA SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 3.

La doctrina destaca de forma unánime¹⁷⁵⁴ la necesidad de disponer de tales instrumentos de investigación criminal con el fin de evitar la impunidad de todos los sujetos penalmente responsables de delitos que se cometen en el seno de estas estructuras organizativas.

El Derecho Procesal Penal ha ido avanzando en la perfección y sofisticación de sus instrumentos de investigación con el fin de lograr una mayor efectividad y control en la represión de este tipo de criminalidad.

No obstante, en lo que no existe consenso es en fijar los límites necesarios “en los que se deben permitir o no tales mecanismos” ya que, la utilización de los mismos, supone, en muchos casos, la “vulneración de derechos fundamentales”, cuando no, la comisión por parte de los sujetos encargados de la persecución penal de hechos ilícitos¹⁷⁵⁵.

Es por ello, por lo que la mayoría de la doctrina plantea la necesidad de fijar límites a los mecanismos utilizados para su admisión¹⁷⁵⁶. En un Estado Social, Democrático y de derecho la actuación de los poderes públicos, debe estar sometida al respeto de los derechos fundamentales, y a la Constitución. De ahí, la necesidad de establecer los límites de actuación del agente encubierto y demás técnicas de investigación policial con el fin de que “se resienta lo menos posible los derechos fundamentales del individuo y para que su actuación se ajuste a los principios reinantes en un Estado de Derecho y a los principios de Derecho Penal”¹⁷⁵⁷.

Como señala SÁNCHEZ TOMÁS “el avance de los medios de investigación ha de correr paralelo al desarrollo de las garantías en su adopción y ejecución para evitar que se lesionen derechos fundamentales”¹⁷⁵⁸.

En esta Parte se va a analizar las modernas técnicas de investigación y control del crimen organizado en el ámbito de los delitos de tráfico ilegal de drogas y otros conexos, que se han ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico ante la necesidad de disponer de instrumentos más eficaces para combatir la amenaza de la criminalidad organizada transnacional.

¹⁷⁵⁴ En este sentido, entre otros, SCHNEIDER, JI.: “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 3, 1993, p. 724; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El Agente Provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 25; REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 324; MORENO CATENA, V.: “Los agentes encubiertos en España”, en *Otrosí*, núm. 10, 1999, p. 40; RIFÁ SOLER, JM.: “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999, p. 164; CARMONA SALGADO, C.: “La circulación y entrega vigilada de drogas y el Agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico” en *Estudios jurídico - penales y político - criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 180 a 181. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO, M.: “Límites y Garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos” en *La Ley*, 7 de diciembre del 2004, pp. 1 y 2. Se puede consultar en [http //: www.laley.net](http://www.laley.net)

¹⁷⁵⁵ GARCÍA SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 4.

¹⁷⁵⁶ En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 25, quien señala que “se trata de si el indudable interés en la mayor eficacia de la acción policial se concilia con el respeto de los principios del Estado de Derecho”.

¹⁷⁵⁷ GARCÍA SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁵⁸ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 211.

Si bien, examinaremos el tratamiento que el ordenamiento jurídico español le da a las técnicas de investigación criminal, no podemos olvidar que dado las dimensiones transnacionales que ha adquirido la criminalidad organizada, la comunidad internacional ha diseñado un marco jurídico supranacional que garantice una respuesta legal uniforme y homogénea de todos los Estados, mediante el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación policial y judicial, y el perfeccionamiento de los medios de investigación criminal y de los instrumentos punitivos necesarios para combatir esta criminalidad no convencional¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁹ Cfr. DEL CERZO ESTEBAN, JA.: “El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre la criminalidad organizada”, *Estudios jurídicos*, núm. 2004, 2004, p. 2. Se puede consultar en <http://www.cej.justicia.es>

Capítulo II

LA ENTREGA VIGILADA

1. REGULACIÓN JURÍDICA Y CONCEPTO

La figura de la entrega vigilada existente en otros ordenamientos jurídicos, fue introducido en el ordenamiento penal español por la LO 8 /1992, de 23 de diciembre, de Modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Tráfico de drogas, introdujo en el Título I del Libro II de la LECrim, el artículo 263 bis , en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 11.1 del Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988¹⁷⁶⁰, y del art. 73 del Tratado de Schengen, de 14 de junio de 1985¹⁷⁶¹; precepto en el que se regula el régimen de la *circulación o entrega vigilada de drogas*.

El objeto del precepto es tratar de paliar la insuficiencia e ineficacia demostrada en los sistemas tradicionales y clásicos en la investigación y persecución de las redes de la delincuencia organizada.

Esta técnica permite una mayor flexibilidad temporal en la obligación de denunciar los delitos de que tenga conocimiento los órganos encargados de la persecución penal¹⁷⁶², con el fin de lograr, mediante la entrega vigilada, el descubrimiento y persecución de los integrantes de las organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico¹⁷⁶³.

Son cada vez más habituales los envíos de droga a territorio español desde otros países, con amparo en “el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad que

¹⁷⁶⁰ El art. 11. 1 dispone: “Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos 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 acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1), del artículo 3º. Y de entablar acciones legales contra ellas”.

¹⁷⁶¹ El artículo 73 establece que:

- 1) Conforme a la Constitución y al orden jurídico nacional de las partes contratantes, se comprometen las mismas a tomar medidas a fin de facilitar que se vigilen entregas en el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- 2) Se tomará la decisión de recurrir a la vigilancia de entregas en cada caso especial, previa autorización dada por la parte contratante interesada.
- 3) Cada parte contratante sigue teniendo la conducta y el control sobre la operación en su territorio y está autorizado para intervenir”.

¹⁷⁶² El art. 408 del CP castiga la conducta de la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejara intencionadamente de promover la persecución de los delitos.

¹⁷⁶³ GRANADOS PÉREZ.: “Instrumentos..., *Op. cit.*, p. 76. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, V.: “Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a las drogas tóxicas y estupefacientes” en *Delitos contra la salud pública...*, *Op. cit.*, p. 176.

protege las cartas y paquetes postales en nuestro ordenamiento jurídico”¹⁷⁶⁴. Envíos que suelen ser recogidos por un miembro de la organización, o incluso, una persona ajena a la organización, a la que se le contrata únicamente para recoger y entregar tal envío. Lo interesante, en este caso, para el proceso penal es obtener el mayor número posible de datos relativos a la estructura delictiva, por lo que se permite la circulación de los paquetes bajo una estricta vigilancia para evitar su desaparición¹⁷⁶⁵.

Se trata pues, de autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas así como de otras sustancias prohibidas dentro del territorio nacional¹⁷⁶⁶, como medio de averiguación de los hechos delictivos y de las personas responsables de los mismos.

El narcotráfico y los delitos conexos requieren una estructura organizativa que vincule la producción y elaboración de las sustancias con los procesos de venta al consumidor final. Los “elementos conductores de la comunicación” entre los integrantes de la estructura organizativa son la materia prima para elaborar las sustancias, las sustancias ya elaboradas, las ganancias que se obtengan de su tráfico ilegal y las transformaciones que hubieran podido experimentar. Mediante el control y seguimiento de algunos de estos elementos, se puede descubrir a la estructura organizativa subyacente. Con tal fin, se emplea la técnica de la entrega vigilada¹⁷⁶⁷.

La utilización de esta técnica debe funcionar creando un “perfecto equilibrio entre la permisividad de circulación de la remesa, el riesgo de extravío de la sustancia, y el interés estatal”. Interés orientado, por un lado, a la aprehensión de la droga evitando su distribución, y por otro, a la obtención de pruebas y datos de la estructura delictiva, así como al descubrimiento de los responsables¹⁷⁶⁸.

Posteriormente, la LO 12 / 1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, permitió a los órganos de la Administración aduanera autorizar la salida de mercancías de los recintos aduaneros, como entrega vigilada, con el fin de facilitar las investigaciones relativas al descubrimiento del contrabando¹⁷⁶⁹.

Ante las deficiencias técnicas que presentaba en la práctica la entrega vigilada, la LO 5 /1999, de 13 de enero, sobre perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, modifica el art. 263 bis,

¹⁷⁶⁴ DEL POZO PÉREZ, M.: “La entrega vigilada como medio de investigación de la delincuencia Organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 21, 2008, p. 161.

¹⁷⁶⁵ *Ibidem*, p. 161.

¹⁷⁶⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: “El agente encubierto y la entrega vigilada (Comentarios a la LO 5/ 1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal)”, en *Criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, 1999, p. 107.

¹⁷⁶⁷ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 212.

¹⁷⁶⁸ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 161.

¹⁷⁶⁹ La Disposición Adicional 2ª establece que “Los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a requerimiento de los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando, podrán autorizar, sin interferencias obstativas, la salida de mercancías de los recintos o lugares habilitados por la Administración aduanera, a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando”.

regulándose los sujetos competentes para autorizar la circulación y entrega vigilada de las drogas, y exigiéndose resolución motivada en la que se justifique dicha autorización “a los fines de la investigación y por la importancia del delito”.

Ampliándose también la cobertura legal, abarcando además de las drogas a “equipos, materiales y sustancias que se mencionan en la Convención de Viena de 1988, así como a los bienes y ganancias procedentes de las drogas u otros delitos, así como bienes, materiales y objetos y especies animales y vegetales relacionadas con delitos relativos a la protección de la flora y fauna, falsificación de moneda, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos”¹⁷⁷⁰.

Se extiende la “entrega vigilada” a otras formas de criminalidad organizada. Dicha extensión está en concordancia con la obligación impuesta a los Estados parte en el art. 11 de la citada Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con la necesidad de combatir otras formas de criminalidad no relacionadas con el tráfico ilegal de drogas, con la mayor eficacia posible¹⁷⁷¹. Igualmente, se incorpora un concepto descriptivo de lo que se entiende por circulación o entrega vigilada.

Por último, la disposición final 1.1 de la LO 5 / 2010, de 22 de junio, modifica el párrafo segundo del apartado primero. La redacción vigente del **artículo 263 bis de la LECr** dispone que:

1. “El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida debería acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.

También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569, también del Código Penal.

2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias a las que se refiere el

¹⁷⁷⁰ GRANADOS PÉREZ.: “Instrumento...”, *Op. cit.*, p. 77.

¹⁷⁷¹ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 58.

párrafo anterior o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa a la autoridad o a sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”.

3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales. Los jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubieran otorgado de conformidad con el apartado 1) de este artículo, y en el supuesto de que existiera procedimiento judicial abierto, al juez de Instrucción competente.
4. La intercepción y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente Ley”.

El párrafo segundo del art.263 bis de la LECrim define la *circulación o entrega vigilada* como:

La técnica procesal que consiste en permitir que las sustancias, equipos y materiales que pueden ser objeto de esta medida, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas de blanqueo de dinero o blanqueo de capitales y del tráfico de drogas circulen por el territorio español o salgan o entren en él, sin ser interceptados por la autoridad competente o por funcionarios policiales, con el fin de descubrir e identificar a los sujetos involucrados en la comisión de estos delitos.

Esta definición está en consonancia con la definición contenida en los instrumentos internacionales como son, el artículo 1º, g), de la Convención de Viena de 1988¹⁷⁷², y en el artículo 2, i) de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del 2000¹⁷⁷³.

¹⁷⁷² En el que se define como “la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el cuadro I y en el cuadro II, anexos a la presente Convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, 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 delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1) del art. 3º de la presente Convención”.

¹⁷⁷³ Se dispone :“Por entrega vigilada se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos”.

Del art. 263 bis se desprende que “el conocimiento de la existencia del delito es previo”. Este mecanismo de investigación se emplea para descubrir todos los datos posibles relativos al mismo.

Comprobada la ilicitud del contenido del envío se autoriza, con sujeción a determinados requisitos, su circulación con el fin de lograr todos los datos posibles relativos a las redes de delincuencia organizada, bajo un mecanismo de estricta vigilancia¹⁷⁷⁴.

Mediante esta técnica excepcional de investigación, el “ilícito es conocido pero no impedido, con el propósito de obtener pruebas de la participación en el mismo de determinados integrantes de la organización criminal”¹⁷⁷⁵.

Por ello, la circulación y entrega vigilada se diferencia considerablemente de las operaciones policiales de simple seguimiento realizadas con el fin de constatar las sospechas de comisión de una actividad delictiva y la detención, en su caso, de los responsables¹⁷⁷⁶.

La Jurisprudencia define esta técnica de investigación criminal como “la operación en la que, teniendo localizada la sustancia antes de intervenirla, se permite que continúe su camino policialmente controlándola hasta que se efectúe su entrega, con objeto de identificar y detener a los destinatarios”¹⁷⁷⁷.

Por tanto, el empleo de este medio de investigación no tiene como fin la averiguación de un delito, sino la obtención de pruebas para imputar a sus responsables¹⁷⁷⁸. Se trata de “conseguir pruebas para la condena de todos los partícipes y desarticular, en fin, si la hubiere, la organización”¹⁷⁷⁹.

A juicio de DELGADO MARTÍN existen tres modalidades de entrega vigilada, con independencia de la genérica que consiste en la circulación y entrega vigilada en territorio nacional. Son:

- a) Las entregas vigiladas positivas o activas.
- b) Las entregas vigiladas de sustitución de las sustancias o elementos ilícitos.
- c) Las entregas vigiladas internacionales¹⁷⁸⁰.

Las *entregas vigiladas positivas o activas* están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que consisten en controlar “una sustancia o elemento ilícito no proveniente

¹⁷⁷⁴ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 162.

¹⁷⁷⁵ Vid. DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 140.

¹⁷⁷⁶ NUÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁷⁷ STS (Sala 2ª), núm. 45 / 2004, de 14 de enero.

¹⁷⁷⁸ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, p. 286. En el mismo sentido, STS (Sala 2ª), núm. 1294 / 2004, de 26 de febrero.

¹⁷⁷⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, pp. 117 y 118.

¹⁷⁸⁰ DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, pp. 2 y 3.

de una presunta organización delictiva, sino puesta en circulación por el propio Estado de derecho, *motu proprio*, a través de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado”¹⁷⁸¹. La definición del apartado segundo del art. 263 bis parece no resolver la problemática de las entregas vigiladas positivas o activas¹⁷⁸².

En opinión de MUÑOZ CONDE se define la conducta de forma tan abstracta, que parece que las drogas “circulen por el territorio español o salgan o entren en él por sí mismas, sin que nadie las haya puesto en circulación”¹⁷⁸³.

Algún autor como VIDALES RODRÍGUEZ da por hecho que la droga que se vigila sea entregada por la policía, afirmando que de ser así, “se estaría afirmando la máxima de que el fin justifica los medios, cosa peligrosa en extremo porque podrían llegar a justificarse conductas totalmente dañosas para un Estado Social y democrático de Derecho”¹⁷⁸⁴.

QUERALT JIMÉNEZ por su parte, considera que el texto legal tampoco resuelve la cuestión de la procedencia de la droga que entrega la policía, ni ofrece criterio para su obtención. Igualmente, destaca que sí la circulación de la droga está controlada de modo que no salga del operativo establecido, es discutible que “estemos ante un delito consumado de tráfico de drogas imputable a los traficantes, pues no ha existido ni lesión ni puesta en peligro del bien jurídico alguno”¹⁷⁸⁵.

En opinión de REY HUIDOBRO a pesar de la denominación dada a esta figura por la legislación procesal, y la inadecuada redacción del apartado 263 bis de la LECrim al definir la misma, no se desprende del texto legal que esta técnica consista en entrega de drogas por agentes de la policía, para seguir su rastro y proceder a la detención de los máximos responsables, sino en la “permisión de que dichas sustancias (o aquellas por las que se hayan sustituido) circulen sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia”¹⁷⁸⁶.

A la modalidad consistente en *sustituir las sustancias o elementos ilícitos* se refiere el artículo 263 bis al referirse a “sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas”. Dado los altos riesgos de pérdida o extravío de la sustancia prohibida sometida a control que se puede producir mediante el empleo de esta medida, la LECr permite su sustitución por otra inocua. Ello no implica que la sustitución de la sustancia deba producirse en todo caso, era una mera posibilidad¹⁷⁸⁷ que está sometida a determinados requisitos, como veremos más adelante.

¹⁷⁸¹ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 166.

¹⁷⁸² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 348. Cfr. FABIÁN CAPARROS.: “Consideraciones...”, *Op. cit.*, p. 600.

¹⁷⁸³ MUÑOZ CONDE.: *Derecho Penal...*, 1996, *Op. cit.*, p. 582.

¹⁷⁸⁴ VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “La última reforma del Código Penal en materia de drogas (novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992)”, *Revista General del Derecho*, núm. 583, 1993, pp. 2740 y ss.

¹⁷⁸⁵ QUERALT JIMENÉZ, JJ.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 797 y ss.

¹⁷⁸⁶ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 349.

¹⁷⁸⁷ VEGA TORRES.: “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, *Revista Tribunales de Justicia*, 1997, núm.8, p. 862.

Finalmente, la *entrega vigilada internacional* se prevé en el art. 263 bis de la LECr al disponer: “(...) así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines (...). El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales”¹⁷⁸⁸.

Evidentemente, la aplicación de la medida en este caso implica la participación de varios Estados. En la práctica, es la modalidad más frecuente, dado el carácter internacional y transnacional que la delincuencia organizada ha alcanzado en la actualidad. En este supuesto, se aplicará el principio de territorialidad por lo que el desarrollo de la medida estará sometida a la legislación del Estado requerido”¹⁷⁸⁹.

2. REQUISITOS

2.1. Requisitos subjetivos

El art. 263 bis LECr exige la correspondiente autorización para aplicar la técnica de circulación y entrega vigilada del envío, que normalmente se inicia a solicitud del personal de aduanas, tras detectar en una remesa alguna de las sustancias o productos a los que se refiere el precepto; del mismo modo, puede iniciarse por solicitud de las autoridades del Estado de origen del envío; también, puede solicitarse por alguna de las unidades de la Policía Judicial por ejemplo la Unidad de Drogas y Crimen Organizado (UDYCO)¹⁷⁹⁰.

Este régimen jurídico exige autorización judicial para aplicar el mecanismo de la entrega vigilada, por la necesidad de someter al control jurisdiccional la práctica de diligencias policiales, que pueden ser muy eficaces para los fines del sumario, pero implican un gran riesgo, por la pérdida de control sobre piezas de convicción y remesas ilícitas¹⁷⁹¹. Por ello, para controlar la operación policial, el precepto exige que la autorización para el empleo de este método, se realice por órganos competentes. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del art. 263 bis. 1 son *órganos competentes para autorizar* esta técnica:

- 1) El Juez de Instrucción competente.
- 2) El Ministerio Fiscal.

¹⁷⁸⁸ El art. 12 del Convenio de asistencia judicial en materia penal del 2000, dispone: “1. Los Estados miembros se comprometerán a permitir en sus territorios, a petición de otro Estado miembro, entregas vigiladas en el marco de investigaciones penales respecto de hechos delictivos que puedan dar lugar a su extradición. 2. La decisión relativa a la realización de entregas vigiladas la tomarán en cada caso las autoridades competentes del Estado miembro requerido, en virtud de su derecho interno. 3. Las entregas vigiladas se efectuarán de conformidad con los procedimientos vigentes en el Estado miembro requerido. La competencia de actuación, así como la dirección y control de las operaciones recaerán en las autoridades competentes de dicho Estado miembro”.

¹⁷⁸⁹ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 170.

¹⁷⁹⁰ MOLINA MANSILLA, MC.: *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 9 y 10.

¹⁷⁹¹ STS (Sala 2ª), núm. 5941 / 2008, de 3 de octubre.

- 3) Los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial y sus mandos superiores.

El precepto señala los órganos competentes para autorizar la entrega vigilada, pero no aclara cuando debe efectuarse dentro de una instrucción judicial, una investigación del Ministerio Fiscal, o dentro de una investigación preliminar de la Policía Judicial¹⁷⁹²; tampoco se determina en qué casos deben autorizar la medida cada uno de estos órganos.

Para solventar para solventar estas dudas debemos acudir a “las normas generales reguladoras de la instrucción, identificación y diferenciando los casos en los que existe un proceso judicial abierto frente a aquellos otros en los que no los hay”¹⁷⁹³.

Además, la materialización de la entrega vigilada requiere la intervención de *sujetos ejecutores* (de forma genérica el texto legal alude a “los agentes de la autoridad” (apdo. 3)) con el fin de satisfacer, a través de la vigilancia del envío, la finalidad de la operación; es decir, certificar la conducta de los destinatarios de los envíos ilícitos, comprobar la posible colaboración de otras personas en los hechos investigados, indagar sobre la estructura de la organización y, descubrir, cuando sea posible, a los máximos responsables de la organización¹⁷⁹⁴.

El art. 263 bis hace referencia a los sujetos activos (los autorizantes y ejecutores), pero no contiene referencia alguna al sujeto pasivo de la operación. No obstante, serán sujetos pasivos de la medida aquellas personas sobre las que existan indicios de culpabilidad por actos de tráfico ilegal con determinados objetos, quienes deberán estar mínimamente identificadas, en todo momento, “para no convertir la investigación en una prospección inquisitorial contra la delincuencia asociativa”¹⁷⁹⁵.

En definitiva, el apartado primero del art. 263 bis LECrim consagra, mediante una enumeración, una triple facultad para autorizar la medida, que está en estrecha conexión con los tres momentos en los que puede surgir la necesidad de adoptarla: en primer lugar, en el ámbito de un proceso penal en curso, el Juez de instrucción puede adoptarla a iniciativa propia o a instancia de los funcionarios policiales, cuando surja la necesidad de completar las investigaciones sobre unos hechos concretos y/ o personas mediante la vigilancia de un envío; en segundo lugar, en el marco de la investigación preliminar del Ministerio Fiscal, en la que puede surgir una situación idéntica a la mencionada; en tercer lugar, en sede policial, tanto previamente a la preinstrucción del fiscal y la instrucción judicial, como durante el curso de alguna de ellas¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹² NUÑEZ PAZ, MA / GUILLÉN LÓPEZ, G.: “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas”, *ADPCP*, Vol. LXI, 2008, p. 101.

¹⁷⁹³ DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 155.

¹⁷⁹⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 311

¹⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 311. Vid., entre otras, STC núm. 27 /2002, de 2 de abril; STC num.174 / 2001, de 20 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 5625 / 2003, de 10 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 8957 / 2002, de 10 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 8796 / 2002, de 14 de junio.

¹⁷⁹⁶ Cfr. MORENO CATENA, V / DE DIEGO DíEZ, *et al.*: *El Proceso Penal. Volumen II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 826 y 827.

2.1.1. El Juez de Instrucción competente

La autorización para una operación de circulación y entrega vigilada corresponde, como señala el 263 bis. 1 LECr, al Juez de Instrucción competente en dos supuestos, si bien, no siempre, de forma única y exclusiva.

En primer lugar, cuando exista un proceso penal incoado bajo su dirección. Es evidente, que en el marco del sumario o de las diligencias previas, es en principio, la única autoridad competente para autorizar la medida y ordenar su ejecución a los funcionarios policiales. Sin embargo, los mandos policiales aun existiendo un proceso penal en curso, tienen competencia para autorizar operaciones de circulación vigilada, según dispone el apartado 3 del art. 263 bis LECr¹⁷⁹⁷.

Se ha criticado ampliamente el hecho de que el art. 263 bis de la LECr faculte a órganos ajenos al Poder Judicial para la autorización de la medida, al entenderse que sólo el juzgador debería estar autorizado para adoptarla¹⁷⁹⁸. En opinión de GIMENO SENDRA a pesar de la redacción literal del precepto, la autorización de esta medida no es “indistinta, ya que, actuando siempre la policía a prevención de la Autoridad Judicial (art. 282) en principio, la única autoridad legitimada para acordarla es el Juez de Instrucción competente”¹⁷⁹⁹.

En segundo lugar, cuando surja la necesidad de abrir envíos incluidos en el ámbito de protección del art. 18.3 de la CE, en el curso de la investigación preliminar del Ministerio Fiscal o en el ámbito de la investigación de la Policía Judicial, ambas autoridades penales deben cesar en sus investigaciones, comunicando al Juez de Instrucción las circunstancias de sus investigaciones, el cual, tras la incoación del proceso penal, dictará, si así lo considera, auto motivado autorizando la entrega vigilada¹⁸⁰⁰.

Concretados los supuestos en los que el Juez de Instrucción es competente para autorizar esta medida, el problema radica en determinar si la autorización se refiere a todos los Jueces de Instrucción o a los Jueces centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, porque la competencia se atribuye, en principio y de forma general, a todo Juez de Instrucción¹⁸⁰¹.

Señala GÓMEZ DE LIAÑO que siempre que el hecho delictivo, sobre el que se inicie una investigación con el recurso de la circulación y entrega vigilada sea de la

¹⁷⁹⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA- HERRERO.: *Op. cit.*, p. 318. En el mismo sentido, se manifiesta DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 155.

¹⁷⁹⁸ Vid., CARMONA SALGADO.: *Op. cit.*, p. 171. GINARTE CABADA, G.: “La regulación de la entrega vigilada de drogas (Comentario al artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en *Comentarios a la legislación penal, tomo XVII, Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 13 y ss.

¹⁷⁹⁹ GIMENO SENDRA, V.: “Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a las drogas tóxicas y estupefacientes” en *Delitos contra la salud pública...*, *Op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁰⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 318.

¹⁸⁰¹ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 26.

competencia objetiva de la Audiencia Nacional, la competencia para autorizar la medida corresponde de forma exclusiva a los Juzgados Centrales de Instrucción, y en su caso, el que realice las funciones de guardia¹⁸⁰².

En virtud de lo dispuesto en el art. 65.1 LOPJ, cuando la remesa ilícita circule por diversos territorios dentro del Estado y se persiga descubrir una red organizada, la competencia para recibir la solicitud corresponde al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Así, únicamente el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional será el competente en el caso de una entrega vigilada que entre en territorio español, para recibir la solicitud de la autoridad extranjera para adherirse a la medida, se trate de una entrega vigilada con destino fuera de España, una entrega en tránsito o que se inicie aquí¹⁸⁰³.

En el supuesto de una entrega vigilada que tenga su origen en el extranjero, las autoridades extranjeras deberán proporcionar al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional todos los elementos necesarios para decidir la dilación de la incautación de la droga¹⁸⁰⁴.

En el supuesto de una entrega vigilada con origen en España o en tránsito por nuestro territorio con destino en el extranjero la decisión de aplazar la incautación exige:

- 1) Autorización previa¹⁸⁰⁵ del Estado de destino, o del Estado o Estados por los que transita la droga.
- 2) Aseguramiento en firme de que los productos ilegales no se van a difundir en el Estado de destino, y que se van a perseguir a los responsables de las actividades delictivas¹⁸⁰⁶.

No debe olvidarse que esta técnica procesal “supone una operación transfronteriza sobre personas sospechosas de tráfico de drogas tolerándose su tránsito por uno o varios Estados, con el fin de intervenir en el Estado o en el lugar de un Estado que se considera el más apropiado para la mejor represión del hecho, donde se consuma la operación de tráfico ilícito”, lo que implica una renuncia de la jurisdicción del Estado por el que transita o circula la droga, dado que a no ser que “se disponga otra cosa por vía de tratado”, la jurisdicción preferente es la del lugar de comisión del delito¹⁸⁰⁷.

Si el delito se ha cometido en otro Estado el artículo 263 bis implica una renuncia a su jurisdicción del Estado en tránsito, dado que se deja circular la droga por su territorio sin intervenir.

¹⁸⁰² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, pp. 319 y 320.

¹⁸⁰³ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 26.

¹⁸⁰⁵ SAN, Sala de lo Penal, de 1 de diciembre de 1992 (Sumario 7/91 del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional), en la que se recoge la utilización de la entrega vigilada destacando «que supone un mecanismo de investigación previsto en el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas de 1988»

¹⁸⁰⁶ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁰⁷ Vid., MIGUEL ZARAGOZA, J.: “La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen”, *Suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1676, 1992, pp. 10 y 11.

Cuando el delito se comete en España, a pesar de ser competente la Audiencia Nacional, también implica una renuncia a su jurisdicción cuando se deja salir la droga del territorio español sin intervenir¹⁸⁰⁸.

Por tanto, únicamente a la jurisdicción española (y particularmente al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional) le compete decidir si zanja tal actividad ilícita o permite la circulación del producto a su destino. No se puede, por ello, “sustraer al control judicial una operación policial de tal envergadura y de tales características”¹⁸⁰⁹.

2.1.2. Ministerio Fiscal

En cuanto a la autorización de la entrega vigilada por el Ministerio Fiscal, el párrafo primero del art. 263 bis de la LECr, faculta al Ministerio Fiscal a autorizar la entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas.

El Ministerio Fiscal tiene competencia para autorizar esta diligencia de investigación en el ámbito de su investigación preprocesal, antes de la incoación del correspondiente proceso penal y al margen del mismo¹⁸¹⁰. Ciertamente, dado el carácter eventual de la investigación preliminar del Fiscal¹⁸¹¹, éste carece de toda competencia, ni siquiera por motivos de urgencia, cuando exista un procedimiento judicial abierto contra las mismas personas o por los mismos hechos¹⁸¹².

La entrega vigilada autorizada por el Ministerio Fiscal, como en el resto de los casos, no podrá ser lesiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal. Es decir, no se podrá autorizar entregas vigiladas que conlleven la apertura de un envío o paquete postal sometido a estos derechos constitucionales¹⁸¹³.

El párrafo tercero del art. 263 bis establece que los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran autorizado una entrega vigilada deberán notificarlo de forma inmediata al Fiscal.

En la redacción originaria del precepto se establecía que la notificación de esta medida debía hacerse a la “Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal

¹⁸⁰⁸ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ.: “La reforma penal...”, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁸¹⁰ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 179.

¹⁸¹¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V / GIMENO SENDRA, V *et al.* : *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2003, p. 183.

¹⁸¹² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 314.

¹⁸¹³ *Ibidem*, p. 314 y ss. Vid. GIMENO SENDRA, V / CONDE PUMPIDO TOUROM, C *et al.*: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 123. MUERZA ESPARZA, J / DE LA OLIVA SANTOS, A *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, Ceura, Madrid, 1999, p. 246. MORENO CATENA, V / COQUILLAT VICENTE, A *et al.* : *El proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 863 y 864. ORTELLS RAMOS, M.: “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1996, pp. 47 y ss.

de Drogas”, lo que dificultaba la persecución de tales delitos en el caso de organizaciones criminales que operasen en la demarcación judicial de un determinado TSJ o AP. Es por ello, por lo que la LO 5 / 1999 suprimió este requisito, estableciendo que la notificación sea a la Fiscalía competente¹⁸¹⁴.

No obstante, MOLINA PÉREZ estima que a pesar de que el texto legal se refiera de forma genérica al Ministerio Fiscal, debe entenderse que se está refiriendo a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, por los mismos motivos expuestos en relación a los Jueces de instrucción¹⁸¹⁵.

En mi opinión, la notificación de la medida adoptada por la Policía Judicial deberá notificarse al Ministerio Fiscal que resulte competente en virtud de la demarcación judicial en la que se vinieran cometiendo los hechos delictivos por las redes organizadas.

Por otra parte, en nuestro sistema procesal penal corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal en interés del Estado con el fin de perseguir las actividades delictivas. Por lo que se plantea la cuestión, de si el Ministerio Fiscal teniendo conocimiento de la comisión de un delito, puede dejar de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad.

El art. 263 bis de la LECr introduce el “principio de oportunidad reglada”, en virtud del cual se permite al Ministerio Fiscal abstenerse de ejercitar la acción penal en los supuestos contenidos en ella. Nuestro sistema procesal admite el “uso de la oportunidad reglada en materia de narcotráfico al admitirla como excepción al principio de la obligatoriedad de la acusación ante los supuestos legalmente establecidos en la institución de la entrega vigilada”¹⁸¹⁶.

2.1.3. Policía Judicial

De acuerdo a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 263 bis LECrim, los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial son competentes para autorizar una operación de circulación y entrega vigilada, bien en el ámbito de su investigación autónoma, bien en el marco de la investigación ordenada por dependencia funcional, sea del Ministerio Fiscal, o del Juez de Instrucción¹⁸¹⁷, pero debiendo notificarlo de forma inmediata a ambas autoridades penales de las autorizaciones otorgadas¹⁸¹⁸.

¹⁸¹⁴ GIMENO SENDRA.: *Op. cit.*, p. 177.

¹⁸¹⁵ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p.31

¹⁸¹⁶ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

¹⁸¹⁷ MORENO CATENA.: *El Proceso Penal...*, *Op. cit.*, p. 835. Declara : “La actividad investigadora autónoma de la Policía Judicial se produce a consecuencia del cumplimiento del deber que pesa sobre todos los miembros de las FCSE de realizar por propia iniciativa las actuaciones pertinentes ordenadas a comprobar los delitos, descubrir a los delincuentes y asegurar pruebas; la investigación autónoma abarca desde que funcionarios de la Policía tienen conocimiento del hecho presuntamente delictivo hasta que dan cuenta del mismo y de las gestiones realizadas a las autoridades fiscales y judiciales, momento en el cual comienza la actividad ordenada”.

¹⁸¹⁸ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 326.

La Policía Judicial depende orgánicamente del Ministerio del Interior, pero funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal¹⁸¹⁹, siendo su función investigar las actividades delictivas, descubrir y perseguir a los responsables y recopilar pruebas para el proceso penal.

No obstante, el art. 263 bis de la LECr constituye una excepción a ello, al permitir cuando no exista procedimiento judicial abierto, que determinados mandos de la Policía Judicial autoricen una entrega vigilada.

Al igual que las operaciones de entrega vigilada susceptibles de ser autorizadas por el Ministerio, los mandos policiales sólo podrán autorizar aquellas operaciones que no afecten a procesos incluidos en el ámbito de protección del art. 18.3 de la CE, al quedar sometidos de forma exclusiva a la autorización judicial¹⁸²⁰.

La LECr no exige motivos de urgencia al permitir que la Policía Judicial autorice la entrega vigilada, si implica la comisión de un delito de narcotráfico previo.

En opinión de MOLINA PÉREZ cuando no exista urgencia, la Policía Judicial no tiene competencias para determinar “la proporcionalidad y la necesidad de la medida a efectos de una investigación, y, como consecuencia, el determinar cuándo se debe dejar o no seguir cometiendo el delito de tráfico de drogas”¹⁸²¹.

Por motivos de urgencia, podrá ser autorizada por la Policía Judicial, siempre que lo notifiquen de forma inmediata a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal competente cuando se hayan incoado diligencias conforme al art. 785 bis de la LECr (art. 263 bis. 3, párrafo segundo)¹⁸²².

A juicio de QUERALT JIMÉNEZ resulta curioso que la entrega vigilada pueda ser autorizada directamente, además del Juez y el Ministerio Fiscal, por un funcionario administrativo como es el Jefe de la Unidad Orgánica de Policía Judicial. Considera que “supera el umbral de lo asombroso imaginar que puedan existir actuaciones policiales sin que de ellas tenga cumplida cuenta la autoridad judicial. El artículo 284 de la LECr es taxativo al respecto: inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieren conocimiento de un delito público, (...) lo participarán a la Autoridad Judicial (...), si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. Resulta un esfuerzo titánico imaginar - continúa diciendo - que una operación de envergadura, las únicas que con arreglo a la ley permiten estas actuaciones, no suponga previa o simultáneamente la apertura de diligencias judiciales en las que poder residenciar la autorización judicial a solicitar. La sustracción al control judicial de un sector de esta (o

¹⁸¹⁹ El art. 444.1 de la LOPJ dispone que “se establecerán Unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las Autoridades Judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas le encomienden”. También, el art. 31. 1 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece “en el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a Unidades de Policía Judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de la investigación”.

¹⁸²⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 327.

¹⁸²¹ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, pp. 28 y 29. DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 178.

¹⁸²² GIMENO SENDRA.: *Op. cit.*, p. 176.

similar) envergadura de la actuación policial, máxime a la vista de los riesgos que la experiencia demuestra que comporta, parece una ligereza superior a la imprudencia”¹⁸²³.

El art. 263 bis, 3, párrafo segundo incorpora un mecanismo de seguridad al exigirse a los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran autorizado la entrega vigilada, a notificarlo de forma inmediata al Ministerio Fiscal o al Juez instructor cuando existiera un procedimiento judicial abierto. Ello no impide, que notificado al Fiscal o al Juez Instructor, se permita a la Policía Judicial adoptar este mecanismo de investigación, descubriendo y persiguiendo, posteriormente, a los integrantes de la organización delictiva¹⁸²⁴.

Es evidente que autorizada la entrega vigilada, se llevará a cabo posteriormente, un control policial de carácter permanente, durante toda la circulación, debiendo ser una vigilancia discreta, aparentando ser un transporte sin control. En el caso de que el objeto de esta medida desaparezca o se extravíe, deberá analizarse el supuesto concreto, para delimitar si el funcionario de policía encargado del control y vigilancia, ha incurrido en algún tipo de responsabilidad, que puede ser penal o disciplinaria¹⁸²⁵. No obstante, en la mayoría de las ocasiones el funcionario actuante incurrirá en responsabilidad disciplinaria cuando la pérdida se produzca por negligencia¹⁸²⁶.

Por otra parte, el texto legal no especifica si la autorización administrativa puede ser revocada por el Juez competente, o por el Fiscal, y en su caso, cuáles han de ser los requisitos¹⁸²⁷.

La obligación que la LECr impone a los mandos policiales de notificar de forma inmediata la autorización, debe ser interpretada, fundamentalmente en el caso del Juez de Instrucción, como posibilidad de revocación, siempre que no se hubieran llevado a cabo los hechos autorizados, “pues el Juez de Instrucción, a fin de satisfacer el control de las injerencias en los derechos fundamentales, no puede limitarse a recibir formalmente la comunicación”¹⁸²⁸.

Tampoco se establece un procedimiento a seguir en este tipo de incidentes, lo cual constituye el mayor error legislativo en el que se incurrió al elaborar la nueva redacción del art. 263 bis¹⁸²⁹.

Además, la LO 5 / 1999, de 13 de enero incorpora en el artículo 263 bis.1 de la LECr:

“El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones”.

¹⁸²³ QUERALT JIMÉNEZ., JJ.: “La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (Notas a la LO 8 / 1992, de 23 de diciembre)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 96, 1993, p. 4.

¹⁸²⁴ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 29.

¹⁸²⁵ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 181.

¹⁸²⁶ En este sentido, DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 159. GÓMEZ DE LIAÑO.: *Op. cit.*, p. 359.

¹⁸²⁷ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 355.

¹⁸²⁸ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 329.

¹⁸²⁹ CARMONA SALGADO.: *Op. cit.*, p. 172.

Llama la atención que en el precepto se exija únicamente al Juez llevar un registro especial de las resoluciones en las que se autoriza la entrega vigilada, que custodiará el Juez Decano de su jurisdicción. Sin embargo, no se impone esta obligación ni al Ministerio Fiscal, ni a los mandos policiales. Sus resoluciones no constan en ningún registro, excepto en sus propias actuaciones¹⁸³⁰.

Como indica QUERALT JIMÉNEZ “esta distinción de régimen de control de la decisión estableciendo mayores cautelas sobre el controlador que sobre los controladores y operativos no deja de ser sorprendente”¹⁸³¹.

La autorización por el órgano competente es fundamental para la aplicación de este mecanismo, ya que cualquier operación policial de circulación y entrega vigilada de un paquete sospechoso carente de la debida autorización será nula de pleno derecho¹⁸³².

Debe quedar claro, además, que lo que se autoriza es la circulación y entrega vigilada, no su apertura¹⁸³³, ya que en este caso, se requiere la correspondiente autorización para realizar las diligencias de apertura.

Finalmente, expuestos los órganos competentes para autorizar la medida, el art. 263 bis de la LECr no hace ninguna referencia sobre las personas sobre las que puede recaer esta medida. Se deduce que serán aquellas “sobre quienes ya existan indicios de culpabilidad por comportamientos relacionados al tráfico ilegal con determinados objetos, quienes serán identificadas en todo momento, con la finalidad de no hacer de este medio excepcional de investigación una búsqueda inquisitorial contra la delincuencia asociativa”¹⁸³⁴.

2.2. Requisitos objetivos

La utilización de la entrega vigilada se permite no sólo en relación al tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sino que se extiende a otras formas de criminalidad organizada.

La ampliación de este instrumento de investigación a todas las actividades delictivas incluidas en el artículo 263 bis de la LECr, aunque obedece al concepto de delincuencia organizada contenido en el art. 282 bis de la LECr, va a plantear problemas de interpretación en su aplicación práctica, ya que, como señala ZARAGOZA AGUADO, algunas de las conductas delictivas mencionadas no merecen el calificativo de graves, y uno de los parámetros fundamentales que determinan el uso de esta técnica de

¹⁸³⁰ NÚÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 104.

¹⁸³¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.: “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5 / 1999 de 14 de enero”, *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, 1999, pp. 127 a 133.

¹⁸³² STS (Sala 2ª), núm. 508 / 2001, de 29 de enero.

¹⁸³³ STS (Sala 2ª), núm. 305 / 1999, de 25 de enero.

¹⁸³⁴ NUÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 106.

investigación es la importancia del delito (párrafo 1) del artículo 263 bis)¹⁸³⁵, por lo que se podrían vulnerar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que como medida de excepción supone la aplicación de este instrumento de investigación criminal¹⁸³⁶.

CHOCLÁN MONTALVO considera que ampliar el método de investigación de la entrega vigilada a delitos que no siempre pueden ser calificados como graves en el CP, “plantea serias dudas de proporcionalidad de una técnica que se supone excepcional para la represión eficaz de delitos de gran dañosidad social”¹⁸³⁷.

El objeto de la circulación y entrega vigilada según el art. 263 bis. 2 de la LECr son las “remesas ilícitas o sospechosas” de contener alguna de las sustancias, equipos o materiales a los que se refiere el precepto. El término *remesa* debe interpretarse como “el conjunto de cosas, especialmente mercancías, que se remiten de una vez” con lo que pueden obtenerse las siguientes conclusiones¹⁸³⁸:

- 1) Consisten en productos tangibles, que se encuentran en tránsito desde un remitente hasta un destinatario - “si bien ambas figuras pueden coincidir en una misma persona”-, por lo que se entiende por *circulación* de un bien el proceso que abarca desde que el remitente lo envía hasta que el destinatario lo recibe o lo recoge, mientras que la *entrega vigilada* se limita a la recepción de la mercancía por el destinatario, físicamente en su destino o en las oficinas de la empresa que presta el servicio.
- 2) Esta técnica puede utilizarse en cualquier “tipo de continente en el que viaje la mercancía, desde sobres, paquetes, palés, retractilados y contenedores”¹⁸³⁹, en “cualquier medio de transporte en cuyo interior viaje el producto, por ejemplo un vehículo, una aeronave o un buque, aunque el riesgo de pérdida de control será más alto en estas ocasiones, por lo que resulta más fácil solicitar un Auto de Balizamiento, con la finalidad de colocar al medio de transporte un dispositivo localizador, para conocer dónde se encuentra éste en todo momento”. En estos casos también puede resultar más eficaz y menos arriesgado infiltrar un agente en la organización, que viaje en el interior del medio de transporte, controlando el producto¹⁸⁴⁰.
- 3) Se admite cualquier tipo de envío, ya se realice a través de Servicios Postales, empresas privadas de paquetería¹⁸⁴¹, - que deben cumplir el Reglamento de Servicios de Correos de 1964 - “agencias de transporte, agencias consignatarias y transitarias, encargadas de recibir la mercancía y entregarla a su destinatario, así como medios propios de transporte empleados por el remitente de la mercancía”¹⁸⁴².

¹⁸³⁵ ZARAGOZA AGUADO, J.: “Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la delincuencia organizada. Especial referencia a las Leyes Orgánicas 19 / 94 y 5/99”, *Primeras jornadas Internacionales de Derecho Procesal*, Málaga, 1999.

¹⁸³⁶ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 24.

¹⁸³⁷ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 59.

¹⁸³⁸ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 12.

¹⁸³⁹ STS (Sala 2ª), núm. 594 1 / 2008, de 3 de octubre.

¹⁸⁴⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1199 / 2006, de 16 de febrero.

¹⁸⁴¹ STS Sala 2ª, núm. 6778 / 2008, de 27 de noviembre.

¹⁸⁴² MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 12.

Respecto a los *bienes* que pueden ser objeto de circulación y entrega vigilada se contienen en un catálogo cerrado, referido a los delitos y ganancias obtenidos de ellos, previstos en el precepto:

- a) Especies animales y vegetales amenazadas, previstas en los arts. 332 y 334.
- b) Sustancias que constituyen el objeto material de los delitos contemplados en los arts. 368 a 373, es decir, *drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas* contenidas en el Cuadro I y II del Anexo de la Convención de Viena de 1988¹⁸⁴³. A juicio de GIMENO SENDRA por drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas debe entenderse todas las drogas de circulación prohibida, causen o no grave daño a la salud (art. 368)¹⁸⁴⁴.

Respecto a la expresión “otras sustancias prohibidas” el precepto adolece de cierta ambigüedad ya que no precisa a que se refiere el legislador con tales términos¹⁸⁴⁵.

Según REY HUIDOBRO se puede entender que por sustancias prohibidas son todas aquellas que son nocivas para la salud, o que pueden causar estragos¹⁸⁴⁶. En opinión de GIMENO SENDRA son sustancias prohibidas “todas las *res extra commercium*, cuya tenencia o circulación constituya un ilícito penal, tales como las armas, explosivos, contrabando, etc”¹⁸⁴⁷.

MOLINA MANSILLA considera que la expresión del texto legal “otras sustancias prohibidas” se refiere a “sustancias ajenas a las anteriores, prohibidas por el Ministerio de Sanidad y Consumo, cuyo consumo provoca efectos nocivos para la salud, entre las que podríamos considerar fármacos prohibidos o retirados del mercado, o que se venden fuera del mercado autorizado para otros fines distintos de los prescritos”¹⁸⁴⁸.

- c) Equipos, materiales y sustancias a las que se refiere el art. 371 (lo que se denomina tráfico de precursores), definidos en el art. 1. 10 de la Ley 12 /1995.
- d) Moneda falsa o adulterada, tipificada en el art. 386 del CP.
- e) Armas, municiones y aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, conforme a lo establecido en los arts. 566, 568 y 569 del CP.
- f) Los bienes objeto del delito de blanqueo de capitales tipificado en los arts. 301 a 304 del CP.
- g) Las ganancias obtenidas de los delitos anteriores. El legislador con el fin de combatir de forma global la criminalidad organizada, no ha limitado la entrega

¹⁸⁴³ En cuanto a los diversos pronunciamientos sobre el objeto material de estos delitos Vid., ARROYO ZAPATERO, L.: “El objeto material en el art. 368 CP: planteamientos doctrinales y estudios de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Delitos contra la salud pública y contrabando...*, *Op. cit.*, pp. 319 y ss. BLANCO CORDERO.: *Op. cit.*, pp. 113 y ss.

¹⁸⁴⁴ GIMENO SENDRA.: *Op. cit.*, p. 177.

¹⁸⁴⁵ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 24.

¹⁸⁴⁶ REY HUIDOBRO, LF.: “Las entregas vigiladas de drogas: el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 2, 1999, p. 199.

¹⁸⁴⁷ GIMENO SENDRA.: *Op. cit.*, p. 177.

¹⁸⁴⁸ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 13.

vigilada a estas sustancias prohibidas sino la ha ampliado a la investigación del dinero procedente de la actividad ilícita, ya que el comercio de éstas no se limita al “movimiento físico de sustancias estupefacientes, sino que se compone de una serie de fases sucesivas frente a las cuales el legislador nacional ha reaccionado introduciendo en el Código Penal nuevas categorías delictivas, ya que carecía de sentido que, en el marco de una política criminal de lucha contra el narcotráfico se olvidaran de los precursores y de los bienes que, procediendo de ellos, son objeto de blanqueo posterior”¹⁸⁴⁹.

- h) Los productos por los que se hayan sustituido los anteriormente mencionados. Tampoco especifica el precepto cuales son las sustancias que han de sustituir a las drogas, entendiendo la doctrina que con tal expresión el legislador se está refiriendo a sustancias inocuas¹⁸⁵⁰.

El texto legal permite que durante una operación policial de entrega vigilada se sustituya la droga por otra sustancia inocua, con el fin de evitar que se pierda el control sobre la sustancia ilícita o pérdida total en el supuesto de que la operación fracase. En el caso de que se realice la sustitución deberá procederse a la apertura del paquete o continente en el que se halle la sustancia, conforme a la normativa de apertura de paquetes que pueden contener mensajes personales¹⁸⁵¹.

Esta técnica de investigación se permitirá tanto cuando los productos que constituyen su objeto *circulen por territorio español o salgan o entren en él*.

Al tratarse de un método de investigación criminal para combatir la criminalidad organizada, generalmente de carácter internacional, es habitual que esta técnica se utilice en operaciones policiales en las que el producto tenga su origen o destino en territorio español, o sea únicamente un Estado de tránsito. Cuando se trate de paquetes enviados desde el extranjero, la detención se realizará en el aeropuerto, puerto o estación de origen, o en un tercer Estado dónde se realice la entrega. También podrá realizarse por el personal de las aduanas españolas, cuando la remesa tenga por destino o como escala, España. En tal caso, la detención se realizará por el Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil (GIFA) o al Servicio de Vigilancia de Aduanas (SVA). Utilizándose el mismo proceso cuando se trate de envíos al extranjero, cuyo origen sea España¹⁸⁵².

La entrega vigilada deberá realizarse *sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia*.

Mientras el paquete circula hasta llegar a su destinatario final, únicamente la Autoridad Judicial, y en virtud de resolución motivada, será competente para acordar la detención, apertura y examen de la correspondencia, siempre que existieran indicios de

¹⁸⁴⁹ FABIÁN CAPARRÓS.: “Consideraciones...”, *Op. cit.*, p. 599.

¹⁸⁵⁰ VEGAS TORRES, J.: “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, *Tribunales de Justicia* núm. 8 - 9, 1997, p. 862. MÓLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 24.

¹⁸⁵¹ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 14.

¹⁸⁵² *Ibidem*, p. 14.

obtenerse por esta vía el descubrimiento o la obtención de algún elemento relevante para la causa.

De este modo, el paquete podrá ser custodiado por los agentes durante su transporte, permanecer en depósito en dependencias de la autoridad judicial y ser incluso entregado a su destinatario por agentes, que se hacen pasar por empleados de la empresa que debería realizar la entrega¹⁸⁵³.

Si bien, este mecanismo permite la circulación y entrega vigilada de remesas sospechosas, sustancias y productos, debiendo adoptarse las medidas necesarias de seguridad que garanticen el éxito de la investigación, en los términos solicitados y autorizados; se dejará sin efecto cuando exista un riesgo de aquéllas o peligro de pérdida o extravío, procediéndose en tal caso a la aprehensión o detención inmediata de los implicados¹⁸⁵⁴.

No se considera entrega vigilada el mero seguimiento del paquete¹⁸⁵⁵.

Una vez autorizada la intervención policial, ésta deberá llevarse a cabo en los términos establecidos en la solicitud de actuaciones.

2.3. Requisitos de actividad

La entrega vigilada, como técnica de investigación procesal, está sometida al cumplimiento de determinados requisitos incorporados en la norma procesal que regula esta figura. Tales requisitos son los siguientes:

2.3.1. De tiempo

En el art. 263 bis de la LECr no contiene referencia alguna al requisito temporal de la entrega vigilada, no determina el momento en que debe adoptarse ni el tiempo que ha de durar. No obstante, del tenor literal del precepto, dada la finalidad que se persigue, se deduce que la entrega vigilada se adoptará desde que se tenga conocimiento de remesas ilícitas o sospechosas de contener drogas, o bienes o productos a los que se refiere el precepto, que inicien su circulación o se encuentren circulando, decidiendo posponer la incautación de la droga y la detención de la droga.

La duración dependerá, en cada caso concreto, de “los fines de la investigación y de las posibilidades de la vigilancia; lo que implica que ante la posibilidad de perder la droga, se decida poner fin a la entrega vigilada”¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵³ MOLINA MANSILLA, MC.: *El delito de narcotráfico*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 290.

¹⁸⁵⁴ STS (Sala 2ª), núm. 594 / 2008, de 3 de octubre.

¹⁸⁵⁵ STS (Sala 2ª), núm. 710 / 2003, de 5 de febrero.

¹⁸⁵⁶ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 33.

2.3.2. De lugar

Son dos las circunstancias que deben tenerse en cuenta en la entrega vigilada respecto al requisito del lugar. En primer lugar, se podrá realizar en cualquier parte del territorio nacional, tanto si se trata de una vigilancia interna o externa, estando sometido a un riguroso control de la Policía, el itinerario de la droga o sustancia prohibida, desde que comience a circular.

En segundo lugar, aunque no se especifica en el texto legal, es evidente que la entrega vigilada deberá autorizarse en la sede o lugar de quien la extienda¹⁸⁵⁷. Sea el Juez de Instrucción, el Fiscal o los mandos policiales competentes en la demarcación judicial en la que se hubieran cometido las actividades delictivas.

2.3.3. De forma

La diligencia por la que se autoriza la entrega vigilada está sometida a determinados requisitos formales especificados en el art. 263 bis de la LECr. La concurrencia de estos requisitos permite posponer la incautación de la droga, y la detención de los responsables.

Tales requisitos son:

- 1º. La adopción de esta medida deberá acordarse mediante resolución fundada.
- 2º. La entrega vigilada ha de ser necesaria a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.
- 3º. La adopción de esta medida está condicionada al descubrimiento o averiguación de “las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”.
- 4º. Es necesario que se autorice caso por caso.
- 5º. Cuando se trate de envíos postales, deberán respetarse en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo dispuesto en el artículo 584 de la LECr.

Por tanto, en primer lugar, se exige *resolución fundada* para autorizar esta medida. Este requisito incorporado por la LO 5 / 1999, de 13 de enero en aras de cumplimentar lo previsto en los Tratados Internacionales, fundamentalmente, en el art. 11.2 de la Convención de Viena y en el art. 73.2 del Convenio Schengen, constituye la “primera exigencia formal del principio de proporcionalidad”¹⁸⁵⁸.

El art. 263 bis. 1 LECr dispone que “esta medida deberá acordarse por resolución fundada”. Dado que se trata de una “medida excepcional para casos de alta

¹⁸⁵⁷ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁵⁸ GIMENO SENDRA.: *Op. cit.*, p. 179.

criminalidad” se requiere que la resolución por la que se autorice la circulación o entrega vigilada esté motivada o fundada mediante auto¹⁸⁵⁹.

Es incuestionable que dicha exigencia refleja la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional al requerir fundamentación de las decisiones limitativas de los derechos fundamentales, siendo esta un deber del órgano jurisdiccional (en este supuesto debe entenderse que lo será también para el Ministerio Fiscal y los mandos policiales), y un derecho del sujeto pasivo de la medida¹⁸⁶⁰.

Continúa señalando el precepto que en la resolución fundada deberá determinarse explícitamente, en cuanto sea posible, “el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate”. A lo que el Tribunal Supremo añade que igualmente, deberá determinarse en la resolución la identificación de los autores de la entrega¹⁸⁶¹.

La autorización de la entrega vigilada debe contener los “indicios objetivos de punibilidad” que pueden estar referidos a alguno de los hechos delictivos enumerados en el art. 263 bis, o bien, a otros delitos considerados como graves. Del mismo modo, deberá especificarse “los indicios subjetivos de punibilidad entendidos como aquellas señas o datos externos, que evaluados acorde a la recta razón consienten vislumbrar con la estabilidad de la razonabilidad y la lógica de las reglas de la experiencia, la responsabilidad del sujeto en relación al hecho investigado”¹⁸⁶².

Es evidente, que esta exigencia legal, no siempre será posible realizarla en la práctica. Pues resulta complejo determinar las características, y la cuantía de los elementos objeto de control, puesto que están ocultos.

No obstante, deberá realizarse con la mayor aproximación posible, tanto para facilitar el control sobre el conjunto de la operación, como evitar conductas ilícitas por parte de los funcionarios actuantes, y finalmente, para evitar que en el futuro proceso penal, los abogados defensores aleguen como argumentación, la manipulación o alteración de la remesa por los funcionarios estatales¹⁸⁶³.

Respecto a la identificación de los presuntos responsables, a pesar de no exigirse en el texto legal, debe producirse dicha identificación, en la medida que sea posible. No debe olvidarse, que la medida se dirige fundamentalmente a identificar a los responsables de la organización criminal, sin embargo, no puede autorizarse la medida sin este requisito. Debe figurar al menos, los datos personales del remitente y destinatario del envío, o en su caso, los apartados postales, cuando los envíos se realicen entre apartados postales¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁵⁹ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁶⁰ STC núm. 14 / 2003, de 28 de enero, STC núm. 29 / 2001, de 29 de enero, STC núm. 49 / 1999, de 5 de abril.

¹⁸⁶¹ STS (Sala 2ª), núm. 2525 / 2006, de 22 de marzo.

¹⁸⁶² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 341.

¹⁸⁶³ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 184.

¹⁸⁶⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 342.

Puede producirse simultáneamente la apertura de diligencias judiciales y la solicitud de autorización de la circulación o entrega vigilada. Se puede considerar motivado el auto si, además de contener la solicitud por la Policía, contiene los hechos objetivos por los que se puede conocer los motivos de adopción de la medida¹⁸⁶⁵.

Igualmente, la autorización debe contener el plazo de ejecución material de la diligencia¹⁸⁶⁶. Sin olvidar, que en la autorización de entrega vigilada debe identificarse a los autores materiales de la operación, ya que autorizar consiste en dar a alguien autoridad o facultad para hacer alguna cosa¹⁸⁶⁷.

También, se establece en el art. 263 bis.1 de la LECr: “El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones”.

En segundo lugar, se requiere que la entrega vigilada sea *necesaria a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia*.

Como señala parte de la doctrina, la redacción del texto legal es poco acertada, pudiendo provocar confusión e incluso inseguridad jurídica, porque “con el pretexto de autorizar una entrega vigilada, en realidad se está cometiendo un delito”¹⁸⁶⁸, pero en lo que no hay duda es que la necesidad, o subsidiaridad, exige que se trate de una infracción para la que no exista otras posibilidades de investigación que puedan obtener el mismo fin¹⁸⁶⁹.

Más dificultades de interpretación se plantean al determinar la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia en el tráfico de drogas, pues aunque se sospeche que existe tal tráfico, no se puede apreciar en principio el alcance de este delito, ni si es posible una vigilancia eficaz.

La “propia dinámica del narcotráfico imprime ciertos riesgos de error en su apreciación”¹⁸⁷⁰. No obstante, de una interpretación teleológica del texto legal puede deducirse que el uso de la entrega vigilada como medida excepcional, debe ser proporcional a la gravedad que se presume que presenta la infracción que se persigue en la vía penal. Siendo habitual que sea usada en supuestos de cierta gravedad y trascendencia como en el caso de organizaciones criminales de cierta entidad de las que se sospecha que se dedican al tráfico de drogas¹⁸⁷¹.

La valoración de la gravedad de la conducta debe realizarse de manera conjunta, y no sólo atendiendo a la gravedad de la pena señalada para el delito presuntamente

¹⁸⁶⁵ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁶⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 342.

¹⁸⁶⁷ Cfr. DELGADO MARTIN.: *La criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 169.

¹⁸⁶⁸ REY HUIDOBRO.: “Las entregas vigiladas...”, *Op. cit.*, p. 201.

¹⁸⁶⁹ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁷⁰ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 357.

¹⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 357.

cometido, sino que la conducta sea grave de por sí, por realizarse por una organización criminal.

En este supuesto, lo que debe valorarse de forma detallada son las posibles características de la estructura organizada “verificar su ámbito geográfico de actuación, si es transnacional, si utiliza la corrupción o la extorsión para eludir la acción de justicia, determinar si es violenta, si además se blanquean capitales o, por ejemplo, si someten a un riguroso régimen de fidelidad a sus miembros”. Estos factores junto a la cantidad y calidad de las sustancias que constituyen el objeto de esta medida, es lo que permite determinar la gravedad de la conducta delictiva¹⁸⁷².

Respecto a la vigilancia de la droga, el texto legal parece exigir que los responsables de la investigación aseguren que el envío llegue a su destino, desde el momento en que se adopte la medida, pues la propia dinámica del narcotráfico dificulta la eficacia de la entrega vigilada. La vigilancia del envío se refiere a la sustancia o producto que se transporta desde el principio, o las sustancias por las que han sido sustituidas por la Policía en un momento determinado del transporte. La ley permite la sustitución de la sustancia, con el fin de asegurarla frente a la posibilidad de que se pierda el control sobre ella¹⁸⁷³.

La Ley exige que las posibilidades de la vigilancia excluyan los riesgos de pérdida o extravío de las sustancias. A juicio de GÓMEZ DE LIAÑO la valoración de la vigilancia no puede llevarse a caso por el Juez o Fiscal, dado que es una “cuestión de técnica y práctica procesal”, por lo cual, ambos deberán acudir a los especialistas policiales para determinar las posibilidades de vigilancia de la remesa, que permita por un lado, la realización de la medida y los fines que persigue, y por otro, evitar su pérdida o extravío y, que llegue a su destino sin control policial, siendo distribuida finalmente en el mercado¹⁸⁷⁴.

No obstante, en los supuestos de determinada importancia y envergadura, el Juez o el Fiscal deberán valorar el riesgo de pérdida de las sustancias o productos objeto de la entrega vigilada, en caso de que éstos pudieran salir del control policial y terminando en el mercado¹⁸⁷⁵.

Conforme al principio de proporcionalidad, se exige además, que la medida sea “proporcional con la consecuencia propia de afcción de los derechos del sujeto”. Este hecho es fundamental cuando se adopte la medida respecto a un envío que puede contener documentos personales, ya que debe tenerse en cuenta el derecho fundamental al secreto y la intimidad, y la gravedad y repercusiones legales de su infracción¹⁸⁷⁶.

En tercer lugar, la adopción de esta medida está condicionada *al descubrimiento o averiguación de las personas involucradas en la comisión de alguno de los delitos*

¹⁸⁷² DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, pp. 183 y 184.

¹⁸⁷³ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁷⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 350.

¹⁸⁷⁵ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 11.

mencionados en el artículo 263 bis, o de auxiliar a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

El precepto no contiene explícitamente la finalidad de obtener pruebas, sin embargo, la finalidad de descubrir a los responsables de los delitos, debe interpretarse desde una perspectiva procesal, como la obtención de pruebas para el proceso penal. Esta finalidad es la que se atribuye a la entrega vigilada en el plano internacional (art. 11.1 de la Convención de Viena de 1988)¹⁸⁷⁷. La finalidad de esta medida es la identificación o descubrimiento de los responsables de los delitos, para obtener pruebas que aporten en la fase de instrucción del proceso penal¹⁸⁷⁸.

Conviene no olvidar, que la entrega vigilada es una técnica de investigación de la criminalidad organizada, con la que se persigue descubrir e identificar a los sujetos que aprovechan la clandestinidad que les proporciona la pertenencia a la organización criminal¹⁸⁷⁹. Por ello, es fundamental que antes de realizar la entrega del paquete se haya identificado a su destinatario¹⁸⁸⁰.

Para que este requisito se realice eficazmente, se puede realizar de dos maneras: a) En vía de destino, hasta el descubrimiento de su verdadero destinatario. b) En vía de regreso, con la finalidad de identificar al remitente, o cuando no acude nadie a recogerlo o los datos del destinatario son erróneos¹⁸⁸¹.

En la redacción originaria del precepto, la medida venía referida exclusivamente al delito de tráfico de drogas. Tras la reforma llevada a cabo por LO 5 / 1999, se amplió a otras formas de criminalidad organizada no relacionados incluso con el delito de tráfico de drogas.

Una de las finalidades de esta medida, puede ser prestar *auxilio a autoridades extranjeras* con el mismo fin de identificar o descubrir a los responsables del delito (art. 263 bis. 2). Es evidente, que en este caso, la técnica se caracteriza por la participación de varios Estados, implicados en la realización de la misma. Y en los que España es únicamente Estado de tránsito de la droga que circula en el ámbito internacional¹⁸⁸².

El auxilio a autoridades extranjeras o la entrega vigilada internacional es cada vez más frecuente, lo que es debido al proceso de globalización experimentado por el crimen organizado. La intervención de terceros Estados en la aplicación de esta medida puede plantear diversos problemas¹⁸⁸³:

- 1º. Determinar la legislación nacional aplicable cuando el paquete se abre fuera de España. El problema se plantea cuando surge la necesidad de abrir un paquete

¹⁸⁷⁷ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 358.

¹⁸⁷⁸ MOLINA MANSILLA.: *El delito...*, *Op. cit.*, p. 290.

¹⁸⁷⁹ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 8603 / 2002, de 18 de diciembre.

¹⁸⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 4654 / 2005, de 11 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 1294 / 2004, de 26 de febrero.

¹⁸⁸² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 359.

¹⁸⁸³ MOLINA MANSILLA.: *El delito...*, *Op. cit.*, p. 291.

postal en un Estado de origen o tránsito distinto a España. En estos casos, se aplicará la *lex processalis fori*, en virtud del cual se aplicará la Ley del Estado en el que se abra el paquete. Por ello, los funcionarios de aduanas de un país que detecten un paquete con destino a España, están sometidos a su legislación¹⁸⁸⁴.

En tales casos, el Tribunal español que juzgue el delito “deberá contemplar tres hechos: a) la autoridad del Estado que autorizó y controló la apertura; b) el cumplimiento de la legislación reguladora de la apertura de dicho país; c) la aceptación de las diligencias instructoras realizadas por el Juez de aquel país”.

- 2º. La elección de la Jurisdicción competente para el enjuiciamiento del delito. El enjuiciamiento de los responsables de un delito corresponde a los Tribunales del país en el que se hubiera realizado la detención de los mismos. Una vez juzgados por los Tribunales de un Estado, en virtud del principio *ne bis in idem*, no podrán ser extraditados a otro Estado ni juzgados por el Tribunal de otro Estado. Esto puede implicar “una dejación de soberanía, al renunciar el país al ejercicio de su poder punitivo, especialmente en los casos en los que el Estado donde se produce la apertura del paquete sea un país de tránsito, hasta el país de destino”¹⁸⁸⁵.

El art. 263 bis. 3 dispone que:

“El recurso a la entrega vigilada (...) en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales”.

Dado el carácter transnacional que adquiere la criminalidad organizada actualmente, debe combatirse en el marco de la cooperación internacional entre Estados. En este sentido, tanto el Convenio de Viena de 1988 como el Convenio de Schengen exigen que la entrega vigilada sea autorizada por el Estado en cuyo territorio se van a introducir las drogas o por el que van a transitar con destino a otro Estado.

En el ámbito de la Unión Europea se regula en la Ley 11 / 2003, de 21 de mayo, de equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, cuya finalidad es el empleo de equipos conjuntos de investigación en el ámbito territorial de dos o más países pertenecientes a la Unión Europea¹⁸⁸⁶.

Como consecuencia de la aplicación de los Tratados Internacionales, la validez de la prueba está sometida a la legislación del país en el que se ha detectado la remesa sospechosa. Pues, el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, establece que será la legislación del país dónde se obtengan las pruebas, la que determinará la forma de obtenerlas y realizarlas¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸⁴ STS (Sala 2ª), núm. 2680 / 2005, de 28 de abril.

¹⁸⁸⁵ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁸⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹⁸⁸⁷ STS (Sala 2ª), núm. 517 / 2004, de 30 de enero.

Por tanto, cuando la detención de un paquete sospechoso se produce en el extranjero, la validez de la prueba estará sometida a la legislación del país remitente y no a la legislación española¹⁸⁸⁸.

No obstante, la Jurisprudencia señala que en el ámbito de la Unión Europea no cabe hacer distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos o otros jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma¹⁸⁸⁹.

En cuarto lugar, *el recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso*. Es indudable que cada autorización que se haga de una entrega vigilada debe ser una autorización individual para cada operación de este tipo¹⁸⁹⁰.

Tanto el Convenio de Viena de 1988 (artículo 11.2) como el Acuerdo de Schengen (artículo 73.2) contemplan este requisito al afirmar que la entrega vigilada está sometida “en cada caso” a la autorización del Estado en el que se van a introducir la droga o por el que va a transitar con destino a otro país.

Según GUINARTE el término debe interpretarse de forma estricta, de modo que se exija una autorización individual para la entrega vigilada de cada paquete sospechoso que se introduce en el territorio de un Estado o transita por el mismo¹⁸⁹¹.

La autorización de la entrega vigilada se hará caso por caso, con el fin de evitar que, “con la intención de descubrir a los que integran la organización, se escapen narcotraficantes, antes fáciles de aprehender, y para evitar que cantidades de drogas, que se podían haber decomisado de forma inmediata, circulen libremente”¹⁸⁹².

Para cumplir con el principio de proporcionalidad, que requiere la motivación de la resolución, las resoluciones en las que se autorice la entrega han de ser individualizadas, sin que puedan darse entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas¹⁸⁹³.

Por último, se exige que *cuando se trate de envíos postales, deberán respetarse en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo dispuesto en el artículo 584 de la LECrim*.

La LO 5 / 1999, añadió un apartado cuarto en el art. 263 bis en el que se dispone que: “La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su

¹⁸⁸⁸ STS (Sala 2ª), núm. 7647 / 2002, de 18 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 3023 / 2003, de 5 de mayo.

¹⁸⁸⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1413 / 2003, de 3 de marzo.

¹⁸⁹⁰ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 182.

¹⁸⁹¹ GUINARTE CABADA, G.: “La regulación de la entrega vigilada de drogas (Comentario al artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en *Comentarios a la legislación penal, tomo XVII, Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Edersa, Madrid, 1996, p. 29. En el mismo sentido, se pronuncia REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 353.

¹⁸⁹² MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

¹⁸⁹³ STS (Sala 2ª), núm. 2525 / 2006, de 22 de marzo.

interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente ley”.

El precepto se centra en los envíos postales, regulando la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener sustancias ilícitas o productos, así como la posibilidad de sustituirlas por otras sustancias mediante auto, respetando las garantías judiciales, especialmente lo dispuesto en el art. 584 de la LECr¹⁸⁹⁴.

Ello se debe a la obligación ineludible de garantizar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales del art. 18.3 de la CE (además, de la telegráfica y telefónica), en las que el remitente transmite al destinatario mensajes personales, protegiendo los objetos a través de los cuales se lleva a cabo el intercambio de mensajes, a través de sonidos, señales o signos lingüísticos escritos, en soporte de papel, cinta de casete, video, CD, DVD o cualquier otro¹⁸⁹⁵.

Sin embargo, quedan fuera de esta protección las formas de envíos previstas legalmente como abiertas o no secretas, ya sea por la obligación de declarar externamente su contenido, o porque por su franqueo u otro signo no puedan contener correspondencia, pudiendo ser controladas, para determinar su contenido¹⁸⁹⁶.

De este modo, con el fin de prevenir la comisión de delitos, a la hora de determinar si un envío contiene alguna de las sustancias o productos que enumera el precepto, la legislación autoriza a las autoridades administrativas y aduaneras a la inspección de paquetes no susceptibles de contener objetos personales sin autorización judicial, ya que en este caso no se vulnera el derecho constitucional a la intimidad personal contemplado en nuestra CE¹⁸⁹⁷.

Por tanto, no todos los envíos están sometidos a este derecho fundamental. Lo que es importante en la legislación española, ya que si en principio habría que acudir a lo dispuesto en el art. 2 de la Directiva comunitaria 97 / 67 / CE relativa a las normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad, aprobada el 15 de diciembre de 1997, que diferencia entre el envío postal y el envío por correspondencia, la Jurisprudencia española ha venido a ampliar tal previsión, al adoptar el criterio recogido en el Acuerdo del Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1995.

Dicho criterio viene a establecer que los paquetes postales sean considerados como correspondencia susceptibles de contener mensajes o efectos personales de carácter confidencial, asimilables a la correspondencia postal, y por tanto sometidos al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, y a la normativa prevista para su apertura en los arts. 563 y siguientes de la LECr.

¹⁸⁹⁴ El art. 584 de la LECr dispone: “Para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado. Éste o la persona que designe podrá presenciar la operación”.

¹⁸⁹⁵ STS (Sala 2ª), núm. 2525 / 2008, de 27 de noviembre

¹⁸⁹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 6778 / 2008, de 27 de noviembre.

¹⁸⁹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 6778 / 2008, de 27 de noviembre.

De este modo, se distinguen los siguientes tipos de envíos¹⁸⁹⁸:

- 1) Los envíos susceptibles de contener información privada, protegida por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de carácter postal:
 - a) Correspondencia postal, transportada por el servicio de correos, que sirve para comunicar, con contenido de “carácter epistolar y personal”. Es indiferente que el servicio postal sea prestado por el Organismo de Correos o por servicios privados, pues éste fue liberalizado por la Ley 24 / 1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales¹⁸⁹⁹.
 - b) Paquete postal, por el que se transporta objetos y mercancías, y se limita a los transportados por el servicio de correos. Es susceptible de contener datos de carácter confidencial u objetos personales, de igual modo que la correspondencia postal.

En estos casos, habrá que emplearse narcotest¹⁹⁰⁰, rayos X, perros policía, etc.,¹⁹⁰¹ que permiten comprobar la ilicitud del contenido del paquete sin vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones¹⁹⁰².

- 2) Envíos sometidos a control aduanero, en los que la introducción de mensajes personales no modificará su régimen de protección constitucional¹⁹⁰³, dado que la utilización del servicio conlleva la aceptación de las condiciones¹⁹⁰⁴.
- 3) Paquete postal en régimen de etiqueta verde, con declaración de aduana C2 / P3, o cuando en su exterior se hace constar su contenido. La etiqueta verde es un modelo de declaración aduanera sometido a la normativa nacional (arts. 31 del Reglamento de los Servicios de Correos, de 14 de mayo de 1964) e internacional (art. 117.1 del Reglamento del Convenio Postal Universal de Washington y art. 104 de la Unión Postal de las Américas y España), en virtud del cual se acepta tácitamente la posibilidad de inspección aduanera, autorizando de forma explícita el remitente la apertura del paquete para comprobar su contenido, sin necesidad de autorización judicial previa y de cumplir con el requisito de apertura en presencia del interesado.
- 4) Otro tipo de paquetes, son los que se envían mediante el sistema de transporte y tráfico de mercancías¹⁹⁰⁵, dado que por su configuración, dimensiones, y peso se alejan del concepto de paquete postal.

¹⁸⁹⁸ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, pp. 20 y 21. DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, pp. 164 a 166.

¹⁸⁹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 6768 / 2008, de 27 de noviembre.

¹⁹⁰⁰ Vid., STS (Sala 2ª), núm. 3345 / 2003, de 17 de mayo.

¹⁹⁰¹ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 164.

¹⁹⁰² STC núm. 281 / 2006, de 9 de octubre establece: “En consecuencia, si lo que se protege es la comunicación humana en cuanto expresión de sentido, solo serán lesivas del derecho a la comunicación postal aquellas formas de acceso al contenido del soporte material, que supongan formas de conocer el mensaje, mientras que no serán lesivos los procedimientos que, siendo aptos para identificar que el contenido del sobre o soporte sea un objeto ilícito, no lo son para conocer el mensaje mismo”.

¹⁹⁰³ STS (Sala 2ª), núm. 5941 / 2008, de 3 de octubre.

¹⁹⁰⁴ STS (Sala 2ª), núm. 6778 / 2008, de 27 de noviembre.

¹⁹⁰⁵ STS (Sala 2ª), núm. 5535 / 2005, de 23 de septiembre.

En esta modalidad se incluyen también, los elementos que tienen como función el transporte de enseres personales como maletas, maletines, neceseres, bolsas de viajes, mochilas, baúles y demás, que hayan sido enviadas a través de empresas que realizan el servicio postal, pues su fin no es la comunicación entre dos personas¹⁹⁰⁶.

Conforme al art. 263 bis. 4 la interceptación y apertura de envíos postales y posible sustitución de las sustancias que hubiera interior, deberá realizarse por la Policía Judicial con sometimiento al principio de legalidad, es decir, respetando en todo momento las garantías judiciales previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

Es por ello, por lo que la diferenciación entre los diversos tipos de envío expuesto, se realiza con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 584 de la LECr, por lo que será citado el interesado, sólo cuando se trate de la apertura y registro de paquetes susceptibles de contener documentación de carácter personal¹⁹⁰⁷.

Conviene resaltar que el artículo 18.3 de la CE no protege directamente el soporte del mensaje, es decir, el sobre, paquete, carta, cinta, CD, DVD, cuando el proceso de comunicación no se ha iniciado¹⁹⁰⁸, por ejemplo, en el supuesto de que el paquete es abierto antes de que se deposite en la oficina postal para su remisión al destinatario¹⁹⁰⁹. Por tanto, no están protegidos por este derecho cuando los paquetes son transportados por sus propietarios o por personas ajenas al servicio postal, o cuando viajan con ellos o los mantiene a su disposición durante el viaje¹⁹¹⁰.

El artículo 18.3 de la CE no protege el soporte del mensaje directamente, sino indirectamente, en la medida que constituye el instrumento mediante el que se realiza la comunicación entre remitente y destinatario. Por tanto, el objeto que sirve de instrumento o soporte de la comunicación postal no está protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁹¹¹, por lo que sólo vulnerarán el derecho al secreto de la comunicación postal las “formas de acceso al contenido del soporte material del mensaje” que permitan conocer el mismo¹⁹¹².

Por otra parte, uno de los objetivos de esta técnica es reducir los riesgos de pérdida o extravío de las sustancias o productos durante la operación policial. Es por ello, por lo que en los supuestos en los que no se pueden adoptar las precauciones adecuadas, el precepto prevé la *sustitución de la droga* que hubiese en su interior por otra sustancia inocua.

La decisión de la detención del paquete y de la sustitución de la droga corresponde al Juez, quedando depositado a disposición de su destinatario. Una vez acreditada la

¹⁹⁰⁶ STS (Sala 2ª), núm. 6768 / 2008, de 27 de noviembre.

¹⁹⁰⁷ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 213.

¹⁹⁰⁸ STS (Sala 2ª), núm. 2224 / 2008, de 4 de junio.

¹⁹⁰⁹ STS (Sala 2ª), núm. 6768 / 2008, 27 de noviembre.

¹⁹¹⁰ STS (Sala 2ª), núm. 2224 / 2008, 8 de mayo.

¹⁹¹¹ STS (Sala 2ª), núm. 2224 / 2008, 8 de mayo.

¹⁹¹² STS (Sala 2ª), núm. 6768 / 2008, de 27 de noviembre.

recogida del paquete mediante la correspondiente diligencia policial, se trasladará a dependencias judiciales¹⁹¹³.

Dado que la sustitución del producto implica la necesaria apertura del paquete postal o del continente en el que se encuentre, no podrá realizarse en el caso de correspondencia y paquetería postal, en cuanto que implicaría una vulneración del art. 18.3 de la CE de acuerdo a lo expuesto en líneas anteriores¹⁹¹⁴.

¹⁹¹³ STS (Sala 2ª), núm. 6360 / 2002, de 1 de octubre.

¹⁹¹⁴ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 23.

Capítulo III

AGENTE ENCUBIERTO

1. REGULACIÓN JURÍDICA Y CONCEPTO

La LO 5 / 1999, de 13 de enero, de modificación de la LECr en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves introduce además, el art. 282 bis, dando cobertura legal a la figura del *agente encubierto* en el ámbito de las investigaciones vinculadas con la delincuencia organizada.

La incorporación de este medio de investigación no significa que no se hubiera utilizado con anterioridad, ya que constituye un “medio histórico de actuación”. La novedad consiste en que tradicionalmente no se utilizaba tanto como técnica de investigación procesal, sino como “medio para la obtención de información para los procesos de inteligencia en materia de seguridad”¹⁹¹⁵.

La técnica del agente encubierto responde a “una política legislativa tendente a la articulación de medios extraordinarios de investigación al servicio de la fase de instrucción del proceso penal”¹⁹¹⁶.

El agente encubierto constituye un medio extraordinario de investigación, dado que implica una alteración de los principios constitucionales básicos y una restricción de derechos fundamentales, es por ello que su utilización está condicionada a rígidos requisitos legales¹⁹¹⁷.

A raíz de su inclusión en la LECrim se trata de dar habilitación legal y posible validez procesal a las pruebas obtenidas mediante esta diligencia policial¹⁹¹⁸. No cabe duda que la incorporación de esta técnica al ordenamiento procesal y su rígida regulación, aporta seguridad jurídica y está en consonancia con otros países que vienen utilizándola, con apoyo legal, constituyendo un instrumento eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada¹⁹¹⁹.

El concepto de *agente encubierto* es un concepto legal (previsto en el art. 282 bis LECr) en la que el término “agente” se toma en una de sus acepciones, la de “agente

¹⁹¹⁵ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 214.

¹⁹¹⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 129.

¹⁹¹⁷ Cfr. MONTÓN REDONDO, A / BARONA VILAR, S *et al.*: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 9ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 207.

¹⁹¹⁸ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 214.

¹⁹¹⁹ GRANADOS PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 91.

policial”; y en la que el adjetivo “encubierto” hace referencia a la ocultación de la identidad, condición e intenciones del policía¹⁹²⁰.

La función del agente encubierto aparece definida en el art. 282 bis.1 LECr, por la autorización a funcionarios de la Policía Judicial a “actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y trasportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. (...), quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad”.

De este modo, se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, con lo que se completa el régimen de protección que preveía la LO 19 /1994, de 23 de diciembre, respecto a los peritos y testigos en las causas criminales¹⁹²¹.

La condición de agente encubierto sólo pueden ostentarla funcionarios de la Policía Judicial¹⁹²² (art. 282 LECr y art. 11 g) de la LO 2 / 1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), encomendándoles a los agentes la función de investigar los delitos, y descubrimiento y persecución de los presuntos culpables, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

Esta figura es empleada como medio para infiltrarse¹⁹²³ en organizaciones delictivas y obtener elementos probatorios contra personas involucradas en la comisión de alguno de los delitos que enumera el precepto¹⁹²⁴, es por ello, por lo que también se le denomina “agente infiltrado”, desempeñando un papel que haga suponer que se trata de uno de los integrantes de la organización, lo que le posibilita obtener información o elementos probatorios para evitar la comisión del delito o sancionarlo una vez cometido¹⁹²⁵.

Como manifiesta GASCÓN INCHAUSTI lo fundamental de toda infiltración es la “ocultación de la identidad” y de los “propósitos del infiltrado” como punto de inicio, con lo que se logra con el paso del tiempo una relación de confianza que le facilita la obtención de información; es decir, “el engaño y el abuso de confianza”¹⁹²⁶. Para introducirse en la organización delictiva se puede emplear cualquier actuación imaginable, siempre que no se vulnere los derechos constitucionales de los sujetos investigados¹⁹²⁷.

¹⁹²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Comares, Granada, 2001, p. 14.

¹⁹²¹ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 61.

¹⁹²² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 131.

¹⁹²³ Se puede definir la infiltración como “la acción de aquél que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente, bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el trascurso del tiempo, le permita obtener la información deseada”. GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 10.

¹⁹²⁴ STS (Sala 2ª), núm. 508 / 2001, de 29 de enero.

¹⁹²⁵ STS (Sala 2ª), núm. 4287 / 2002, de 12 de junio.

¹⁹²⁶ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 10.

¹⁹²⁷ STS (Sala 2ª), núm. 7815 / 2007, de 15 de noviembre.

Igualmente, se concreta a estos efectos el concepto de delincuencia organizada, delimitando los tipos penales que comprende y finalmente, se autoriza al agente encubierto para utilizar, bajo un rígido control del Juez y Fiscal, instrumentos complementarios de investigación¹⁹²⁸.

En cualquier caso, los riesgos que implica la ejecución de esta técnica de investigación justifica que la aceptación de la misión sea voluntaria para el funcionario de la Policía judicial (art. 282 bis)¹⁹²⁹.

De lo expuesto, se puede concluir que la figura del agente encubierto introducida en la LECr por el artículo 282 bis es un “instrumento al servicio de una técnica de investigación propia de la fase de instrucción del proceso penal: la infiltración policial”. La previsión legal del instrumento conlleva, la admisión de la técnica. El precepto legal regula simultáneamente tanto la técnica de investigación como el instrumento¹⁹³⁰.

El **art. 282 bis de la LECrim**, incorporado al Título de la Policía Judicial, dispone:

1. “A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de instrucción competente o el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quién autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubiera intervenido, y siempre que así se acuerde mediante

¹⁹²⁸ GRANADOS PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 88.

¹⁹²⁹ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 62.

¹⁹³⁰ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 17.

resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la LO 19 / 1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente que al respecto establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.
4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:
 - a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
 - b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
 - c) Delitos de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
 - d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
 - e) Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244 y 301 del Código Penal.
 - f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
 - g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
 - h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
 - i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previsto en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
 - j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
 - k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
 - l) Delitos de falsificación de monedas, previsto en los artículos 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el art. 399 bis del Código Penal.
 - m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
 - n) Delitos de terrorismo previsto en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
 - o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1. e) de la Ley Orgánica 12 / 1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.
5. El agente encubierto está exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación del delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer de la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quién hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda”¹⁹³¹.

El art. 282 bis establece una regulación en la que se abordan dos aspectos importantes, en primer lugar, los presupuestos para la adopción de esta medida y su forma de ejecución; y en segundo lugar, el estatuto de responsabilidad y protección del agente encubierto¹⁹³².

2. SUJETO ACTIVO EN LAS OPERACIONES DE INFILTRACIÓN

Inicialmente cabe señalar que cuando la actuación del agente infiltrado está dirigida exclusivamente al descubrimiento del delito cometido, o que se está cometiendo, su actividad es totalmente lícita, siendo punible el delito investigado y válidos los elementos de prueba obtenidos¹⁹³³.

No obstante, como se expondrá en epígrafes posteriores, las extralimitaciones o actuaciones arbitrarias deberán imputarse al infiltrado a efectos de exigirle responsabilidad por tales conductas.

Sin olvidar que las actuaciones del agente encubierto durante la operación encubierta, deberá sujetarse a los presupuestos de los principios de proporcionalidad y legalidad.

Además, desde el punto de vista procesal, esta técnica es un medio de investigación como de obtención y aseguramiento de elemento probatorios contra los sujetos infiltrados.

Por todo ello, cabe preguntarse quiénes pueden operar como agente infiltrado en una operación encubierta dentro de una organización delictiva.

¹⁹³¹ El proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, de 13 de marzo de 2015, prevé la incorporación de dos nuevos apartados 6 y 7 al art. 282 bis con la siguiente redacción:

“6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier otro delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aún cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

El agente encubierto informático podrá intercambiar o enviar por sí mismos archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos”.

¹⁹³² SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 214.

¹⁹³³ DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 56.

Los únicos legitimados para actuar como agentes encubiertos son los miembros de la Policía Judicial (art. 282 bis LECr). Lo que significa que ningún sujeto que no pertenezca a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no podrá realizar dicha tarea¹⁹³⁴.

Por otro lado, ningún policía tiene la obligación de intervenir como agente encubierto. Pues, el art. 282 bis. 3 dispone que “ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto”.

La Policía Judicial¹⁹³⁵ es definida como “una función específica dentro de las funciones de la Policía General, basada en los criterios de la Policía científica, destinada a la investigación de los hechos punibles, la persecución y aseguramiento de los delinquentes, poniendo a disposición de la autoridad judicial y eventualmente, del Ministerio Fiscal, los resultados de su averiguación”¹⁹³⁶. Desde esta perspectiva la función de Policía Judicial no es sino la función de policía criminal represiva o encaminada a la represión de las infracciones criminales¹⁹³⁷.

Para MORENO CATENA la Policía Judicial es una Policía para el enjuiciamiento penal, desarrollando sus funciones en el proceso penal, con el objeto de perseguir y castigar los hechos delictivos, bien mediante actuaciones preliminares a la intervención judicial, bien mediante diligencias practicadas durante el proceso¹⁹³⁸.

Si bien, se exige que la actuación policial esté marcada por el respeto a los principios constitucionales de “dignidad de la persona y a su libre y espontánea determinación, y se prohíbe toda acción coactiva sobre la voluntad ajena, así como la utilización de medios ilícitos o éticamente reprobables, aunque su finalidad fuera la de llegar a lograr la mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinentes a la represión y prevención de la delincuencia”¹⁹³⁹. Por tanto, la absoluta legalidad se exige tanto para los medios, como para los fines.

El cuerpo de Policía Judicial está integrado en el Cuerpo Nacional de Policía, estructurado en diversas unidades especializadas en criminalidad organizada. Esta especialización es consecuencia de las sofisticadas técnicas empleadas para delinquir. Surgiendo también nuevas técnicas operativas en el descubrimiento y persecución de esta compleja delincuencia, que requiere cuerpos especializados¹⁹⁴⁰.

¹⁹³⁴ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: “El agente...”, *Op. cit.*, p. 12.

¹⁹³⁵ La normativa española sobre la Policía Judicial la constituyen: el art. 126 de la CE, los arts. 547 a 550 de la LOPJ, el Título III del Libro II de la LECRIM, los arts. 29 a 36 de la LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCSE), y especialmente, el Real Decreto 769 / 1987, de 19 de junio, sobre Policía Judicial (RDPJ)

¹⁹³⁶ QUERÁLT JIMÉNEZ, J.: *Introducción a la Policía Judicial, 3ª edición*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 13.

¹⁹³⁷ LLERA SÚAREZ BÁRCENA, E.: *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 333.

¹⁹³⁸ MORENO CATENA, V.: “Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial”, *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial VIII (Seguridad ciudadana), 1989, p. 143.

¹⁹³⁹ STS (Sala 2ª), núm. 953 / 1991, de 20 de febrero.

¹⁹⁴⁰ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: “El agente...”, *Op. cit.*, pp. 12 y 13.

De lo expuesto, resulta evidente la necesidad y efectividad de la Policía Judicial como institución estatal encargada de mantener la seguridad frente a las actuaciones delictivas de las organizaciones criminales¹⁹⁴¹.

En definitiva, es innegable que un particular no podría actuar como agente encubierto, al carecer de los conocimientos, experiencia y condiciones físicas y psicológicas para infiltrarse en el complejo y peligroso entramado de una organización criminal¹⁹⁴².

El Estado no puede asumir el riesgo de que los particulares actúen como agentes infiltrados en organizaciones delictivas, vulnerando derechos fundamentales, y originando la nulidad de la información obtenida durante la investigación, y frustrándose las expectativas de declarar responsables a los investigados por no haber logrado la enervación de la presunción de inocencia¹⁹⁴³.

Respecto a los integrantes del Cuerpo Nacional de Inteligencia regulado por la Ley 11 / 2002, de 6 de mayo¹⁹⁴⁴, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y por la Ley 2 / 2002, de 6 de mayo¹⁹⁴⁵, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, su cometido es informar al Gobierno en todo lo que puede afectar a la seguridad, estabilidad y defensa de un Estado en materia de delincuencia organizada.

Pueden asumir el rol de agentes secretos, siendo diferenciables de los agentes encubiertos en cuanto que no se encuentran amparados en el art. 282 bis LECr y además no ostentan la condición de autoridad¹⁹⁴⁶. Tampoco ostentan funciones de poder de Policía Judicial que les legitima para la obtención de elementos probatorios con el fin de aportarlos al proceso penal y acreditar los hechos investigados¹⁹⁴⁷. Su naturaleza y funciones están totalmente alejadas del ámbito del proceso penal¹⁹⁴⁸.

En conclusión, sólo podrán desempeñar funciones de agente encubierto aquellos miembros de la policía con entrenamiento y preparación específica para actuar en el ámbito criminal. Siendo agentes especialmente seleccionados para actuar dentro del marco legal vigente y a largo plazo, para combatir actividades delictivas organizadas, manteniendo su identidad secreta durante la operación de infiltración, con el fin de garantizar su seguridad y obtener pruebas para aportar al proceso penal¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴¹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 103.

¹⁹⁴² Vid. ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *El policía...*, *Op. cit.*, p. 233, señala que por esta razón: “hay que estimar que cuando un agente entra en el entramado organizativo son muchas las posibilidades de que tenga que cometer delitos, de que tenga que consumir drogas, lo que supone un riesgo inmenso para un particular no preparado”.

¹⁹⁴³ *Ibidem*, p.79. Continúa la autora señalando que: “La participación en la investigación penal realizando labores de infiltración, se deben calificar como infiltraciones semipúblicas o infiltraciones sobrevenidas practicadas por los confidentes y arrepentidos con el consentimiento y bajo el control y dirección de los poderes públicos”.

¹⁹⁴⁴ BOE, núm. 109 / 2002, de 7 de mayo.

¹⁹⁴⁵ BOE, núm. 109 / 2002, de 7 de mayo.

¹⁹⁴⁶ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: “El agente...”, *Op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁴⁷ DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁴⁸ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁴⁹ MONTOYA, MD.: *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal penal*, 2ª edición, Ad - hoc, Buenos Aires, 2001, p. 155.

3. PRESUPUESTOS DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL

Los presupuestos que habilitan la adopción de este mecanismo de investigación son la concurrencia de “proporcionalidad, necesidad y racionalidad de la situación”¹⁹⁵⁰, lo que se exige:

1. *Que se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada.* Es decir, que se trate de actividades delictivas cometidas de forma organizada.

Del precepto se deduce que, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito propio de la delincuencia organizada, se podrá autorizar la infiltración de un funcionario de la Policía Judicial en el seno de la organización, para investigarla y obtener elementos de prueba que permitan impedir o sancionar la actividad delictiva, e incluso desarticular la organización¹⁹⁵¹.

Para ello, el agente encubierto se introduce en la organización delictiva, tratando de descubrir su estructura para llegar a sus mandos¹⁹⁵².

Evidentemente, los indicios existentes sobre la comisión de la actividad delictiva organizada, deben ser suficientemente verosímiles y fiables, y por otro lado, concretos como para señalar “hacia dónde debe dirigirse el infiltrado”¹⁹⁵³.

Comprobada la veracidad de la información relativa a la comisión de una actividad delictiva organizada, los funcionarios de la Policía Judicial que dirijan la investigación solicitarán la adopción de la medida, previa elaboración de los informes oportunos en los que se expondrán los indicios que acrediten que se trata de una organización delictiva, que dirigirán al órgano competente a efectos de valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida¹⁹⁵⁴.

El término “organización” fue añadido por el CP de 1995 al de asociación, para hacer referencia a la criminalidad organizada o de “cuello blanco”, aunque se trata de un concepto normativo, dado que el Código carece de una definición concreta de ambos términos¹⁹⁵⁵.

No obstante, el art. 284 bis. 4 de la LECr realiza una interpretación legal del término “delincuencia organizada”.

¹⁹⁵⁰ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 214.

¹⁹⁵¹ STS (Sala 2ª), núm. 843 / 2007, de 25 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 7815 / 2007, de 15 de noviembre.

¹⁹⁵² MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 30. En el mismo sentido, se pronuncia DELGADO MARTÍN.: *Criminalidad...*, *Op. cit.*, p. 59. DELGADO GARCÍA, MD.: “El agente encubierto: Técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada” en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, 1996, p. 70

¹⁹⁵³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 123.

¹⁹⁵⁴ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 32 y 33.

¹⁹⁵⁵ STS (Sala 2ª), núm. 2519 / 2007, de 4 de abril.

Aún así, la Jurisprudencia considera que debe realizarse una interpretación restrictiva del concepto de organización, dado que a efectos penales no puede considerarse lo mismo un cártel de narcotráfico que opera en el ámbito internacional, que un grupo que opera en un barrio o poblado¹⁹⁵⁶.

Por primera vez en nuestra legislación, el propio precepto establece, los requisitos necesarios para poder apreciar la existencia de organización delictiva. Estos requisitos son:

- 1º. La asociación de tres o más personas.
- 2º. Actividad permanente o reiterada.
- 3º. Realización de alguno o algunos de los delitos enumerados taxativamente en el apartado cuarto del precepto¹⁹⁵⁷.

Del art. 284 bis. 4 de la LECr se extraen como notas características de la criminalidad organizada, la permanencia y reiteración de las conductas, si bien para completar el concepto de organización, debe acudir a la Jurisprudencia que la define como cualquier red estructurada que agrupe a una pluralidad de personas, con una jerarquización y reparto de tareas y funciones y con una vocación de permanencia en el tiempo¹⁹⁵⁸.

2. *Que la finalidad de la medida sea la obtención de elementos probatorios para la investigación, que no puedan obtenerse por otro medio.*

Para la utilización de esta medida se requiere que concurra un fin legítimo que justifique la invasión del poder público en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos¹⁹⁵⁹.

La finalidad de la medida debe ser el descubrimiento de los responsables de la organización delictiva y la obtención de elementos probatorios para su aportación al proceso penal¹⁹⁶⁰.

El objetivo que se persigue es la infiltración policial en la organización delictiva para la obtención de pruebas, para aportarlas al proceso penal, con lo que se asegura su éxito; con lo que se alcanza de modo general, la persecución penal del delito y se garantiza la paz jurídica¹⁹⁶¹.

Por tanto, constituye un fin legítimo equiparable a la protección de los derechos y principios que se ven amenazados, en principio, por la infiltración policial. Se trata, de

¹⁹⁵⁶ STS (Sala 2ª), núm. 4533 / 2007, de 27 de junio.

¹⁹⁵⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 102.

¹⁹⁵⁸ STS (Sala 2ª), núm. 4156 / 2005, de 23 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 4021 / 2007, de 16 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 6400 / 2007, de 26 de noviembre.

¹⁹⁵⁹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁶⁰ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 214.

¹⁹⁶¹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 112 y 113.

una manifestación más del “eterno debate entre individuo y Estado, entre proceso penal eficaz (pero, legítimo) y respeto a la legalidad y a los derechos fundamentales”¹⁹⁶².

No obstante, es una medida excepcional que sólo podrá otorgarse cuando no exista un mecanismo menos lesivo para los derechos fundamentales del investigado.

Además, esta técnica impone una cláusula de salvaguardia de los derechos del individuo, ya que el párrafo tercero del art. 282 bis LECr dispone que cuando las actuaciones policiales afecten a los derechos fundamentales de los investigados, el agente infiltrado deberá solicitar la autorización del órgano judicial¹⁹⁶³.

3. *Que sea necesaria a esos fines de la investigación.*

La figura del agente encubierto, como medida de carácter excepcional, exige que el órgano autorizante valore con cautela su necesidad para los fines de la investigación. Lo que implica “la debida ponderación y la razonabilidad de la medida en atención a las dificultades de investigación por otros medios (cláusula de subsidiariedad)”¹⁹⁶⁴.

La medida debe ser necesaria a los fines de la investigación, en relación con la importancia del delito y las posibilidades de la vigilancia, en el marco de un procedimiento penal¹⁹⁶⁵. Además, el criterio de la necesidad “obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos”¹⁹⁶⁶.

El legislador español ha recogido de forma expresa en el texto legal la exigencia de la necesidad de la medida a la hora de autorizarla en un caso concreto. Pues, el art. 282 bis.1 de la LECr, establece que la medida será adoptada “teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación”, lo que, en opinión de GASCÓN INCHAUSTI significa una prohibición de recurrir a ella en los supuestos en los que sea posible alcanzar la misma finalidad, mediante un mecanismo menos lesivo¹⁹⁶⁷.

4. *Que sea proporcionada a los fines que se pretende alcanzar con ella.*

Lo que significa que la adopción de la medida no implique “una lesión excesiva sobre el derecho afectado” es decir, debe darse una correlación adecuada entre “la intensidad del ataque al derecho y el resultado que con ello se obtiene”¹⁹⁶⁸.

¹⁹⁶² MORENO CATENA, V.: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, Número Especial 2 (Justicia Penal), 1987, pp. 131 y ss.

¹⁹⁶³ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁶⁴ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 63.

¹⁹⁶⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1979 / 2007, de 28 de febrero.

¹⁹⁶⁶ GÓNZALEZ - CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 189.

¹⁹⁶⁷ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 131.

¹⁹⁶⁸ GONZALEZ CUÉLLAR SERRANO.: *Op. cit.*, p. 225.

Los elementos de juicio que deben tenerse en cuenta al valorar la proporcionalidad son¹⁹⁶⁹:

- a. La gravedad de los delitos para cuya investigación se autoriza. Ha de tratarse de un delito grave, de los enumerados en el apartado 4 del art. 282 bis LECr, no sólo en el ámbito penal por la aplicación de una pena privativa de libertad grave, sino también por la trascendencia social del delito y la entidad del bien jurídico lesionado¹⁹⁷⁰.
- b. La duración temporal de la medida. Una duración excesiva de esta medida puede ser desproporcionada a los fines que se persiguen alcanzar con ella. El respeto al principio de proporcionalidad exige que la duración de la medida se reduzca a lo mínimo imprescindible para el éxito de la persecución penal. En este sentido, el precepto legal merece un juicio favorable en cuanto que cabe deducir del mismo, una duración máxima inicial de seis meses para la medida, prorrogables por periodos de igual extensión¹⁹⁷¹.
- c. La amplitud de las facultades que se le concede al agente policial en el desempeño de sus funciones como infiltrado. También, en este sentido, el texto legal contiene indicios favorables a la proporcionalidad:
 1. El párrafo tercero del art. 282 bis.1 obliga al agente encubierto a dar cuenta a la autoridad que hubiese autorizado su infiltración, de la información que vaya obteniendo, y ello “a la mayor brevedad posible”, lo que favorece el control judicial de la eficacia de la medida, siendo éste imprescindible para dar validez a las pruebas obtenidas por el agente¹⁹⁷².
 2. El apartado tercero establece la necesidad de que el agente solicite autorización judicial de forma individualizada para las actividades de investigación que pueden afectar a derechos fundamentales.
 3. La exención de responsabilidad penal del agente encubierto que se dispone en el apartado 5, se hace depender de las posibles infracciones que guarden proporcionalidad con los fines de la investigación, y no constituyan una provocación del delito.
 4. En relación con lo anterior, cabe señalar que la provocación del delito por el agente encubierto, supondría extralimitación de sus funciones de investigación, y por tanto, se infringiría el principio de proporcionalidad en sentido estricto.
- d. El destino de la información obtenida a través de la infiltración. No se admite, por desproporcionado, que la información obtenida por el agente encubierto

¹⁹⁶⁹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 133 y ss.

¹⁹⁷⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1630 / 2007, de 28 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 2519 / 2007, de 4 de abril.

¹⁹⁷¹ El texto legal no lo recoge expresamente, pero es la única interpretación razonable del último inciso del primer párrafo del art. 282 bis. 1 LECr al disponer “La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración (...)”. Si bien, se refiere a la duración de la identidad supuesta del agente encubierto, dado que se trata de una de las notas características de esta medida, cabe interpretarse que su duración máxima debe corresponderse también con la duración máxima de la infiltración en sí misma.

¹⁹⁷² MOLINA MANSILLA.: *El delito...*, *Op. cit.*, p. 302

mediante su infiltración, se utilice con una finalidad diferente a aquélla que originó su autorización.

El párrafo tercero del art. 282 bis.1 dispone que “dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”.

5. Que la intervención esté sujeta al principio de especialidad

La autorización de la medida sólo se realizará cuando se trate de alguno o algunos de los delitos enumerados taxativamente en el apartado cuarto del art. 282 bis, sin que pueda autorizarse de forma mecánica, ante cualquier solicitud de la Policía Judicial¹⁹⁷³. Por tal motivo, no resultan lícitas las observaciones realizadas sobre una persona en general, requiriéndose por el contrario la suficiente identificación del sospechoso¹⁹⁷⁴.

4. AUTORIZACIÓN PARA LA INFILTRACIÓN

4.1. La iniciativa policial

La infiltración policial presupone la realización de una actividad investigadora ante la existencia de indicios racionales de la comisión de una actividad delictiva organizada, en cuyo marco se considera adecuado la utilización de uno o varios agentes encubiertos. Esta operación previa corresponde a la Policía Judicial.

Una vez que llegue a conocimiento de la Policía Judicial la existencia de indicios de la comisión de una actividad delictiva organizada, y se haya compruebe la veracidad de la información y las posibilidades de éxito de este mecanismo, corresponde a los mandos policiales responsables de la investigación solicitar su aplicación.

Para ello, se elaborarán los informes oportunos, en los que se expondrán los indicios de que se trata de una organización delictiva, siendo entregados al órgano competente, con el fin de valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida¹⁹⁷⁵.

La iniciativa para proceder a una infiltración corresponde a la Policía Judicial al disponer de la cualificación y conocimientos para preparar una operación de este alcance, y para valorar las posibilidades de éxito de la infiltración¹⁹⁷⁶. Sin embargo, atendiendo a los valores comprometidos mediante esta técnica, la Policía Judicial no es competente para ponerla en práctica, debiendo solicitarse autorización expresa del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal (art. 282 bis.1 LECr).

¹⁹⁷³ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁷⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1979 / 2007, de 28 de febrero.

¹⁹⁷⁵ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

¹⁹⁷⁶ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 282.

La iniciativa policial no se establece de forma expresa en el texto legal, pero se infiere de lo que sucede en la práctica¹⁹⁷⁷.

También, se puede deducir indirectamente del texto legal en cuanto se les otorga al Juez de Instrucción y al Ministerio Fiscal el poder de “autorizar” pero no de “decidir”. Estos órganos pueden sugerir a la Policía Judicial que realice un estudio sobre la viabilidad de la infiltración en un caso concreto, pero no ordenar a la Policía que diseñen una operación encubierta, ni a un funcionario de la policía que se infiltre y actúe como agente encubierto¹⁹⁷⁸. Esto último puede deducirse del párrafo segundo del apartado segundo del art. 282 bis LECr que dispone “ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto”.

Por otra parte, que la iniciativa para la infiltración corresponda a la Policía Judicial, no implica la exclusión de una investigación oficial bajo la dirección del Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal (en el ámbito de la investigación preliminar)¹⁹⁷⁹.

Ciertamente, la autonomía de la Policía Judicial en la investigación de actividades delictivas se limita, fundamentalmente, a las diligencias de prevención del art.13 LECr¹⁹⁸⁰, y a las diligencias de comprobación que puede realizar por sí la Policía tras recibir una denuncia, y antes de elaborar y presentar, en su caso, el correspondiente atestado al Juez de Instrucción o al Ministerio Fiscal.

Teniendo en cuenta estas limitaciones, son dos los marcos inherentes a la infiltración policial¹⁹⁸¹:

- a) En una instrucción abierta (a cargo del Juez, o en su caso del Fiscal, dentro de los límites de su competencia).
- b) En su apertura al tiempo de autorizar o confirmar la medida (cuando haya sido autorizada por el Fiscal en el ámbito de unas diligencias preliminares practicadas bajo su dirección).

5. LA AUTORIZACIÓN INICIAL DE LA INFILTRACIÓN

Una vez que la Policía Judicial ha valorado la necesidad de realizar una investigación encubierta, el texto legal exige una autorización para darle inicio formal a la infiltración, atribuyéndole la competencia para tal autorización inicial no sólo al Juez de Instrucción competente, sino también al Ministerio Fiscal “dando cuenta inmediata al Juez” de la misma¹⁹⁸².

¹⁹⁷⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 173.

¹⁹⁷⁸ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 186.

¹⁹⁷⁹ MORENO CATENA.: “Los agentes...”, *Op. cit.*, p. 42.

¹⁹⁸⁰ ORTELLS RAMOS, M.: “Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)” en *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997, p. 108.

¹⁹⁸¹ GIMENO SENDRA, V *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Colex, Madrid, 1999, p. 408.

¹⁹⁸² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 181.

El apartado primero del art. 282 bis. LECr contiene, por tanto, una “doble, indistinta e indiferente, competencia en la autorización inicial de la investigación”¹⁹⁸³. Establece que el Juez de Instrucción competente o el Ministerio fiscal, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial a actuar bajo una identidad supuesta.

Por tanto, las Autoridades competentes para autorizar la adopción de esta medida son el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal, no disponiendo de esta facultad la Autoridad Administrativa, a diferencia de lo establecido para la técnica de la entrega vigilada del art. 263 bis LECr¹⁹⁸⁴.

5.1 El Juez de Instrucción

La autorización judicial para la aplicación de este mecanismo de investigación corresponde al Juez de Instrucción, dado que es él el que ostenta la dirección del proceso penal, así como la restricción de los derechos fundamentales de esta medida¹⁹⁸⁵.

Es imprescindible que la adopción de una medida que pueda implicar una limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal proceda siempre de un juez, dado que corresponde al Poder Judicial garantizar el cumplimiento y el respeto de los mismos¹⁹⁸⁶.

El texto legal hace referencia explícita a que la autorización se solicite del “Juez de Instrucción competente” (art. 282 bis. 1 LECr).

Por Juez de Instrucción competente, debe entenderse:

- a. El que este conociendo de la causa incoada en el momento de la solicitud.
- b. Aquél a quien corresponda instruir los delitos sujetos a investigación mediante la infiltración, cuando el proceso penal no se haya incoado, y la solicitud, sea consecuencia de unas investigaciones preliminares realizadas por la Policía Judicial¹⁹⁸⁷.

En ambos supuestos, ha de tenerse en cuenta la posible competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción cuando los delitos sujetos a investigación son delitos de terrorismo (art. 65.1. a) LOPJ), de falsificación de moneda (art 65.1. b) LOPJ) o de tráfico ilícito de estupefacientes, dado el carácter organizado de las actividades delictivas objeto de investigación y sus repercusiones en territorios pertenecientes a diversas Audiencias (art. 65.1.d) *i. f.* LOPJ)¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 189.

¹⁹⁸⁴ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁸⁵ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 190.

¹⁹⁸⁶ GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO.: *Op.cit.*, p. 117.

¹⁹⁸⁷ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 190.

¹⁹⁸⁸ RIFA SOLER.: *Op. cit.*, pp. 157 y ss.

Además, en el supuesto en que se solicite la autorización cuando no se hubiera incoado aún instrucción alguna, el Juez de Instrucción deberá comenzarla, al tiempo que autoriza la infiltración. “El único marco procesal admisible para el desarrollo de una infiltración policial es el de una instrucción judicial”¹⁹⁸⁹.

Por otra parte, cabe destacar que nuestro ordenamiento procesal no sólo prevé un control judicial al inicio de la infiltración, sino que sujeta su desarrollo al control judicial. Así, el párrafo tercero del apartado 1 del art. 282 bis dispone: “La información que vaya obteniendo del agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quién autorizó la investigación”.

Es de destacar la incertidumbre que conlleva la expresión legal “en la mayor brevedad posible”, pues cada persona puede tener una apreciación diferente de lo que se considera un breve periodo. Por tanto, debe ser la Jurisprudencia la que concrete en cada caso estos términos¹⁹⁹⁰.

Este control judicial sobre la actuación del agente encubierto, resulta imprescindible para dar validez a las pruebas obtenidas por éste¹⁹⁹¹. Es por ello, por lo que “ (...) dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente” (art. 282 bis. 1, párrafo tercero).

Finalmente, cabe resaltar la cláusula de salvaguardia de los derechos del individuo que establece el art. 282 bis. 3 al establecer:

“Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a 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 autorización judicial previa será exigible en todos aquellos casos en los que la Constitución lo haya previsto de forma expresa¹⁹⁹², es decir, cuando se trate de restringir los derechos previstos en los arts. 18.2 (inviolabilidad del domicilio), 18.3 (secreto de las comunicaciones), 20.5 (secuestro de las publicaciones) y 22.4 (derecho de asociación)¹⁹⁹³.

5.2. Ministerio Fiscal

Como se ha expuesto en líneas anteriores, el Juez de Instrucción no es el único facultado para autorizar una infiltración policial, también podrá hacerlo el Ministerio Fiscal “dando cuenta inmediata al Juez” (art. 282 bis. 1 LECr).

¹⁹⁸⁹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 191.

¹⁹⁹⁰ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 334.

¹⁹⁹¹ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 36.

¹⁹⁹² GÓNZALEZ - CUÉLLAR SERRANO.: *Op. cit.*, pp. 109 a 111.

¹⁹⁹³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 118 y 119.

Del texto textual no se infiere un reparto de roles y funciones o de ámbitos entre el Juez y el Fiscal. La vaguedad de la expresión legal da a entender que es indiferente la autorización de la infiltración por uno u otro¹⁹⁹⁴.

La legislación española pretende atribuir un ámbito de decisión autónoma al Ministerio Fiscal, que abarca no sólo su competencia para autorizar la infiltración judicial (“dando cuenta inmediata al Juez”), sino también el control sobre el desarrollo de la investigación realizada por el agente encubierto¹⁹⁹⁵. Así, el art. 282 bis. 1, párrafo tercero dispone que la información que se vaya obteniendo por el agente encubierto deberá ponerse en conocimiento “de quien autorizó la investigación”, por tanto, también del Ministerio Fiscal si fue él quien la autorizó.

Sin embargo, el Fiscal no puede “practicar por sí ni ordenar la práctica de medidas restrictivas de derechos fundamentales, con la sola excepción de la detención”. Lo que se fundamenta en el principio de proporcionalidad y en el régimen general de restricción de los derechos fundamentales en general y en el ámbito del proceso penal: toda actuación lesiva o restrictiva de un derecho fundamental exige autorización judicial¹⁹⁹⁶.

Es por ello, por lo que el precepto legal debe interpretarse conforme al principio de proporcionalidad. Cuando se alude a “autorización judicial” o “control judicial” como requisitos para la restricción de derechos fundamentales, no debe interpretarse en forma estricta, es decir, como autorización u control previo. Éstos últimos, como hemos visto, sólo serán exigibles cuando lo establezca expresamente la Constitución y la Ley¹⁹⁹⁷.

Por eso, es compatible con la Constitución una autorización no judicial (la realizada por el Fiscal) limitativa de los derechos fundamentales, siempre que se prevea un control judicial posterior de dicha autorización¹⁹⁹⁸.

Es conveniente precisar, atendiendo al ámbito procesal en el que se atribuye esta competencia al Ministerio Fiscal, que éste sólo podrá autorizar la infiltración policial en el marco de una investigación preliminar abierta y dirigida por él (conforme a lo previsto en el art. 785 LECr)¹⁹⁹⁹.

Durante el desarrollo de la investigación preliminar, la Policía Judicial se encuentra bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal, es por ello por lo que éste es el competente para autorizar las operaciones policiales de investigación (la infiltración policial o cualquier otra)²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁴ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 192.

¹⁹⁹⁵ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 36.

¹⁹⁹⁶ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 195 y 196.

¹⁹⁹⁷ GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO.: *Op. cit.*, pp. 109 y ss.

¹⁹⁹⁸ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 196.

¹⁹⁹⁹ En este sentido, se pronuncian entre otros, GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho Procesal...*, *Op. cit.*, pp. 408 y 409. MONTÓN REDONDO, A *et al.*: *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal*, 8ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 207 y 208. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “Protección de testigos y peritos: análisis de su normativa reguladora” *Tribunales de justicia*, núm. 10, 1999, p. 891.

²⁰⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 199.

Esta competencia del Fiscal, como apuntábamos, es compatible con los postulados constitucionales dado el control posterior del órgano judicial. Para ello, debe realizarse una interpretación de la expresión legal “dando cuenta inmediata al Juez” que supere la mera interpretación literal de sus palabras.

Debe entenderse, que no se trata simplemente de una comunicación al juez de la autorización de la medida, sino de la posibilidad de que el juez la revise y dicte una resolución confirmándola, revocándola o modificándola²⁰⁰¹.

Lo que no se precisa en el texto legal la forma de llevar a cabo el posterior control judicial. A juicio de GASCÓN INCHAUSTI, una vez autorizada la medida por el Fiscal mediante decreto motivado, con un contenido material idéntico al de una autorización judicial, aquél debe remitir todas las actuaciones al juez de instrucción competente, instándole la apertura de diligencias previas para la continuación de la investigación, y la convalidación de la autorización para la infiltración. El plazo máximo para la convalidación o revocación, podrá ser de setenta y dos horas, por analogía a lo dispuesto en el 579. 4 LECr²⁰⁰².

Una vez abierto el proceso penal, la investigación del Fiscal concluye (art. 785 bis. 3 de la LECR). La necesidad de solicitar al juez de instrucción competente la convalidación de la autorización implica la terminación de la investigación preliminar del Fiscal²⁰⁰³.

Si bien es cierto que la existencia de una investigación policial no priva al Fiscal de un ámbito autónomo de investigación, no se trata de una investigación instructora, sino que sirve para que “el Fiscal solicite del Juez Instructor, auténtico *dominus* de la investigación, la práctica de concretas diligencias”²⁰⁰⁴.

Por todo ello, la información obtenida por el agente encubierto debe remitirse al Juez por ser quién dirige la instrucción, dado que el contenido de aquélla condiciona posteriores investigaciones, y en su caso, la apertura del juicio oral o el sobreseimiento²⁰⁰⁵.

6. FORMA Y CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN

La autorización de la medida se hará mediante auto o decreto según sea autorizada por el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal, respectivamente²⁰⁰⁶, de modo que, cuando sea autorizada por el Ministerio Fiscal, deberá dar “cuenta inmediata al Juez” (art. 282

²⁰⁰¹ RIFA SOLER.: *Op. cit.*, p. 163. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “El agente encubierto”, *La Ley*, núm.4778, 1999, p. 2. DELGADO MARTÍN, J.: “El procedimiento penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 2000, p. 11.

²⁰⁰² GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 203 y 204.

²⁰⁰³ ORTELLS RAMOS: *Op. cit.*, p. 111.

²⁰⁰⁴ *Ibidem*, p. 105.

²⁰⁰⁵ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 206.

²⁰⁰⁶ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 31.

bis.1 LECr). La resolución del Juez de Instrucción confirmando o revocando la autorización de la medida por el Fiscal se realizará también mediante auto²⁰⁰⁷.

Declara DELGADO MARTÍN²⁰⁰⁸ que el auto autorizante podrá contener entre otras, las siguientes formas de control jurisdiccional de la medida:

- 1ª. Estableciendo las vías mediante las que el infiltrado debe cumplir su deber de información. A estos efectos, podrá designarse su segundo agente, que puede ser su superior jerárquico, que se encargue de transmitir la información obtenida al juez, cuando exista un riesgo para la integridad física del agente infiltrado.
- 2ª. Fijando períodos para trasladar la información que se vaya obteniendo, sin perjuicio de comunicar de forma inmediata la información que sea relevante para la investigación.
- 3ª. Delimitando el tiempo de duración de la medida, sin perjuicio de prorrogarla una o más veces, en función de los resultados obtenidos. En el caso de prórroga, la resolución debe contener los mismos requisitos que la resolución autorizante inicial, y que la misma puede denegarse cuando el Juez la considere innecesaria.

Particularmente el ordenamiento procesal español dispone en el art. 282 bis.1 que la resolución en virtud de la cual se autoriza este mecanismo ha de ser *fundada y reservada*²⁰⁰⁹.

Por tanto, tanto el auto judicial como el decreto deben estar fundamentados por la concurrencia de los siguientes elementos²⁰¹⁰:

1. La existencia de indicios racionales de la comisión de una actividad delictiva organizada a las que se refiere el apartado cuarto del art. 282 bis LECrim²⁰¹¹. Corresponde a la Policía Judicial acreditar la existencia de estos indicios, y al Juez o al Fiscal fundamentar suficientemente que concurren en el caso concreto.
2. La medida “resulte necesaria a los fines de la investigación” y que guarde una proporcionalidad con el delito objeto de investigación.

La resolución debe ser además, “reservada y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad”. Se trata de salvaguardar la seguridad de la resolución. Lo que en opinión de MOLINA MANSILLA es acertado, dado que los autos son públicos para las partes personadas en el proceso concreto, teniendo acceso a toda la información, de modo que para preservar la seguridad del agente encubierto, debe ocultarse su identidad, de modo que sean únicamente los órganos judiciales los que conozcan su identidad, y adoptarse las medidas adecuadas para evitar la infiltración de información²⁰¹².

²⁰⁰⁷ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 207.

²⁰⁰⁸ DELGADO MARTÍN.: *La criminalidad...*, *Op. cit.*, pp. 93 y 94.

²⁰⁰⁹ MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 29.

²⁰¹⁰ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 207 y 208.

²⁰¹¹ Cfr. REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 332: “La medida debe reservarse para aquellos supuestos en los que se quiera dismantelar una organización de cierta entidad de la que se tengan sospechas fundadas”.

²⁰¹² MOLINA MANSILLA.: *Mecanismos...*, *Op. cit.*, p. 33.

Respecto de su contenido (que se refleja formalmente en el fallo o parte dispositiva del auto o decreto), deberá hacer referencia a los siguientes extremos²⁰¹³:

1. *Actividades delictivas que se sospeche que se han cometido y puedan ser objeto de investigación por el agente infiltrado.*

Del art. 282 bis.1, párrafo primero se desprende que se podrá autorizar la infiltración policial cuando “se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada”.

Tal expresión legal no puede interpretarse como una autorización genérica para la investigación de la “delincuencia organizada”. Debe especificarse en la autorización el delito (de los previstos en el art. 284 bis. 4 LECr) se sospeche se ha cometido y se va a tratar de averiguar mediante este mecanismo.

2. *El imputado o imputados objeto de investigación.* Debe estar identificado con precisión, o aportarse los datos suficientes que permitan identificarlo.
3. *El plazo de duración de la medida, será inicialmente de seis meses, prorrogables.*
4. *Las facultades que se le atribuyen al infiltrado.* Según se deduce del art. 282 bis.1 son:

- a) Actuar bajo identidad supuesta, participando en el tráfico jurídico y social con tal identidad. Se pretende confundir a los integrantes de la organización delictiva, de modo que les haga suponer que se trata de uno de ellos²⁰¹⁴. Mientras mantenga la identidad falsa está legitimado legalmente para participar en las actividades de la organización delictiva²⁰¹⁵.
- b) Adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito. La actuación del agente se limita a “realizar tareas de auxilio o colaboración por iniciativa del autor, simulando una disposición a delinquir, que permite una más efectiva intervención policial”²⁰¹⁶.

La actuación policial será lícita mientras permita el desarrollo de la libre voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito, en el sentido del art. 28 a) o de alguna forma que la condicione²⁰¹⁷, ya que en este caso se trataría de un delito provocado.

La infiltración policial dirigida a la obtención de elementos probatorios y averiguación de los responsables, puede darse en cualquier fase del *iter criminis*, tanto en las fases iniciales de preparación del delito como una vez cometido²⁰¹⁸.

²⁰¹³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 208 y ss.

²⁰¹⁴ STS, (Sala 2ª), núm. 4105 / 2003, de 13 de junio.

²⁰¹⁵ MOLINA MANSILLA.: *Op. cit.*, p. 34.

²⁰¹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 4105 / 2003, de 13 de junio.

²⁰¹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 4107 / 2003, de 13 de junio.

²⁰¹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 4107 / 2003, de 13 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 7815 / 2007, de 25 de enero.

- c) Diferir la incautación de los mismos. Como se puede observar, entre las facultades que se atribuye al agente encubierto, se hace referencia a “comportamientos básicamente pasivos y omisivos, con el fin de evitar conductas activas, que puedan denotar la perpetración de un delito provocado”²⁰¹⁹.

5. *La identidad real y supuesta bajo la que actúa el infiltrado.*

Cabe precisar, que infiltrado debe ser un funcionario de la Policía Judicial (art. 282 bis. 1), el cuál puede llevar a cabo su investigación, mientras se mantenga en vigor la autorización por el órgano competente²⁰²⁰.

La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior (art. 282 bis. 1), de modo que el Juez de Instrucción o Fiscal se limitan a ratificar la identidad supuesta otorgada previamente por el Ministerio del Interior.

La identidad supuesta forma parte del mecanismo de investigación, es la Policía la que propone el nombre o “alias” que utilizará el infiltrado, en el momento de solicitar su autorización al Juez de Instrucción, previa asignación o conformidad del Ministerio del Interior. Aunque el texto legal no lo recoge, es evidente que el Ministerio del Interior y la Policía Judicial facilitarán al infiltrado todos los instrumentos necesarios para operar bajo la identidad supuesta y llevar a cabo la investigación.

En todo caso, es preciso que el Juez de Instrucción o Fiscal sepan quién es el agente concreto propuesto por la Policía Judicial, ya que debe ser posible, que aquéllos denieguen la autorización en función de la persona propuesta. Lo que no será admisible, es que el Juez o Fiscal propongan a un agente para la operación encubierta, ya que ello se prohíbe en el art. 282 bis.2, párrafo segundo de la LECr²⁰²¹.

7. DURACIÓN Y PRÓRROGA DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA

Una vez otorgada la autorización (o en su caso, ratificada por el Juez la otorgada por el Fiscal) quedará legitimada la intervención del agente encubierto como instrumento al servicio de la investigación procesal penal. Es sólo a partir de este momento, cuando estará habilitado a darle un carácter investigador a su operación, y adquieren valor probatorio en el proceso penal, las pruebas obtenidas por él²⁰²².

Ciertamente, como toda diligencia, la investigación realizada a través de la operación encubierta debe estar sometida a un plazo de duración.

²⁰¹⁹ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 333.

²⁰²⁰ STS (Sala 2ª), núm. 3388 / 2007, de 25 de abril.

²⁰²¹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 216.

²⁰²² *Ibidem*, pp. 217 y 218.

7.1. Duración

Otro de los temas considerado de suma importancia, se refiere a la duración temporal de una operación de infiltración policial, al cual se le ha prestado especial atención por la doctrina especializada²⁰²³. Dado que se trata de una medida excepcional restrictiva de derechos fundamentales, no puede admitirse una duración indefinida y sin controles.

La importancia de la duración temporal debe ser valorada a partir del principio de proporcionalidad. Pues como manifiesta GASCÓN INCHAUSTI permitir una duración excesiva de estas medidas de investigación, puede llegar a ser, dado el caso, desproporcionado en relación con los fines que a través de ellas se pretende alcanzar²⁰²⁴.

Resulta sumamente complejo establecer *a priori*, la duración de la operación encubierta, dado que la situación debe valorarse en el caso concreto, atendiendo a múltiples factores²⁰²⁵.

La duración efectiva de la infiltración de un agente en el entramado de una organización delictiva será evaluada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desde que sea autorizada por el órgano jurisdiccional competente, atendiendo a la necesidad, posibilidad y los riesgos presentes²⁰²⁶.

Los mandos policiales son los más indicados para determinar y valorar tanto las dificultades de la operación encubierta, los frutos que se pueden obtener y los riesgos para la vida y seguridad del agente²⁰²⁷.

El plazo inicial de duración de la identidad falsa difiere de un ordenamiento a otro²⁰²⁸.

En nuestro ordenamiento procesal la limitación temporal se deduce indirectamente del texto legal al establecer el plazo de duración de la identidad supuesta²⁰²⁹. Así, el art. 282 bis.1 LECr dispone que: “(...). La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables de igual duración (...)”.

El precepto legal sólo regula la duración de la identidad supuesta otorgada al agente encubierto por el Ministerio del Interior. Lo que sucede es que se aprovecha el *quantum*

²⁰²³ Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 196 y ss. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, RZ.: *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 355 y ss. GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 217 y ss.

²⁰²⁴ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 138.

²⁰²⁵ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 284.

²⁰²⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, pp. 173 a 175.

²⁰²⁷ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 282.

²⁰²⁸ Vid. CORREA DE CARVALHO, JT.: *Tráfico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Juruá, Lisboa, 2010, p. 329. En la mayoría de los ordenamientos que regulan la figura del agente encubierto, como por ejemplo, Brasil, Alemania y Portugal, no se establece duración alguna para el uso de la identidad supuesta, ni para la operación encubierta de agentes en organizaciones delictivas.

²⁰²⁹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 196.

del plazo de seis meses concedida por el Ministerio del Interior como límite máximo de la duración inicial de la infiltración²⁰³⁰.

Conviene recordar que la identidad supuesta es la base de la infiltración policial, por lo que debe entenderse que su plazo de duración máxima, es trasladable a la infiltración policial en sí²⁰³¹. Lo anterior no significa que la duración de la infiltración policial, en la medida que está vinculada a la técnica de investigación, sea una cuestión meramente policial.

Desde el momento en que las tareas del agente encubierto están al servicio de la investigación procesal penal, se impone el control judicial. Pues, al tratarse de una medida restrictiva de derechos fundamentales, en virtud del principio de proporcionalidad, su duración temporal, concesión de prórrogas y duración de éstas, se atribuye al órgano jurisdiccional²⁰³².

Además, el legislador al regular las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, puede imponer limitaciones temporales que restrinjan el poder discrecional del Juez al cumplir las funciones anteriores²⁰³³.

Es por ello, por lo que en opinión de DELGADO MARTÍN los límites temporales establecidos en el precepto deben ser aplicados también por el Juez o Fiscal al autorizar este mecanismo, no pudiendo concederla, en principio, por un plazo no superior a seis meses, pero nada impide que pudieran acordarla por un plazo inferior, cuando se exija en el caso concreto por los postulados del principio de proporcionalidad²⁰³⁴.

De esta forma, al no establecerse en la normativa reguladora un plazo de duración para la infiltración policial, cabe deducir que esta operación perdurará el tiempo que se considere necesario y proporcionado a los fines de la investigación. El Juez de Instrucción al autorizar o ratificar la medida, establecerá la duración de la misma atendiendo a las recomendaciones de los mandos policiales que diseñaron la operación de infiltración.

Además, el órgano judicial, permanecerá en comunicación con el Ministerio del Interior, para que de forma coordinada, decidir sobre la continuación de la falsa identidad cuando venza el plazo²⁰³⁵.

²⁰³⁰ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *Op. cit.*, p. 357. En sentido contrario, se manifiesta PAZ RUBIO, JM *et al.*: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999, pp. 400 y 401, al señalar : “La autoridad judicial no está sujeta al plazo que concede la autoridad administrativa sobre la identidad supuesta, sino que el Juez, en función del necesario juicio de proporcionalidad, la información que vaya obteniendo y el curso de la investigación ordenará el cese o la prórroga de la investigación encubierta”.

²⁰³¹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 218.

²⁰³² Cfr. GIMENO SENDRA, V.: “Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, p. 4436. GÓNZALEZ CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 174.

²⁰³³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 218 y 219.

²⁰³⁴ DELGADO MARTÍN.: “El procedimiento...”, *Op. cit.*, p. 16.

²⁰³⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 197.

Por otra parte, la duración de la medida repercutirá en los riesgos en la operación, de modo que declara DELGADO MARTÍN que cuanto mayor sea el periodo de duración de la operación de infiltración policial, mayores serán las posibilidades de errores por parte del agente, exponiendo su vida y su integridad física, incrementándose también la necesidad de cometer actividades delictivas para mantener la confianza de los integrantes de la organización delictiva, con lo que aumentarán las posibilidades de realizar actos restrictivos de los derechos y garantías fundamentales de los investigados²⁰³⁶.

Otro factor a destacar es que la infiltración policial no es esporádica, debe prolongarse en el tiempo con el fin de lograr una mínima integración en la organización delictiva que le permita obtener información que puedan servir a los objetivos de la operación. Se requiere un tiempo mínimo para que el agente obtenga la confianza de los integrantes de la organización²⁰³⁷.

El éxito de estas operaciones encubiertas depende, en gran parte, del “mantenimiento del secreto de la investigación y de una duración razonable, sin duda mayor a un mes”²⁰³⁸.

Declara PAZ RUBIO que dado el silencio legal de un límite máximo, deberá ser el mínimo imprescindible y necesario para el desarrollo de la investigación, pues de lo contrario se vulneraría los derechos de los investigados²⁰³⁹.

Es evidente, que cuanto mayor implicación tenga el infiltrado en la organización, mayores serán las posibilidades de obtener datos relativos a la “estructura, actividades, relaciones y dirigentes de la banda, pero al mismo tiempo aumentará el riesgo real para el Estado de Derecho” de que el agente cometa actividades delictivas, vulnere derechos fundamentales de los investigados e incluso que el infiltrado se convierta en un miembro de la organización, olvidando su función²⁰⁴⁰.

7.2. Prórroga de las operaciones encubiertas

Conviene precisar en primer lugar, que la prórroga consiste en ampliar el plazo autorizado inicialmente por el Juez de Instrucción competente, para la realización por un agente de una operación encubierta, mediante su infiltración en una organización delictiva.

Nuestro ordenamiento procesal regula la prórroga de la identidad supuesta al disponer que: “La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración (...)” (art. 282 bis. LECr).

²⁰³⁶ DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 61.

²⁰³⁷ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 284.

²⁰³⁸ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 215.

²⁰³⁹ PAZ RUBIO.: *Op. cit.*, p. 401.

²⁰⁴⁰ DEL POZO PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 282.

En cuanto en que, la identidad ficticia es inherente a la operación encubierta, se infiere que la duración de la medida de infiltración, será en principio de seis meses, que serán prorrogables indefinidamente²⁰⁴¹.

A pesar del tenor literal del precepto, no fue afirmarse que la prórroga de la infiltración sea competencia del Ministerio del Interior²⁰⁴².

Transcurrido el plazo de duración inicial de la operación encubierta, corresponde a los mandos policiales valorar, en función de los resultados obtenidos, si es conveniente prorrogarla o no. En el caso, que lo consideren necesario, solicitarán del juez la prórroga de la autorización de la infiltración. Sin esta autorización, la actuación del agente será ilícita²⁰⁴³.

El Juez decretará la prórroga cuando de la investigación no se hayan obtenido los resultados esperados o acordará la extinción de la medida, sin prórroga, cuando se hayan satisfecho los objetivos de la investigación²⁰⁴⁴.

La concesión de la prórroga, permite además, al Juez de Instrucción verificar, en función de los datos obtenidos y de la información que se espera obtener en el futuro, que este mecanismo sigue siendo respetuoso con los postulados del principio de proporcionalidad²⁰⁴⁵.

La competencia para autorizar la prórroga corresponde por tanto, al Juez de Instrucción. Si bien, del precepto pudiera pensarse que la prórroga corresponde al Ministerio del Interior, debe considerarse que prorrogar la identidad supuesta es como prorrogar la infiltración en sí, por lo que la competencia corresponde al órgano jurisdiccional.

En el supuesto de que la medida sea autorizada por el Ministerio Fiscal, ya expusimos, que debe ser confirmada o derogada por el Juez de Instrucción. Siendo éste el destinatario de la información que vaya obteniendo el agente encubierto, y al que previa valoración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, corresponde por tanto, autorizar la prórroga.

Respecto a la duración de la prórroga, debe trasladarse *mutatis mutandis* lo señalado para el plazo inicial de la infiltración, por lo que aquella no podrá ser superior a seis meses²⁰⁴⁶.

Manifiesta ESPINOSA DE LOS MONTEROS que si la autoridad competente decide que el resultado de la infiltración en la primera fase es fructífero, podrá autorizar la

²⁰⁴¹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 221.

²⁰⁴² RIFÁ SOLER.: *Op. cit.*, p. 163.

²⁰⁴³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 220.

²⁰⁴⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 215.

²⁰⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 220.

²⁰⁴⁶ *Ibidem*, p. 220.

prórroga de la infiltración policial que al igual que la autorización inicial no ha de ser de seis meses, sino que se podrá autorizar por el tiempo que se considere oportuno²⁰⁴⁷.

Además, al no establecerse en la legislación procesal ningún límite, no hay un número máximo de concesión de prórrogas²⁰⁴⁸. Ello implica que la medida podrá prolongarse el tiempo que se considere necesario a los fines de la investigación, pero al mismo tiempo deberá finalizar cuando deje de responder a los postulados del principio de proporcionalidad²⁰⁴⁹.

En este contexto, el criterio de proporcionalidad exige del órgano judicial una resolución motivada sobre la necesidad de ampliar el plazo de duración de la medida²⁰⁵⁰.

Cabe precisar que el plazo de prórroga no tiene que ser exactamente el mismo que el concedido en la autorización judicial, sino que su *quantum* dependerá de las exigencias de la investigación. Deberá valorarse en cada caso concreto en virtud del principio de proporcionalidad, donde “tendrá destaque un estudio pormenorizado de la idoneidad, de la adecuación, y de la ponderación aplicable”. La prórroga deberá sujetarse al principio de proporcionalidad para evitar la actuación desmedida y arbitraria de los poderes públicos²⁰⁵¹.

8. EXTENSIÓN DE LA AUTORIZACIÓN

El agente encubierto podrá solicitar la extensión de la autorización inicial con el fin de ampliar el ámbito material de la investigación, cuando tenga incididos de la comisión por la organización delictiva de actividades delictivas distintas de aquéllas para las que se le concedió la autorización. La concesión de la extensión, presupone que los nuevos delitos estén incluidos entre los que menciona el apartado cuarto del art. 282 bis LECrim²⁰⁵².

No obstante, iniciada una operación encubierta en la que se investigue alguno o algunos de los delitos mencionados en el apartado cuarto del art. 282 bis, en virtud de la doctrina del “hallazgo causal” el agente podrá obtener válidamente pruebas de delitos conexos a los anteriores que por no haberse cometido organizadamente o no ser encuadrables en el texto legal, no han podido ser objeto de autorización o de extensión posterior²⁰⁵³.

Por otra parte, también se admite la extensión de la autorización para ampliar el ámbito subjetivo de la investigación, bien porque se ha ampliado el número de

²⁰⁴⁷ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *Op. cit.*, p. 361.

²⁰⁴⁸ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 221. QUERALT JIMÉNEZ.: “Recientes...”, *Op. cit.*, p.1.

²⁰⁴⁹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 221.

²⁰⁵⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, pp. 196 y 197.

²⁰⁵¹ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *Op. cit.*, p. 362.

²⁰⁵² NUÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 128.

²⁰⁵³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 222.

imputados, o bien porque en el curso de la investigación el agente ha tenido acceso a otro grupo de supuestos delincuentes. En este segundo supuesto, no se descarta que el Juez de Instrucción al extender la autorización, deba abrir un sumario o diligencias previas diferentes²⁰⁵⁴.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional²⁰⁵⁵, cuando no exista conexión, deberá dictarse *ex novo* una autorización para que el agente encubierto pueda investigar los nuevos delitos. También es posible que la extensión de la autorización a nuevos imputados, suponga un cambio en las normas de competencia, cuando alguno de ellos sea aforado.

Por último, es posible que el Juez competente dicte resolución autorizando la intervención de un segundo agente en una operación de infiltración iniciada, bien para sumarse al primer agente, bien para sustituirlo. También, constituye un supuesto de extensión de la autorización²⁰⁵⁶.

9. EXTINCIÓN DE LA INFILTRACIÓN

La primera causa de extinción de esta medida, es la finalización del plazo fijado habiendo obtenido el fin perseguido²⁰⁵⁷. Además, la autorización para la infiltración policial se extinguirá, quedando sin validez la diligencia cuando concorra alguno de los supuestos que se exponen a continuación²⁰⁵⁸:

- a. Autorizada por el Fiscal, no se dé cuenta inmediata de ella al Juez de Instrucción competente; o dando cuenta, el Juez la revoque.
- b. Se deniegue la prórroga de la autorización por el Juez, cuando de los datos obtenidos de la operación encubierta, y de la solicitud de prórroga se deduzca que:
 - De la investigación no se ha obtenido, ni cabe esperar que se obtenga, ningún fruto significativo²⁰⁵⁹.
 - Han desaparecido los indicios delictivos por los que se autorizó la medida, o los únicos existentes se refieran a delitos que no se cometan organizadamente, o que se trate de delitos no encuadrables en el apartado cuarto del art. 282 bis.
 - El agente encubierto no opere dentro de los límites legales.

²⁰⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, 4ª edición, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 201.

²⁰⁵⁵ STC núm. 49 / 1996, de 26 de marzo.

²⁰⁵⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 215 y 216.

²⁰⁵⁷ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *Op. cit.*, p. 363.

²⁰⁵⁸ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 223 a 225. En el mismo sentido, NUÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, pp. 129 y 130. ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *Op. cit.*, pp. 363 y ss.

²⁰⁵⁹ NUÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 129, consideran que conservar la medida en tales casos sería contraria al principio de proporcionalidad, ya que ha desaparecido la apariencia delictiva que justificó su autorización; también en aquellos casos en los que la información obtenida se refiera a delitos que no se cometen por una organización, o que no se encuadran dentro del listado del art. 284 bis. 4.

- c. Se cancele de oficio por el Juez la autorización, cuando de la información que le suministre el agente se acredite alguno de los extremos expuestos anteriormente.
- d. Cuando el agente encubierto o los mandos policiales que supervisan su función consideren que la investigación no está aportando los resultados esperados o que ha devenido imposible la infiltración dentro de la organización. En este caso, el agente podrá ponerle fin, o sus mandos policiales podrán ordenarle que lo haga²⁰⁶⁰.
- e. Lo anterior se aprecia de forma más evidente cuando exista un grave riesgo para la vida del agente, pudiendo abandonar el mismo la operación, y podrán ordenar también sus mandos policiales que lo haga.

En síntesis, como puede observarse, en todas las causas de extinción de la infiltración policial, existe un respeto a las exigencias del principio de proporcionalidad²⁰⁶¹.

En todo caso, manifiesta ESPINOSA DE LOS MONTEROS²⁰⁶² que cuando el Juez de Instrucción decide cerrar la operación encubierta sin la obtención de elementos probatorios que permitan condenar a los integrantes de la organización criminal, mediante su aportación al correspondiente proceso penal, se origina el sobreseimiento de la causa.

Sobreseimiento que podrá ser libre conforme a las causas establecidas en el art. 637 de la LECr, o bien provisional en virtud del art. 641 LECr, salvo que en este último supuesto se emplee otros mecanismos de investigación.

10. RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ENCUBIERTO

Como ya se expuso en líneas anteriores, la operación de infiltración policial implica no sólo la restricción de derechos fundamentales para los sujetos investigados, sino ciertos reparos desde la perspectiva del principio de legalidad, ya que a través de ella se legitima al agente a cometer o participar en la comisión de delitos.

No obstante, el agente no podrá cometer más delitos que aquellos que resulten necesarios a los fines establecidos y dentro de ciertos límites²⁰⁶³. Y siempre que obedezcan al principio de proporcionalidad²⁰⁶⁴.

Para una adecuada comprensión de la posible responsabilidad penal del infiltrado conviene precisarse que la admisión legal de esta figura, no debe interpretarse como la introducción de una figura del “agente autorizado para delinquir” sino la aceptación de una operación policial necesaria para simular actividades delictivas de cooperación,

²⁰⁶⁰ NUÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 129, señalan que en estos supuestos no será necesario que el órgano jurisdiccional dicte resolución que deje sin efecto formal la autorización.

²⁰⁶¹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 125.

²⁰⁶² ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *Op. cit.*, p. 364.

²⁰⁶³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 273 y 274.

²⁰⁶⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 258.

engañando a los integrantes de la misma, con el fin de obtener pruebas contra la organización²⁰⁶⁵.

El agente encubierto utiliza “maniobras de inteligencia policial” como el uso del “engaño y de la disimulación” utilizando una identidad falsa, con el fin de obtener la confianza de los integrantes de la organización conlleva a la comisión casi obligatoria de delitos²⁰⁶⁶.

La LECr regula simultáneamente la exención de responsabilidad penal del agente encubierto y los límites de su impunidad en el art. 282 bis. 5, párrafo primero:

“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituya una provocación al delito”.

Es criticable la redacción del precepto en cuanto que no precisa que debe entenderse por la expresión legal “debida proporcionalidad” necesaria para que el agente infiltrado no incurra en responsabilidad penal, sometiéndose, a la valoración judicial posterior²⁰⁶⁷.

Este precepto es una norma penal sustantiva en la que se regula una exención de responsabilidad penal a pesar de que alguna de las conductas del infiltrado sean subsumibles en algunos tipos penales²⁰⁶⁸.

Su encuadramiento en la LECrim no es desacertado²⁰⁶⁹, dado que sirve para delimitar el ámbito de actuación de las autoridades de persecución penal cuando se emplea esta medida²⁰⁷⁰.

Sin embargo, las consecuencias procesales de art. 282 bis. 5 son reducidas, pues se regula la responsabilidad del agente encubierto como infiltrado, pero no persigue definir los límites de la licitud o ilicitud probatoria.

La ilicitud probatoria y la punibilidad del agente infiltrado no aparecen forzosamente unidas. Es posible que una determinada actividad del agente sea lícita, y sin embargo, la prueba obtenida a través de ella no sea válida, por constituir una vulneración de los derechos fundamentales²⁰⁷¹.

²⁰⁶⁵ REDONDO HERMIDA, A.: “El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 45, 2008, p. 100.

²⁰⁶⁶ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *Op. cit.*, pp. 194 y 195.

²⁰⁶⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 106.

²⁰⁶⁸ CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 64.

²⁰⁶⁹ No obstante, considera LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “El agente encubierto”, *La Ley*, núm. 4778, 1999, p. 2, que hubiera sido más correcta su ubicación en el Código Penal, y no encuentra explicación suficiente a su regulación en la LECrim.

²⁰⁷⁰ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 276.

²⁰⁷¹ *Ibidem*, p. 277.

Las actividades lícitas e ilícitas del infiltrado deben tener, por tanto, como límite el respeto a los derechos fundamentales de las personas, especialmente las que son investigadas.

En cuanto a su naturaleza jurídica, cabe afirmar que el precepto consagra una causa de justificación, que excluye la antijuricidad de la conducta del agente encubierto. Se ampara su conducta en la causa prevista en el art. 20.7 del Código Penal: “El que obre en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”²⁰⁷².

Según la LECr estará justificada la conducta del agente en la que concurran los siguientes requisitos²⁰⁷³:

- 1) Que sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, es decir, que la actividad delictiva sea necesaria para el éxito de la operación encubierta. Debe entenderse que el término investigación engloba tanto la pesquisa previa en sentido estricto, sino la que es precisa para infiltrarse en la organización, mantener su identidad falsa u obtener pruebas de un contacto. En opinión de LÓPEZ BARJA el “examen sobre la necesidad de la actuación ha de realizarse *ex ante*, lo que significa que aunque un examen *ex post* revelara la innecesaridad de la actuación, no por ello debe inaplicarse la exención si un examen *ex ante* pone de manifiesto lo acertado de la conclusión sobre la necesidad de llevar a cabo la actuación”²⁰⁷⁴.
- 2) Que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación. De tal modo, que se permite una vulneración de la legalidad cuando los frutos obtenidos compensen los perjuicios causados. El juicio de proporcionalidad debe realizarse también, *ex ante*.
- 3) Que no constituyan una provocación al delito. Si bien, conviene precisar que el texto legal utiliza aquí de forma impropia el término provocación, debe interpretarse que se está refiriendo a la inducción del delito.

Lo que el texto legal trata de evitar es que el infiltrado adopte un papel protagonista en la organización delictiva, asumiendo la autoría intelectual en la planificación de actividades delictivas no previstas de forma autónoma por los investigados.

Por tanto, para que la actuación delictiva del agente encubierto esté exenta de responsabilidad penal deben concurrir simultáneamente y de forma inexcusable los requisitos expuestos²⁰⁷⁵.

La autorización para actuar como agente encubierto está penalmente protegida, siempre que no se vulneren abusivamente los derechos fundamentales y se actúe dentro

²⁰⁷² En este sentido, se pronuncian entre otros, RIFÁ SOLER.: *Op. cit.*, p. 172. REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 335.

²⁰⁷³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 278 y ss. En el mismo sentido, se pronuncia SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 215. CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 64.

²⁰⁷⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.: *Op. cit.*, p. 1.

²⁰⁷⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 258.

de los límites de la autorización y en la medida que resulte totalmente necesario para la obtención de información²⁰⁷⁶.

Resulta evidente que la causa de justificación prevista en el art. 282 bis. 5 sólo será aplicable a quién tenga formalmente la cualidad de agente encubierto²⁰⁷⁷.

Por último, cabe destacar que el ámbito de la exención de responsabilidad penal queda indeterminado, dado que suele ser habitual que la organización delictiva exija al infiltrado la denominada “prueba de castidad”²⁰⁷⁸ que consiste en la comisión de hechos delictivos en señal de la fidelidad a la organización²⁰⁷⁹. Además, es de destacar que la comisión de un delito o la participación del agente en el cometido por otro es proporcional al grado de participación en la organización: “cuanto mayor es la integración en la organización, mayor es la posibilidad del riesgo de verse obligado a realizar actos para ganarse la confianza de sus miembros”²⁰⁸⁰. La LO 5 / 1999 no prohíbe la comisión de actividades delictivas, pero somete su comisión a la necesidad y proporcionalidad del fin de la investigación.

Declara CHOCLÁN MONTALVO que debemos remitirnos a la doctrina general de las causas de justificación de conductas formalmente típicas, que se fundamenta en la idea del interés preponderante. Según ésta, la salvaguarda de un interés superior puede justificar en un determinado supuesto la lesión de bienes jurídicos²⁰⁸¹.

En definitiva, la operación encubierta debe tener por finalidad el descubrimiento y persecución de las actividades delictivas y responsables de la organización; y en función a la necesidad, proporcionalidad y vinculación a los fines de la investigación de la actividad del agente está exenta de responsabilidad penal. Si bien, tal exención de responsabilidad penal está condicionada a que el agente no provoque el delito²⁰⁸².

Por otra parte, el párrafo segundo del art. 282 bis. 5 de la LECr contiene una especialidad en el supuesto de que se dirija una investigación penal contra el agente encubierto por las actuaciones realizadas durante la infiltración:

²⁰⁷⁶ REDONDO HERMIDA.: *Op. cit.*, p. 101.

²⁰⁷⁷ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 283.

²⁰⁷⁸ DELGADO GARCÍA, MD.: “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada” en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Grupo editorial universitario, Sevilla, 1996, pp. 69 y ss.

²⁰⁷⁹ DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 108, declara que “a mayor mimetización en la organización, mayores pruebas de fidelidad habrá de satisfacer el policía infiltrado para obtener el respecto, la credibilidad como auténtico criminal de los componentes del grupo delictivo y, de este modo, no levantar sospechas sobre su verdadera condición e intenciones”. Por su parte, CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 64, declara que se tienen noticias de que algunas organizaciones criminales en razón de la profunda desconfianza respecto a los nuevos miembros, vienen exigiendo como prueba de fidelidad, la comisión de algún delito grave. Incluso se ha publicado recientemente por la prensa japonesa, que algunas organizaciones delictivas han instaurado una prueba estricta y rígida para la integración de nuevos miembros a la organización.

²⁰⁸⁰ DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 108

²⁰⁸¹ CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 64.

²⁰⁸² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO.: *Op. cit.*, p. 258. En el mismo sentido, se pronuncia la Jurisprudencia en STS (Sala 2ª), núm. 6729 / 1998, de 14 de noviembre.

“Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer de la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiera autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda”.

El precepto presupone la existencia de un proceso penal por actividades delictivas en las que ha intervenido un agente infiltrado. El proceso debe encontrarse además, en fase de instrucción, tal como se desprende de la expresión legal “para poder proceder penalmente contra el mismo (...)”.

Además, ha de tratarse de un proceso diferente de aquel en el que se decidió la infiltración, y ha de ser un Juez de Instrucción diferente el que dirija la investigación. Lo que se deduce del artículo al señalar que:

“El Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiera autorizado la identidad supuesta (...)”.

La finalidad del informe es proporcionar al Juez de Instrucción que dirige el proceso las circunstancias en las que se autorizó y desarrolló la operación encubierta.

A pesar de la redacción literal del precepto, GASCÓN INCHAUSTI considera que el informe ha de ser emitido por el Juez de Instrucción que autorizó o ratificó la infiltración acordada por el Fiscal²⁰⁸³.

Respecto al contenido del informe, el párrafo segundo del art. 285 bis exige que “sea relativo a tal circunstancia”, siendo “la actuación de algún agente encubierto en la causa”. No obstante, no será suficiente que en el informe conste que un agente encubierto actuó en la causa. Para valorar si procede aplicar o no la causa de justificación prevista en el precepto, el Juez del segundo proceso deberá conocer otros datos: si la persona a la que imputa el delito, ostentó formalmente la condición de agente encubierto; los indicios que motivaron la infiltración; el tipo de delitos para los que se autorizó; o las personas investigadas²⁰⁸⁴.

Tras valorar el informe y los resultados de su propia investigación, el Instructor del segundo proceso decidirá si a su juicio concurren los presupuestos de aplicación del art. 282 bis 5²⁰⁸⁵.

En el supuesto que considere aplicable la causa contemplada en el precepto, dictará auto de sobreseimiento libre conforme a lo dispuesto en el art. 637. 3 de la LECr.

²⁰⁸³ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 286.

²⁰⁸⁴ *Ibidem*, pp. 286 y 287.

²⁰⁸⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.: *Op. cit.*, p. 2, declara que lo inadmisibile sería que se denegará la concurrencia de la justificación porque el Juez del segundo proceso considere improcedente la infiltración anterior.

En caso negativo o de duda, se podrá decretar la apertura de juicio oral, en el que se podrá discutir sobre la justificación o de la conducta del agente²⁰⁸⁶.

Respecto a la naturaleza jurídica del informe, la doctrina considera que se trata de una condición de procedibilidad²⁰⁸⁷. Esto es lo que, en principio, se deduce de la expresión legal “para poder proceder”, sin embargo, hay que tener en cuenta que el Juez que emite el informe se limita a informar; y que este informe no es exigible siempre, se prescinde del mismo cuando la responsabilidad penal del infiltrado se depura en el mismo proceso en el que se desarrolló su investigación²⁰⁸⁸.

Finalmente, cabe destacar que el sujeto del proceso penal cuando este se dirige contra un infiltrado, será su “identidad real” la que será imputada²⁰⁸⁹.

11. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

La información más relevante sobre la organización delictiva investigada proporciona el agente infiltrado por aquello “que haya visto u oído”²⁰⁹⁰. Por ello, la función del agente encubierto no acaba con la finalización de la investigación, sino que adquiere un papel fundamental como testigo en el proceso penal.

A la *eficacia probatoria de su declaración*, como ya expusimos, se refiere el art. 282 bis 1, párrafo tercero LECr.

Cabe centrar ahora la atención en la *especial protección que puede necesitar el agente encubierto*. Dado que se trata de investigaciones relativas a la delincuencia organizada, por lo que sólo un sistema adecuado de protección puede garantizar por un lado, la libre declaración del agente en el juicio oral sin temor a las represalias que pudieran influir en su credibilidad; y, por otro, la protección de su seguridad, su vida, su integridad física, y de las personas de su entorno²⁰⁹¹.

El precepto básico en la protección del agente encubierto como testigo en el proceso penal relativo a hechos investigados por él durante la infiltración, es el art. 282 bis 2, párrafo primero LECr que dispone:

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

²⁰⁸⁶ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 288. En el mismo sentido, se pronuncia LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.: *Op. cit.*, p. 2.

²⁰⁸⁷ RIFÁ SOLER.: *Op. cit.*, p. 173. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.: *Op. cit.*, p. 2. DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, p. 26. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 6. SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 215. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.: *Op. cit.*, p. 106.

²⁰⁸⁸ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 288.

²⁰⁸⁹ *Ibidem*, p. 289.

²⁰⁹⁰ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: *Op. cit.*, p. 19.

²⁰⁹¹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 297.

que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/ 1994, de 23 de diciembre”.

Además, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el **inciso final del art. 292 bis 1, párrafo segundo**:

“La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad”.

De la combinación de ambos preceptos legales, se desprende el régimen de protección del agente encubierto en el proceso penal. Si bien, el *status* de agente y los mecanismos para proveer su protección son diferentes en cada una de las fases del proceso²⁰⁹²:

1º. *Durante la fase de instrucción*. Debe distinguirse a su vez, según el agente se encuentre aún desarrollando la operación encubierta, o hubiera finalizado:

a) Durante la infiltración. Son dos las vías de protección del agente encubierto:

- Manteniendo el carácter reservado de la identidad real del agente, siendo conocida únicamente por quienes autorizaron la medida y otorgaron la identidad supuesta (art. 282 bis 1, párrafo segundo LECr).
- Decretando el secreto del sumario (art. 302. 2 LECr).

b) Una vez finalizada la infiltración. Se levantará el secreto del sumario y continuará la fase de instrucción al menos, diez días (artículo 302. 2 LECr) para practicar las actuaciones subsiguientes (detenciones, registros, etc.). Durante esta fase el agente podrá adquirir la condición de testigo desde que se le cite para prestar declaración ante el Juez. Desde este momento, quedará amparado por la Ley Orgánica 19 / 1994, de 23 de diciembre, sobre Protección de Peritos y Testigos en causas criminales²⁰⁹³.

Según el art. 1 de esta Ley, será aplicable cuando existe un peligro grave y fundado para la persona, la libertad o bienes del agente encubierto, de su conyugue o persona vinculada por análoga relación de efectividad, o de sus descendientes, ascendientes o hermanos. Podrán acordarse además de la protección policial oportuna, medidas para mantener en secreto la identidad del agente²⁰⁹⁴.

²⁰⁹² GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 300 y ss.

²⁰⁹³ Vid. CARTAGENA PASTOR, F.: “Protección de testigos en causas criminales: la LO 19 / 1994, de 23 de diciembre”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1758, pp. 5365 y ss.

²⁰⁹⁴ Vid. Artículo 2 de la LO 19 / 1994, de 23 de diciembre.

2º. *Durante el juicio oral.* Cuando el agente sea llamado a declarar como testigo en el juicio oral, deberán mantenerse las medidas acordadas durante la fase de instrucción²⁰⁹⁵. A tales efectos, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 4 de la LO 19 /1994 y la influencia que ha de ejercer sobre ello, el art. 282 bis. 2, párrafo primero.

El Juez competente para el enjuiciamiento de los hechos, una vez remitidas las actuaciones, deberá valorar en primer lugar si procede mantener, modificar o suprimir las medidas de protección del agente encubierto adoptadas durante la instrucción, previa ponderación de los bienes jurídicos y derechos fundamentales concurrentes (art. 4.1 LO 19 / 1994).

Por tanto, durante esta fase se podrían mantener las medidas de protección acordadas durante la instrucción. Si bien, en relación a las medidas destinadas a mantener en secreto la identidad del agente, debe tenerse en cuenta la excepción contenida en el **art. 4.3. 1 LO 19 / 1994:**

“Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación profesional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender de la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley”.

El precepto establece el derecho de las partes del proceso penal a conocer la identidad de los testigos que declaran en el juicio oral, con el fin de garantizar el derecho de defensa regulado expresamente en el art. 24. 2 de la Constitución Española y en el artículo 6. 3 d) del Convenio

No obstante, vinculando este precepto al art. 282 bis. 2, párrafo primero LECr se llega a la conclusión que cuando el testigo protegido sea un agente infiltrado, sólo se relevará su identidad supuesta y a la parte solicitante²⁰⁹⁶.

Como puede observarse, la LECr prevé en este punto una excepción a la regla general del art. 4.3 LO 19 / 1994, pero se entiende que no vulneraría el derecho de defensa, ya que se le proporciona a las partes la identidad supuesta del agente.

Ha de tenerse en cuenta, que a la parte acusada se le proporciona la identidad supuesta del agente, que es la que el infiltrado utilizó en su relación con él. Por lo que al acusado no se le oculta quién es el testigo de cargo, pudiendo ejercitar su defensa contra él. Sólo se oculta su identidad real, lo que “restringe su derecho a poner de relieve aquellos extremos de hecho, vinculados únicamente con su identidad real, de los que podría

²⁰⁹⁵ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: “El agente...”, *Op. cit.*, p. 20.

²⁰⁹⁶ MORENO CATENA.: “Los agentes...”, *Op. cit.*, p.42. En el mismo sentido, RIFÁ SOLER.: *Op. cit.*, p. 183. REY HUIDOBRO.: *El delito...*, *Op. cit.*, p. 333; DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, pp. 23 a 26.

deducirse una menor credibilidad”. Pero esta restricción, resulta plenamente admisible como compensación a una mejor protección del infiltrado, que constituye el presupuesto, para una mejor persecución de los delitos²⁰⁹⁷.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que según el art. 282 bis. 2, párrafo primero, el mantenimiento de la identidad supuesta durante la declaración del agente como testigo en el juicio oral está condicionado a la decisión del tribunal sentenciador. La Ley, no establece los criterios para adoptar tal decisión.

Deben aplicarse de forma subsidiaria los dispuestos en el art. 1.2 y en el art. 4.1 de la Ley 19 / 1994 como son: la existencia de un peligro grave para la persona, libertad o bienes del agente y de sus familiares, ponderando los bienes constitucionalmente protegidos y los derechos fundamentales en conflicto, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

Conviene precisar, que a pesar de facilitarse la identidad supuesta del infiltrado, deberán mantenerse las demás medidas de protección: las que impidan su identificación visual, o tomarle fotografías o imágenes, o las que tratan de mantener en secreto su domicilio, lugar de trabajo, etc.; las medidas de protección policial, e, incluso, excepcionalmente una nueva identidad, y de medios económicos para cambiar de residencia o trabajo (art. 3.2 LO 19 / 1994).

Otro mecanismo de protección es la declaración de testigos de referencia en el juicio oral. Consiste en sustituir la declaración del agente encubierto por otro agente policial, ajeno a la infiltración, quién revela lo que le contó el infiltrado²⁰⁹⁸. Los testigos de referencia están regulados en el artículo 710 LECr.

Ahora bien, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo somete a rígidas condiciones la validez probatoria de la declaración del testigo de referencia, son:

- 1ª. El testigo de referencia haya identificado con precisión al testigo directo²⁰⁹⁹.
- 2ª. No sea posible la presencia en el juicio oral del testigo directo (porque haya muerto, resida en el extranjero, etc.), de forma que no se sustituya la declaración del testigo directo por el de referencia²¹⁰⁰.

Finalmente, cabe hablar de la *protección del agente encubierto cuando tenga la condición de investigado en el proceso penal*.

Tanto si el agente encubierto aparece como investigado o coinvestigado en un proceso penal, se incrementan los problemas de seguridad para él. En primer lugar, porque en tales casos, no tiene derecho a que se mantenga en secreto su identidad. En segundo

²⁰⁹⁷ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, p. 312. A las mismas conclusiones, pero con distintos argumentos, llega DELGADO MARTÍN.: *Op. cit.*, pp. 24 a 26.

²⁰⁹⁸ ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: “El agente...”, *Op. cit.*, p. 20.

²⁰⁹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 4505 / 1995, de 30 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 1982 / 1998, de 27 de febrero.

²¹⁰⁰ STS (Sala 2ª), núm.3757 / 1998, de 30 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 1982 / 1998, de 27 de febrero.

lugar, porque a pesar de haber delinquido, sigue siendo necesaria su protección, siendo en estos supuestos, las vías legales actuales insuficientes. De modo, que hasta que no se efectúe una reforma legislativa en este ámbito, deberán los agentes infiltrados asumir “el alcance que puede tener para él el desbordamiento de los límites, ciertamente amplios, que para el desarrollo de sus labores impone la Ley”²¹⁰¹.

²¹⁰¹ GASCÓN INCHAUSTI.: *Op. cit.*, pp. 315 y ss.

Capítulo IV

EL ARREPENTIDO

1. ANTECEDENTES, CONCEPTO, NATURALEZA, FUNDAMENTOS

La figura del arrepentido surge de un pacto entre dos partes interesadas: de un lado, los órganos encargados de la persecución penal, que necesitan colaboradores con la justicia para la obtención de información sobre el complejo entramado de las organizaciones delictivas; de otro, el arrepentido, que persigue la atenuación de la pena que le permita obtener la libertad y volver a la normalidad social²¹⁰².

Las disposiciones contenidas en el art. 376 del Código Penal, establece determinados beneficios (consistentes en una rebaja de la pena en uno o dos grados)²¹⁰³, para los responsables que hayan abandonado las actividades delictivas y colaboren con las autoridades en alguna de las formas legalmente establecidas²¹⁰⁴.

Como señala la Jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹⁰⁵ “este precepto que surge *ex novo* en el Código Penal de 1995 para los delitos contra la salud pública en su variedad de tráfico de drogas, tiene su antecedente inmediato en el artículo 57 bis b) del Código Penal derogado, introducido por la LO 3 / 1988, de 25 de mayo (reforma del CP en materia de delitos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes), creándose así la figura del “arrepentido” o “colaborador” (también llamado “delator”) aunque con la gran diferencia que, mientras que con la aplicación de éste se podía llegar a la remisión total de la pena cuando la colaboración del reo hubiera tenido una particular trascendencia, en el artículo que comentamos, el máximo exonerador se reduce a la rebaja de la pena en uno o dos grados, al igual que sucede ahora en los propios delitos de terrorismo, según establece el artículo 579 del CP de 1995”.

La idea de partida tanto en los delitos de tráfico de drogas como en los de terrorismo, había consistido en tratar de incentivar al sujeto a colaborar con la Justicia, mediante la creación de premios en la determinación de la pena a cambio de la colaboración de aquél.

²¹⁰² CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 66.

²¹⁰³ Cfr. al respecto, entre otros, REY HUIDOBRO, LF.: “La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas”, *La Ley*, núm. 2, 1996, pp. 1325 y ss. ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, pp. 49 y ss. BENITEZ ORTUZAR.: *Op. cit.*, pp. 108 y ss.

²¹⁰⁴ Vid. QUINTANAR DÍEZ, M.: *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 304 y ss. CAMPO MORENO, JC.: “Arrepentimiento: alcance penal en el “iter criminis” en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 313 y ss. CALDERON SUSIN, E.: *Arrepentimiento espontáneo (Estudio del artículo 9 - 9 del Código Penal)*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 56 y ss.

²¹⁰⁵ STS (Sala 2ª), núm. 1778 / 1998, de 7 de marzo.

El levantamiento o atenuación de la pena para los arrepentidos forma parte de lo que se denomina “Derecho Penal premial”²¹⁰⁶.

El arrepentimiento constituye un instrumento de política criminal para favorecer la lucha contra el narcotráfico, especialmente en el ámbito del crimen organizado, situándose a medio camino entre el desistimiento y la confesión²¹⁰⁷, que supone la reducción de la pena uno o dos grados a la señalada²¹⁰⁸, y sin encontrarse condicionada por ningún límite temporal pues el sujeto puede presentarse ante las autoridades en cualquier momento, y no necesitando materializarse mediante una confesión, pudiendo materializarse a través de otras formas diferentes²¹⁰⁹.

Desde el punto de vista doctrinal, se define al arrepentido como aquél cuya conducta consiste en “el abandono de sus actividades, confesar sus acciones, revelar a la Justicia la identidad del resto de los actores participantes en el hecho delictivo, o en presentarlos directamente ante la misma, o incluso, y en algunos casos, hacerlo con tiempo suficiente para evitar sus resultados”²¹¹⁰.

La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas define al arrepentido como “aquél que, con su colaboración, contribuye, esté o no iniciado el proceso, a evitar la comisión de hechos delictivos, a descubrir los ya cometidos y a identificar a los responsables, y en función de ese comportamiento, de la trascendencia o colaboración prestada, del momento en que se realiza, se hace beneficiario en el ámbito jurídico penal de cláusulas de reducción”²¹¹¹.

En el mismo sentido, MOLINA PÉREZ define al arrepentido como “aquella persona que colabora con la Justicia, bien descubriendo a los autores de un delito ya cometido, bien dando información para evitar que se cometan, siendo indiferente que el proceso esté o no iniciado, y a cambio de ello obtiene unos beneficios de ámbito jurídico material”²¹¹².

La figura del arrepentido está prevista en el **párrafo primero del art. 376 del CP**: “En los casos previstos en los arts. 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por ley

²¹⁰⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7 / y 15 / 2003”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 2. Se puede consultar en <http://www.criminet.ugr.es>, continúa afirmando esta autora: “Este agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena orientada a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, en el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado”.

²¹⁰⁷ STS (Sala 2ª), núm. 5847 / 2006, de 10 de octubre.

²¹⁰⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1092 / 2002, de 18 de febrero; STS (Sala 2ª) núm. 527 / 2004, de 31 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 517 / 2004, de 13 de febrero.

²¹⁰⁹ STS (Sala 2ª), núm. 5528 / 2007, de 17 de julio.

²¹¹⁰ Vid. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.: “Algunos aspectos jurídico - penales y procesales de la figura del arrepentido”, *La Ley*, núm. 4132, p. 1.

²¹¹¹ Vid. Memoria Fiscalía Especial 1990, p. 66.

²¹¹² MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 159.

para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

El precepto prevé una atenuante cualificada y específica para los delitos de tráfico ilegal de drogas. Se trata de compensar la conducta del autor que con posterioridad al hecho delictivo realiza actos o facilita información a las autoridades o sus agentes que acredita la “vigencia de la norma infringida por el delito”²¹¹³.

Existe unanimidad en la doctrina al considerar que el fundamento de la adopción de este tipo de medidas son razones político criminales, de utilidad y eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada, pues contribuye a evitar futuros delitos, al descubrimiento de los ya cometidos, y a la condena de sus responsables²¹¹⁴.

En efecto, las dimensiones que ha adquirido en los últimos tiempos el tráfico ilegal de drogas dominado por potentes organizaciones delictivas, tanto a nivel nacional como internacional, y las dificultades de su persecución y punición, planteaba la necesidad de introducir esta figura en el ordenamiento jurídico²¹¹⁵. Se consideraba que la atenuación de la pena que se aplicaba al arrepentido, podía contribuir a reducir la aparición de organizaciones criminales, dado que sus integrantes estaban expuestos a que un miembro arrepentido les ponga en manos de la policía, por lo que sería necesario integrar a personas de la máxima confianza, lo que no siempre es tarea fácil²¹¹⁶.

No obstante, hay opiniones discrepantes que desaprueban esta figura, como es el caso de QUINTANAR DÍEZ que considera que la atenuación de la pena, en estos casos, implica la renuncia al ejercicio de un derecho constitucional como es el guardar silencio y no declarar contra sí mismo, e “implica casi directamente la inconstitucional discriminación en relación con el imputado no delator”. Además, considera este autor, que se incrementa el riesgo de error judicial²¹¹⁷.

CHOCLÁN MONTALVO considera que esta medida constituye un importante instrumento de política criminal en la lucha contra la criminalidad organizada, pero también, contribuye a los “falsos arrepentimientos y a las conductas de fraude procesal”²¹¹⁸. Es por ello por lo que se cuestiona la validez procesal de las pruebas aportadas por la declaración inculpativa del arrepentido²¹¹⁹.

²¹¹³ GRANADOS PÉREZ.: “Instrumento...”, *Op. cit.*, p. 95.

²¹¹⁴ Vid. QUINTANAR DÍEZ.: *Op. cit.*, p. 364. BOIX REIG, J / JAREÑO LEAL, A.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1707. SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ.: “El coimputado...”, *Op. cit.*, p. 2. BENITEZ ORTUZAR.: *Op. cit.*, pp. 47 y ss.

²¹¹⁵ Vid. REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico....*, *Op. cit.*, pp. 273 y ss. STAMPA BRAUN, JM.: “Medidas legislativas contra la criminalidad organizada” en *Drogas: aspectos jurídicos y médico - legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, pp. 257 y 260.

²¹¹⁶ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas....*, *Op. cit.*, pp. 308 y 309.

²¹¹⁷ QUINTANAR DÍEZ.: *Op. cit.*, pp. 359 y 362 y ss.

²¹¹⁸ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 66.

²¹¹⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ.: “El coimputado...”, *Op. cit.*, p. 9

También se ha criticado su carácter desigualitario: por un lado, al premiarse las conductas de colaboración con la Justicia penal, podrían beneficiarse en mayor medida los que ocupen los niveles superiores de la organización, al disponer de más información que ofrecer, frente a los subordinados; por otro lado, se prevén sólo para determinados delitos, por lo que los autores de otro tipo de delitos no pueden acceder a esta medida²¹²⁰.

Se ha destacado además, su contradicción con el principio de proporcionalidad de las penas en aquellos supuestos en los que la disminución de la pena se considera excesiva o incluso se levanta la pena, y con “los fines tanto retributivos como preventivos de la pena asignados a la pena criminal”²¹²¹.

Pese a los recelos y críticas que la medida provoca, como declara la Memoria de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico ilícito de Drogas “es un hecho constatado que para erradicar el fenómeno de la criminalidad organizada de tráfico de drogas, conocer sus pautas de funcionamiento, evitar las altas cotas de impunidad de las que habitualmente gozan y conseguir que la Justicia alcance a los responsables máximos de las organizaciones, es absolutamente conveniente la información y colaboración de personas integrantes de estos grupos, quienes desafiando las reglas de intimidación y silencio por las que se rigen, contribuyen de forma muy eficaz, a la realización de aquellos fines”²¹²².

Como hemos visto, el legislador ha optado por su inclusión en nuestro Código Penal, creando un tipo privilegiado como es el art. 376. Sin embargo, se cuestiona su utilidad práctica, ante los escasos resultados satisfactorios logrados²¹²³, dado el peligro que supone para el arrepentido aparecer en el juicio junto a los demás coimputados a los que ha delatado, por lo que en estos delitos la información suele canalizarse empleando otros medios (confidentes, agentes, infiltrados, etc.)²¹²⁴.

No obstante, a pesar de la escasa aplicación práctica que hasta el momento ha tenido esta figura, en algunos procesos importantes por narcotráfico ha sido decisiva²¹²⁵.

²¹²⁰ ARROYO ZAPATERO, L.: “Terrorismo y sistema penal” en *Reforma política y Derecho*, Praxis SA, Madrid, 1985, pp. 153 y ss. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, J.: *Terrorismo y derecho (Comentarios a las Leyes Orgánicas 2 y 4 / 1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 79 y ss. MUSCO, E.: “Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia problemas y perspectivas”, *Revista Penal*, número 2, 1998, p. 42

²¹²¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ.: “El coimputado...”, *Op. cit.*, p. 10. Vid. MUSCO.: *Op. cit.*, pp. 43 y ss.

²¹²² MEMORÍA FISCALÍA ESPECIAL, 1990, p. 66.

²¹²³ Cfr., al respecto MUSCO.: *Op. cit.*, pp. 38 y ss. BENITEZ ORTUZAR.: *Op. cit.*, pp. 79 y ss.

²¹²⁴ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 310.

²¹²⁵ Como manifiesta ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, p. 88, al concluir que “la praxis judicial concretada en pocos pero relevantes ejemplos ha impuesto por razones de política criminal la necesidad de otorgar respaldo legal a un instrumento del proceso penal que juega un papel importante respecto a esas gravísimas manifestaciones criminales en su triple función de medio de prueba, medio de obtención de pruebas y elemento de disociación dentro de esas organizaciones delictivas”.

2. REQUISITOS

Del tenor literal del precepto, se exige para que pueda aplicarse la reducción de la pena la concurrencia de los siguientes requisitos:

- A) Abandono voluntario de las actividades delictivas.
- B) Colaboración activa con las autoridades, concretada en impedir:
 1. La producción de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.
 2. Obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
 3. La actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones con las que se haya tenido relación.

La reforma llevada a cabo por la LO 15 / 2003, de 25 de noviembre²¹²⁶, por la que se modifica la LO 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004, suprimió la necesidad de confesar ante las autoridades los hechos en los que se hubiera participado buscando una mayor aplicación de la figura en la práctica procesal²¹²⁷.

En opinión de BENÍTEZ ORTÚZAR esta modificación por un lado, resulta positiva en cuanto que puede fomentar la utilidad de la figura; por otro lado, declara que “esta situación puede distorsionar aún más el proceso, ante el valor probatorio que puedan tener estas declaraciones, ahora gratuitas en tanto que no obligan al colaborador a autoinculparse en los hechos delictivos²¹²⁸”.

La figura del arrepentido se limita, esencialmente, a los supuestos concretos que se mencionan en el precepto.

No se exige una actitud altruista del arrepentido, ni un elemento subjetivo de arrepentimiento, basta con realizar una aportación objetiva, seria y eficaz, en los términos previstos en el texto legal, con el fin de facilitar la persecución de las actividades delictivas organizadas²¹²⁹.

Sobre las características de esta figura se manifiesta el Tribunal Supremo²¹³⁰ al señalar que el precepto contiene como primera característica la de que su aplicación queda al libre arbitrio de los Jueces y Tribunales en cuanto se emplea la palabra “podrán”, sin perjuicio de que cuando se acepte o rechace la reducción de la pena deberá realizarse de forma motivada en la sentencia. Además, de una interpretación lógica del precepto legal se deduce que han de concurrir los tres requisitos contenidos en el mismo de forma

²¹²⁶ BOE, núm. 283 / 2003, de 26 de noviembre.

²¹²⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ.: “El coimputado...”, *Op. cit.*, p. 17.

²¹²⁸ BENÍTEZ ORTUZAR.: *Op. cit.*, p. 135.

²¹²⁹ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 66. En el mismo sentido, se pronuncia GRANADOS PÉREZ.: “Instrumento...”, *Op. cit.*, p. 95.

²¹³⁰ STS (Sala 2ª), núm. 6688 / 2000, de 25 de septiembre.

conjunta para apreciarse la atenuación de la pena son: 1º. Abandonar voluntariamente las actividades delictivas, 2º. Presentarse a las autoridades confesando los hechos y, 3º. Colaborar activamente con éstas, siendo tres las finalidades perseguidas, bastando con que concurra una de ellas.

Pues se colabora con las autoridades con el fin de impedir la producción del delito, obtener pruebas para la identificación o captura de otros responsables, o impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

El *abandono voluntario de la actividad delictiva*, como requisito para la posible aplicación de una cláusula premial, constituye “su presupuesto básico e imprescindible si se quiere conseguir mínimamente la finalidad político - criminal perseguida de utilidad en la lucha contra la delincuencia organizada”²¹³¹.

Implica “la separación o ruptura con algo existente”; partiendo de ello, deberá estar referido a delitos permanentes, como es el delito de tráfico de drogas²¹³². Hay quienes consideran que para su aplicación, se exige que tales delitos se realicen en el ámbito de una organización criminal²¹³³.

A juicio de REY HUIDOBRO no es un requisito ineludible del tipo, pues nada impide que se aplique a los cooperadores, o a los coautores de una o varias operaciones de narcotráfico que no reúnan las condiciones para ser considerados organización a estos efectos, pero que colaboran con las autoridades para la identificación y captura de otros responsables. Sin embargo, se exige una pluralidad de intervinientes²¹³⁴.

En opinión de BENÍTEZ ORTÚZAR el abandono voluntario de las actividades delictivas constituye una “opción personal de disociación, de separación voluntaria de la organización o asociación criminal, lo cual parece exigir una continuidad y permanencia delictual que, en principio excluirá su aplicación a colaboradores ocasionales al margen de la organización dedicada al narcotráfico o actividades terroristas y al traficante de drogas o al terrorista individual”²¹³⁵. No obstante, considera este autor que las conductas delictivas a las que expresamente se les aplica estas cláusulas premiales, no siempre requieren que se realicen en el seno de una organización delictiva, y que la entidad de la colaboración requerida permite impedir la realización de la actividad delictiva o el desarrollo de organizaciones en las que meramente se haya colaborado, no impide su aplicación al delincuente dedicado al delito de tráfico ilegal de drogas que no se encuentre orgánicamente integrado en una organización determinada, o al terrorista individual²¹³⁶.

²¹³¹ BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 116. En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ / FERNÁNDEZ PALMA.: “Artículo..., *Op. cit.*, p. 1677.

²¹³² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, pp. 310 y 311.

²¹³³ En este sentido, BOIX REIG /JAREÑO LEAL.: *Op. cit.*, p.1707.VALLE MUÑIZ, JM / FERNÁNDEZ PALMA, R.: “Comentario al artículo 376 del Código Penal” en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1641 y ss.

²¹³⁴ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 311.

²¹³⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 117.

²¹³⁶ *Ibidem*, p. 117.

Ciertamente, la alusión del texto legal al abandono de la actividad delictiva no se refiere de forma expresa al abandono de la organización criminal, sino de la actividad delictiva permanente del delincuente.

Sin embargo, otro sector doctrinal considera incoherente la aplicación de esta posibilidad al traficante o terrorista individual, pues estimar el abandono de la actividad delictiva permanente habitual en estos supuestos implica “tomar en consideración en la valoración jurídico - penal de un hecho pasado la previsible retirada de algo hipotético que todavía no ha sucedido”²¹³⁷.

No obstante, la interpretación lógica, diferenciaría entre el narcotráfico organizado (igual que a los delitos de terrorismo) al que le sería aplicable el artículo 376, y el traficante y terrorista individual que colabora con la justicia, al que le sería aplicable las circunstancias genéricas de atenuación de la responsabilidad criminal de los apartados 4º, 5º y 6º del art. 21 del CP²¹³⁸.

Por otra parte, al exigirse de forma expresa la voluntariedad del abandono delictivo no será tenida en cuenta cuando la decisión de colaborar con la Justicia se produce después de la detención policial²¹³⁹. Tal abandono implica la ruptura definitiva de todo vínculo con la organización criminal²¹⁴⁰.

El abandono de la actividad delictiva debe ser “real, manifiesto y definitivo”²¹⁴¹. Dado que este tipo de actividades delictivas se caracterizan por su comisión a través de una asociación individual del sujeto con una estructura organizada, el requisito fundamental para la atenuación de la pena es la “la disociación, es decir, la desasociación de la organización, la ruptura de todos los vínculos que le unen de ella”²¹⁴².

Ahora bien, no será posible la aplicación del precepto cuando la disociación sea coaccionada o buscada de forma coyuntural con la perspectiva de volver en un futuro próximo a la actividad criminal²¹⁴³. Ni tampoco cuando el colaborador haya sido expulsado de la organización, o haya dejado de ser útil para la organización sustituyéndole por un sujeto más joven, ya que en ambos casos no se puede considerar como un abandono voluntario²¹⁴⁴.

El segundo requisito, como vimos, consiste en *la colaboración activa con las autoridades* para alguna de las tres finalidades alternativas mencionadas en el precepto.

²¹³⁷ VALLE MUÑIZ / FERNÁNDEZ PALMA.: “Comentario...”, *Op. cit.*, p. 1677

²¹³⁸ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.: “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas” en *Cuadernos de Política Criminal*, número 30, 1986, p. 569.

²¹³⁹ COBO DEL ROSAL, M (dir.) / FERNÁNDEZ PALMA, R *et al.*: *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 2000, p. 1057.

²¹⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B / QUINTERO OLIVARES, G (dir.) *et al.*: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1034.

²¹⁴¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI.: “Atenuación...”, *Op. cit.*, p. 470.

²¹⁴² BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 120.

²¹⁴³ LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, MJ, Madrid, 1985, p. 322.

²¹⁴⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, CUERDA ARNAU, ML.: *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 420.

No queda claro, sin embargo, si es necesaria la efectividad de la colaboración, es decir, que la misma se traduzca efectivamente en alguna de los tres resultados mencionados en el precepto²¹⁴⁵.

La interpretación más acertada es la que considera que basta con la finalidad de colaboración, es decir, que el sujeto haya colaborado sinceramente aportando los datos de que tenga conocimiento, con independencia de si los resultados perseguidos se hubieran obtenido efectivamente o no²¹⁴⁶.

El texto legal habla de conductas de colaboración pero no las describe. El colaborador es un tercero que puede actuar de muy diversas formas: puede ser un mero acusador, un denunciador o un confidente introducido en el ámbito que se investiga. También puede ser un infiltrado, con las características expresadas con anterioridad para esta figura²¹⁴⁷. En opinión de QUERALT JIMÉNEZ el legislador ha incurrido en algunas imprecisiones técnicas respecto a las finalidades mencionadas en el precepto. Así, en primer lugar se habla de colaborar para impedir la producción del delito, cuando los delitos de tráfico de drogas son de mera actividad y de peligro abstracto, lo que implica que el delito ya está consumado. Considera este autor que lo que se impedirá será el “agotamiento del mismo, o la perpetuación en el tiempo de la actividad delictiva”

En segundo lugar, cuando se trata de obtener pruebas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, deberá interpretarse el término prueba en su acepción usual y social, y no en un sentido procesal estricto, ya que en este sentido pruebas son las que se practican en el juicio oral, en la fase de instrucción lo que se practican son diligencias de investigación²¹⁴⁸.

Deberá interpretarse, el concepto de pruebas, en sentido amplio, incluyendo cualquier aportación de datos que facilite la investigación de los hechos, tanto los novedosos como los que vengan a ratificar hechos sobre los que se tengan indicios²¹⁴⁹.

Por pruebas decisivas debe entenderse aquéllas que sean efectivas para conseguir alguno de los objetivos previstos en el art. 376, sin que por ello deba condicionarse la atenuación de la pena al éxito de la operación o a la identificación y captura de otros responsables, ya que el texto legal los menciona como fines a perseguir, y no como resultados efectivos, aunque se requiere que la aportación de información sea completa e incuestionable²¹⁵⁰.

²¹⁴⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 125.

²¹⁴⁶ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ / QUINTERO OLIVARES *et al.*: *Op. cit.*, p. 1035. VALLE MUÑIZ / FERNÁNDEZ PALMA.: “Comentario...”, *Op. cit.*, p. 1680.

²¹⁴⁷ MOLINA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 160.

²¹⁴⁸ QUERALT JIMÉNEZ.: *Derecho Penal Español. Parte Especial, 3ª edición...*, *Op. cit.*, p. 794.

²¹⁴⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 129. Al respecto CUERDA ARNAU.: *Op. cit.*, p. 463, señala que “lo decisivo es que el sujeto sea fuente de conocimiento; au colaboración va, pues, dirigida a la obtención de aquel tipo de datos, que sólo pueden considerarse pruebas si se utiliza tal término en su acepción usual, como argumentos, razones o indicios, los cuales, eso sí, deben ser – y ahí está el gran problema- decisivos para la identificación o captura de otros responsables”.

²¹⁵⁰ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 312.

El beneficio de la atenuación de la pena sólo se obtiene cuando se proporciona “informaciones útiles, pues la atenuación extraordinaria constituye un *premiun* que debe venir precedido de un *meritum* o conducta meritoria”²¹⁵¹.

El Código Penal no establece límite temporal respecto a la aportación de pruebas. En opinión de QUINTANAR no se puede aplicar la atenuación a quién colabora con posterioridad a su imputación²¹⁵². Sin embargo, REY HUIDOBRO declara que de la descripción típica puede deducirse que la atenuación puede ser operativa hasta el momento de dictarse sentencia, o más concretamente, desde la elevación a definitivas de las conclusiones de la acusación²¹⁵³.

La ausencia total o parcial de las condiciones mencionadas en el precepto para la atenuación de la pena, no excluye la posibilidad de apreciar las atenuantes genéricas previstas en el art. 21 del Código Penal (la de arrepentimiento del número 4, y la de reparación del daño del número 5) pudiendo adoptarse una rebaja similar de la pena a la que se prevé el art. 376 CP, si se aplican como atenuantes muy cualificadas, con menor grado de colaboración con la justicia penal²¹⁵⁴.

Ello no es obstáculo para que las informaciones facilitadas por el confidente puedan servir a la investigación procesal, pero nunca como prueba si no presta testimonio en el proceso penal, ya que se vulneraría el derecho a un proceso justo²¹⁵⁵.

La practica jurisprudencial, especialmente en materia de narcotráfico, viene demostrando que la actitud colaboradora del narcotraficante se produce tras la detención policial, lo que impide la aplicación del art. 376 al faltar el requisito del abandono voluntario de la actividad delictiva.

En este caso, la Jurisprudencia considera, atendiendo a la entidad de la colaboración, que la conducta del sujeto colaborador puede ser valorada como una circunstancia análoga a la confesión del art. 21.4 del Código Penal²¹⁵⁶, incluíble en el art. 21.6 del Código Penal²¹⁵⁷.

Para admitir la atenuante analógica por confesión o colaboración deben concurrir los siguientes requisitos:

- 1º. Que se den los supuestos para la aplicación de la *ratio atenuatoria*, que deben ser inferidos de la atenuante de referencia²¹⁵⁸.

²¹⁵¹ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 67.

²¹⁵² QUINTANAR DÍEZ.: *Op. cit.*, p. 306.

²¹⁵³ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 312.

²¹⁵⁴ ZARAGOZA AGUADO.: *Op. cit.*, pp. 91 y ss.

²¹⁵⁵ GRANADOS PÉREZ.: “Instrumento...”, *Op. cit.*, p. 96.

²¹⁵⁶ El art. 21.4 del Código Penal, establece como circunstancia atenuante “la de haber procedido el culpable, antes que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

²¹⁵⁷ STS, (Sala 2ª), núm. 6468 / 1999, de 18 de octubre; STS, (Sala 2ª), núm. 3267 / 2001, de 20 de abril.

²¹⁵⁸ STS, (Sala 2ª), núm. 4577 / 1999, de 28 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 928 /2004, de 13 de febrero; STS (Sala 2ª), núm.5975 / 2005, de 10 de octubre.

2º. Debe darse una actuación de relevancia para el esclarecimiento de los hechos típicos²¹⁵⁹, pues en caso contrario, no será aplicable²¹⁶⁰.

También, se permitirá la aplicación de la atenuante genérica por analogía del art. 21.6 del CP²¹⁶¹ en relación al art. 21.5 del Código Penal²¹⁶², si la colaboración consiste en reparar los daños causados o evitar un resultado mayor derivado de la actividad criminal realizada²¹⁶³.

Tal interpretación posibilita, en ambos casos, la apreciación de estas circunstancias como muy cualificadas, permitiendo la rebaja de la pena en uno o dos grados²¹⁶⁴.

3. PROTECCIÓN DEL COLABORADOR CON LA JUSTICIA EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

La previsión de una normativa adecuada de protección del coimputado que colabora con la justicia es imprescindible para la aplicación eficaz de las normas premiales de un ordenamiento.

El temor a las represalias del resto de los coimputados desalienta la colaboración con la justicia. Esto es frecuente, cuando se trata de testificar sobre actividades delictivas cometidas por organizaciones delictivas, dado el elevado potencial de respuesta violenta que éstas tienen. Para evitar la impunidad que su silencio puede ocasionar, se adoptan medidas de protección no sólo para el testigo, sino también para todos lo que colaboren con la Justicia, entre los que se incluye al arrepentido. Medidas entre las cuales se incluirán la protección personal y física no sólo del testigo, sino también de sus familiares y allegados, antes, durante y después del proceso penal²¹⁶⁵.

La Ley Orgánica 19 / 1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales²¹⁶⁶ ha recibido fuertes críticas en la doctrina, entre otros motivos, por no incluirse en ella, de forma expresa, la figura del arrepentido o colaborador con la justicia²¹⁶⁷.

²¹⁵⁹ STS (Sala 2ª), núm. 928 / 2004, de 13 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 5975 / 2005, de 10 de octubre.

²¹⁶⁰ STS (Sala 2ª), núm. 7596 / 2002, de 15 de noviembre; STS (Sala 2ª) núm.6782 / 2004, de 25 de octubre.

²¹⁶¹ El art. 21.6 del Código Penal, establece como circunstancia atenuante “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”. Según BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 103, la fundamentación de esta circunstancia atenuante, se basa en la verificación de una situación análoga a la de las circunstancias atenuantes concretas recogidas en los primeros cinco apartados del artículo 21 del Código Penal.

²¹⁶² El art. 21.5 del Código Penal establece como circunstancia atenuante “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

²¹⁶³ BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 152.

²¹⁶⁴ STS (Sala 2ª), núm. 4525 / 2001, de 30 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 480 / 2001, de 29 de enero.

²¹⁶⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ.: *Op. cit.*, p. 19.

²¹⁶⁶ BOE, núm. 307 / de 24 de diciembre de 1994.

²¹⁶⁷ Cfr. GRANADOS PÉREZ.: *Op. cit.*, pp. 103 y ss.

La Ley Orgánica 19 / 1994 de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales está prevista, en principio, para quienes intervengan en el proceso penal en calidad de testigos o peritos (art. 1.1)²¹⁶⁸.

En opinión de BENÍTEZ ORTÚZAR resulta muy discutible la aplicación de la Ley Orgánica 19 / 1994, dado que supondría atribuir al colaborador la cualidad procesal de testigo, lo que en puridad no lo es, ya que el colaborador no es titular de las obligaciones procesales del testigo, no se extendería la protección a los familiares y allegados del colaborador, quienes pueden correr peligro derivado de la actitud de colaboración del culpable²¹⁶⁹.

Respecto a la posibilidad de que el coimputado pueda ser considerado testigo procesal a los efectos de aplicar la LO 19 / 1994 en causas criminales, ZARAGOZA AGUADO declara, en cuanto al anonimato y reserva de la identidad del “imputado - testigo” que “la propia naturaleza de este medio de prueba - en cuya valoración juegan un papel decisivo según criterios jurisprudenciales muy consolidados la personalidad del individuo, sus relaciones precedentes con los restantes partícipes, la existencia de móviles turbios o espurios en su proceder y la posible finalidad autoexculpatoria de sus declaraciones - excluye que un procesado o acusado en esta situación pueda ser acreedor o beneficiario de la totalidad de los instrumentos de protección previstos por la Ley, en particular el mantenimiento del anonimato o de la reserva de identidad ni siquiera en fase sumarial, pues en estos casos tales circunstancias son especialmente relevantes en orden a determinar la credibilidad del que declara, y sin conocimiento de su identidad por la defensa difícilmente podrá ésta cuestionar su fiabilidad a través de un interrogatorio sobre aspectos que puedan tener influencia en este sentido o mediante la presentación de otras pruebas que permitan crear dudas sobre la coherencia, consistencia y verosimilitud de tal testimonio”²¹⁷⁰.

No obstante, el autor citado considera que nada impide que al coimputado se le puedan aplicar las medidas de protección previstas en los artículos 2 y 3.2 de la LO 19 / 1994, consistentes en ocultar el domicilio, profesión o lugar de trabajo del sujeto, el empleo de medios para ocultar la fisonomía del que presta declaración, y prestar testimonio sin presiones, amenazas o intimidaciones que pudieran ejercer otros imputados²¹⁷¹.

Un sector de la doctrina aboga por una interpretación amplia del concepto de testigo, en consonancia con lo previsto en los textos comunitarios, que incluyen a los arrepentidos que colaboran con la justicia acusando a otros copartícipes o facilitando la

²¹⁶⁸ No obstante, el número 2 de este artículo parece permite extender las medidas de protección a personas con vínculos familiares o afectivos a los anteriores, cuando también se aprecie racionalmente peligro grave en su persona, libertad o propiedad (cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos). Por otra parte el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma llevada a cabo por LO 14 / 1999 permite al Juez instructor adoptar medidas cautelares para proteger a los ofendidos o perjudicados, los familiares y otras personas, en concreto las previstas en el art. 544 bis LECr como la prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos.

²¹⁶⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 180.

²¹⁷⁰ ZARAGOZA AGUADO.: “La protección...”, *Op. cit.*, pp. 72 y 73.

²¹⁷¹ *Ibidem*, p. 73.

obtención de otros medios de prueba²¹⁷².

En diversos textos internacionales, se incorpora la recomendación de extender las normas de protección a testigos a los colaboradores con la justicia que además aparecen como investigados en el proceso penal.

En el ámbito de la Unión Europea, se prevén este tipo de medidas en la Resolución del Consejo relativa a la protección de personas que colaboren con la justicia en la lucha contra la delincuencia organizada²¹⁷³, recordadas en la Acción Común de 21 de diciembre de 1998, dictada sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea (CE) 98 / 733 / JAI “relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea” que recoge la conveniencia de que los Estados apliquen las medidas previstas en la anterior²¹⁷⁴.

En la mencionada Resolución se insta a los Estados miembros a la adopción de medidas que favorezcan la colaboración con la Justicia de quienes pertenezcan o hayan pertenecido a organizaciones criminales, garantizando la protección no sólo de los colaboradores, sino también de sus familiares y allegados.

La recomendación aparece en textos posteriores como en el Plan de Acción para la lucha contra la delincuencia organizada de 28 de abril de 1997²¹⁷⁵, en el que se recuerda la necesidad de regular la protección de testigos y de personas que colaboren con la justicia en el marco del Convenio europeo sobre asistencia judicial en materia penal (Recomendación 16).

En el Plan que le sustituye en la actualidad, titulado “La prevención y control del crimen organizado: una estrategia de la UE para el comienzo del nuevo milenio” del 2000²¹⁷⁶, se recomienda la elaboración de un instrumento jurídico sobre la posición y protección de testigos y de colaboradores de la justicia que pertenezcan o hayan pertenecido a organizaciones delictivas (Recomendación 16). En cumplimiento de la misma, se elabora el Proyecto de Decisión del Consejo de la Unión Europea concerniente a la protección de testigos y de colaboradores de la acción de justicia en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional.

En el ámbito del Consejo de Europa cabe destacar la Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros sobre principios directrices en la lucha contra el crimen

²¹⁷² En este sentido, MORENO CATENA, V.: “Protección de testigos y peritos en el proceso penal español” en *Delincuencia organizada...*, *Op. cit.*, p. 145. CHOCLAN MONTALVO.: *La organización...*, *Op. cit.*, p. 72. ZARAGOZA AGUADO, J.: “La cooperación judicial y el blanqueo de capitales”, Ponencia presentada en el Programa de Capacitación continua de jueces en materia de lavado de activos organizado por la Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD - OEA) en varios países latinoamericanos, 2002, p. 8; MARTÍNEZ RUIZ, J.: “La protección de testigos y peritos en causa criminales” en *Estudios jurídico - penales y político - criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 214.

²¹⁷³ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. C 10, de 11 de enero de 1997.

²¹⁷⁴ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 351, de 29 de diciembre de 1998.

²¹⁷⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. C 251, de 15 de agosto de 1997.

²¹⁷⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. C 124, de 3 de mayo de 2000.

organizado de 19 de septiembre de 2001 en la que se establece la necesidad de adoptar medidas de protección para los colaboradores con la Justicia Penal, sus familiares y allegados, antes, durante y después del proceso penal (Recomendaciones 17 y 18).

También aborda la protección de testigos y víctimas la Convención de Naciones Unidas sobre crimen organizado del 2000, en los artículos 23 a 25.

Se sanciona la obstrucción a la justicia consistente en coaccionar, amenazar y corromper entre otras personas, a testigos y personas que aportan pruebas al proceso (art. 23. a)). Se prevén diversas actuaciones no sólo para la protección de testigos (art. 24) sino de colaboradores con la justicia (art. 26.4). Incorporan medidas para su protección física y la de sus familiares y allegados, y medidas para garantizar su testimonio en condiciones de seguridad (art. 24.2).

Finalmente, la protección del colaborador con la justicia en el Derecho Penal Español se completa con los arts. 464 dentro de los delitos contra la Administración de Justicia (Capítulo VII del Título XX) y 264.1. 1º, dentro de los delitos contra el patrimonio (Capítulo IX del Título XIII), ambos del Código Penal.

El art. 464 del CP castiga al que con violencia e intimidación trate de influir directa o indirectamente, entre otras personas, en el imputado en un procedimiento con el fin de que modifique su actuación procesal (pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 24 meses).

La pena se impondrá en su mitad superior si el autor logra su objetivo. La misma pena se impondrá al que atente contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas por su actuación en un procedimiento anterior, sin perjuicio de la pena que corresponda por la infracción de que tales hechos sean constitutivos (art. 464.2).

El art. 264.1,1º CP sanciona con pena agravada los daños en propiedad ajena realizados contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución de la ley o aplicación de las Leyes o disposiciones generales (pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 24 meses)²¹⁷⁷.

Como puede observarse, en el ámbito del Código Penal, la protección se extiende no sólo a los testigos, sino a otras personas que intervienen en el proceso, al imputado²¹⁷⁸.

²¹⁷⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ.: *Op. cit.*, p. 21 y 22.

²¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 22.

4. VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN INCRIMINATORIA DEL ARREPENTIDO

La validez procesal de las pruebas aportadas por la declaración incriminatoria del coimputado arrepentido con el fin de obtener un mejor tratamiento punitivo es problemática²¹⁷⁹.

Al respecto, el Tribunal Supremo²¹⁸⁰ ha señalado: “El Código Penal de 1995 acoge en este precepto la figura del arrepentido colaborador, a quien se beneficia con una respuesta penal más benévola, que responde a criterios de política criminal en el enfrentamiento a la denominada delincuencia organizada, y que resulta ciertamente polémica por la problemática credibilidad de los testimonios acusatorios obtenidos mediante la promesa de una sustancial reducción de la pena”.

En la misma línea, la Jurisprudencia²¹⁸¹ hace referencia al colaborador afirmando: “Desde el momento en que actúa como tal se convierte en un informador que genera una serie de problemas ajenos muchas veces al puro proceso o a la prueba en sí. Este informador debe ser considerado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba (...)”. Esta situación conlleva una “difícil caracterización jurídica”, dado que no es en puridad un testigo (tercero ajeno a los hechos que se enjuician), ni tampoco se trata de una confesión, dado que carece de efectos contra la persona que lo presta²¹⁸².

No se trata de valorar simplemente la validez de la actitud colaboradora del sujeto, la cual siendo libre, voluntaria y veraz, no plantea problemas, sino de sus efectos para enervar la culpabilidad de terceros, es decir, si es idónea para desvirtuar el principio de presunción de inocencia del art. 24 de la CE.

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia exigen que la condena deba fundamentarse en otros elementos probatorios que corroboren la declaración del arrepentido.

El arrepentido se presenta en el proceso en una posición híbrida, por un lado, aparece como imputado, autodeclarándose culpable; y por otro, como testigo, declarando en contra de otros coimputados con el fin de obtener un trato de favor, pero a diferencia del testigo no está obligado a decir la verdad so pena de incurrir en falso testimonio. Se duda sobre la fiabilidad de su testimonio, de modo que se exigen garantías para enervar el derecho a la presunción de inocencia²¹⁸³.

El Tribunal Constitucional ha abordado en múltiples ocasiones el valor probatorio de la declaración incriminatoria del coimputado señalando que éste - a diferencia del testigo - no está obligado a decir la verdad, en virtud de los derechos a no declarar

²¹⁷⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 874.

²¹⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 3431 / 1999, de 18 de mayo.

²¹⁸¹ STS (Sala 2ª), núm. 11719 / 1995, de 14 de febrero.

²¹⁸² SEOANE SPIEGELBERG, JL.: “Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas”, *Actualidad Penal*, núm. 32, 1996, p. 350.

²¹⁸³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ.: *Op. cit.*, p. 9.

contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), por lo que se exige que se corrobore con otros elementos probatorios²¹⁸⁴.

El TC establece por ejemplo: “(...) cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado (...) es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (...). Es por ello por lo que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única (...) no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente”, texto que se reitera en sentencias posteriores. Y también “a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia”²¹⁸⁵.

Posteriormente, sintetizando la doctrina anterior el TC²¹⁸⁶ establece que:

“(...). Los pronunciamientos de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de la declaración inculpativa de los coimputados, cuando es prueba única, han quedado consolidados con los siguientes rasgos:

- a. La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.
- b. La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.
- c. La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.
- d. Se considere corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración.
- e. La valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso (...).”

En la misma línea, el Tribunal Constitucional²¹⁸⁷ afirma lo siguiente: “Como señala la TC S 181 / 2002, de 14 de octubre (FJ 3), con cita de la TC S 68 / 2001, de 17 Mar: (FJ 5), las declaraciones de un coimputado, por sí sola, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una

²¹⁸⁴ Entre otras, STC, núm. 115 / 1998, de 1 de junio; STC, núm. 63 / 2001, de 3 de abril; STC núm. 68 / 2001, de 3 de abril; STC núm. 69 / 2001, de 3 de abril; STC, núm. 70 / 2002, de 3 de abril; STC, núm. 72 / 2001, de 26 de marzo; STC, núm. 237/ 2002, de 9 de diciembre; STC, núm. 65 / 2003, de 7 de abril.

²¹⁸⁵ STC núm. 153 / 1997, de 29 de septiembre.

²¹⁸⁶ STC núm. 233 / 2002, de 9 de diciembre.

²¹⁸⁷ STC núm. 63/ 2003, de 7 de abril.

condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido, destacando las consideradas sentencias que no es posible definir qué debe entenderse por la exigible “corroboración mínima”, más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.

Asimismo, debe destacarse que tanto la citada TC S 181 / 2002 (FJ 3) como la TC 72 / 2001, de 26 de Mar: (FJ 5), han puesto de manifiesto que la circunstancia de que la condena se funde exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado no permite tampoco considerar desvirtuada la presunción de inocencia del condenado, siendo exigible también en tales casos la mínima corroboración del contenido de esas declaraciones de la pluralidad de coimputados mediante algún dato, hecho o circunstancias externos a la misma; es decir, la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima, a los efectos que venimos exponiendo, de la declaración de otro coimputado”.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo²¹⁸⁸. Se abandona por tanto, la línea jurisprudencial que admitía la condena basada únicamente en la declaración del coimputado arrepentido²¹⁸⁹. Si bien, se advertía de la necesidad de analizar cuidadosamente las motivaciones del coimputado. De este modo, se exigía que tal declaración no haya sido prestada por alguien “guiado por móviles de odio personal”, “por obediencia a una determinada persona” o en su caso, “con ánimo de autoexculpación”²¹⁹⁰.

También, la Audiencia Nacional²¹⁹¹ siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo anterior, establece que los Tribunales, no deben, de forma sistemática y rutinaria, fundar una resolución *sic et simpliciter* en la mera declaración de un coimputado, aunque tampoco debe desestimarse su versión, que debe ser valorada en función de otros factores concurrentes, añadiendo y concretando estos factores, que “extremado celo se ha de poner a la hora de dilucidar si, de tales declaraciones o de las circunstancias concurrentes se infiere o no razón alguna de venganza, odio, obediencia a terceros, ventaja propia, trato procesal favorable, ánimo exculpatario u otra similar que reste credibilidad a las versiones inculpatorias vertidas”.

Al margen de la corroboración necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia en base a la declaración de coimputado, ésta habrá de reunir los requisitos de “veracidad y

²¹⁸⁸ Entre otras, en STS (Sala 2ª), núm. 1523 / 1999, de 15 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 23 / 2003, de 21 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 279 / 2000, de 3 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 168 / 2003, de 26 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 1524 / 2003, de 5 de noviembre.

²¹⁸⁹ Recogida entre otras, en STS (Sala 2ª), núm. 67/1985, 19 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 15339 / 1986, de 12 de mayo; STS (Sala 2ª), núm. 5028 / 1998, de 29 de julio.

²¹⁹⁰ STS (Sala 2ª), núm.15339 / 1986, de 12 de mayo. En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª), núm. 10127 / 1993, de 27 de febrero.

²¹⁹¹ SAN, núm. 26 / 1997, de 3 de octubre

credibilidad necesarios para ser considerada como medio de prueba por el Tribunal de Instancia²¹⁹².

En la práctica ésta valoración resulta compleja, especialmente cuando la actitud colaboradora del sujeto está incentivada por la obtención de beneficios en el tratamiento punitivo, los cuales “no siempre podrán ser considerados como móviles espurios, turbios e inconfesables”²¹⁹³. Así, la obtención de beneficios punitivos constituye el incentivo de la colaboración reflejada en los artículos 376 y 579.3, de forma que la credibilidad del testimonio en estos casos vendrá determinada por su confirmación mediante otros elementos probatorios²¹⁹⁴, lo que garantizará el principio de contradicción en el Juicio oral.

Siendo esta línea la seguida por el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, en tanto que, como se ha expuesto en párrafos anteriores, el acusado que preste testimonio no está obligado a decir la verdad²¹⁹⁵.

La desconfianza en torno a la validez probatoria de la declaración inculpativa del arrepentido, especialmente si declaran de forma oculta, y su posible incompatibilidad con el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia (artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos) se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este se ha pronunciado únicamente respecto al valor de esta declaración con el fin de adoptar la medida cautelar de prisión preventiva, y no respecto a su validez procesal como medio de prueba.

El Tribunal²¹⁹⁶ considera que la colaboración de los arrepentidos es un instrumento fundamental de las autoridades italianas en su lucha contra la mafia, si bien se plantea problemas respecto a la fiabilidad de estas declaraciones, ya que son susceptibles de ser manipuladas, de perseguir los beneficios legales que se les atribuye a los arrepentidos o de realizarse por venganza personal.

Continúa el Tribunal afirmando, que no debe subestimarse, la naturaleza, a veces, ambigua de tales declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser detenida en base a informaciones no siempre contrastadas. Por todo ello, concluye, al igual que los Tribunales Nacionales, las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas por otros elementos de prueba; además, los testimonios indirectos deben ser confirmados por hechos objetivos.

También, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹⁹⁷ se ha ocupado de otra cuestión problemática de la declaración del arrepentido, como es el supuesto de que éste

²¹⁹² BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 178.

²¹⁹³ ZARAGOZA AGUADO.: “La protección...”, *Op. cit.*, p. 76.

²¹⁹⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR.: *Op. cit.*, p. 179.

²¹⁹⁵ STC núm. 65 / 2003, de 7 de abril; STC núm. 68 / 2002, de 21 de marzo; STC núm. 49 / 1998, de 2 de marzo. También en la misma línea las STS (Sala 2ª), núm. 295 / 2003, de 23 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 1699 / 2000, de 3 de marzo.

²¹⁹⁶ STEDH, núm. 120 / 2000, de 6 de abril.

²¹⁹⁷ STEDH, núm. 21 / 1990, de 27 de septiembre (caso Windisch contra Austria), y STEDH, núm. 23 / 1992, de 5 de junio.

declare como testigo anónimo. Considerando contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 6.3.d) la condena basada en testimonios anónimos, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, la defensa o ambos, en cuanto supone una restricción de los derechos de defensa al impedir la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad; de tal modo que considera tales declaraciones sólo indicios para llevar a cabo una investigación²¹⁹⁸.

²¹⁹⁸ Cfr. sobre esta Jurisprudencia GRANADOS PÉREZ.: “Instrumento...”, *Op. cit.*, pp. 96 y ss. GIMENEZ GARCÍA, J.: “El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral”, *Actualidad Penal*, núm. 2, 1994, pp. 727 y ss. DIAZ - MAROTO Y VILLAREJO, J.: “Algunos aspectos jurídico - penales y procesales de la figura del arrepentido”, *La Ley*, núm. 5, 1996, D 293, pp. 1463 y ss. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado” en *La criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, pp. 129 y ss.

PROTECCIÓN DE PERITOS Y TESTIGOS

1. INTRODUCCIÓN

La presunción de inocencia, consagrada en el art. 24 de la Constitución española y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un derecho fundamental de la persona, consistente en el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida²¹⁹⁹. Ello implica el desarrollo de una mínima actividad probatoria con todas las garantías, es decir, un juicio oral regido por los principios de publicidad, contradicción e inmediación²²⁰⁰.

En el proceso penal, la prueba testifical es, el principal medio probatorio. Es por ello por lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal impone determinadas obligaciones al testigo cuyo incumplimiento ocasiona consecuencias penales. Así, el no comparecer ante un tribunal puede ser constitutivo de un delito de obstrucción a la justicia (art. 463.1 CP), faltar a la verdad en su declaración de un delito de falso testimonio (art. 458 del CP), esquivar las preguntas que se le formulen de otro de desobediencia (art. 458 del CP). El deber de colaborar con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso penal de todo ciudadano (art. 118 de la CE), se materializa en nuestro ordenamiento procesal en las obligaciones de comparecer y declarar la verdad.

Junto a las habituales molestias que al testigo le supone desplazarse a la sede judicial, prolongadas esperas y el sometimiento a embarazosos interrogatorios, su comparecencia y testimonio puede acarrearle mayores perjuicios. Pues, en los supuestos de delitos contra la libertad sexual, los interrogatorios pueden desvelar datos que afecten a la intimidad de la víctima. En otras ocasiones, el testigo puede estar poniendo en peligro su vida e integridad física y la de su familia, siendo frecuente en los procesos penales relativos a los delitos cometidos por el crimen organizado: tráfico de drogas, tráfico ilegal de personas, etc.

Además, la obligación de declarar ante el Tribunal hechos dolosos y en ocasiones traumáticos, cuando se trata de víctimas especialmente vulnerables, sea por la naturaleza del delito, la edad del testigo o por padecer alguna enfermedad mental, puede ocasionarle graves daños psicológicos.

Por otra parte, el deber de declarar en la Sala en presencia del acusado puede mermar la libertad de testigos fundamentales al prestar su testimonio, al sentirse cohibidos por la

²¹⁹⁹ STC núm. 31 / 1981, de 28 de julio.

²²⁰⁰ STC núm. 135 / 2011, de 12 de septiembre.

mirada del acusado. Es por ello, por lo que partiendo del respeto al derecho de defensa del acusado, se impone la necesidad de otorgar una adecuada protección a los testigos, sean o no las víctimas de los delitos, pues “necesitan la confianza, la certeza de recibir el apoyo suficiente, de forma que su comparecencia, su declaración inculpativa, su colaboración con el tribunal no perjudiquen sus intereses”²²⁰¹.

La protección de peritos y testigos en el proceso penal español, desde un punto de vista cuantitativo, no ha constituido ni constituye en la actualidad, un problema especialmente extendido y preocupante para la Justicia Penal Española, sin embargo, desde un punto de vista cualitativo, “proyecta, de un lado, un conjunto de situaciones y fenómenos con honda repercusión en la ciudadanía y en la opinión pública y, de otro, expresa singularmente el marco dialéctico en que han de conjugarse los principios que vertebran la estructura del proceso penal, ya acompañándolo, ya distanciándolo, del modelo ínsito en nuestra Carta Magna y en los textos internacionales en materia de Derechos Humanos - ratificados por España - y que le sirven de complemento (art. 10. 2 de la CE)”²²⁰².

Tras la promulgación de la CE, se criticó ampliamente los retrasos de la Administración en la asignación de recursos económicos y de protección oficial a testigos judicialmente protegidos, y la insuficiencia en la materialización de medidas protectoras previstas legalmente. En la praxis judicial, se incrementó los supuestos de incomparecencia de testigos o peritos, a las vistas orales penales, por temor a las amenazas, y represalias de los acusados en los procesos penales de relevancia²²⁰³.

Hasta la LO 19 / 1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, no se alcanzó una protección satisfactoria de la libertad e integridad de los peritos y los testigos.

Ciertamente, el legislador español hasta ese momento, se había mostrado insensible a los riesgos personales y materiales a los que estaban expuestos los colaboradores de la justicia (testigos y peritos)²²⁰⁴.

Esas posibilidades de riesgos se incrementaban en los procesos por delitos de drogas o conexos cometidos por organizaciones delictivas. Es por ello, por lo que surgió la necesidad de establecer medidas, en primer lugar, para que no puedan identificarse al perito o testigo actuante y, en segundo lugar, en el caso de que estén identificados, protegerlos o dotarlos de nueva identidad²²⁰⁵.

Con todo, la LO 19 / 1994 se anticipó a las Resoluciones del Consejo Europeo de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de testigos, y la de 20 de diciembre de

²²⁰¹ ARMERO VILLALBA, S.: “Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso” en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, Madrid, 2010, p. 19. Se puede consultar en <http://www.acoes.es>

²²⁰² GARCÍA PÉREZ, JJ.: “Criminalidad organizada y protección de peritos y testigos en el proceso penal español” en *La criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, p. 272.

²²⁰³ *Ibidem*, pp. 272 y ss.

²²⁰⁴ MORENO CATENA, V.: “La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español” en *La delincuencia organizada...*, *Op. cit.*, p. 135 y ss.

²²⁰⁵ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 228.

1996, relativa a las personas que colaboran en el proceso judicial. Es quizás por esa anticipación, por lo que la ley presenta insuficiencias en algunos extremos. La Ley trató de suplir un vacío legal, tratando de lograr el equilibrio entre el derecho a un proceso penal con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares²²⁰⁶. La Exposición de motivos de la Ley 19 / 1994 señala que:

La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos para colaborar con la policía judicial y la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias. Ello conlleva, con frecuencia, que no se puedan contar con sus testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos. Ante esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico – penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables. Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas a favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del Derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

El propósito protector al que responde la Ley no es, por lo demás, exclusivo de nuestro país. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace patente en la Resolución 827 / 1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia.

El contenido de la Ley es breve. Junto a su ámbito de aplicación, regulado en el art. 1, y las medidas protectoras y garantías del justiciable recogidos en los artículos 2 y 3, contiene el artículo 4 y último una serie de medidas complementarias de protección que habrán de aplicar, cada uno en su esfera, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial.

La Exposición de Motivos de la Ley expone con claridad la frecuencia con la que los ciudadanos no colaboran, o incumplen el deber constitucional y legal (previsto, entre otros, en los arts. 118 de la CE; 17.1 LOPJ, 264, 410, etc., de la LECr) de cooperar con los funcionarios policiales y con la Administración de Justicia, por temor a enfrentarse

²²⁰⁶ CLOCLÁN MONTALVO.: *La organización criminal...*, Op. cit., p. 69.

con el acusado o con personas de su entorno y / o sufrir venganzas o represalias de los mismos, especialmente cuando el testigo es la víctima del delito²²⁰⁷.

Para conocer si los instrumentos y mecanismos previstos por el legislador en la Ley pueden servir para paliar las reticencias de los testigos y peritos a colaborar con la Justicia penal, otorgándoles confianza, seguridad y verdadera protección, conviene examinar el contenido de la Ley 19 / 1994.

La Ley fue publicada en el BOE el 24 de diciembre de 1994, constanding de exposición de motivos (como se ha expuesto), cuatro artículos, dos disposiciones adicionales, una derogatoria y otra final.

2. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA LEY ORGÁNICA 19 / 1994, DE 23 DE DICIEMBRE

2.1. Ámbito de aplicación objetivo

El **art. 1.1 de la Ley**, dispone literalmente: judicial”.

“Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales”.

Del tenor literal del precepto se desprende que el *ámbito objetivo* de la Ley se extiende “in genere” a la intervención de peritos y testigos en procesos penales, por lo que debe entenderse que la Ley abarca a todos los tipos procesales vigentes hoy en nuestro ordenamiento procesal penal, a diferencia de sus precedentes parlamentarios que limitaban su aplicación al ámbito de las causas penales incoadas por acciones terroristas, de bandas armadas, o grupos criminales violentos u organizados.

Por tanto, a efectos legales resulta indiferente la clase, naturaleza o gravedad de las actividades delictivas que hayan de enjuiciarse, siendo suficiente que se acredite la existencia de un proceso penal en el que resulte aplicable cualquiera de las medidas de protección previstas en la Ley, ya sea un procedimiento penal de la Jurisdicción común u ordinaria (Sumario ordinario, con o sin intervención del Tribunal del Jurado; Procedimiento Abreviado; Juicio de faltas, más los especiales), el Procedimiento de Menores de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores o los procedentes de la Jurisdicción Militar, previstos en la LO de Procedimiento Militar, de 13 de abril de 1989, etc²²⁰⁸.

En el curso de las diligencias de investigación que el Ministerio Fiscal puede realizar según el art. 785 bis LECr y art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (LO 50 /

²²⁰⁷ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 278.

²²⁰⁸ *Ibidem.*: *Op. cit.*, pp. 280 y 281.

1981, de 30 de diciembre), puede exigirse la presencia de testigos para declarar en la Fiscalía, aunque “sus deposiciones no constituyan testimonio o prueba testifical, sino una simple vía de información, por lo que si faltan a la obligación de decir la verdad, no incurrirán en delito de falso testimonio, derivando la obligación de su condición de ciudadanos que han de colaborar con la justicia”²²⁰⁹.

Debiendo promover el Fiscal la acción de justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, y velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes (art. 2º y 3º. 1 del Estatuto), podrá acordar preventivamente en las diligencias alguna de las medidas protectoras también estatuariamente autorizadas por su función, sin implicar limitación de derechos, teniendo en cuenta sus características y naturaleza del asunto investigado, requiriendo en su caso el auxilio de la autoridad policial (art. 4º, 3 y 6 del Estatuto), sin perjuicio en su caso de instar lo que proceda a la autoridad judicial cuando remita lo actuado (así, la ocultación de los datos de identidad o el domicilio del testigo en las diligencias de investigación, petición de protección policial, etc.).

2.2.Ámbito de aplicación subjetivo

Las medidas de protección de la LO 19 / 1994 se dirigen a los *testigos y peritos*.

Por definición, los testigos y peritos son terceros ajenos al proceso, llamados a declarar o informar, según su experiencia personal, sobre hechos anteriores al proceso penal, bien por haberlos presenciado (testigo directo), bien por haber tenido conocimiento de ellos a través de otros medios o a través de otras personas (testigos de referencia), bien por poder explicarlos por su ciencia (perito), etc.

En los últimos años, y tras un amplio debate doctrinal, el legislador ha otorgado un mayor protagonismo en el proceso penal, a la *víctima del delito*, si bien, sólo de forma impropia se le puede considerar como “testigo”²²¹⁰, por lo que según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es un testigo muy especial, investido de un estatuto jurídico específico y diferente²²¹¹.

No obstante, a pesar de que no se ha previsto de forma expresa en el texto legal, no existe ninguna dificultad insalvable para afirmar que a los efectos previstos en la Ley, la víctima debe considerarse testigo, siendo merecedora más que cualquier otra persona, de las medidas de protección previstas en la Ley siempre que reúna los requisitos y presupuestos exigidos²²¹².

También debe incluirse a los efectos protectores de la Ley, al *investigado* en un proceso penal cuando al mismo tiempo comparece como testigo en otro distinto.

²²⁰⁹ Circular de la FGE, núm. 1 / 1989, de 8 de marzo sobre el procedimiento abreviado.

²²¹⁰ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 284.

²²¹¹ STS, (Sala 2ª), núm. 4374 / 1991, de 29 de noviembre.

²²¹² GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 285.

Especialmente si se busca “el levantamiento de la protección de la identidad del imputado, con manifiesto abuso de derecho” (art. 11.2 LOPJ)”²²¹³.

Igual consideración merecen los *coimputados o coacusados* que delatan con su declaración a otro acusado por su participación en los mismos hechos. Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo debe partirse de una interpretación amplia del término testigo para comprender a los coimputados - testigos sentido impropio - que en el proceso aporten información sobre el hecho cometido y de sus partícipes con base en un conocimiento fáctico extraprosesal²²¹⁴.

Este “testimonio impropio”, como se ha calificado a veces, plantea el problema de ponderar su credibilidad, “para lo que deberá examinarse las circunstancias de coparticipación, la personalidad de los partícipes, sus relaciones con la persona a quien imputa, la posible presencia de móviles espurios de autoexculpación (...)”²²¹⁵; “aunque debe ir acompañado de otras pruebas que lo corroboren, es una prueba importante aunque peligrosa, pues la validez del testimonio ha de hacerse con extrema cautela, por ser un medio impropio, extraño y especial”²²¹⁶.

En opinión de MORENO CATENA, “la aplicabilidad de la LO 19 / 1994 no debe basarse en la naturaleza de la declaración (testimonial o correal) sino en la existencia de razones objetivas suficientes que determinan la necesidad de otorgar la protección”²²¹⁷.

También puede ser aplicable la LO 19 / 1995 y determinadas medidas de protección al “arrepentido”, “siendo una modalidad de coimputado, que debe ser tratado como tal a la hora de la valoración de la prueba, y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento coadyuvando eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables (...)”²²¹⁸.

Igualmente debe incluirse en el ámbito de protección de la Ley a los *agentes policiales*, que no deben afrontar riesgos mayores por su condición de funcionarios públicos²²¹⁹.

En este contexto se sitúa la figura del “agente encubierto”, como vimos, regulada en el art. 282 bis de la LECrim incorporado por LO 5/ 1999, de 13 de enero, que como su Exposición de Motivos declara, constituye un complemento del régimen de protección de la LO 19 / 1994.

Conforme al art. 282 bis los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una operación encubierta con identidad falsa (agente encubierto), podrán mantener

²²¹³ CARTAGENA PASTOR .: *Op. cit.*, p. 83.

²²¹⁴ STS (Sala 2ª), núm. 2405 /1986, 12 de mayo.

²²¹⁵ STS (Sala 2ª), núm. 9645 / 1993, de 13 de septiembre.

²²¹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 742 /1995, de 14 de febrero.

²²¹⁷ MORENO CATENA.: “La protección...., *Op. cit.*, p. 145

²²¹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 742 / 1995, de 14 de febrero.

²²¹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1369 / 1998, de 28 de febrero.

tal identidad cuando presten su testimonio en el proceso penal en el que se enjuicien los hechos objeto de la investigación, siempre que se acuerde mediante resolución judicial motivada.

Tanto el agente infiltrado como el mero confidente policial (policía o no), pueden ser testigos relevantes, cualificados, que “aún moviéndose en los límites del equilibrio entre la eficacia de la investigación delictiva para la defensa de la sociedad frente al crimen organizado, de una parte, y las garantías constitucionales y procesales del acusado, de otra, a la postre, su testimonio e informaciones en la vista oral pueden ser valoradas como pruebas de cargo aptas para enervar la presunción de inocencia, siempre que nos sean anónimas (en cuyo caso, sólo servirán para transmitir la *notitia criminis*)”²²²⁰.

Por otro lado, conviene aclarar que si bien la Exposición de Motivos de la Ley 19 / 1994 señala que el objeto de la misma es tutelar los derechos “inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares”, estos no son protegibles por la Ley Orgánica. La mención de la Exposición de Motivos sólo tenía sentido cuando se preveía la concesión de indemnizaciones a los familiares del testigo por los ataques contra su persona y bienes como consecuencia del testimonio emitido. La Ley no ha previsto indemnización alguna, pero no modificó su Exposición de Motivos²²²¹.

En modo alguno *los familiares* de los mismos son destinatarios de las medidas de protección previstas en la Ley, pues el art. 1. 2 sólo los menciona con relación al riesgo de sufrir lesión pero no con las medidas de protección en sí mismas²²²².

Tales familiares no son titulares directos o sujetos inmediatos de protección de la Ley, aunque pueden, mediata e indirectamente, beneficiarse de las medidas de protección previstas para el sujeto activo protegible, al que están unidos por un vínculo familiar²²²³.

Una interpretación razonable de la Ley debe llevar a extender la protección a los familiares y allegados²²²⁴. El punto c) de la Resolución del Consejo Europeo de 20 de diciembre de 1996 incita a los Estados a adoptar medidas de protección respecto a personas y allegados que se encuentren en peligro.

Especialmente problemática es la situación del menor víctima de delitos graves cuando adquiera la condición de testigo protegido, pues en tales casos para conciliar sus intereses y derechos y los del acusado, surge la necesidad de emplear “mecanismos muy específicos de actuación procesal” que respeten las garantías constitucionales del procedimiento, considerando la situación excepcional del menor como víctima – testigo²²²⁵.

²²²⁰ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 287. Vid. AGUILERA MORALES, M.: “Valor procesal de las declaraciones realizadas por confidentes policiales anónimos”, *Revista Tribunales de Justicia*, núm. 4, 1984, pp. 485 y ss. FASSONE, E.: “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 417 y ss.

²²²¹ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 84.

²²²² CHOCLÁN MONTALVO.: *La organización criminal...*, *Op.cit.*, p. 72.

²²²³ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 288.

²²²⁴ MORENO CATENA.: “La protección...”, *Op. cit.*, p. 145.

²²²⁵ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 289.

La Ley Orgánica 14 / 1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal modificó los arts. 448 y 707 LECr posibilitando que los testigos menores de edad, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias del testigo, pueda exponer su testimonio evitando la confrontación visual con el acusado, empleando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que permita la práctica de esta prueba²²²⁶.

2.3. Presupuesto material de aplicación

El requisito material de aplicación de la Ley se contempla en el **artículo 1. 2**, en el que se dispone que:

“Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”.

Del texto literal del precepto se desprende, en primer lugar, que se otorga de forma exclusiva y excluyente la potestad de acordar o no la adopción de cualquiera de las medidas de protección previstas en la Ley a la *autoridad judicial*, tanto al Juez Instructor, como al Juez o Tribunal sentenciador, mediante auto motivado y razonado (artículo 120.3 de la CE).

Si bien el texto legal no se prevé que la resolución judicial ha de revestir la forma de auto, cabe señalar por una parte, que la fórmula de la providencia conforme al art. 141 resulta inadmisibles; por otra parte, deberá sobreentenderse que aún cuando el Juez o Tribunal puede acordarla de oficio, presupone que conoce o habrá conocido (normalmente mediante comunicación verbal del testigo o perito que se siente amenazado) la situación que exige la protección; y si tiene conocimiento de ella a través de solicitud policial o del Ministerio Fiscal, parece razonable oír previamente al afectado²²²⁷.

Igualmente, atendiendo a las funciones que constitucionalmente tiene asignadas el Ministerio Fiscal (artículo 124.1 CE), el Juzgador debe oír y dar traslado urgente al Ministerio Fiscal correspondiente antes de resolver lo que proceda; trámite de audiencia previa que, no podrá solicitar ni el letrado defensor ni el inculcado, sin perjuicio de que éstos puedan ejercitar la “acción de contradicción” del art. 2 contra la adopción de medidas²²²⁸.

En segundo lugar, el presupuesto material de aplicación de la Ley es la *apreciación racional de un peligro grave o riesgo* para el solicitante de la medida; circunstancia que

²²²⁶ CHOCLÁN MONTALVO.: *Op. cit.*, p. 75.

²²²⁷ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 290.

²²²⁸ *Ibidem*, pp. 290 y 291.

deberá acreditarse *prima facie* con un mínimo principio probatorio que le haga presumible o previsible en un alto grado de probabilidad²²²⁹.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, se pretende la salvaguarda de los testigos en determinadas causas penales por el temor a sufrir represalias y para evitar inhibiciones y reticencias. El precepto habla de “peligro”; mientras el art. 2 y la Exposición de Motivos hablan indistintamente de “riesgo o peligro”.

No tienen el mismo significado. El peligro indica un mal muy probable y más inmediato que el riesgo, que puede comprender desde la mera posibilidad a diversos grados de probabilidad.

Sin embargo, “el temor es el convencimiento del ánimo, el efecto de la reflexión que le hace prever y le inclina a huir del peligro a la persona. El miedo es la aprensión viva del peligro que sobrecoge y ocupa el ánimo; es ocasional, frente a la cobardía que es permanente”²²³⁰.

La aplicación de esta Ley exige, por tanto, que el Juez o Tribunal realice una ponderación racional del riesgo real para el afectado directo o para las personas de su entorno familiar mencionadas en el precepto, y en función de ello, el establecimiento de medidas adecuadas para su protección²²³¹.

Cabe entender que ha de darse una situación en la que el testigo o perito haya sufrido o esté en vías de sufrir, “bajo presión de cualquier tipo, violencia o intimidación etc. es decir, un mal inminente y grave en sus bienes y derechos más esenciales (vida, salud e integridad física y psíquica, libertad, patrimonio, etc.) o de algunas de las personas de su familia, proveniente precisamente de parte de los acusados o personas allegadas a los mismos”²²³².

El legislador ha dejado al libre arbitrio del Juez Instructor y / o del Juez o Tribunal Sentenciador la ponderación racional sobre la concurrencia o no de la circunstancia de grave peligro o riesgo, así como su grado, intensidad o extensión; es decir, con total libertad para “modular la entidad, el *quantum* y los indicios y signos externos demostrativos del riesgo o peligro que valora, según los extremos fácticos que se le hayan acreditado mínimamente”; y con el otorgamiento de un marco flexible y gradual en la elección de las medidas previstas en el texto legal²²³³.

El Tribunal Supremo ha identificado como “peligro grave” un mal muy probable contra la persona, libertad o bienestar de quién colabora con la Justicia o de sus allegados; tratándose de un concepto objetivo que el Juez o Tribunal debe ponderar en vista de los intereses concurrentes y la situación de conflicto²²³⁴.

²²²⁹ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 291.

²²³⁰ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p.84.

²²³¹ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 229.

²²³² GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, pp. 291 y 292.

²²³³ *Ibidem*, p. 292.

²²³⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1475 / 1999, de 3 de marzo.

Especial cuidado debe tenerse en el caso de testigos menores de edad, pues dada su mayor “vulnerabilidad psicológica exige un enfoque más sensible y una valoración más subjetivizada frente a la objetiva del adulto experimentado”²²³⁵.

2.4. Medidas protectoras

La regulación de las medidas de protección previstas en el art. 2 a 4 de la Ley, induce a pensar que se trata de una regulación parcial y poco precisa, en comparación con algunos modelos de Derecho Comparado, como es el modelo de protección de testigos y víctimas del sistema jurídico anglosajón²²³⁶.

En opinión de ORTELLS RAMOS estamos ante un conjunto de medidas, unas de naturaleza económica y otras de carácter procesal; las primeras con coste para las arcas públicas, pero sin menoscabo del derecho de defensa previsto en nuestra Constitución; las segundas sin coste para las arcas públicas, pero provocadoras de restricciones respecto de aquél derecho y principios procesales²²³⁷.

El **art. 2 de la Ley** dispone:

“Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez Instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, su profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones (...)”.

Del tenor literal del precepto se desprende que el Juez Instructor podrá acordar las medidas que considere necesarias para preservar los datos de identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo de los testigos, expuestos durante la tramitación del procedimiento o conocidos mediante otros medios obtenidos fuera del mismo. Constituye una clausula abierta.

Las medidas protectoras podrán ser adoptadas por el Juez Instructor durante la tramitación del procedimiento en el que intervenga el testigo, hasta que se remita la causa al órgano judicial competente para el enjuiciamiento, pudiendo mantenerlas, adicionarlas, suprimirlas o modificarlas para la fase del juicio oral²²³⁸.

El precepto exige el acuerdo motivado, que deberá revestir la forma de auto, pues las resoluciones se denominarán autos “cuando según las leyes deban fundarse” (art. 141 de

²²³⁵ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 293.

²²³⁶ Cfr. VELAYOS MARTÍNEZ, I.: “Protección de los testigos de cargo en el sistema del “Common Law”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1996, p. 99.

²²³⁷ ORTELLS RAMOS, M.: Protección de testigos y peritos, en *Jornadas denominadas “La Justicia Penal en el siglo XXI”* celebradas en Valladolid entre el 25 a 29 de noviembre de 1998.

²²³⁸ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 85.

la LECr). La motivación versará sobre la valoración racional de un peligro o riesgo para los bienes jurídicos de las personas mencionadas en el art. 1, su grado de gravedad por la intervención del testigo, y la necesidad de adoptar medidas para preservar su identidad, pudiendo adoptarse todas o algunas de las previstas en los apartados a), b) y c) del precepto²²³⁹.

El auto podrá acordarse de oficio o a instancia de parte, y aunque no se recoja en el texto legal, resulta necesaria la previa audiencia de los testigos, requiriéndose su consentimiento para la adopción de alguna medida por ser su colaboración personal necesaria y por poder suponerle una restricción de derechos²²⁴⁰.

Las medidas que pueden adoptarse, pueden ordenarse para su exposición, en dos grupos:

- A. Medidas necesarias para preservar la *identidad del testigo y perito* en su estatus personal y profesional hasta la celebración del juicio oral (art. 2, letras a), b) y c)).
- B. Medidas de *protección policial* para garantizar la seguridad personal y patrimonial del testigo o perito y de concesión de ayudas económicas excepcionales (art. 3, 2)²²⁴¹.

A. Respecto a las primeras, el Juez de Instrucción puede disponer:

- a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pidiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave. abierta.
- b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

En primer lugar, la disposición de la letra a) del art. 2, persigue mantener en secreto los datos identidad del testigo.

- 1) *Ocultación de nombres y apellidos*. El nombre es un derecho básico de la personalidad, signo distintivo de su individualidad, y un derecho irrenunciable; los apellidos se determinan por la pertenencia familiar de la persona (art. 109 del CC).

La LECr establece que en el curso de la investigación de los hechos delictivos los miembros de la Policía Judicial deben de identificar y tomar los datos personales y domicilio de las personas que se encuentren en el lugar de los hechos (art. 786.2); que

²²³⁹ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 85.

²²⁴⁰ *Ibidem*, p. 85 y 86.

²²⁴¹ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 299.

en las declaraciones se hará constar el DNI de las personas que las presten (art. 785.3); que al declarar ante el Juez de Instrucción, los testigos manifestarán su nombre, apellidos, edad, estado y profesión (art. 436 LECr); en el acto del juicio oral el Presidente preguntará al testigo sobre los datos del art. 436 (art. 708 LECr).

La LO 19 / 1994 preserva la identidad del testigo por motivos de seguridad, permitiendo que durante la fase de instrucción se le identifique con un número u otra clave. Así, cuando preste declaración, el Juez de Instrucción no permitirá que se le hagan preguntas relativas a su identidad (art. 439 LECr)²²⁴².

La conservación de los datos documentados de la verdadera identidad del testigo o perito corresponde al Secretario del órgano jurisdiccional²²⁴³, y la atribución de la clave o número, así como la legitimación, capacidad y responsabilidad en la práctica de las citaciones y notificaciones reservadas²²⁴⁴.

- 2) *Ocultación de domicilio*. Según el art. 40 del CC el domicilio es “el lugar de residencia habitual de las personas naturales”. El domicilio localiza a la persona en un lugar. De ahí, la importancia de mantener oculto su domicilio para preservar su seguridad. Esta medida, en el caso de adoptarse, podrá mantenerse durante todo el procedimiento LECr)²²⁴⁵.

Autorizada durante el procedimiento la ocultación del verdadero domicilio del testigo, se determinará en consecuencia “que se fije como domicilio del testigo, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario” (art. 2, c)).

- 3) *Ocultación de profesión y lugar de trabajo*. Su incorporación al procedimiento permitiría localizar al testigo. Los arts. 436 y 708 LECr establecen que el testigo deberá indicar su profesión, no su lugar de trabajo. No siempre la manifestación de la profesión, permite averiguar el lugar del centro de trabajo La ocultación de la profesión puede mantenerse durante todo el proceso²²⁴⁶.

- 4) *Cualquier otro dato que permita determinar la identidad del testigo:*

- a. La reseña del número del documento nacional de identidad. Es un dato que debe constar en las declaraciones de los testigos según el art. 785.3 LECr. Ello puede determinar la averiguación de los datos de identidad, incluso el domicilio del testigo, por lo que debe ser objeto de amparo judicial. La LO 19/ 1994 no incluye el número del DNI del testigo, entre los datos que deben ser proporcionados a las partes, si lo solicitan para el juicio oral (art. 4.3).

²²⁴² GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 299.

²²⁴³ Cfr. MARTÍN OSTOS, J.: “Poder Judicial, función jurisdiccional y Secretario Judicial”, *Revista de Justicia*, núm. 1, 1990, pp. 41 y ss. SEOANE CACHARRÓN, J.: *La ordenación en el proceso civil e incidencias de la LOPJ*, Colex, Madrid, 1985, pp. 23 y ss.

²²⁴⁴ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 300.

²²⁴⁵ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 87.

²²⁴⁶ *Ibidem*, p. 87.

- b. La reseña del número del carné profesional del testigo. Su empleo es habitual en la práctica judicial cuando se trata de declaraciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siendo en la mayoría de las ocasiones la única referencia de la que se dispone para citar a los funcionarios policiales. En principio, tal identidad no necesita protección, por estar únicamente registrada en archivos profesionales, limitándose su acceso fuera del ámbito estrictamente profesional.
- c. Si los datos obtenidos de la práctica de otras diligencias instructoras permiten identificar al testigo, el Juez podrá ocultar exclusivamente los que afecten a su identidad, debiendo el Secretario Judicial dar fe. Lo mismo debe entenderse respecto de los datos que obren en el proceso con anterioridad a la adopción de la medida²²⁴⁷ (art. 708 LECr).

En segundo lugar, en la disposición de la letra b) del art. 2, se prevé la medida de ocultamiento visual (facial y corporal) del sujeto protegido²²⁴⁸:

- 1) *Con impedimentos muebles o inmuebles.* Se trata de adoptar precauciones para preservar el rostro y demás caracteres de los testigos que permitan su identificación física, permitiendo desarrollar las actuaciones procesales con seguridad y sin temor a represalias. La preservación de la identidad física del testigo, mediante la ocultación de sus rasgos, puede realizarse mediante el empleo de técnicas de desfiguración del rostro y demás caracteres físicos del testigo. Los medios de ocultamiento utilizados son diversos: cristales oscuros, mamparas, cortinas etc., siendo menos degradantes para el sujeto protegido que el empleo de disfraces, pelucas, pañuelos, etc²²⁴⁹.
- d. El empleo de estas medidas nos retrotrae, con ciertas matizaciones, al sistema inquisitivo, caracterizado, por la intervención *ex officio* del Juez y por el secreto del procedimiento no sólo respecto a los ciudadanos, sino con el imputado, etc²²⁵⁰.
- e. La incidencia del testigo oculto en las garantías procesales del acusado ha sido analizada por la Jurisprudencia. El Tribunal Constitucional²²⁵¹ tras reconocer que esta forma de prestar testimonio puede constituir una anomalía procesal, considera que sólo tendrán relevancia constitucional si inciden de forma clara en el derecho fundamental de defensa. Concluye la Sentencia afirmando que en los casos en los que el testigo preste su declaración sin ser visto por el acusado, no se vulneran ni la garantía de publicidad ni la de contradicción, siempre que la declaración se formule en la sede del Tribunal, que no se limite la presencia del público, se conozca la identidad del testigo, que esté presente el acusado y pueda escuchar el testimonio prestado y finalmente que se

²²⁴⁷ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, pp. 88 y ss.

²²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 89 y ss.

²²⁴⁹ GARCÍA PEREZ.: *Op. cit.*, p. 301.

²²⁵⁰ Vid. ALMAGRO NOSETE, J *et al.*: *Derecho Procesal. Tomo II*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 36. ARAGONESES ALONSO, P.: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Edersa, Madrid, 1986, pp. 33 a 37. HERRERO HERRERO, C.: *La Justicia Penal española en la crisis del Poder absoluto*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 252 y ss. LORCA NAVARRETE, A.: *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 26 a 29.

²²⁵¹ STC núm. 64 / 1994, de 28 de febrero

permita desde luego a la defensa formular cuantas preguntas tenga por conveniente.

Por su parte, el Tribunal Supremo²²⁵² en el caso del testigo que declaró en el umbral de la Sala de vistas, señala que “es claro que hubo una restricción del principio de publicidad, pero estimamos correcta la actuación de la Sala. Con tal forma de actuar quedaron debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, defensa e intermediación propios del juicio oral, pues a la vista del Tribunal, del Fiscal y de los defensores de las partes, fue interrogado el mencionado testigo por todos ellos”.

- 2) *En presencia del acusado.* Las medidas de protección visual mencionadas son utilizadas especialmente para la fase del juicio oral²²⁵³.

En la fase de instrucción se emplean en los careos entre testigo e imputado, y en el acceso del testigo a las dependencias judiciales. En la fase del juicio oral tienen especial transcendencia el empleo de estas medidas, pues el testigo tendrá que declarar en presencia del acusado, y de familiares y amigos de aquel integrados entre el público²²⁵⁴.

La Jurisprudencia exige que las pruebas testificales que se practiquen tengan lugar ante la inexcusable presencia del acusado o procesado para desarrollarse bajo los principios de contradicción, publicidad y defensa, a lo que no puede ni debe renunciar el Tribunal sentenciador, pues la atenta y directa observación de los incidentes, gestos y palabras que en el debate se produzcan, constituye el verdadero objeto de la intermediación; y por ello, sólo en muy excepcionales ocasiones podrá producirse válidamente la declaración de testigos en ausencia del procesado, como en los supuestos del art. 687 LECrim -“procesos de ruptura”, en los que el acusado es expulsado de la Sala por alterar el orden -, o en aquellos a que se refiere el párrafo segundo del art. 232 de la LOPJ, por razones de orden público y de protección de derechos y libertades, que requieren no solo la existencia de tales graves razones, sino además que haya constancia probada de ellas y no meras frases, conjeturas o suposiciones de posible concurrencia, debiéndose acordar mediante resolución motivada, siendo la declaración prestada en ausencia leída íntegramente al procesado, a quien se le hará saber su derecho a negar y contradecir lo manifestado, pudiendo hacer las preguntas que la manifestación pudiera sugerirle aunque hubiera interrogado su letrado al testigo²²⁵⁵.

Ciertamente, una de las cuestiones más controvertidas es la posibilidad de que el interrogatorio del testigo se realice en sala distinta en la que se encuentre el acusado. El Tribunal Constitucional admitió que la víctima declarará en una habitación contigua a la Sala sin ser vista por el acusado ni su defensa²²⁵⁶.

²²⁵² STS (Sala 2ª), núm. 1994 / 2005, de 8 de julio.

²²⁵³ GARCÍA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 302.

²²⁵⁴ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 90.

²²⁵⁵ STS (Sala 2ª), núm. 6268 / 1990, de 17 de septiembre.

²²⁵⁶ STC, núm. 64 / 1994, de 28 de febrero.

El Tribunal Supremo consideró que no se había vulnerado el derecho de defensa a pesar de que el interrogatorio no se había realizado en presencia del acusado²²⁵⁷; y en otro supuesto se estimó pertinente el haber trasladado al acusado a una sala aparte en la que no podía ver, ni oír al testigo, mientras declaraba su víctima²²⁵⁸. En estos supuestos se pretendía, no ya preservar la identidad de la víctima, conocida por el agresor, sino garantizar que prestará su testimonio con la menor presión psicológica posible.

No obstante, a pesar del contenido de las resoluciones anteriores, resulta evidente que no ofrece las mismas posibilidades de contradicción el que el acusado se encuentre en la misma sala en la que se desarrolle el interrogatorio, escuchando directamente al testigo, aunque no lo vea, que tenga que esperar en una sala aparte, aunque después se le lea el testimonio y se le dé la oportunidad de formular las alegaciones pertinentes. Por ello, sólo en los casos previstos de forma excepcional y expresa en nuestra legislación, debe admitirse la práctica del interrogatorio en ausencia del acusado. Si bien, debe garantizarse el contacto visual de la víctima con el letrado de la defensa²²⁵⁹.

Por último, cabe destacar que tras la reforma introducida por la LO 8 / 2006 de 4 de diciembre, en el art. 707 de la LECr, se dispone que las declaraciones de los testigos menores de edad se realicen evitando el contacto visual con el acusado, utilizando cualquier medio técnico que lo posibilite, realizándose la misma previsión en el art. 448, en los supuestos de prueba anticipada.

En el caso de testigos mayores de edad, los arts. 325 y 731 bis LECr, introducidos por la reforma de la LO 13 / 2003, de 24 de octubre, permiten que el testimonio se preste a través de videoconferencia u otro sistema similar, cuando concurren “razones de utilidad, seguridad u orden público, así como aquellos casos en los que la comparecencia de la persona que ha de intervenir... resulte particularmente gravosa o perjudicial”.

En todo caso, según el art. 229 LOPJ, los medios técnicos empleados deben garantizar “la interacción visual, auditiva y verbal”, es decir, que lo emitido desde una sala sea percibido en la habitación donde se emite en tiempo real, permitiendo el desarrollo del interrogatorio como si el testigo estuviese presente. El Tribunal Supremo ha venido considerando que la práctica de la prueba testifical mediante videoconferencia no vulnera el derecho de defensa²²⁶⁰.

- 1) *En audiencia pública o no.* Como regla general, en nuestro proceso penal, los debates del juicio oral son públicos como garantía del acusado. Si bien, se podrá decretar que se celebren a puerta cerrada como medio de protección de los testigos. La LO 4 / 1992 permite que el Juez pueda acordar que las sesiones se celebren a puerta cerrada (art. 15.1 regla 14).

²²⁵⁷ STS (Sala 2ª), núm. 9933 / 2001, de 18 de diciembre.

²²⁵⁸ STS (Sala 2ª), núm. 6742 / 1995, de 29 de diciembre.

²²⁵⁹ ARMERO VILLALBA.: *Op. cit.*, p. 23.

²²⁶⁰ Entre otras, STS (Sala 2ª), núm. 21 / 2007, de 5 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 275 / 2005, de 2 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 957 / 2006, de 21 de febrero.

La libertad de información incluye la información crítica de las actuaciones judiciales en materias de interés general²²⁶¹.

El principio de publicidad de los juicios implica que sean conocidos por todos, actuando los medios de información de intermediarios entre la noticia y los ciudadanos. Los medios de información contribuyen al principio de publicidad de las actuaciones judiciales y de la formación de la opinión pública en torno a los conflictos sociales que son resueltos en sede jurisdiccional²²⁶².

Como complemento de las medidas expuestas, el **art. 3 de la Ley** dispone:

“Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la Autoridad Judicial cuidarán de evitar que a los testigos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera ésta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos de forma tal que pudieran ser identificados”.

El precepto prohíbe “la captación de la imagen del testigo, cuya identidad física la autoridad judicial ha decidido proteger mediante procedimientos que imposibilitan su identificación visual normal”²²⁶³.

Se trata de restringir y limitar la publicidad de la identidad protegida a todos los medios de comunicación con la prohibición de la captación de imágenes (grabadas o fotografiadas) de los sujetos protegidos; con facultad de requisa e incautación del material; es decir, la eliminación *ex ante* y *ex post* de comunicación exterior y a terceros de su imagen física para hacer efectivas las prevenciones anteriores²²⁶⁴. No serviría de nada ocultar la identidad del testigo y perito protegido y su personalidad física en el interior de nuestros Juzgados y Tribunales, si luego fuera de sus paredes, se permitiera la libre captación de imágenes, toma fotográfica o audiovisual, revelando y difundiendo la identidad protegida²²⁶⁵.

La prohibición de captar imágenes preserva la identidad de quienes por colaborar con la justicia, se colocan en una situación de riesgo o peligro²²⁶⁶.

Aunque esta medida entra en colisión con otros derechos fundamentales, en el artículo 3 de la ley se protege el interés prioritario del testigo en “evitar la difusión incondicionada de su imagen, primer elemento configurador de su intimidad e identificación”²²⁶⁷.

²²⁶¹ STC núm. 286 / 1993, de 4 de octubre.

²²⁶² STC núm. 30 / 1982, de 1 de junio; STC núm. 286 / 1993, de 4 de octubre.

²²⁶³ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 93.

²²⁶⁴ GARCÍA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 304.

²²⁶⁵ GARCÍA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 304.

²²⁶⁶ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 94.

²²⁶⁷ STC núm. 99 / 1994, de 11 de abril.

Si bien, el derecho a comunicar libremente información por cualquier medio de difusión, no puede ser restringido mediante ningún tipo de censura previa (art. 20, 1, 2 CE), el derecho a la propia imagen del sujeto protegido del art.18.1 de la CE, junto a los derechos constitucionales del Título I y las leyes que lo desarrollan, constituyen límites al derecho de información.

El alcance temporal y espacial de esta prohibición se extenderá a la duración del proceso, y más intensamente cuando el testigo debe comparecer a la vista del juicio oral en las dependencias judiciales, ante el interés informativo que haya generado el proceso, la protección debe ser adecuada con el fin de evitar reticencias o inhibiciones a colaborar con la justicia, ante el temor a sufrir represalias²²⁶⁸.

El precepto exige que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ministerio Fiscal y autoridad judicial eviten la toma de imágenes a los testigos. A tal efecto, los Presidentes de las Salas de Justicia o los Jueces adoptarán las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje (art. 165 LOPJ), bien comunicando previamente a los informadores gráficos la prohibición de tomar imágenes, tanto en el interior de la Sala como en los locales dónde se sitúan a los testigos, bien ordenando la entrega del testigo al edificio por una vía no usual, o utilizando medios que impidan su identificación (...). El Ministerio Fiscal deberá velar por la defensa de la legalidad y los derechos de los ciudadanos en la efectividad de la protección de la medida (art. 33 del Estatuto y 781, 2º LECr).

Excepcionalmente, una vez finalizado el proceso penal, si fuera necesaria la protección policial podrá continuarse con la medida. En cualquier otro supuesto, la captación de la imagen de testigos y su reproducción, deberá ser protegida por la vía ordinaria de la LO 1 / 1982 (art. 70.5, 80.2, c), y 9.2)²²⁶⁹.

B. Respecto a las *medidas de protección policial* (como la conducción del testigo a la sede judicial, su custodia, o el cambio de identidad) declara ARMERO VILLALBA que a diferencia de las primeras, no afectan a la prestación de la declaración del testigo, quedando indemnes los derechos procesales del acusado²²⁷⁰.

En el mismo sentido, se pronuncia GARCÍA PÉREZ al afirmar que tales medidas, “apenas si conllevan merma alguna de las garantías y derechos procesales del acusado, en cuanto que respetan su estatuto legal, pero por el contrario, precisan de la asignación oficial de elevados medios humanos y materiales para la salvaguarda de la seguridad personal e incluso subsistencia del perito y testigo protegido”²²⁷¹.

El **art. 3. 2 de la Ley** agrupa las siguientes medidas²²⁷²:

1) Protección policial a los testigos:

²²⁶⁸ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 94.

²²⁶⁹ *Ibidem.*: *Op. cit.*, p. 95.

²²⁷⁰ ARMERO VILLALBA.: *Op. cit.*, p. 15.

²²⁷¹ GARCÍA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 306; ARMERO VILLALBA.: *Op. cit.*, p. 12.

²²⁷² CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, pp. 95 y ss.

- a. Protección permanente: “A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o sí, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el artículo 1.2 de ésta Ley, se brindará a los testigos, en su caso, protección oficial”.

Puede adoptarse en cualquier momento del proceso, incluso mantenerse una vez finalizado este cuando persistan las circunstancias que exigieron la protección. “Velar por la protección y seguridad de altas personalidades es función específica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad” (art. 11.1. d), LO 2 / 1986).

A instancia del Ministerio Fiscal se brinda a los testigos esa protección oficial específica, en prevención de la comisión de actos delictivos, dada la función genérica de protección policial de las personas que se encuentren en situación de peligro, y su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades (art. 11, 1, b) y f)).

Sin perjuicio de ello, los testigos cuando no ostenten la condición de autoridad pública, podrán contratar los servicios de protección de escoltas privados integrados en empresas de seguridad, para la concesión de la autorización administrativa se valorará especialmente: la naturaleza del riesgo, su gravedad y probabilidad del mismo (art.17 de la Ley de Seguridad Privada de 30 de julio de 92)²²⁷³.

- b. Protección episódica: “Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar dónde hubiese de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales (...)”.

A solicitud de los testigos y peritos que deben comparecer en los procesos penales, la medida permite su traslado a las dependencias judiciales, al lugar dónde hubiese de practicarse alguna diligencia o la devolución a su domicilio en vehículos oficiales. Con ello, se trata de favorecer la comparecencia de los mismos, garantizando su seguridad²²⁷⁴.

Esta medida requiere autorización judicial, en la que se valorará la colaboración con la Justicia que vaya a prestar el solicitante de la medida. Se trata de evitar la incomparecencia del testigo o perito por la denegación de la protección solicitada y que tras una segunda citación ineficaz, sea conducido coactivamente por la policía (art. 420 y 175 LECr).

- 2) Uso exclusivo en dependencias policiales de local reservado para estancia del testigo, debidamente custodiado. “(...). Durante el tiempo en que permanezca en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado”.

²²⁷³ BOE, núm. 186 / 1992, de 4 de agosto.

²²⁷⁴ GARCÍA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 306.

Este local reservado y protegido en las dependencias judiciales, para uso exclusivo de los testigos y peritos que vayan a declarar, tiene por finalidad preservar la seguridad de los mismos, evitando presiones que lleve a la reticencia de los mismos a declarar.

La norma presenta similitudes con lo dispuesto en la LECr en la que se prevé que los testigos permanezcan en un local, incomunicados como los que hubieran declarado en el juicio oral y con cualquier otra persona (art. 704).

No obstante, la realidad muestra que tales locales y la incomunicación pretendida no existe en la mayoría de las sedes de Juzgados y Tribunales.

- 3) Autorización de una nueva identidad para el testigo y expedición de documentación acreditativa de la nueva personalidad. “En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad”. Esta medida prevista para casos excepcionales está recogida en el párrafo tercero del art. 322 CP:

“El uso del nombre supuesto podrá ser autorizado temporalmente por la autoridad superior administrativa mediante justa causa”.

- 4) Concesión de medios económicos para cambiar de residencia o lugar de trabajo.”En casos excepcionales podrán facilitárseles medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo”.

La fórmula legal empleada en este caso, es vaga e imprecisa, en cuanto se deja a la voluntad de los encargados la cuantificación de esta concesión, que constituye la contraprestación económica que debe asumir el Estado ante los graves peligros a los que pueden quedar expuesto los testigos y peritos por sus testimonios; “voluntad que puede venir presidida por criterios de oportunidad política o presupuestaria y no de justicia”²²⁷⁵.

Las consecuencias económicas ordinarias se concretan en “el resarcimiento de los gastos que procedan conforme a la Ley” (art. 17. 2 LOPJ).

La protección económica ordinaria tiene como punto de referencia el art. 722 LECr:

“Los testigos que comparezcan a declarar ante el Tribunal, tendrán derecho a una indemnización si la reclamaren. El Tribunal la fijará, teniendo en cuenta únicamente los gastos del viaje y el importe de los jornales perdidos por el testigo con motivo de su comparecencia para declarar”.

Los testigos que sean funcionarios percibirán las indemnizaciones determinadas en el Real Decreto 236 / 1988, de 4 de marzo, con distinta cuantía económica dependiendo

²²⁷⁵ GARCÍA PÉREZ.: *Op.cit.*, p. 307.

del grupo al que pertenezcan, habiendo sido revisadas las dietas por resolución de la Comisión Interministerial de Retribuciones de 22 de marzo de 1993²²⁷⁶.

Los testigos no funcionarios, que sean trabajadores por cuenta ajena, sólo se les abonará los gastos de viaje, manutención y, en su caso, alojamiento. El importe de los jornales deberá ser satisfecho por la empresa para la que trabajan, el Estatuto de los Trabajadores dispone: “El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal” (art. 37.3, d) del Real Decreto Legislativo 1 / 1995, de 24 de marzo).

Si los testigos no funcionarios fuesen trabajadores por cuenta propia, deberán justificar las ganancias económicas que hayan dejado de percibir por su trabajo si reclaman su importe.

Las Gerencias territoriales, previa liquidación del Secretario de gobierno y aprobación del órgano judicial, abonan a los testigos no funcionarios las dietas actualizadas por alojamiento y manutención, incluyéndoles en el Grupo IV del Real Decreto 236 / 1988, y los gastos de viaje justificados.

Corresponde al gobierno, a través del Ministerio de Justicia, dotar a los Juzgados y Tribunales de los medios necesarios para el desarrollo de su función con eficacia (art. 37 LOPJ).

Para completar el análisis de la Ley, cabe hacer referencia al **art. 4, en el apartado primero** se dispone:

“Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal que se trate”.

El órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de los hechos deberá pronunciarse sobre las medidas adoptadas por el Juez de Instrucción, con el fin de ratificarlas, modificarlas o suprimirlas, o bien adoptar otras nuevas.

La resolución deberá adoptar la forma de auto, debiendo ponderarse el riesgo o peligro que conlleva la intervención del testigo o perito en esta fase del juicio, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y los derechos que igual naturaleza con los que puede entrar en conflicto, la propia personalidad y características de los testigos, y las circunstancias concurrentes en cada caso, especialmente la gravedad del delito.

²²⁷⁶ BOE, núm. 73 / 1993, de 26 de marzo.

El órgano jurisdiccional deberá considerar en su resolución los siguientes factores: El derecho del acusado al proceso justo (artículo 6. 1 CEDH) que exige del Tribunal se respeten todas las garantías reconocidas legalmente durante el acto del juicio oral; “el deber del Estado de garantizar la seguridad e incolumidad de los testigos que han de comparecer al llamamiento del órgano decisor”²²⁷⁷, “siendo además, obligación del Tribunal y la Policía su protección y guarda, sin que las amenazas justifiquen su incomparecencia”²²⁷⁸; la eficacia de la prueba testifical como prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria; y la necesidad de su práctica en el juicio oral, con las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez del Tribunal para enervar la presunción de inocencia²²⁷⁹.

El precepto admite la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de los hechos adopte *otras nuevas medidas de protección de testigos*. No sólo algunas de las enumeradas en el art. 2 y 3 que el Juez Instructor no hubiese adoptado, sino cualquier otra que las circunstancias puedan requerir.

La tramitación parlamentaria de la Ley recogió en algún momento la protección oral del testigo y de los testigos ingresados en el Centros Penitenciarios, que aunque no se recogen expresamente son susceptibles de incluirse en sus términos, pudiendo ser adoptadas también por el Juez de Instrucción.

- a) La protección oral del testigo supone: impedir el acceso a la Sala de vistas de aparatos de grabación de sonido, que pudieran reproducir posteriormente la voz del testigo recogida en transmisiones televisivas o radiofónicas, permitiendo la identificación de su autor; o bien el empleo de medios que permitan distorsionar su voz.
- b) La protección de testigos, arrepentidos y coencausados ingresados en Centros Penitenciarios puede exigir diversas medidas como su ingreso en Centros de Internamiento específicos separados de otros internos a los que inculpe con su declaración, su traslado a otro Centro, su protección policial constante dentro del Centro Penitenciario, etc.
- c) El Reglamento de Armas de 29 de enero de 1993 (Real Decreto 137, BOE de 5 de marzo de 1993) admite la posibilidad de otorgar la licencia de armas al testigo atendiendo al riesgo y peligro al que queda expuesto, sin perjuicio de los demás requisitos que deberá cumplir el interesado²²⁸⁰.

El momento procesal en el que el órgano jurisdiccional competente para enjuiciar los hechos se pronuncia sobre las medidas, difiere: en el procedimiento abreviado, “recibidas las actuaciones” por el Juzgado de lo Penal o la Audiencia, se dictará auto admitiendo la prueba procedente y se señalará día para la celebración del juicio oral (art. 729 LECr), habiendo calificado anteriormente la defensa (art. 791.2), o presumiéndose su oposición al no presentarse en plazo (art.791.1, párrafo 2). Si el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre esas medidas al tiempo de dictar el anterior auto, se podrán tener en cuenta las manifestaciones que hagan las partes sobre su vigencia, especialmente del

²²⁷⁷ STS (Sala 2ª), núm. 11080 / 1992, de 29 de septiembre.

²²⁷⁸ STS (Sala 2ª), núm. 3123 / 1994, de 3 de mayo.

²²⁷⁹ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 100.

²²⁸⁰ *Ibidem*, p. 101.

Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, ante el deber de velar por los derechos de los ciudadanos, víctimas y perjudicados.

En el sumario ordinario, al no exigir la norma el inmediato pronunciamiento sobre las medidas, el mismo se produce una vez decretado la apertura del juicio oral y tras presentarse los escritos de calificación, en el momento de dictarse auto de admisión de pruebas y señalamiento del día del juicio oral (art. 659 LECr).

No obstante, el órgano jurisdiccional se podrá pronunciar de nuevo sobre las medidas, hasta que comience el juicio oral y durante su celebración, si se considera necesario por las circunstancias concurrentes; admitiéndose también esta posibilidad en el procedimiento abreviado, a instancia de parte, durante “el turno de intervenciones” o debate preliminar por “vulneración de algún derecho fundamental” (art. 793.2 LECr).

El **apartado segundo del art. 4** dispone que “las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica”.

Contra la resolución del Juez de lo Penal cabe interponer recurso de reforma, y por aplicación del art. 787 de LECr, cabe también recurso de queja que deberá resolverse en el menor tiempo posible. Contra las resoluciones que dicte la Audiencia, en procedimiento abreviado o sumario, serán susceptibles de recurso de súplica.

Mediante el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal y el recurso de casación contra las emitidas por la Audiencia Provincial se podrá impugnar la eficacia de la declaración del testigo mediante el análisis de la protección que se le prestó²²⁸¹.

El **apartado tercero, párrafo 1º** establece:

“Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos propuestos, cuya declaración se ha estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender de la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta ley”.

El Juez o Tribunal deberá revelar obligatoriamente el nombre y apellidos de los testigos, siempre que alguna de las partes del proceso lo solicite motivadamente en los escritos de calificación provisional, acusación o defensa, salvo que la prueba propuesta por el testigo sea denegada por el órgano jurisdiccional.

Si ninguna de las partes del proceso solicitase la identificación del testigo, cuya identidad permanece oculta por la medida instructora judicial adoptada, sería posible la comparecencia del testigo en el juicio oral sin revelar su identidad.

²²⁸¹ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 102.

Se garantiza el secreto de la identidad de los testigos durante la fase de instrucción, lo que ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 29 de septiembre de 1990 (caso Windisch), 20 noviembre 1989 (caso Kostovski), y 19 de diciembre de 1990 (caso Delta).

El **párrafo segundo** establece:

“En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos”.

El **apartado tercero, párrafo 3º** dispone:

“En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio”.

El **apartado cuarto**, establece:

“De igual forma, las partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición del recurso de reforma y apelación”.

La posibilidad de proponer y admitir nuevas pruebas, para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio del testigo, una vez conocida su identidad, es una consecuencia del principio de igualdad entre las partes reforzado en la LO 19 / 1994.

Llama la atención la redacción del apartado cuarto al referirse al “... plazo previsto para la interposición del recurso de reforma y apelación” dado que contra el auto de admisión de pruebas consideradas pertinentes, no cabe recurso alguno (art. 659, párrafo primero y 729.1 LECr), tampoco el articulado de la Ley, recoge con anterioridad ninguna referencia al recurso de reforma y apelación.

La explicación se puede encontrar en la tramitación parlamentaria de la Ley, al corregirse en el Senado el apartado segundo del artículo 4 del proyecto aprobado por el Congreso que establecía que “las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de apelación en ambos efectos” sustituyéndolo por recurso de reforma y súplica, sin modificar la redacción del apartado cuarto mencionado ni la exposición de motivos, cuando al referirse a las medidas de protección señala que “serán susceptibles de recurso en ambos efectos” (apartado 6º), términos que deberían haber sido suprimidos, ya que sólo el recurso de apelación, y cuando se prevea expresamente en la Ley, será admisible en ambos efectos (art. 217 LECr)²²⁸².

²²⁸² CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 104.

Debe interpretarse por tanto, que en el plazo de tres días desde que se notifique a las partes la admisión por el órgano judicial de las nuevas pruebas propuestas tras conocerse la identidad de los testigos, las partes podrán proponer estas nuevas pruebas.

El **apartado quinto** establece:

“Las declaraciones de los testigos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley, durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quién los prestó. Si se considerarán de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes”.

El apartado realiza una consideración general sobre el valor y eficacia probatoria de las declaraciones de los testigos protegidos. No existe diferencia entre el valor y eficacia probatoria del testigo protegido respecto al que no lo es, dado que en ambos casos, se requiere que las declaraciones de la fase de instrucción sean reiteradas en la fase del juicio oral para que adquieran valor probatorio, de tal modo que permita la confrontación con la otra parte, lo que posibilita la comprobación de la veracidad del testimonio y la persistencia de la incriminación.

También es criterio jurisprudencial que cuando las declaraciones testificales sumariales no puedan ser reiteradas en el acto del juicio oral, se puede aportar como prueba preconstituida en virtud del art. 730 de la LECr, presentando la correspondiente documentación siempre que se hubiera practicado con todas las garantías legales. Son los supuestos en los que no se pueden reiterar la declaración testifical por imposibilidad de comparecencia material del testigo, por fallecimiento, por residencia en el extranjero, por no haberse averiguado su paradero a pesar de haberse realizado las correspondientes gestiones policiales y los supuestos de prueba testifical anticipada (arts. 448, 449, 657, 790. 5 LECr).

La lectura literal de las declaraciones testificales realizadas en la fase sumarial (art. 730 LECr) se exige tanto si se trata de un testigo protegido o no, para someterlas a contradicción.

Tras la entrada en vigor de la Ley 19 / 1994 y mediante la adecuada aplicación de las medidas de protección de testigos previstas en la misma, se reduce las suspensiones de los juicios orales por incomparecencia de los testigos ante el temor a represalias. A través de estas medidas el Estado garantiza la seguridad de los testigos que deben comparecer ante el órgano jurisdiccional, la conducción coactiva del testigo a la sala de vistas por agentes policiales (art. 420 LECr) se limita a los supuestos en los que el testigo por insolidaridad incumple el deber constitucional de colaborar con la justicia²²⁸³.

²²⁸³ CARTAGENA PASTOR.: *Op. cit.*, p. 105.

ENTRADAS Y REGISTROS DOMICILIARIOS

1. INTRODUCCIÓN

El interior de viviendas y otros locales o lugares pueden ser idóneos para la ocultación o depósito de drogas tóxicas destinadas al tráfico u otros efectos del delito o incluso que sea en su interior donde materialmente se cometa el tráfico de drogas. Así, en el desarrollo de las medidas de investigación y prevención de delitos, la policía judicial puede considerar necesaria las entradas y registros en estos lugares²²⁸⁴.

No obstante, es preciso diferenciar, en virtud de los derechos fundamentales que pueden verse afectados, los problemas derivados de las entradas y registros en domicilios, de los que se llevan a cabo en otros lugares que no tienen tal consideración. Esta distinción viene impuesta por el art. 18.2 de la CE que consagra el derecho a la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental, ello como consecuencia del arraigo de este principio en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 12), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art.8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17)²²⁸⁵. El art. 18.2 de la CE establece: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

En consonancia con lo dispuesto en el art. 18.2 de la CE, la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula las entradas y registros en el Título VIII en los arts. 545 y siguientes, estableciendo distintos requisitos según se trate de domicilios u otros locales o lugares cerrados²²⁸⁶. Así pues, el primer problema consiste en determinar cuándo un lugar tiene la consideración de domicilio, ya que determinará las exigencias legales en relación con las medidas. A partir de ello podrán fijarse los requisitos fundamentales para la adopción de las medidas y la forma en la que deben materializarse²²⁸⁷.

2. CONCEPTO DE DOMICILIO

Desde un punto de vista etimológico, deriva de los vocablos *domus* y *colere*, es equivalente a habitar una casa, significando el vocablo *domicilium*, casa, habitación y morada y, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es

²²⁸⁴ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 221.

²²⁸⁵ REY HUIDOBRO.: “*El delito de tráfico...*”, *Op. cit.*, p. 367.

²²⁸⁶ El Proyecto de Ley de reforma de la LECr de 12 de marzo de 2015 prevé la agrupación de los arts. 545 a 572 en un nuevo Capítulo I, cuya rúbrica es: “De la entrada y registro en un lugar cerrado”.

²²⁸⁷ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 221.

equivalente a morada permanente, casa en la que se habita y lugar en la que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos²²⁸⁸.

Según la doctrina, domicilio es “un espacio delimitado físicamente, objetivamente destinado a vivienda con carácter permanente o transitorio, o al ejercicio profesional, cuya ocupación se justifica en un título legítimo”²²⁸⁹. Se caracteriza por “la existencia de un espacio aislado, destinado, con actualidad, al desarrollo de la vida íntima”²²⁹⁰.

Existen diversos conceptos legales de domicilio: en el art. 554 de la LECr en el art. 40 del CC; sin embargo, el art. 18. 2 de la CE no establece un concepto constitucional de domicilio, por lo que a efectos de aplicar la norma constitucional de las entradas y registros en domicilios es preciso tratar de derivar dicha definición de la Constitución²²⁹¹.

Así, el TC ha estimado que el significado que debe darse al concepto de domicilio es el vinculado a la intimidad y a la privacidad, por tanto, es domicilio el lugar dónde éstas se desarrollan, con independencia de otros criterios como el de mayor o menor permanencia o transitoriedad del lugar²²⁹².

Igualmente, afirma que “el domicilio acota el espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea”²²⁹³.

Partiendo de esta base, el Tribunal Supremo, ha venido considerando que domicilio a efectos de la diligencia de entrada y registro es el lugar donde una persona puede desarrollar su privacidad y los actos que ésta conlleva, siendo indiferente el concepto por el que se ocupe, que se trate de un domicilio habitual o transitorio, o las características del lugar, siempre que permita aquel el ejercicio de su privacidad²²⁹⁴.

El Tribunal Supremo al analizar el concepto de domicilio en el ámbito de los derechos fundamentales a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, afirma que “el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 de la CE), se concreta en la posibilidad de que cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyan la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 de la CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de

²²⁸⁸ LUZÓN CUESTA, JM.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000, p. 15.

²²⁸⁹ ARAGONESES MARTÍNEZ *et al.*: *Derecho...*, *Op. cit.*, p. 366.

²²⁹⁰ ESTRELLA RUIZ, M.: *Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.*, Cuadernos de de Derecho Judicial, núm. 12, CGPJ, Madrid, 1996, p. 15.

²²⁹¹ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 222.

²²⁹² STC, núm. 22 / 1984, de 17 de febrero.

²²⁹³ STC, núm. 50 / 1995, de 23 de marzo.

²²⁹⁴ STS (Sala 2ª), núm. 6152 / 1993, de 19 de julio; STS (Sala 2ª), núm. 10153 / 1994, de 15 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 569 / 1995, de 19 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 825 / 1996, de 13 de febrero; STS (Sala 2ª), núm. 4289 / 1997, de 20 de mayo.

la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad. De ello se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no es sólo el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad²²⁹⁵.

El concepto constitucional de domicilio se ha extendido, por ser lugares específicos para desarrollarse ámbitos de privacidad, a todas las dependencias con comunicación interior con la vivienda²²⁹⁶; a lugares como chabolas, infraviviendas o cuevas, sirvan como vivienda o refugio²²⁹⁷; a habitaciones de establecimientos de hospedería²²⁹⁸; *roulottes*, autocaravanas y furgonetas en los lugares específicos destinados a habitación o a tiendas de campaña²²⁹⁹; embarcaciones²³⁰⁰ e incluso al despacho profesional que no tiene acceso al público²³⁰¹, tras declarar esta resolución que el derecho fundamental que garantiza el art. 18.2 de la CE se refiere al espacio de privacidad necesario para el libre desarrollo de la personalidad, señala que:

“En la medida en la que el trabajo, la profesión y la industria tienen una importancia decisiva para la autorrealización de los ciudadanos, tales espacios no abiertos al público por sus titulares, gozan de la protección que otorga dicho precepto. El despacho de un ciudadano pertenece a su esfera de privacidad protegida por la Constitución aunque no esté situado en el lugar donde el ciudadano tiene su domicilio particular en sentido estricto”.

Por exclusión, el resto de lugares no tendrán la consideración de domicilio y no le será aplicable la norma constitucional de entrada y registro del art. 18.2 de la CE²³⁰².

3. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA

El derecho a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto, está sometido a excepciones, así el art. 18.2 de la CE establece que las entradas y registros podrán efectuarse en tres supuestos: consentimiento del titular, resolución judicial o flagrante delito.

3.1. Consentimiento del titular

El primer supuesto que admite la entrada y registro no es realmente una excepción a la inviolabilidad o una restricción de los derechos fundamentales justificable, sino una

²²⁹⁵ STS (Sala 2ª), núm. 569 / 1995, de 19 de enero.

²²⁹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 759 / 1994, de 11 de febrero.

²²⁹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 2366 / 1995, de 27 de abril.

²²⁹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 3998 / 1995, de 7 de julio.

²²⁹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 2600 / 1996, de 30 de abril.

²³⁰⁰ STS (Sala 2ª), núm. 7710 / 1997, de 13 de octubre.

²³⁰¹ STS (Sala 2ª), núm. 7371 / 1993, de 11 de octubre.

²³⁰² SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 222.

mera liberalidad del titular del derecho que se trata de proteger con la regla. Es decir, si el morador “invita, permite o tolera la entrada de terceras personas en su residencia no se produce limitación a la inviolabilidad”²³⁰³.

El Tribunal Constitucional afirma que “ninguna vulneración a la inviolabilidad del domicilio puede entenderse ocasionada si la entrada a la vivienda de la recurrente fue expresa y libremente consentida”²³⁰⁴.

El Tribunal Supremo viene declarando que “el consentimiento implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente que ese acto tenga lugar. Es una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental”²³⁰⁵.

Mediante el consentimiento del titular se permitirá a la policía la entrada y registro en cualquier domicilio. Dada su importancia, el consentimiento debe otorgarse expresamente y por escrito²³⁰⁶. No obstante, el art. 551 de la LECr dispone que “se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrega y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6º de la Constitución del Estado”. Lo cual “no deja de ser de dudosa constitucionalidad por una interpretación *pro libertatis* a pesar de su admisibilidad por la STC 22 / 1984, de 17 de febrero”²³⁰⁷.

En todo caso, el consentimiento debe prestarse libremente, es decir, sin error, violencia o intimidación²³⁰⁸. De este modo, actuaría con error aquel que desconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio o que el lugar a registrar tiene tal concepto o que quienes entran en el domicilio son policías²³⁰⁹.

Igualmente se plantean problemas con las prestaciones de consentimiento en las situaciones de detención. En tal caso debe verificarse que en la situación en la que se encuentra no actúe presionado, por lo que debe hacerse por escrito y ante su letrado²³¹⁰.

El consentimiento debe prestarlo quien desarrolle la intimidad en el lugar²³¹¹ y, en el caso de ser varios, basta que se preste por uno de ellos para los espacios comunes de vida y del ocupante para las habitaciones de uso más personal como los dormitorios²³¹².

²³⁰³ CORREA DE CARVALHO, JT.: *Tráfico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Juruá, Lisboa, 2010, P. 243.

²³⁰⁴ STC, núm. 1418 / 1993, de 21 de diciembre.

²³⁰⁵ STS (Sala 2ª), núm. 823 / 1995, de 20 de enero; STS (Sala 2ª) núm. 823 / 1996, de 12 de febrero.

²³⁰⁶ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 222.

²³⁰⁷ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 222.

²³⁰⁸ REY HUIDOBRO.: “*El delito de tráfico...*”, *Op. cit.*, p. 375.

²³⁰⁹ STC, núm. 341 / 1993, de 18 de noviembre.

²³¹⁰ STS (Sala 2ª), núm. 6506 / 1996, de 20 de noviembre.

²³¹¹ STS (Sala 2ª), núm. 786 / 1995, de 15 de febrero.

²³¹² SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 223.

Por último, debe tenerse en cuenta, que el consentimiento como acto unilateral de voluntad que es, puede ser revocado en cualquier momento, en cuyo caso será preciso suspender la diligencia y solicitar la autorización judicial²³¹³.

3.2. Delito flagrante

Tampoco se exigirá mandamiento judicial y la policía podrá efectuar la entrada por su propia autoridad en el caso de delito flagrante.

El **art. 553 de la LECr** dispone que:

“Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas (...) cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa”.

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no nos ofrece un concepto de flagrancia. Tal concepto ha sido desarrollado por el TC²³¹⁴, que declaró inconstitucional el art. 21.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, por no responder a la exigencia constitucional de la evidencia en el delito flagrante; en dicha resolución se declara “es preciso reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido (visto directamente o percibido de otro modo) en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”.

Del mismo modo, considera a la “evidencia del delito y urgencia en la intervención policial” connotaciones de la flagrancia que están presentes en el concepto del art. 18. 2 de la CE.

La orientación iniciada por el TC en la resolución mencionada, se consolidó posteriormente²³¹⁵ al declarar que: “Únicamente es admisible desde el punto de vista constitucional (art. 18. 2 CE) la entrada y registro domiciliario sin autorización judicial y sin que medie consentimiento expreso del titular, cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o la percepción evidente que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”.

El Tribunal Supremo²³¹⁶, suele remitirse a las Sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas, exigiendo para la flagrancia que concurren las siguientes notas:

²³¹³ Vid. ESTRELLA RUIZ.: *Op. cit.*, p. 364.

²³¹⁴ STC, núm. 341 / 1993, de 18 de noviembre.

²³¹⁵ STC, núm. 94 / 1996, de 28 de mayo.

²³¹⁶ STS (Sala 2ª), núm. 6710 / 1994, de 22 de julio; STS (Sala 2ª), núm.3524 / 1997, de 14 de abril; STS (Sala 2ª), núm.51 / 1998, de 23 de enero.

- a) La inmediatez temporal, es decir, que la acción delictiva se esté ejecutando en el momento de la percepción. Lo que fundamenta la urgencia de la medida.
- b) La percepción evidente de que en el interior se está cometiendo un delito. Además, la comprobación de la flagrancia debe obtenerse por medios lícitos.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, ha estimado la existencia de delito flagrante en domicilio en relación con el delito de tráfico de drogas en supuestos como los siguientes: cuando la droga se tira a la calle desde el inmueble y es recogida por uno de los policías que se habían quedado en actitud de vigilancia²³¹⁷; o se arroja bolsas con heroína desde la ventana de una vivienda²³¹⁸; cuando la policía presencié cómo la acusada entregó a unos jóvenes unos paquetillos que extrajo de su monedero, saliendo unos de los agentes en su persecución entrando en su domicilio, dónde se encontró la droga, utensilios utilizados para cortarla y elaborar papelinás y dos balanzas de precisión con restos de heroína²³¹⁹, etc.

Finalmente, cabe destacar que la percepción que justifica la flagrancia debe recaer necesariamente sobre la persona titular del domicilio y no sobre un tercero²³²⁰.

3.3. Entrada mediante resolución judicial motivada

En ausencia de consentimiento y de delito flagrante, la entrada y registro exige autorización judicial que pondere la proporcionalidad y racionalidad de la medida. Por ello el **art. 546 de la LECr** dispone que:

“El Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios o lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”.

Además, aunque no se menciona expresamente, debe valorarse la gravedad del delito investigado, aunque en el caso de drogas está fuera de toda duda²³²¹.

La entrada y registro debe ser autorizada por el Juez competente mediante resolución judicial motivada en la que se acrediten los extremos anteriores. El Juez de Instrucción competente para decretarla será quién conociere de la causa o proceso penal que debe incoarse para el enjuiciamiento del hecho delictivo (art. 546 de la LECr), y también, por cooperación o auxilio judicial (art. 563 de la LECr), el que sea requerido cuando el edificio o lugar cerrado en el que debe realizarse la diligencia estuviese en el territorio del Juez exhortado.

²³¹⁷ STS (Sala 2ª), núm. 1694 / 1994, de 4 de marzo.

²³¹⁸ STS (Sala 2ª), núm. 9778 / 1996, de 19 de diciembre.

²³¹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1480 / 1998, de 24 de febrero.

²³²⁰ REY HUIDOBRO.: “*El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 381.

²³²¹ STS (Sala 2ª), núm. 3874 / 1997, de 2 de junio.

La resolución judicial por la que se autoriza la entrada y registro en domicilio particular es mediante auto que será siempre fundado, y en él el Juez expresará concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar (art. 558 LECr).

La fundamentación del auto viene exigida igualmente por el art. 141 (penúltimo párrafo) de la LECr y el artículo 248.2 de la LOPJ e incluso por el Tribunal Constitucional²³²².

Como señala el Tribunal Supremo²³²³: “La doctrina de esta Sala ha recordado reiteradamente (por todas (SSTS de 16 de mayo de 1995 (RJA 4486) y 23 de abril de 1996 (RJA 4486) y 23 de abril de 1996 (RJA 2923), que las resoluciones judiciales deberán ser debidamente motivadas (art. 120. 2 CE), en relación con el art. 24) porque son fruto de la aplicación razonable y razonada del Derecho y no de la arbitrariedad del Poder. La exigencia de motivación no se limita a las sentencias, como pudiera deducirse de una interpretación literal y restrictiva del art. 120.3 de la Constitución Española, sino que alcanza también a los autos a los que afecta igualmente la necesidad de evitar la arbitrariedad, aun aparente, viniendo exigida su motivación por las leyes ordinarias (artículos 248. 2 de la LOPJ, y 141 de la LECr), habiendo declarado el Tribunal Constitucional que el incumplimiento de dicha exigencia implica lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 14, 122 y 199 / 1991 y 27, 159 y 175 / 1992, entre otras)”.

Si bien, ante la viciada actuación de los tribunales mediante formularios, se ha consolidado la legitimidad de que la argumentación aparezca remitida a la actuación policial que solicita el registro domiciliario, siempre que ésta contenga la existencia de indicios²³²⁴. No son constitucionales las autorizaciones judiciales verbales²³²⁵.

El auto, como dispone el art. 558 de la LECr deberá identificar el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar solo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.

3.4. Forma de ejecución de la entrada y registro

Dado el carácter de prueba preconstituida de los efectos hallados en la diligencia de entrada y registro, la LECr regula rigurosamente la forma en que debe ejecutarse. Estos requisitos pueden afectar a la constitucionalidad de la medida “pero no tanto en su vertiente del derecho a la intimidad como al de defensa, al tratarse de formalidades que garantizan elementos como la contradicción o la fe pública judicial”²³²⁶.

²³²² STC núm. 14 / 1991, de 28 de enero; STC núm. 122 / 1991, de 3 de junio.

²³²³ STS (Sala 2ª), núm. 2707 / 1997, de 18 de abril.

²³²⁴ STS (Sala 2ª), núm. 2687 / 1997, de 18 de abril. El Tribunal Supremo no hace más que seguir aquí las tesis asumidas por el Tribunal Constitucional, en STC núm. 146 / 1990, de 1 de octubre; STC núm. 27 / 1992, de 9 de marzo; STC núm. 172 / 1994, de 10 de junio, entre otras.

²³²⁵ STS (Sala 2ª), núm. 6652 / 1996, de 25 de noviembre

²³²⁶ SÁNCHEZ TÓMAS.: *Op. cit.*, p. 224.

Uno de los aspectos fundamentales de la ejecución de la diligencia es que el interesado debe estar presente, lo que es determinante para su derecho de defensa, a fin de hacer posible la contradicción²³²⁷.

Por ello, si el interesado no está presente en el momento de ejecutarse la medida, la LECr arbitra un sistema de sustituciones (representante legítimo, individuo de su familia mayor de edad o dos testigos que sean vecinos del mismo pueblo) a fin de permitirle ejercer el derecho a presenciarla, si bien el art. 569 de la LECr dispone que la práctica de la diligencia se efectuará aún con la resistencia del interesado o de los individuos mencionados, que incurrirán en la responsabilidad prevista en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la autoridad.

El Tribunal Supremo ha venido declarando nula de pleno derecho las diligencias que se efectúen en ausencia injustificada del interesado²³²⁸.

Lo que tampoco se entiende es que, requiriéndose la presencia del interesado a fin de posibilitar su derecho de defensa, no se haya exigido la presencia de letrado, lo que se debe a la omisión que hace la LECr al respecto²³²⁹. Así pues, la ausencia de letrado en la diligencia no será causa de nulidad²³³⁰ excepto cuando el titular esté detenido²³³¹.

El 569 de la LECr exige además que la entrada y registro se practique siempre en presencia del Secretario Judicial (del Juzgado o Tribunal que lo hubiese autorizado o del servicio de guardia que lo sustituya). En caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Jurisprudencia no ha seguido una posición unánime sobre la ausencia del Secretario en la ejecución de la medida. En algún caso, se ha estimado que afectaba a la constitucionalidad de la medida y se ha declarado la nulidad de la misma²³³² y en otros, en la mayoría, ha considerado que sólo afectaba a su carácter preconstituido, por lo que podría darse validez a lo hallado a través de la testifical de los intervinientes²³³³. Esta posición se consolidó tras la reforma del art. 569 de la LECr en 1995.

Por otra parte, dado el carácter preconstituido de la diligencia, otro de los aspectos fundamentales es la elaboración y la firma del acta. Establece el art. 569 de la LECrim que el Secretario Judicial o quién le sustituya levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. La falta de firma de los intervinientes no afectará a la validez de la medida refrendada por la fe pública judicial que otorga el Secretario Judicial²³³⁴.

²³²⁷ Vid. RIVES SEVA, AP.: *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 239 y ss.

²³²⁸ STS (Sala 2ª), núm. 7888 / 1997, de 20 de diciembre; STS (Sala 2ª), núm. 2651 / 1998, de 27 de abril.

²³²⁹ SÁNCHEZ TÓMAS.: *Op. cit.*, p. 224.

²³³⁰ STS (Sala 2ª), núm. 1257 / 1998, de 25 de febrero.

²³³¹ STS (Sala 2ª), núm. 6506 / 1996, de 20 de noviembre.

²³³² Acuerdo de la Sala Segunda, del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1991.

²³³³ STS (Sala 2ª), núm. 4034 / 1997, de 7 de junio.

²³³⁴ STS (Sala 2ª), núm. 6687 / 1997, de 7 de julio.

Respecto a la falta de firma del Secretario Judicial se ha considerado como un mero defecto formal que no puede conllevar su nulidad, dado que lo fundamental es que la diligencia se practique en su presencia, pero no que sea imprescindible su firma²³³⁵.

Los requisitos esenciales del acta aparecen concretados en el art. 572 al señalar que “se expresarán los nombres del Juez, o de su delegado, que le practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos”.

En la redacción de las actas se exige que se contenga lo acontecido pero no están sometidas a reglas estereotipadas y expresamente se admiten las anotaciones de última hora, que si bien deben responder a una realidad intangible²³³⁶.

El art. 552 de la LECr dispone además que “al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprobar su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción”.

Por último, los descubrimientos causales hallados en la diligencia respecto de delitos para los que no estaba otorgada la autorización, se consideran pruebas válidas²³³⁷.

²³³⁵ STS (Sala 2ª), núm. 11207 / 1995, de 28 de marzo.

²³³⁶ STS (Sala 2ª), núm. 89 / 1994, de 21 de enero.

²³³⁷ STS (Sala 2ª), núm. 2117 / 1998, de 30 de marzo.

Capítulo VII

CACHEOS E INSPECCIONES E INTERVENCIONES CORPORALES

1. INTRODUCCIÓN

Suele ser habitual que los traficantes en general lleven encima drogas, armas, objetos, documentos o datos que pueden ser utilizados como pruebas en un proceso penal. También puede suceder que del propio cuerpo humano se pueda obtener información que permita dilucidar el hecho delictivo²³³⁸.

Se entiende por *intervenciones corporales* los actos de investigación que tienen por objeto el cuerpo de una persona y que tienden a buscar el cuerpo del delito, o limitan la salud física o psíquica de una persona²³³⁹.

Cabe diferenciar entre *intervenciones corporales preprocesales y procesales*; las primeras son las que se producen antes de la incoación de un proceso penal, consistentes en actuaciones administrativas que deben ser valoradas como tal. Las procesales son las que se producen en el curso de un proceso penal, sometidas a la confrontación entre los intereses de la sociedad en la persecución y sanción de los responsables de las actividades ilícitas, y los derechos fundamentales de los imputados tales como su libertad, intimidad, integridad física, derecho de defensa, etc²³⁴⁰.

Señala CORREA DE CARVALHO que las intervenciones corporales procesales son, en sentido amplio, “las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto”²³⁴¹, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él.

Las intervenciones que aquí nos interesan, son las que tratan de buscar el objeto material del delito (drogas) portado por el sujeto entre su ropa, e incluso en el interior de su cuerpo, las cuales son gran transcendencia en el proceso penal, dada su fuerza

²³³⁸ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 162.

²³³⁹ GÓNZALEZ - CUELLAR SERRANO.: *Op. cit.*, p. 290.

²³⁴⁰ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E / TORRES MORATO, MA.: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 90 y ss. DÍAZ CABIALE, JA.: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.) en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 70 y ss.

²³⁴¹ CORREA DE CARVALHO.: *Op.cit.*, p. 162.

incriminatoria²³⁴². Constituyen diligencias sumariales de investigación, obtención y aseguramiento de los elementos de prueba, que se practican sobre la “materialidad física de la persona a los efectos de comprobar la existencia de un hecho delictivo, la participación del imputado y su grado de responsabilidad, limitando sus derechos fundamentales (integridad física o intimidad corporal); que pueden practicarse sin el consentimiento del imputado; y deberán decretarse en el curso de un proceso penal pendiente”²³⁴³.

Aunque se utilice genéricamente la expresión intervención corporal para designar cualquier investigación sobre el cuerpo de un sujeto, técnicamente se diferencia las inspecciones de las intervenciones en sentido estricto por el derecho afectado²³⁴⁴.

En opinión de ETXEBERRÍA GURIDI cacheos, registros íntimos o inspecciones corporales e intervenciones corporales son tres diligencias distintas²³⁴⁵.

Para el análisis de estas medidas, y de la diversa afectación de los derechos fundamentales, debe diferenciarse entre los cacheos superficiales y las intervenciones e inspecciones corporales.

2. CACHEOS

Los cacheos son los actos de registro exterior del cuerpo de otra persona, de sus ropas u objetos que porte. La Jurisprudencia²³⁴⁶ consideró como tal, “el registro bucal, consistente en la extracción de la boca contra la voluntad del sujeto, de diversas bolsitas de cocaína que se había introducido con la finalidad de hacerlas desaparecer”.

A diferencia de otras intervenciones corporales, se define el cacheo como “toda aquella observación o registro que no suponga afectación a la integridad física o a la intimidad personal”²³⁴⁷. Es decir, se trata de examinar la situación externa del sujeto sometido a la diligencia²³⁴⁸.

Los cacheos son registros destinados a averiguar si la persona registrada posee alguna cosa relacionada con un delito investigado o prevenido²³⁴⁹. Según el Tribunal Supremo, el registro y el cacheo personal son actos de investigación o prevención cuya realización debe documentarse en el atestado levantado y debe compatibilizarse la necesidad de su realización con el respeto a la dignidad de las personas durante su cumplimiento, lo que

²³⁴² SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 224.

²³⁴³ GÓMEZ AMIGO, L.: *Las intervenciones corporales como diligencia de investigación penal*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 26.

²³⁴⁴ CORREA DE CARVALHO.: *Op.cit.*, p. 163.

²³⁴⁵ ETXEBERRÍA GURIDI, JF.: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 61.

²³⁴⁶ STS (Sala 2ª), núm. 120 / 1993, de 15 de enero.

²³⁴⁷ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 225.

²³⁴⁸ MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, editorial, Valencia, 2005, p. 229.

²³⁴⁹ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 1503.

comportará determinadas exigencias, como la causación de las menores molestias posibles, su realización en lugares idóneos, o la presencia del titular del efecto que se registra, según sea aconsejable en cada supuesto concreto²³⁵⁰.

Los cacheos no se encuentran regulados de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, su justificación legal se encuentra en las autorizaciones genéricas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito (art. 282 LECr), y la adopción de las medidas de averiguación y prevención de delitos (art. 11. 1 f) y g) LOFCS), desarrollada en los arts. 18 y 19 de la Ley de Seguridad Ciudadana.

La aplicación de esta medida plantea diversas cuestiones. En primer lugar, si supone una afectación algún derecho fundamental. El Tribunal Constitucional²³⁵¹ estableció que no quedaba afectado por un cacheo el derecho a la libertad ambulatoria del art. 17.1 de la CE, dado que la limitación de libertad es mínima e imprescindible para la aplicación de la medida.

Igualmente, consideró²³⁵² que la medida no implica una afectación del derecho a la integridad física y a no sufrir tratos humanos y degradantes previstos en el art. 15 de la CE, en cuanto que “ni por su mismo contenido, ni por los medios analizados, el trato hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante prohibido en el art. 15 de la CE”. Sin embargo, esta misma resolución el TC estimó vulnerado el derecho a la intimidad personal del art. 18 de la CE, al afirmar en su fundamento jurídico séptimo que “es indudable que incluso encontrándose en una relación de sujeción especial, como aquí ocurre (por tratarse de un recluso), una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebranta su intimidad corporal; si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando exista la necesaria justificación, y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad. Sin embargo, ello no ocurre así en el presente caso (...)”. Por tanto, el TC considera vulnerado el art. 18.1 de la CE, por la forma de practicarse dicha medida, pero no porque considere la misma inconstitucional siempre que se encuentre justificada por su finalidad.

En cuanto a la legalidad de la adopción de esta medida y de las pruebas que pueden obtenerse mediante su práctica, el Tribunal Supremo ha establecido que no afectando por sí mismo a ningún derecho fundamental, es legítimo como actuación en función de la policía gubernativa y judicial. Es decir, no se exige una valoración racional de estar ante la comisión de un delito para justificar el cacheo (función policía judicial) sino que bastará con meras sospechas, siempre que éstas no sean ilógicas o arbitrarias, en labores de prevención delictiva (función policía gubernativa). Por lo que los efectos hallados en el cacheo por sí mismo no son ilegales al amparo del art. 11.1 LOPJ y además no es necesaria una previa autorización judicial para realizarla²³⁵³.

²³⁵⁰ STS (Sala 2ª), núm. 274 / 2002, de 22 de enero.

²³⁵¹ STC núm. 341 / 1993, de 18 de noviembre.

²³⁵² STC núm. 57 / 1994, de 28 de febrero.

²³⁵³ STS (Sala 2ª), núm. 592 / 1996, 2 de febrero.

Otra cuestión es la forma de ejecución del cacheo. El cacheo que implica una limitación de la libertad proporcional a su duración, obligación al sujeto a exhibir lo que lleva en sus bolsillos, bolsos o maletas o a través de palpar superficialmente el perímetro corporal, no supone una vulneración de los derechos fundamentales a la libertad, intimidad o integridad física.

Sin embargo, la medida puede ser ilegal e inconstitucional por el modo de practicarse, cuando no exista una proporcionalidad entre el tiempo en que se priva al sujeto de su libertad y la duración de la medida y que no sea imprescindible para la medida o cuando se realice un registro con desnudo integral²³⁵⁴.

3. INSPECCIONES CORPORALES

Las inspecciones corporales consisten en la observación exterior del cuerpo del investigado²³⁵⁵.

Aunque habitualmente la localización de drogas y demás objetos y papeles vinculados con el delito se producen en los supuestos de flagrancia, puede surgir la necesidad de practicar otras diligencias relacionadas con el cuerpo del delincuente, como son los exámenes dactiloscópicos o el reconocimiento de cuerpo humano para averiguar determinado rasgo identificativo, como un tatuaje o una cicatriz mencionada por los testigos. También los reconocimientos en rueda son considerados como una diligencia de inspección corporal²³⁵⁶.

Estos actos de investigación pueden estar destinados al conocimiento de los hechos y circunstancias de la conducta delictiva, a la identificación del responsable o a la obtención de elementos de prueba para el proceso penal²³⁵⁷.

La inspección corporal, como medida de investigación de actos delictivos, requiere como presupuesto la existencia de indicios delictivos sobre el sujeto que se inspecciona²³⁵⁸.

Además, la medida debe ser adoptada sólo en la investigación de delitos graves, como es el caso de los delitos que se tratan en este estudio. Del mismo modo, debe ponderarse que no existan otros mecanismos menos lesivos para la investigación²³⁵⁹.

Es evidente que algunas diligencias de inspección del cuerpo del individuo requieren la intervención de un experto y la realización de una pericia²³⁶⁰.

²³⁵⁴ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 226.

²³⁵⁵ *Ibidem*, p. 227.

²³⁵⁶ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 177.

²³⁵⁷ GÓNZALEZ - CUÉLLAR SERRANO.: *Op. cit.*, p. 293.

²³⁵⁸ MORENO CATENA.: *Derecho...*, *Op. cit.*, p. 229.

²³⁵⁹ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 227.

²³⁶⁰ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 178.

Es también importante observar que aunque el investigado no está obligado a colaborar, la diligencia puede realizarse en contra de su voluntad. Lo cual ha originado importantes debates doctrinales sobre los límites de las fuerzas de seguridad, por ello es importante examinar si las inspecciones corporales afectan a los derechos fundamentales de las personas investigadas²³⁶¹.

Según el Tribunal Supremo, la policía puede, amparada por el art.11.1 f de la LO 2 / 1986, efectuar inspecciones corporales de prevención que no afecten al derecho a la intimidad del imputado²³⁶².

Existe un deber cívico de colaborar con los poderes públicos que actúan en el ámbito de sus competencias, y de someterse a las normas de policía en una sociedad democrática, a pesar de las incomodidades que ello origine, máxime si se parte de la existencia de indicios que aconsejen la inspección corporal²³⁶³.

El Tribunal Supremo también ha señalado que las inspecciones corporales suponen un sometimiento normal del sujeto a las normas de policía y no implican violación de su derecho a la intimidad, siempre que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respeto al principio de proporcionalidad²³⁶⁴. Lo que tiene su amparo legal en el art.19.2 de la LO 1 / 92, de 21 de febrero al autorizar su práctica por la Policía Judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los hechos delictivos.

Ésta es también la posición mantenida por el Tribunal Constitucional al señalar que la Ley puede autorizar a la Policía Judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad²³⁶⁵.

Tampoco se considera se afecte al derecho de locomoción o de libertad, dado que su realización y la consecuente inmovilización del ciudadano, durante el tiempo imprescindible para su práctica supone para el afectado un sometimiento legítimo a las normas de Policía²³⁶⁶.

Como señalábamos más arriba, si el individuo se niega a colaborar, la diligencia puede ser realizada con el uso de la fuerza indispensable, necesaria y moderada²³⁶⁷.

A juicio de GÓZALEZ - CUÉLLAR, debe considerarse admisible y necesaria la utilización de la coacción directa para la práctica de las intervenciones corporales, cuando sea necesario. Aunque el sujeto tiene derecho a no colaborar activamente en la realización de la medida, sí está obligado a soportar las intervenciones pasivamente, por

²³⁶¹ CORREA DE CARVALHO.: *Op.cit.*, p. 178.

²³⁶² STS (Sala 2ª), núm. 3.846 / 1999, de 9 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 7.386 / 1999, de 21 de septiembre; y STS (Sala 2ª), núm. 4.211 / 2003, de 17 de junio.

²³⁶³ MORENO CATENA.: *Derecho...*, *Op. cit.*, p. 230.

²³⁶⁴ STS (Sala 2ª), núm. 6321 / 2003, de 15 de octubre.

²³⁶⁵ STC núm. 70 / 2002, de 3 de abril.

²³⁶⁶ PAZ RUBIO *et al.* : *Op. cit.*, p. 376.

²³⁶⁷ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 183.

lo que si se resistiera, los órganos de persecución pueden proceder legítimamente a su detención del individuo y al uso de la fuerza para la realización de la medida, impuesta como obligación procesal, siempre que la forma de ejecución no sea desproporcionada, atendiendo a las circunstancias del caso²³⁶⁸.

Finalmente, la sumisión voluntaria a la diligencia tampoco vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo, pues el sospechoso no está realizando una declaración de culpabilidad²³⁶⁹.

Aunque los Tribunales concluyen que las inspecciones corporales no afectan a derechos fundamentales, en opinión de CORREA DE CARVALHO es más acertado mantener la posición de que algunas diligencias de inspecciones corporales afectan a los derechos fundamentales al “colisionar los interés sociales de persecución penal con los intereses personales del investigado, como podría ser el derecho a la autodeterminación informativa o a la intimidad”²³⁷⁰.

En cuanto a la competencia para la realización de la diligencia, las inspecciones corporales serán realizadas por la policía judicial o, si fuera el caso, por los peritos adecuados para realizarla.

4. INTERVENCIONES CORPORALES

Las *intervenciones corporales* en sentido estricto son “las injerencias estatales sobre el cuerpo de una persona, en general, sospechosa de la práctica de una infracción penal, con la finalidad de extraer, mediante procedimiento investigativo médico - pericial, cuerpos del delito o elementos relacionados con el mismo, sometiéndolos a oportunos análisis”²³⁷¹.

Según GIMENO SENDRA las intervenciones corporales son todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se extrae de él determinados elementos con el fin de efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho delictivo o la participación en él del imputado²³⁷². CLIMENT DURÁN las define como procedimientos destinados a la extracción del cuerpo humano de una muestra del mismo o de alguno de sus fluidos²³⁷³.

Las intervenciones corporales pueden ser de diferente intensidad, según el grado de afectación de la integridad física del sujeto, ya que “no es lo mismo extraer un cabello o una uña, o incluso unas gotas de sangre (intervenciones leves), que practicar una punción lumbar o realizar otras pruebas más agresivas (intervenciones graves)”²³⁷⁴.

²³⁶⁸ GONZÁLEZ - CUÉLLAR SERRANO.: *Op. cit.*, p. 295.

²³⁶⁹ CORREA DE CARVALHO.: *Op.cit.*, p. 183.

²³⁷⁰ *Ibidem*, p. 184.

²³⁷¹ CORREA DE CARVALHO.: *Op.cit.*, p. 205.

²³⁷² GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 380.

²³⁷³ CLIMENT DURÁN.: *Op. cit.*, p. 2066.

²³⁷⁴ MORENO CATENA.: *Derecho...*, *Op. cit.*, p. 258.

Las intervenciones leves se caracterizan por no constituir un peligro para la salud del imputado, mientras que las graves pueden ocasionar un daño innecesario, o incluso un peligro para la salud del individuo²³⁷⁵.

En los delitos de tráfico de drogas suele ser bastante frecuente que el sujeto activo trate de ocultar la droga que porta consigo, “bien en las cavidades naturales (ano o vagina) o bien en el interior de su propio cuerpo deglutiendo la droga”²³⁷⁶. La inspección corporal supone la comprobación de que “no se porten en las cavidades internas del cuerpo, efectos del delito (especialmente drogas), y la intervención para obtener dichos efectos”²³⁷⁷.

Los *derechos fundamentales afectados* son casi los mismos que en una inspección corporal. No obstante, cuando la medida se realice con la conformidad del sujeto objeto de la intervención no se puede alegar lesión a los derechos fundamentales, puesto que puede disponer de ellos, resultando vedada cualquier situación de exceso no autorizada. La poca entidad de las intervenciones corporales en el derecho a la integridad física permite que el consentimiento del afectado sustituya la necesidad de la autorización judicial²³⁷⁸. Tampoco se puede considerar que la sumisión voluntaria a la diligencia lesione el derecho a no declarar contra sí mismo, pues el sospechoso no estará realizando una declaración de culpabilidad²³⁷⁹.

Respecto al derecho de libertad previsto en el art. 17.1 de la CE, no se verá afectado en cuanto que la privación de libertad del individuo dure el tiempo necesario para la realización de la intervención corporal²³⁸⁰.

En cuanto al derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE, el TC ha declarado que puede ceder, en cualquiera de sus expresiones, ante exigencias públicas, pues éste no es un derecho de carácter absoluto. Pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido, de modo expreso, la reserva de intervención judicial, tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa con la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno²³⁸¹.

Sostiene el Tribunal que el imputado o procesado no se puede amparar en el derecho a su intimidad, frente a una resolución judicial, que en el trascurso de la investigación penal, autorice, la obtención de huellas del delito, sobre el propio cuerpo, sin perjuicio del necesario respeto a la dignidad de la persona frente a todo trato, que atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante²³⁸².

²³⁷⁵ CORREA DE CARVALHO.: *Op.cit.*, p. 205.

²³⁷⁶ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 439.

²³⁷⁷ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 227.

²³⁷⁸ DÍAZ CABIALE, JA.: *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1990, p. 300.

²³⁷⁹ STS (Sala 2ª), núm.1831 / 1999, de 22 de diciembre.

²³⁸⁰ STS (Sala 2ª), núm. 6737 / 1997, de 11 de noviembre.

²³⁸¹ STC núm. 37 / 1989, de 15 de febrero.

²³⁸² CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 208.

Finalmente, respecto a la integridad física prevista en el art. 15 CE, podrán ser admisibles las diligencias que restrinjan este derecho en los casos concretos en que concurra alguna circunstancia que la justifique²³⁸³. Si bien, no se debe admitir la obtención de pruebas que conlleve un menoscabo grave de la integridad física del investigado, aunque exista norma legal y autorización judicial en este sentido, pues en ningún caso se podrá acordar la práctica de una intervención corporal cuando pueda implicar un quebranto para la salud de las personas²³⁸⁴.

Solamente podrán admitirse las inspecciones que supongan una escasa afectación a la integridad física. Así pues, parece posible “la toma de huellas dactilares, el corte de pelo, de uñas, la toma de fotografías, la constatación corporal, la toma de sangre y de saliva, los exámenes médicos que no conlleven alteración corporal y la medición alcohólica del aliento”²³⁸⁵.

Como se trata de una medida restrictiva de los derechos fundamentales, su realización requiere *previa autorización judicial*, sin que pueda realizarla de propia autoridad la Policía, ni ordenarla el Ministerio Fiscal en la instrucción preliminar²³⁸⁶.

No obstante, mediante Ley se podrá autorizar a la Policía Judicial a la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y racionalidad²³⁸⁷. Ciertamente, aunque se podrá autorizar a la Policía Judicial a practicarla en caso de urgencia o flagrante delito, resulta muy difícil imaginar una situación de urgencia para esta medida²³⁸⁸.

La resolución judicial debe ser motivada de forma que la medida sea proporcionada a la finalidad que se destina. La extracción de muestras debe ser realizada por personal sanitario competente, respetando la dignidad del investigado, empleando la técnica menos ofensiva posible para obtener un mayor grado de fiabilidad²³⁸⁹.

Por otro lado, en relación al *sujeto pasivo* de la medida se discute si además del investigado, podrán serlo terceros. Existen diversas posturas favorables al respecto. En opinión de GÓMEZ AMIGO es posible practicar la inspección corporal a un tercero cuando sea instrumento para la comisión de un delito o para su prueba²³⁹⁰.

Se admite la posibilidad de someter a un tercero a una injerencia en su intimidad con el fin de buscar huellas del delito sobre su cuerpo o entre sus ropas o, incluso, cuando sea necesario realizar extracciones coactivas de sangre en terceros, siempre que se

²³⁸³ ETXEBERRÍA GURIDI.: *Op. cit.*, p. 501.

²³⁸⁴ SANTAMARIA, I.: “Intervenciones corporales” en *La prueba en el proceso penal*, Revista general del derecho, Valencia, 2000, p. 736.

²³⁸⁵ MORA MORA, LP.: “La prueba como derecho fundamental” en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, Colex, 2006, p. 91.

²³⁸⁶ MORENO CATENA, V.: *Derecho...*, *Op.cit.*, p. 258.

²³⁸⁷ STC núm. 70 / 2002, de 3 de abril.

²³⁸⁸ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 228.

²³⁸⁹ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 212.

²³⁹⁰ GÓMEZ AMIGO.: *Op. cit.*, p. 30.

practique con las debidas garantías para evitarle al tercero un trato degradante o humillante²³⁹¹.

Según manifiesta GIL HERNÁNDEZ la víctima también puede ser objeto de la diligencia, siempre y cuando se practiquen con las mismas garantías que a los sospechosos²³⁹².

Es una cuestión polémica y la falta de regulación en el ordenamiento jurídico español dificulta su aplicación, pero es indiscutible que en el caso de muerte de la víctima o de un testigo se realizará la autopsia por los médicos forenses, que podrán realizar todas las pruebas que sean convenientes²³⁹³.

Por último, si la medida no exige la colaboración activa del investigado, y éste se niega, será lícito el uso de *coacción* para su práctica siempre y cuando se hayan cumplido todos los demás presupuestos de legitimidad constitucional²³⁹⁴.

Más complicado es el caso en el que se requiere la participación activa del investigado en la realización de la diligencia.

Según GOYENA HUERTA la imposición coactiva de una obligación de hacer, no sólo resulta materialmente irrealizable, sino que en ciertos casos es ilegal, como sucede con el cuerpo de escritura cuya imposición coactiva está expresamente prohibida en el art. 391.3 LECr²³⁹⁵.

Por tanto, el uso de la coerción en una intervención corporal debe limitarse a los supuestos en los que el investigado sólo tiene la obligación de tolerar la intervención²³⁹⁶.

Cuando sea precisa la colaboración activa del investigado para la realización de la medida, como no resulta posible realizar la diligencia en contra de su voluntad, se le sancionará penalmente por desobediencia o resistencia²³⁹⁷.

²³⁹¹ GÓNZALEZ - CUÉLLER.: *Op. cit.*, p. 181.

²³⁹² GIL HERNÁNDEZ, A.: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 59.

²³⁹³ RAFAEL HUESO, CJ.: “Intervenciones corporales en los delitos contra la libertad sexual. Prueba pericial médica sin consentimiento del imputado” *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 8, 2002, p. 147.

²³⁹⁴ STC núm. 207 / 1996, de 16 de diciembre.

²³⁹⁵ GOYENA HUERTA, J.: “Las intervenciones corporales coercitivas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 695, 2005, p. 7.

²³⁹⁶ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 221.

²³⁹⁷ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 222.

Capítulo VIII

VIGILANCIA

1. INTRODUCCIÓN

Una de las prácticas más tradicionales de investigación policial consiste en la observación, seguimiento y vigilancia de personas, con el objetivo de obtener informaciones relativas a hechos delictivos.

Se trata de una actividad secreta, que se realiza generalmente en lugares públicos (abiertos y cerrados) y en muchas ocasiones mediante uso de disfraces²³⁹⁸.

La vigilancia es la observación secreta, continúa y en ocasiones periódica de personas, lugares, vehículos u objetos con el fin de obtener información de un delito y de los sujetos participantes en el mismo.

Con los avances tecnológicos de hoy en día, se dispone de una gran diversidad de sistemas y aparatos que favorecen la vigilancia tradicional, permitiendo que la investigación se realice sin los riesgos habituales ni para las personas, ni para la información perseguida²³⁹⁹.

La era de la sociedad de la información facilita la obtención de datos de las personas. Si bien, la actividad de observación puede vulnerar derechos fundamentales de la persona como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad de las comunicaciones y, en definitiva, a la autodeterminación personal²⁴⁰⁰.

Constituye un tema de gran actualidad la valoración de los límites de observación y control que los Estados pueden llevar a cabo sobre la vida de los ciudadanos. Aunque se pudiera pensar que la vigilancia total permitiría reducir la criminalidad, constituiría un gran riesgo en los regímenes totalitarios²⁴⁰¹.

La diversidad de situaciones en las que estas técnicas de investigación criminal pueden ser utilizadas dificulta una valoración uniforme de las mismas desde la perspectiva de su admisión como pruebas en el proceso penal, y de ahí que resulte complejo delimitar *a priori* y sin referencia a casos concretos, cuándo, por ejemplo las

²³⁹⁸ CARVALHO CORREA.: *Op. cit.*, p. 271.

²³⁹⁹ *Ibidem*, p. 271.

²⁴⁰⁰ LÓPEZ ORTEGA, JJ.: *La admisibilidad de los medios de investigación basados en registros informáticos*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 2002, p. 86.

²⁴⁰¹ CARVALHO CORREA.: *Op. cit.*, p. 272.

grabaciones audiovisuales pueden considerarse medios legítimos de prueba y cuando no²⁴⁰².

La investigación tecnológica del delito es una realidad fáctica impuesta por la moderna criminalidad, cuyas técnicas y límites no están claros, dado la ausencia de un regulación legal, siendo el intérprete el que deberá apreciar las posibles restricciones a los derechos fundamentales derivados de su práctica²⁴⁰³.

2. VIGILANCIA DIRECTA

2.1. En sitios abiertos

La observación y vigilancia en lugares abiertos como calles, plazas, jardines, etc, no plantea grandes problemas respecto a los derechos fundamentales, dado que son lugares en los que el individuo desarrolla sus actividades en público, no constituyen ámbitos de especial protección de la intimidad o privacidad, por lo que se pueden realizar sin intervención judicial.

Los funcionarios de Policía podrán llevar a cabo la observación y vigilancia en lugares abiertos, directamente en la vía pública, utilizando algún disfraz, discretamente desde un coche aparcado o desde la ventana de una oficina, vivienda o azotea de cualquier edificio. Pudiendo ser utilizados aparatos de aproximación de la imagen, como pueden ser cámaras fotográficas o videográficas con zoom²⁴⁰⁴.

El Tribunal Supremo ha venido admitiendo la posibilidad de que los funcionarios de Policía realicen actividades de vigilancia y seguimiento de personas sospechosas, sin adoptar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier sitio abierto²⁴⁰⁵. También que en el transcurso de la investigación, se podrán realizar actividades de vigilancia de lugares o personas que pudieran ser vinculadas con el hecho que se investiga. Dicha vigilancia se podrá efectuar en la vía pública mediante el seguimiento del comportamiento de los sospechosos. Para llevar a cabo estas funciones se podrán utilizar cualquier medio que permita constatar los hechos y que sea válido para aportarse como prueba en el proceso penal²⁴⁰⁶.

Cabe destacar que la vigilancia de personas sospechosas consiste principalmente en la observación y seguimiento de sus conductas, pero nada impide que en algunas ocasiones sean oídas también las conversaciones promovidas por los sospechosos, cuando se haga de forma no traten de ocultar el contenido de sus conversaciones y sin

²⁴⁰² MUÑOZ CONDE, F.: *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 29.

²⁴⁰³ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 273.

²⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 274.

²⁴⁰⁵ STS (Sala 2ª), núm. 2899 / 2005, de 9 de mayo.

²⁴⁰⁶ STS (Sala 2ª), núm. 2.828 / 1993, de 6 de mayo.

que sea necesario emplear ningún medio técnico. En estas situaciones los agentes pueden oír y contar lo que han presenciado. Son situaciones en las que el investigado no guarda un ámbito especial de intimidad en sus conversaciones por la forma de practicarlas²⁴⁰⁷.

Aunque no están protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 de la CE, las conversaciones privadas, cara a cara, están amparadas por el derecho a la intimidad. Doctrinalmente, se considera que en estos supuestos, no se está manteniendo constitucionalmente una comunicación, sino una conversación directa. No se comunican a distancia, ni lo hacen a través de infraestructura comunicativa alguna, siendo estos los dos requisitos imprescindibles de la comunicación a la que se refiere el art. 18.3 CE²⁴⁰⁸.

2.2. En sitios cerrados públicos

Los lugares cerrados abiertos al público como restaurantes, bares, cafeterías, tiendas, discotecas, cines o teatros son edificios públicos en los que no se protege la intimidad, por lo que las actividades de vigilancia se pueden practicar con los mismos criterios que en la vía pública.

En estos lugares intermedios, que no son abiertos como las plazas o privados como los domicilios, los agentes de Policía podrán realizar tareas de observación y vigilancia sin que se afecte a la intimidad de las personas ni a ningún otro derecho fundamental²⁴⁰⁹.

2.3. En sitios cerrados privados

Cuando el investigado se encuentre en su domicilio o en lugar cerrado que le sirva de domicilio, no se podrán realizar actividades de vigilancia, dado la protección de que gozan estos lugares, al ser ámbitos de privacidad del individuo²⁴¹⁰.

El Tribunal Supremo entiende por domicilio aquel espacio delimitado físicamente, objetivamente destinado a vivienda y al desarrollo de la propia privacidad, con carácter permanente o transitorio, no importando las características de dicho lugar y también los ambientes de privacidad donde uno puede desarrollar libremente su personalidad²⁴¹¹.

Dada además la imposibilidad de realizar una vigilancia directa en el interior de estos lugares sin que el individuo se percate, suele ser más frecuente la práctica de registros domiciliarios o la actuación de agentes infiltrados.

²⁴⁰⁷ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 275.

²⁴⁰⁸ MARTÍN MORALES, R.: “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfónica oculta”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2004, p. 1720.

²⁴⁰⁹ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 276.

²⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 276.

²⁴¹¹ STS (Sala 2ª), núm. 238 /1995, de 24 de enero; STS (Sala 2ª), núm. 3121 / 1997, de 5 de mayo.

Por ello, la vigilancia directa en estos lugares sólo será viable y constitucional cuando se lleve a cabo por un agente encubierto autorizado judicialmente²⁴¹².

Cuando la vigilancia de lo que ocurre dentro del domicilio se realice desde fuera del inmueble, a través de una ventana o de una puerta abierta, no se requerirá autorización judicial. El TS considera que para observación a través de una ventana, de lo que sucede en el interior de un domicilio, no se requiere autorización judicial, pues si el titular de la vivienda quisiera ocultar algo a los demás cerraría la ventana o cortina²⁴¹³.

3. TECNOVIGILANCIA

En la actualidad, dada la compleja estructura de las organizaciones criminales y la sofisticación de las técnicas empleadas para la ocultación de sus actividades, resultan ineficaces las actividades de observación y vigilancia directa de las personas.

Como indica NAVALPOTRO BALLESTEROS nos encontramos ante la realidad de que los sistemas policiales convencionales se muestran incapaces frente al aumento y diversidad de las formas de delincuencia en las sociedades modernas, especialmente en las grandes ciudades²⁴¹⁴.

El tema se ha mencionado en la Convención de Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada transnacional de 2000, donde se ha solicitado (art. 20.1) el reconocimiento de técnicas de investigación especiales como la vigilancia electrónica o de otra índole, para hacer frente al tráfico de drogas²⁴¹⁵.

Se puede considerar tecnovigilancia todo tipo de control telemático de la actividad personal del individuo o de cuanto sucede en un espacio, lugar u objeto, referido a un momento determinado, sirviéndose para ello de algún instrumento de base científica²⁴¹⁶.

Uno de los grandes problemas de la adopción de las técnicas de tecnovigilancia es la ausencia de regulación legal sobre el tema, llevando a algunos a considerar incluso que su utilización es inconstitucional²⁴¹⁷.

Es evidente que una de las causas de ese vacío legal es la falta de actualidad de la LECr ya de los nuevos aparatos, técnicas y sistemas tecnológicos, se inventan y renuevan con mucha frecuencia. Sería imposible que el legislador tratara de regular

²⁴¹² CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, pp. 276 y 277.

²⁴¹³ STS, (Sala 2ª), núm. 2618 / 1997, de 15 de abril.

²⁴¹⁴ NAVALPOTRO BALLESTEROS, T.: “Los derechos individuales frente a la videovigilancia pública: una necesaria medida retrospectiva a la Sentencia Peck del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 135, 2007, p. 630.

²⁴¹⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ.: *La criminalidad organizada...*, *Op. cit.*, p. 221.

²⁴¹⁶ LLAMAS FERNÁNDEZ, M / GORDILLO LUQUE, JM.: *Medios técnicos de vigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, CGPJ, Madrid, 2007, p. 212.

²⁴¹⁷ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 278.

cada uno de ellos con detalle. Por ello, hay que recurrir a la analogía y la Jurisprudencia para, mediante una labor inductiva, disponer de un mínimo tratamiento global del tema.

Mientras la LECr trata de sólo siete medios probatorios, la realidad cotidiana forense admite al menos una treintena de ellos²⁴¹⁸.

En los epígrafes siguientes se examinará la naturaleza, requisitos y consecuencias de la utilización de dichas técnicas en el ámbito jurídico.

3.1. Videgrabaciones

Como afirma MARTÍNEZ RUIZ la actividad de captación de imágenes y sonidos como método de obtención de fuentes de prueba reviste una especial trascendencia en la práctica forense y, sobre todo, plantea, al menos potencialmente, el riesgo de entrar en fricción, sino con todos, si con buena parte de los derechos fundamentales contemplados en el art. 18 de nuestro Texto Constitucional²⁴¹⁹.

Algunos autores consideran que las filmaciones podrían afectar los derechos a la libertad, al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones personales, a la libertad de circulación, de reunión y manifestación, a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical y al derecho de huelga²⁴²⁰.

La LO 1 / 1982, de 5 de mayo reguladora del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, considera intromisiones ilegítimas el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas (art.7), con excepción de las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley (art. 8.1).

La mencionada Ley, dispone que sólo son legítimas las intromisiones en el derecho de imagen no autorizadas por su titular cuando, de una parte, las captaciones o reproducciones sean de personas públicas o notorias y que, de forma complementaria, se verifiquen durante un acto público o en lugares abiertos al público y, de otra, las captaciones de la imagen de una persona cualquiera que resulten algo accesorio respecto de una información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público.

En las demás situaciones, la imagen de la persona está protegida por el derecho fundamental a la intimidad.

²⁴¹⁸ URBANO CASTRILLO, E.: *La investigación tecnológica del delito*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, CGPJ, Madrid, 2007, p. 55.

²⁴¹⁹ MARTÍNEZ RUIZ, J.: *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 14.

²⁴²⁰ ETXEBERRÍA GURIDI, JF.: “Videovigilancia y el derecho a la protección de los datos de carácter personal”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 76, 2006, p. 125.

Por otro lado, como ningún derecho es absoluto, se podrá levantar tal ámbito de reserva, previa habilitación legal, o cuando dicha actividad esté autorizada mediante resolución judicial motivada o, cuando en el caso concreto, el interés que entre en conflicto con el derecho a la propia imagen, constituya un interés preponderante desde la perspectiva del principio de proporcionalidad²⁴²¹.

En este sentido, además de las facultades investigadoras previstas en la LECr, la Ley Orgánica 4 / 1997, de 4 de agosto, trata de la utilización preventiva de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Del mismo modo, la Ley 23 / 92, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y la Ley Orgánica 1 / 1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana tratan de las filmaciones de circuitos privados de seguridad.

De este modo, se diferencian las grabaciones que se realizan con finalidad preventiva de las que se realizan en el curso de una investigación. También cabe destacar las filmaciones realizadas por las cámaras de seguridad y las realizadas esporádicamente por particulares.

El término videovigilancia se reserva para las filmaciones administrativas reguladas por la Ley Orgánica 4 / 1997, de 4 de agosto, mientras que el resto de filmaciones serán consideradas como videograbaciones en general²⁴²².

A la *utilización preventiva de videocámaras* por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se refiere la LO 4 / 1997, de 4 de agosto, estableciendo un régimen general de autorizaciones administrativas previas para la ubicación de cámaras fijas y uso de las móviles en lugares públicos, basado en los criterios de asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana y prevenir la causación de daños a las personas y bienes²⁴²³.

Del art. 1 se desprende que la norma pretende regular la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento para asegurar la convivencia ciudadana, la supresión de la violencia y utilización pacífica de los lugares públicos, así como la prevención de la comisión de faltas, delitos e infracciones relacionadas con la seguridad ciudadana²⁴²⁴.

Respecto a los criterios de utilización, las videocámaras fijas, exigen la existencia de un riesgo razonable para la seguridad ciudadana, o un peligro concreto, en el caso de las móviles. Por lo tanto, el empleo de tales medios, no puede ser indiscriminada²⁴²⁵. Si

²⁴²¹ MARTÍNEZ RÚIZ.: *Op. cit.*, p. 36.

²⁴²² CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 282.

²⁴²³ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 220.

²⁴²⁴ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 282.

²⁴²⁵ BARCELONA LLOP, J.: "A propósito de la Ley Orgánica 4 / 1997, de 4 de agosto, llamada de videovigilancia", *Actualidad Administrativa*, núm. 13, ref. XVI, t. 1, 1998, p. 205.

bien, las cámaras de videovigilancia están destinadas a prevenir la comisión de hechos delictivos, cuando registren por ejemplo, una situación de flagrancia, sus filmaciones pueden utilizarse como “fuente investigadora y de prueba en el proceso penal”²⁴²⁶.

En cuanto a las *filmaciones realizadas en el curso de una investigación*, son “registros magnéticos de imágenes que están siendo observadas por los agentes de Policía encargados de la investigación”. En estos supuestos, son aplicables las reglas de las vigilancias directas, dependiendo de la legitimación de la filmación como elemento de prueba, de la ubicación del objeto filmado²⁴²⁷.

Los derechos regulados en la LO de 5 de mayo de 1982 no son ilimitados. Así, el art. 8 de dicha Ley establece que no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley.

El art. 11 de la LO 2 / 1986, de 13 de marzo, LFCSE, y el art. 282 LECr autorizan a la Policía a practicar las diligencias necesarias para investigar el delito y descubrir a los responsables. Así, se considera autorizada legalmente la captación de imágenes en el curso de una investigación criminal siempre que se limite a la grabación de lo que sucede en espacios públicos fuera del recinto inviolable donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad²⁴²⁸.

La captación de imágenes en ámbitos privados de intimidad, al afectar al art. 18 CE, exige autorización judicial, previa ponderación de la medida por el juez, y la existencia de indicios racionales de comisión de un delito y la necesidad de la medida en relación con otros medios de prueba, lo que deberá ser suficientemente motivado en el auto, en el que también se concretarán los límites espacio temporales de ejecución y la forma de ejecutarse²⁴²⁹.

Es evidente también que, aunque los sospechosos se encuentren en un espacio público, cuando la grabación tenga por objeto conversaciones privadas entre terceros, sean telefónicas, telegráficas, telemáticas o se trate de conversaciones orales, se exige imprescindiblemente ex art. 18.3 CE, la previa autorización judicial²⁴³⁰.

El TS ha considerado legítima la grabación de imágenes presuntamente delictivas, que estaban sucediendo en vías o espacios públicos, exigiendo autorización judicial para la filmación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados²⁴³¹.

Por otra parte, el incremento de la violencia callejera y de los delitos contra el patrimonio, unido a la incapacidad estatal para garantizar la seguridad ciudadana, ha originado el empleo de *sistemas privados de seguridad*.

²⁴²⁶ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 284.

²⁴²⁷ *Ibidem*, pp. 284 y 285.

²⁴²⁸ STS (Sala 2ª), núm. 2.828 / 1993, de 6 de mayo.

²⁴²⁹ SÁNCHEZ TOMÁS.: *Op. cit.*, p. 221.

²⁴³⁰ ZARAGOZA AGUADO, JA.: *Los nuevos instrumentos y técnicas de la investigación judicial*, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 2003, p. 568.

²⁴³¹ STS (Sala 2ª), núm. 1733 / 2002, de 14 de octubre.

Uno de los más habituales es la instalación de los sistemas de cámaras de vigilancia en las zonas comunes de edificios de viviendas y en establecimientos comerciales e industriales. También existen los sistemas de videovigilancia que deben instalarse obligatoriamente en ámbitos privados como en actividades deportivas (Ley 10 / 1990, de 15 de octubre, del Deporte) y en las entidades de depósito y crédito bancario (Ley 23 / 1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada)²⁴³².

Las normas que regulan el tema son la Ley 23 / 92, de 30 de julio, de Seguridad Privada y la LO 1 / 1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Se exigen que las personas o entidades que realicen grabaciones preventivas creen ficheros de datos de carácter personal, los notifiquen a la Agencia Española de Protección de datos e inutilicen los datos que no hayan sido solicitados por las autoridades judiciales o por las FCSE²⁴³³.

La instrucción de la Agencia Española de protección de datos, de 8 de noviembre de 2006²⁴³⁴, prevé que el empleo de videocámaras debe estar proporcionalmente justificado y debe colocarse un distintivo informativo en local visible, tanto en sitios públicos como privados, imponiéndose una multa en el caso de incumplimiento de la norma.

La utilización de dichas filmaciones como fuentes de prueba ha sido admitida por los tribunales. El TS ha admitido la instalación de mecanismos de captación de imágenes en un establecimiento privado, por motivos de seguridad y con una finalidad preventiva, siempre que las videocámaras se encuentren en zonas comunes. La aportación a las actuaciones de las filmaciones y de los fotogramas obtenidos de las mismas, a fin de facilitar la investigación penal y sumarial de los hechos, constituye un supuesto típico de documento electrónico, aceptado en el proceso penal, cuya incorporación a los autos habilita al Juzgador a valorarla, al menos, como pieza de convicción, conforme al art. 726 de la LECr²⁴³⁵.

También es frecuente que las *filmaciones realizadas por particulares* sean utilizadas en las investigaciones de delitos penales.

Pues, las filmaciones por un particular, de modo ocasional, de un hecho ilícito, cometido en la vía pública, y presentadas posteriormente en una Comisaría o Juzgado, adquirirá el carácter de denuncia, con la validez probatoria de las imágenes y con las limitaciones que se deriven de la posterior investigación policial. Lo mismo sucederá con la captación de imágenes causales, realizadas por los profesionales de los medios de comunicación, en el desarrollo de sus funciones informativas, con fuerza probatoria para acreditar la comisión de hechos ilícitos²⁴³⁶.

Así, el Tribunal Supremo señala que no afecta a la validez de la prueba que la filmación haya sido realizada por un particular, bien de carácter privado, o en el

²⁴³² CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 288.

²⁴³³ *Ibidem*, p. 288.

²⁴³⁴ BOE, núm. 296, de 12 de diciembre de 1996.

²⁴³⁵ ATS, núm. 552 / 2007, de 11 de enero.

²⁴³⁶ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 292.

desarrollo de tareas informativas, siempre que quede garantizada su integridad y autenticidad, y que sea ocasional, entendiendo por ello, la que no está preordenada a la prevención o investigación de hechos delictivos, pero puede evidenciarlos de modo causal. Y ello porque el principio informador del sistema procesal penal y la aspiración del proceso penal de verificar la verdad material no deben verse obstaculizados por el origen circunstancial de la grabación²⁴³⁷.

En estos casos, será legítima la captación de imágenes realizadas por un particular, siempre que se haya realizado en la vía pública²⁴³⁸. Igualmente, serán válidas las filmaciones realizadas en un ambiente intermedio o incluso de una fiesta privada, al entenderse que se ha realizado con el consentimiento tácito de los asistentes²⁴³⁹.

Cuestión distinta son las grabaciones subrepticias realizadas en una situación de delito provocado, las cuales no se podrán utilizar como pruebas para condenar a los implicados²⁴⁴⁰. Sin embargo, las grabaciones subrepticias, sin ninguna provocación, realizadas por un particular, un detective o un reportero, realizada por uno de los participantes de la escena o con su consentimiento, no constituyen vulneración de ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad, pues es el propio imputado el que exterioriza sus pensamientos sin coacción de ninguna especie²⁴⁴¹.

El TC ha afirmado que el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quién tomó parte en la comunicación misma. No hay secreto para aquél a quién la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la CE la retención por cualquier medio, como la grabación del contenido del mensaje. Quien entrega a otro la carta recibida o quién utiliza durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones²⁴⁴².

En el supuesto de filmaciones subrepticias realizadas por un particular de una escena en la que no participa, en ambientes privados, no se admitirá su utilización sin el consentimiento de las personas grabadas, por vulneración a su intimidad²⁴⁴³.

En el caso de que las grabaciones ocultas se realicen en la vía pública, el Tribunal Supremo las admite por considerar que no existe vulneración del derecho de imagen o intimidad. Son admitidos como medios probatorios las cintas magnéticas, videos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual, siempre que su obtención no se haya realizado de forma contraria a derecho o con vulneración de los derechos fundamentales de las personas a que tales grabaciones o filmaciones se refieran, y de ahí que el art. 102 del Real Decreto 2364 / 1994 ponga como límite a la

²⁴³⁷ STS (Sala 2ª), núm. 4822 / 1998, de 17 de julio.

²⁴³⁸ VILA MUNTAL, MA.: "La identificación del delincuente" en *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 325.

²⁴³⁹ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 292.

²⁴⁴⁰ JOSHI JUBERT.: *Los delitos de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 295.

²⁴⁴¹ ÚBEDA DE LOS COBOS, JJ.: *Videograbación y videoconferencia*, Cuadernos de derecho Judicial, núm. 2, 2007, p. 338.

²⁴⁴² STC, núm. 114 / 1984, de 29 de noviembre.

²⁴⁴³ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 295.

actuación de los detectives privados el que en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios personales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones²⁴⁴⁴.

3.2. Otras formas de tecnovigilancia

3.2.1. Por satélite

La dificultad de practicar vigilancias directas por motivos de seguridad para las personas y la investigación ha originado el empleo de técnicas de investigación no presenciales.

Una de las más frecuentes es “la realización de acompañamiento por balizas, dispositivos electrónicos que permiten un control remoto de lo utilizado. Si no es muy sencillo utilizarlo en personas, es bastante frecuente hacerlo en paquetes, maletas, vehículos y embarcaciones”²⁴⁴⁵.

De las tecnologías existentes para realizar dicho seguimiento electrónico, la más frecuente es la tecnología basada en “satélites norteamericanos del sistema de posicionamiento global (GPS en inglés)”. Se coloca un pequeño dispositivo en el objetivo del control, observándose en un monitor su localización en un mapa computarizado, como se hace en los navegadores de los coches²⁴⁴⁶.

La utilización de dicha tecnología permite la localización y seguimiento de los objetivos en tiempo real y facilita su control en situaciones complejas, como en seguimientos a alta velocidad, en largos recorridos, durante la noche o con climatología adversa, o incluso en situaciones en las que es preciso tener ubicado un punto de interés de forma continua²⁴⁴⁷.

Si bien, el empleo de estos dispositivos no está regulado legalmente, el TS ha estimado que su utilización no afecta a los derechos fundamentales, al afirmar en un supuesto concreto, que el dispositivo colocado permitió realizar el seguimiento por mar de la embarcación respecto a la que existían fundadas sospechas de que se empleaba para el tráfico de drogas. La colocación de esa baliza permitió el seguimiento de la embarcación, ubicarla en alta mar y para su colocación, en los exteriores del barco, no se necesitó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos. Se trata, en definitiva, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiera en un derecho fundamental que requiera la intervención judicial²⁴⁴⁸.

²⁴⁴⁴ STS (Sala 2ª), núm. 4.734 / 2004, de 2 de julio.

²⁴⁴⁵ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 298.

²⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 299.

²⁴⁴⁷ LLAMAS FERNÁNDEZ, M / GORDILLO LUQUE, JM.: *Medios técnicos de vigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, CGPJ, Madrid, 2007, p. 228.

²⁴⁴⁸ STS (Sala 2ª), núm. 4.517 / 2007, de 22 de junio.

3.2.2. Por teléfono móvil

Los avances tecnológicos alcanzados hoy en día en los teléfonos móviles, los convierte en instrumentos aptos para la comisión de actividades delictivas, pero también en fuente de gran trascendencia para la investigación criminal.

Los teléfonos más actuales son equiparables a los ordenadores, los archivos almacenados, las fotos, grabaciones, historial de páginas webs empleadas, datos de las conversaciones realizadas, pueden ser una importante fuente de pruebas de las actividades delictivas cometidas²⁴⁴⁹.

También es una importante fuente de información, los registros de llamadas de los móviles más tradicionales. Además, pueden servir para localizar a su usuario o para rastrear sus rutas²⁴⁵⁰.

La Ley 32 / 2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el RD 424 / 2005, de 15 de abril, establecen que en una interceptación telefónica, las empresas telefónicas deberán facilitar a la Policía no sólo los datos de voz, sino también la localización del terminal empleado. Por el Sistema de Intervención Telefónicas (SITEL) es posible localizar a las personas que participaron en una determinada conversación.

3.2.3. Por control de movimientos bancarios

Cuando una persona realiza movimientos bancarios o utiliza una tarjeta de crédito o débito deja un registro con los datos de la operación en los ordenadores de las entidades bancarias con el fin de que dichos movimientos consten en los respectivos saldos, así como para que se paguen los correspondientes impuestos. También es ya habitual que las entidades bancarias envíen SMS por móvil para confirmar operaciones de compra o retirada de dinero. Así, de forma legítima, y protegido por el secreto bancario, se crea un registro de datos de gran utilidad para la investigación criminal, que permitirá seguir el camino recorrido por el dinero o realizar una vigilancia sobre determinadas personas²⁴⁵¹. Evidentemente, para acceder a dicho registro de datos se requiere autorización judicial, dado que supone una injerencia en la intimidad de la persona, y en la protección del secreto bancario.

3.2.4. Por ordenador

El ordenador se ha convertido en un instrumento fundamental de la vida diaria moderna. Sea como instrumento de trabajo o de ocio, está presente en la mayoría de las empresas y en los domicilios de las clases altas y medias.

²⁴⁴⁹ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 300.

²⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 300.

²⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 301.

Su uso es también muy habitual para comunicaciones escritas, orales y visuales (*webcam*)²⁴⁵².

La criminalidad también hace uso de la informática, para la comisión de sus actividades delictivas. De ahí, que la investigación del contenido de un ordenador puede constituir una valiosa fuente de prueba en la investigación criminal.

La investigación del contenido del ordenador puede realizarse por pericia técnica, tras la incautación del aparato autorizado judicialmente. Del mismo modo es posible técnicamente la investigación remota del ordenador por la técnica del *hacking legal*, en este supuesto las autoridades analizan el contenido del aparato y observan sus comunicaciones sin el consentimiento del investigado²⁴⁵³.

Además se pueda transformar su webcam en una cámara de observación, como si se estuviera realizando una videoconferencia permanente. En este tema, no sólo se puede utilizar la webcam del investigado, el ordenador también permite rastrear webs visitadas en el mundo virtual, lo que se conoce como monitorización de la navegación²⁴⁵⁴.

Igualmente existen técnicas que permiten clonar el teclado e identificar las teclas que han sido utilizadas, permitiendo conocer lo que se ha escrito, las páginas visitadas e incluso las comunicaciones electrónicas realizadas²⁴⁵⁵.

La utilización de estas técnicas, en cuanto constituyen una injerencia en la intimidad, requieren previa autorización judicial motivada, siempre y cuando se considere que la falta de previsión legal específica puede ser cubierta por soluciones analógicas o por previsiones generales, como el Convenio sobre la Cibercriminalidad del Consejo de Europa, firmado en Budapest, el 23 de noviembre de 2001²⁴⁵⁶. Dicho Convenio contiene reglas generales relativas a la “conservación, exhibición, registro e interceptación en tiempo real de los datos informáticos, de tráfico y de contenido”²⁴⁵⁷.

Las reglas contenidas en el Convenio han sido incorporadas al derecho interno por la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32 / 2003, de 3 de noviembre), por el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (Real Decreto 424 / 2005, de 15 de abril), por la Ley 34 / 2002, de 11 de julio, de Servicio de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico y por la Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones²⁴⁵⁸.

²⁴⁵² CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 302.

²⁴⁵³ *Ibidem*, p. 302.

²⁴⁵⁴ LÓPEZ ORTEGA.: *Op. cit.*, p. 94.

²⁴⁵⁵ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 303.

²⁴⁵⁶ ROVIRA DEL CANTO, H.: “Las nuevas pruebas telemáticas y digitales. Especialidades de la prueba en delitos cometidos por internet” en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, I, 2003, Madrid, p. 286.

²⁴⁵⁷ CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 303.

²⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 303.

Capítulo IX

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

1. CONCEPTO, NATURALEZA Y REGULACIÓN LEGAL

GIMENO SENDRA define la *intervención telefónica* como “todo acto de investigación limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y / o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado, durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor”²⁴⁵⁹.

El Tribunal Supremo considera que las interceptaciones telefónicas son medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que son ordenadas por el juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios²⁴⁶⁰.

Es evidente la trascendencia que esta diligencia tiene en la investigación de delitos cometidos habitualmente por el crimen organizado, como es el supuesto del narcotráfico, ya que tal medida permite conocer las conversaciones internas de la organización, y por tanto, conocer mejor sus actividades delictivas y obtener pruebas de cargo contra los principales responsables²⁴⁶¹.

La interceptación se produce durante la fase de instrucción, si bien sólo adquirirá fuerza probatoria desde que se aporte al acto del juicio oral, debiendo ser sometida a inmediación, oralidad y contradicción²⁴⁶².

En sentido estricto, la intervención telefónica es una operación técnica a través de la cual un experto instala determinados dispositivos auditivos que permiten la captación de las conversaciones mantenidas a través de un aparato telefónico. Son estas conversaciones las que pueden proporcionar datos suficientes para continuar la investigación del delito, o elementos de prueba para aportarlos en el juicio oral como

²⁴⁵⁹ GIMENO SENDRA, V.: “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo” en *La Ley*, tomo 2, 1996, p. 1618.

²⁴⁶⁰ STS (Sala 2ª), núm. 246 / 1995, de 20 de febrero.

²⁴⁶¹ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 405.

²⁴⁶² CORREA CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 389.

elementos de prueba. La medida cumple, por tanto, la función de diligencia de investigación y medida de aseguramiento de fuentes de prueba²⁴⁶³.

Por lo que respecta a su *regulación legal* el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone en su artículo 8.1 que es admisible que la intimidad ceda paso a “intereses colectivos”, en general. La única exigencia es que haya una ley, democráticamente consolidada, que regule dicho tema.

La Constitución Española prevé en su art. 18. 3 “el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo intervención judicial”. El fundamento para la protección de este derecho se encuentra en su vinculación con la intimidad y la privacidad²⁴⁶⁴.

El art. 55 del mismo texto admite que, en supuestos de excepción o sitio, se suspendan algunos derechos fundamentales. También admite la Constitución que mediante ley orgánica se determine la forma y los casos en los que durante la investigación correspondiente a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, se puedan suspender derechos fundamentales para personas determinadas, incluido el secreto de las comunicaciones (art. 55. 2 CE).

Posteriormente, la LO 4 / 1988, de 25 de mayo introdujo en la LECr, el art. 579 por el que se regulaba las intervenciones telefónicas, en el que se decía entre otras cosas:

“Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa. De igual forma el Juez podrá acordar en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses prorrogables por iguales períodos la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos”²⁴⁶⁵.

Cabe destacar que incluso con anterioridad a la LO 4 / 1988, muchos Jueces y Tribunales admitían la utilización de esta técnica de investigación basándose en la autorización constitucional²⁴⁶⁶. El que no hubiera Ley escrita, estricta y previa no impidió que el Tribunal Constitucional²⁴⁶⁷ y el Tribunal Supremo²⁴⁶⁸ admitiera como válidas las pruebas obtenidas de estas mecanismo.

²⁴⁶³ VILABOY LOIS, L / NOYA FERREIRO, L.: “La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal”, *Revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, 2000, p. 30.

²⁴⁶⁴ STC, núm. 46 / 1996, de 26 de marzo.

²⁴⁶⁵ El Proyecto de Ley de reforma de la LECr de 12 de marzo de 2015 prevé la agrupación de los arts. 579 a 588 en un nuevo Capítulo III, cuya rúbrica es “De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”.

²⁴⁶⁶ GÓNZALEZ - CUÉLLAR SERRANO.: *Op. cit.*, p. 155.

²⁴⁶⁷ STC, núm. 22 / 1984, de 17 de febrero.

²⁴⁶⁸ STS (Sala 2ª), núm. 10962 / 1988, de 5 de febrero.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente se regulan las intervenciones telefónicas para delitos comunes y supuestos en los que estén implicadas bandas armadas y terrorismo²⁴⁶⁹.

2. COMPETENCIA

Las intervenciones telefónicas para la investigación de delitos comunes, requiere previa autorización judicial (art. 579. 2 LECr).

No obstante, excepcionalmente, en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, la medida podrá adoptarse por el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente al juez competente (art. 579. 4 LECr).

Se trata de una regla excepcional prevista en las Leyes Orgánicas 11 / 1981, de 1 de diciembre y 9 / 1984, de 26 de diciembre, que fueron declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional²⁴⁷⁰ por su compatibilidad con la necesaria intervención judicial, aunque diferida.

²⁴⁶⁹ El Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 13 de marzo de 2015 modifica el art. 579 relativo a las intervenciones telefónicas, quedando redactado del siguiente modo:

1.º El Juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el investigado remita o reciba, así como su apertura y examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:

- 1º. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- 2º. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- 3º. Delitos de terrorismo.

2. El Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales o inferiores periodos hasta un máximo de 2 años, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.

3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.

4. No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

- a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.
- b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.
- c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío²⁴⁶⁸.

²⁴⁶⁸ STC núm. 199 / 1987, de 16 de diciembre.

Por tanto, en general la competencia para autorizar la medida corresponde al juez que conozca de la causa, conforme a lo previsto en el art. 117 de la CE. Autorización que deba realizarse mediante auto motivado como analizaremos en el epígrafe siguiente.

Autorizada la medida por el Juez, es ejecutada por los cuerpos policiales con la colaboración de las empresas telefónicas. Para garantizar dicha colaboración, la Ley 15 / 2007, de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, prevé la forma y los plazos que las empresas deben cumplir²⁴⁷¹.

3. REQUISITOS

En primer lugar, se exige que la interceptación del contenido de las conversaciones telefónicas se practique a aquellas personas sobre las que existan *indicios racionales de criminalidad penal*²⁴⁷².

Este requisito se deduce del artículo 579. 2 y 3 de la LECr cuando se exige para la autorización judicial de la intervención, la existencia de “indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa, o indicios de responsabilidad criminal”.

El Tribunal Supremo señaló que a la vista no sólo del Derecho Español, sino del Derecho Internacional y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no ofrece duda que para la realización legítima de la diligencia, resulta imprescindible la concurrencia de los mencionados indicios²⁴⁷³.

Esta resolución, así como múltiples Sentencias²⁴⁷⁴ posteriores que se remiten a ella, tras excluir como indicios a las meras sospechas o conjeturas, siguiendo la línea del Tribunal Constitucional²⁴⁷⁵, los define como “aquellas indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria, pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de la investigación”. “No es, ni puede ser un indicio, la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato que permita al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de la proporcionalidad”.

Indicios que han de ser concretos, objetivos y estar vinculados a un sujeto como sospechoso de una actividad delictiva²⁴⁷⁶.

²⁴⁷¹ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 392.

²⁴⁷² REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 408.

²⁴⁷³ ATS (Sala 2ª), núm. 6102 / 1992, de 18 de junio.

²⁴⁷⁴ STS (Sala 2ª), núm. 7119 / 1994, de 4 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 7072 / 1997, de 24 de noviembre; STS (Sala 2ª), núm. 1467 / 1998, de 26 de febrero.

²⁴⁷⁵ STC núm. 174 / 1985, de 17 de diciembre.

²⁴⁷⁶ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 395.

En segundo lugar, se exige *resolución judicial motivada* que autorice la práctica de la diligencia. Así, se requiere auto motivado con el fin de que el interesado pueda conocer en su momento cuáles fueron los motivos de la intervención, y facilitarle el derecho al recurso²⁴⁷⁷.

Se entiende por auto motivado la resolución en la que se examine efectivamente el supuesto planteado, ya que no se puede admitir que los jueces utilicen formularios impresos sin el debido cuidado que la cuestión requiere²⁴⁷⁸.

No obstante, la Jurisprudencia ha admitido la utilización de impresos en los que se haga constar los datos particulares del caso y las razones judiciales²⁴⁷⁹.

Señala SOTO NIETO que “la motivación de la resolución judicial lleva consigo, con mayor o menor explicitéz, una ponderación del objeto o fin que la provoca, secundada de las reflexiones oportunas acerca de la gravedad de los delitos cuyo descubrimiento en alguno de sus órdenes objetivos o subjetivos se busca, y de la necesidad de puesta a contribución de las medidas propugnadas”²⁴⁸⁰.

El Tribunal Constitucional²⁴⁸¹ señala que “la motivación íntegra es un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos” y que “toda resolución que limita o restringe el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que tal decisión determinante pueda ser conocida por el afectado, pues de otro modo se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos (artículo 24.1 CE).

También el Tribunal Supremo en múltiples Sentencias alude a la necesidad de motivación en estos supuestos²⁴⁸². Así, la resolución judicial por la que se autoriza la diligencia deberá enumerar las razones fácticas y jurídicas de tal autorización, es decir, los indicios existentes sobre la comisión de un delito grave por una determinada persona, la concreción del número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, la duración de la intervención, quiénes y cómo deberán realizarla, y los periodos en los que debe darse cuenta al juez. También se hará constar en la resolución, los datos objetivos que puedan constituir indicios de la comisión del delito y la conexión de las personas investigadas en el mismo, indicios que han de ser más que meras sospechas, dado que han de estar fundados en algún dato objetivo²⁴⁸³.

²⁴⁷⁷ REY HUIDOBRO.: *El delito de tráfico....*, *Op. cit.*, p. 410.

²⁴⁷⁸ MONTERO AROCA, J.: *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 138.

²⁴⁷⁹ GARRIDO LORENZO, MA.: *Derechos fundamentales y doctrina jurisprudencial. Especial referencia a la intervención de las comunicaciones telefónicas y a la diligencia de entrada y registro domiciliario*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, núm. 1, 2003, p. 429.

²⁴⁸⁰ SOTO NIETO, F.: “Intervenciones telefónicas. Alcance de la exigencia de motivación” en la *Ley*, Tomo II, 1996, pp. 1383 y ss.

²⁴⁸¹ STC núm. 181 / 1995, de 11 de diciembre.

²⁴⁸² Entre otras, STS (Sala 2ª), núm. 2348 / 1997, de 4 de marzo; STS (Sala 2ª), núm. 2817 / 1997, de 12 de abril y STS (Sala 2ª), núm. 2345 / 1998, de 7 de marzo.

²⁴⁸³ STC núm. 261 / 2005, de 24 de octubre.

Por tanto, el fundamento de la resolución será la existencia de indicios de la comisión de un delito grave por una persona determinada y la necesidad de utilizar esta técnica de investigación para acreditar su práctica²⁴⁸⁴.

En tercer lugar, se adoptara la medida con sujeción *al principio de proporcionalidad*. Según el Tribunal Supremo este principio “supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes”²⁴⁸⁵.

Al principio de proporcionalidad se refiere el Tribunal Constitucional²⁴⁸⁶ examinando tanto la gravedad de la infracción, como las garantías exigibles.

La doctrina del Tribunal Supremo²⁴⁸⁷ sobre este requisito de las intervenciones telefónicas se traduce en una triple vertiente:

1. El delito que se persiga ha de ser un delito grave.
2. Sólo se acordará la medida cuando no haya otro mecanismo de investigación menos lesivo para las libertades y derechos ajenos²⁴⁸⁸.
3. La medida debe ser útil, es decir, debe considerarse que su práctica va a permitir la averiguación de algún hecho o circunstancia relevante para el proceso.

Según CORREA DE CARVALHO la resolución judicial por la que se autoriza la medida deberá respetar el principio de proporcionalidad en su triple vertiente:

- a) Capacidad de la medida para lograr el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).
- b) Inexistencia de otros medios de investigación menos perjudiciales para obtener la misma finalidad (juicio de necesidad).
- c) Equilibrio entre el derecho fundamental afectado y los beneficios que se tratan de obtener, como el descubrimiento del delito, sus autores, incautación del objeto del delito y obtención de pruebas (juicio de proporcionalidad propiamente dicho)²⁴⁸⁹.

En cuarto lugar, se exige un *control judicial* del desarrollo de la medida para que se lleve a efecto con todas las garantías, y con pleno respeto a lo dispuesto en el art. 24.2 de la CE²⁴⁹⁰.

Así, el control judicial implica que Juez debe señalar el tiempo límite de la misma, dentro de la ley, la necesidad (si se exige expresamente) de dar cuenta en los plazos

²⁴⁸⁴ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 398.

²⁴⁸⁵ ATS (Sala 2ª), núm. 6102 / 1992, de 18 de junio.

²⁴⁸⁶ STC núm. 49 / 1996, de 26 de marzo.

²⁴⁸⁷ Entre otras, STS (Sala 2ª), núm. 7761 / 1997, de 13 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 8140 / 1997, de 24 de noviembre.

²⁴⁸⁸ STS (Sala 2ª), núm. 3340 / 1994, de 18 de abril.

²⁴⁸⁹ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 395.

²⁴⁹⁰ REY DE HUIDOBRO.: *El delito de tráfico...*, *Op. cit.*, p. 413.

establecidos, la entrega al juez de las grabaciones originales (con transcripción si así lo ordenó), la dación de cuenta (si se hubiera acordado) en los plazos establecidos y la información sobre el estado de la investigación, sobre todo cuando se ha solicitado la prórroga de la medida o la intervención de otros teléfonos consecuencia del avance de la investigación policial o cuando aparezcan hallazgos causales que hagan necesario tomar una decisión ampliatoria o de otro tipo²⁴⁹¹.

La falta de control judicial puede provocar la invalidez de las grabaciones por haber sido obtenidas con vulneración de las previsiones constitucionales, en aplicación del art. 11 de la LOPJ²⁴⁹².

En cuanto al *momento procesal* en el que ha de realizarse la medida, dado que supone una restricción de los derechos fundamentales, sólo podrá acordarse cuando existan indicios de responsabilidad criminal; sería lógico exigir que se hubiera incoado un proceso penal, es decir, que se haya iniciado la instrucción²⁴⁹³.

Sin embargo, de forma excepcional, la Jurisprudencia admite la práctica de la medida sin que haya comenzado formalmente el proceso penal, en el contexto de las denominadas “diligencias indeterminadas”, siempre que las diligencias se incorporen al proceso incoado sin solución de continuidad²⁴⁹⁴.

Además de incorporarse las “diligencias indeterminadas” al proceso penal incoado, también es fundamental que se notifique al Ministerio Fiscal para que pueda llevar a cabo el control simultáneo de la medida. Esto se justifica por la falta de notificación previa al investigado, que conocerá la diligencia solamente cuando haya finalizado la intervención y se haya levantado el secreto del sumario²⁴⁹⁵.

Los sujetos pasivos de la medida serán los que fundadamente puedan ser considerados como responsables (aunque provisionalmente) del delito investigado o se hallen vinculados con ellos²⁴⁹⁶.

A juicio de RODRÍGUEZ LAINZ el investigado será la persona sobre la que recaen las sospechas objetivadas que originan la procedencia de la solicitud de la autorización²⁴⁹⁷.

Es evidente que no se requiere que el aparato telefónico objeto de la medida sea del investigado, pues en múltiples ocasiones se utilizan teléfonos públicos o ajenos para la

²⁴⁹¹ STS (Sala 2ª), núm. 8.283 / 2007, de 27 de noviembre.

²⁴⁹² STS (Sala 2ª), núm. 5244 / 1993, de 25 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 8484 / 1993, de 29 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 9235 / 1995, de 11 de diciembre; STS (Sala 2ª), 2992 / 1997, de 18 de abril.

²⁴⁹³ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 398.

²⁴⁹⁴ STC, núm. 165 / 2005, de 20 de junio.

²⁴⁹⁵ SUIA PÉREZ, N.: “La diligencia de intervenciones telefónicas” en *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 148.

²⁴⁹⁶ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 400.

²⁴⁹⁷ RODRÍGUEZ LAINZ, JL.: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 97 a 99.

comisión de hechos ilícitos. Tampoco es obstáculo que el aparato intervenido pertenezca a la víctima o alguna persona vinculada con el sospechoso.

Además, nada impide que el investigado sea letrado o tenga parentesco con otros investigados²⁴⁹⁸.

Otra cuestión a destacar es que en algunos casos la investigación se centra en un sospechoso, y en el curso de la misma, se identifica a otros delincuentes. En estos casos, no hay duda de que las pruebas obtenidas se pueden utilizar contra todos los implicados, pues el objeto de la investigación puede ser la identificación de los integrantes del grupo delictivo²⁴⁹⁹.

Lo que no es posible es practicar la diligencia de forma indiscriminada, es decir, sin existir un sujeto pasivo determinado y presuntamente responsable de unos hechos con relevancia penal²⁵⁰⁰.

Finalmente, dado que la interceptación telefónica es una medida excepcional, debe ser limitada al tiempo mínimo imprescindible.

Así, *el plazo de duración* de las intervenciones telefónicas conforme a lo dispuesto en el art. 579. 3 de la LECr, no será superior a tres meses, pudiendo prorrogarse por iguales períodos. Como el plazo del secreto del sumario es sólo de un mes, puede ser conveniente prorrogar el secreto del sumario para compatibilizarlo con la naturaleza secreta de la intervención telefónica²⁵⁰¹.

El *diez a quo* del plazo para la medida es el día de resolución de la medida según ha declarado el Tribunal Constitucional²⁵⁰².

Una vez finalizado el plazo fijado, puede suceder que la diligencia continúe siendo necesaria, de modo que pueden admitirse sucesivas prorrogas, siempre que se fundamente por el juez en resolución motivada la conveniencia de continuar con la diligencia.

4. INCORPORACIÓN AL PROCESO

Si la finalidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas es obtener elementos probatorios, con el fin de lograr la convicción del Juez sobre un dato relevante para el proceso, entonces su incorporación como prueba al proceso debe

²⁴⁹⁸ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 400.

²⁴⁹⁹ STS (Sala 2ª), núm. 1052 / 1998, de 21 de septiembre.

²⁵⁰⁰ ASENSIO MELLADO, JM.: *Derecho Procesal Penal, 2ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 181.

²⁵⁰¹ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 401.

²⁵⁰² STC núm. 205 / 2005, de 18 de julio.

producirse durante el acto del juicio oral, respetando los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción²⁵⁰³.

Dada la imposibilidad de pedir a los procesados que reproduzcan sus conversaciones ante el Juez, el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas se ha de “transformar en un instrumento probatorio preconstituido capaz de destruir la presunción de inocencia durante el acto del juicio oral”²⁵⁰⁴.

Es esencial que la Policía, entregue al Juez las cintas o discos íntegros para que seleccionen las conversaciones relevantes para la investigación. Siendo el Secretario Judicial o la propia Policía los que transcribirán los fragmentos que resulten relevantes, debiendo el secretario certificar la regularidad de la transcripción cuando sea realizada por la Policía²⁵⁰⁵. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la posibilidad de utilizar los medios policiales para la transcripción de los fragmentos esenciales para la investigación²⁵⁰⁶.

Si bien el Juez Instructor no está obligado a oír las cintas, el Tribunal sentenciador debe tener conocimiento de las mismas durante el acto del juicio oral, mediante la audición de su contenido o lectura de las transcripciones cotejadas por el secretario judicial²⁵⁰⁷.

El Tribunal Supremo también ha admitido la incorporación a los autos de las cintas originales con sus transcripciones, realizando su audición y cotejo durante la fase de instrucción, bajo fe del Secretario Judicial y acreditado en el plenario por el testimonio directo de agentes que intervinieron en las escuchas²⁵⁰⁸.

Las conversaciones que no tengan vinculación con los hechos delictivos objeto de la investigación deben ser destruidas. Al acto del juicio oral sólo deben aportarse los fragmentos relevantes previamente seleccionados²⁵⁰⁹.

Finalmente, es importante destacar que una interceptación telefónica realizada materialmente ilícita no podrá utilizarse como prueba, ni tampoco pueden serlo las informaciones y pruebas de ella derivadas²⁵¹⁰.

²⁵⁰³ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 403.

²⁵⁰⁴ CLIMENT DURÁN.: *Op. cit.*, p. 1033.

²⁵⁰⁵ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 404.

²⁵⁰⁶ STS (Sala 2ª), núm. 1377 / 2005, de 22 de noviembre.

²⁵⁰⁷ SÁNCHEZ NUÑEZ, T.: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en la investigación penal*, Cuadernos de derecho judicial, núm. 2, CGPJ, Madrid, 2007, p. 279.

²⁵⁰⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1303 / 2005, de 2 de noviembre.

²⁵⁰⁹ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 405.

²⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 406.

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ESCRITAS

1. CORRESPONDENCIA POSTAL

1.1. Normativa legal

El art. 18. 3 de la Constitución Española garantiza el secreto de las comunicaciones, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial como manifestación del derecho a la intimidad y privacidad del individuo.

Por su parte, el art. 55 de la CE admite que algunos derechos fundamentales sean suspendidos durante los estados de excepción y sitio, y que una Ley orgánica delimite las situaciones en las que durante las investigaciones correspondientes a las actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas se suspendan para personas determinadas algunos derechos fundamentales, entre los que se incluye, el derecho al secreto de las comunicaciones.

En el plano procesal, la posibilidad de limitar el derecho al secreto de las comunicaciones y la diligencia de intervención de las comunicaciones aparece regulada en los arts. 579 y siguientes de la LECr.

El **art. 579 LECr** dispone:

1. “Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
2.
3. De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.
4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien,

también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”²⁵¹¹.

En los demás preceptos se regula con detalle las reglas para las intervenciones de las comunicaciones por carta y telegrama²⁵¹².

1.2. Concepto de correspondencia

Existen diversos conceptos de correspondencia según la concepción que se adopte. El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define la correspondencia postal como “el conjunto de cartas que se reciben o expiden”²⁵¹³.

Por su parte, el art. 10 del Reglamento del Servicio Público de Correos, de 14 de mayo de 1964, distingue las siguientes categorías de envíos postales: “(...). Las cartas y tarjetas postales constituyen la llamada correspondencia epistolar y forman una categoría de envíos postales. Se consideran también como envíos de correspondencia los periódicos, impresos, muestras de comercio y medicamentos. Los paquetes reducidos, paquetes postales y paquetes con películas cinematográficas son envíos que el Correo admite, transporta y entrega en forma análoga a la correspondencia en general (...)”. En este precepto se distingue manifiestamente entre “correspondencia” y “paquetes”.

Originariamente la doctrina y la Jurisprudencia consideraban que los paquetes postales no gozaban de la protección constitucional del art. 18.3 de la CE que se le otorgaba a la correspondencia, estableciendo una clara diferenciación entre la correspondencia epistolar (que era inviolable) y el resto de la correspondencia entre la que se incluían los paquetes postales²⁵¹⁴.

No obstante, el Tribunal Supremo vino a considerar posteriormente, que en los paquetes postales se podían incluir mensajes o efectos personales de índole confidencial

²⁵¹¹ Como se ha expuesto en páginas anteriores, a las que nos remitimos, el Proyecto de Ley para la modificación de la LECr de 13 de marzo de 2015, prevé la modificación del art. 579 LECr. Asimismo, crea un nuevo precepto, el 579 bis relativo al uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento y descubrimientos casuales, con la siguiente redacción:

1. “El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal.

2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce”.

²⁵¹² CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 425.

²⁵¹³ RAE, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (22 edición)*, se puede consultar en <http://www.rae.es> cit.

²⁵¹⁴ STS (Sala 2ª), núm. 1800 / 1989, de 10 de marzo.

y deben considerarse por tanto comprendidos, en la garantía constitucional del art. 18.3 de la CE²⁵¹⁵.

Así, el Tribunal Supremo estableció esta doctrina, en los Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1995 y 17 de enero de 1996 argumentando que: “(...) bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no sólo las cartas - correspondencia epistolar - sino todo género de correspondencia postal, al poder ser portadores de mensajes personales de índole confidencial (...)” añadiendo que “(...) la detención y registro de la correspondencia queda bajo la salvaguardia de la Autoridad Judicial, por lo que la diligencia de apertura de correspondencia desprovista de las garantías que la legitiman deviene nula (...)”.

En la misma línea, el TS se refería al concepto de correspondencia, en el que incluía a los paquetes postales, al afirmar que: “La correspondencia postal a que alude la Constitución Española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a todos aquellos envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal de Correos, y por extensión, de entidades privadas que ofrezcan servicios análogos, añadiéndose que bajo la protección que bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no solamente las cartas o correspondencia postal, sino también los paquetes postales, ya que a su través se pueden enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial, que están asimismo bajo la salvaguarda del derecho fundamental (...)”.

Si bien, la Jurisprudencia considera que los paquetes postales gozan de la protección constitucional del secreto de las comunicaciones prevista en el art. 18. 3 de la CE, existen excepciones.

Según el art. 31 del Reglamento del Servicio Público de Correos de 14 de mayo de 1964, se excluyen de la protección constitucional los paquetes postales abiertos, aquellos en cuyo exterior se hace constar su contenido o cuya mera observación exterior permita saber la naturaleza de la mercancía que contiene, o los que estén sometidos al control aduanero.

Se considera, al concurrir estas circunstancias, que el remitente acepta que el contenido del paquete sea conocido por cualquier persona, o que el paquete sea abierto por las autoridades para controlar su contenido, lo que supone una innegable renuncia a hacer valer el derecho al secreto de las comunicaciones²⁵¹⁶.

La normativa postal distingue varios tipos de envíos postales: la correspondencia (cartas y tarjetas postales), los paquetes reducidos y los paquetes postales²⁵¹⁷.

Sólo en el caso de la correspondencia por carta o paquetes reducidos cerrados sin etiqueta verde, se requiere resolución judicial para su detención y apertura²⁵¹⁸.

²⁵¹⁵ VEGAS TORRES.: *Op. cit.*, p. 865.

²⁵¹⁶ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 428.

²⁵¹⁷ VEGAS TORRES.: *Op. cit.*, p. 855.

²⁵¹⁸ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 428.

1.3. Requisitos para su apertura

La intervención y apertura de la correspondencia postal es una diligencia sumarial de investigación restrictiva de los derechos fundamentales cuya práctica exige las siguientes condiciones: que la medida sea legítima, que exista una ley que la autorice, que se adopte por la autoridad judicial, que el auto judicial sea motivado y que la medida sea proporcional²⁵¹⁹.

El Tribunal Constitucional, por su parte, considera imprescindible la concurrencia de los siguientes requisitos para la práctica de la diligencia: que haya un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que la medida esté justificada por la seguridad que el Estado debe proporcionar a los ciudadanos mediante la investigación y sanción de los delitos; que exista una previsión detallada de la medida; que la medida sea adoptada por un juez; que la resolución judicial sea motivada; y por último, que haya proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) entre los bienes en conflicto²⁵²⁰.

Además, la intervención de la correspondencia postal como diligencia de obtención de fuentes de prueba, exige el cumplimiento de los requisitos procesales previstos en los arts. 579 y siguientes de la LECr: que existan indicios racionales de la comisión de un delito grave; que la medida sea adoptada por el juez; que el auto sea suficientemente motivado y contenga los datos a los que se refiere el art. 583 de la LECr; que la medida esté sometida a la limitación temporal del art. 579. 3; que la correspondencia postal sea remitida de forma inmediata al juez instructor de la causa; que la apertura del envío postal se sujete a las formalidades previstas en los arts. 584 a 588 de la LECr²⁵²¹.

El Tribunal Supremo²⁵²² ha establecido un catálogo de requisitos que han de cumplirse en el caso de registro de correspondencia postal:

- a) Auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia concreta de que se trata equivalente en otro orden al mandamiento de entrada y registro domiciliario.
- b) Inmediata remisión de la correspondencia al Juez Instructor de la causa.
- c) Apertura por el Juez y a presencia del interesado o de la persona que designe, salvo que no hiciera uso de este derecho o estuviese en rebeldía, en cuyos dos supuestos la diligencia judicial se llevaría a cabo a pesar de tales ausencias.
- d) Solamente la Autoridad Judicial, mediante resolución motivada, está autorizada para acordar la detención, apertura y examen de la correspondencia si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importantes para la causa.
- e) El secreto de la correspondencia tiene su reflejo, desde el punto de vista administrativo, en el vigente Reglamento de Servicios de Correos aprobados por

²⁵¹⁹ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 429.

²⁵²⁰ ARAGONESES MARTÍNEZ, S *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, 7ª edición, Aranzadi, Madrid, 2004, p. 364.

²⁵²¹ SÁNCHEZ TÓMAS.: *Op. cit.*, pp. 219 y 220.

²⁵²² STS (Sala 2ª), núm. 3590 / 2005, de 6 de junio.

D. 14 de mayo de 1964, a través del cual se garantiza la libertad, el secreto y la inviolabilidad (...) de las entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, siendo así que también por medio de los paquetes postales pueden enviarse objetos, de mayor volumen que la simple carta, de carácter íntimo y personal igualmente necesitados de la protección constitucional.

- f) Se precisa la proporcionalidad entre la medida, con la consecuencia propia de afcción del derecho fundamental al secreto e intimidad, y la gravedad y trascendencia de la presunta infracción delictiva.

1.4. Procedimiento

Son tres los procedimientos regulados en la LECr sobre la intervención de las comunicaciones escritas: la observación, la detención y la apertura.

La *observación* consiste en controlar el envío, sin impedir el seguimiento de su curso normal hasta su destinatario. La única hipótesis de esta modalidad de intervención prevista en la Ley es la observación de las comunicaciones telegráficas, pues, su sistema de transmisión permite a las autoridades conocer el contenido de la comunicación sin detenerla y sin que el destinatario tenga conocimiento de la investigación²⁵²³.

El art. 582 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que el Juez puede ordenar a cualquiera de las Administraciones de Telégrafos que le faciliten copias de telegramas transmitidos o recibidos por determinadas personas, si pudieran contribuir al esclarecimiento de los hechos de la causa.

El plazo máximo para la observación de la correspondencia postal será de tres meses prorrogables por iguales periodos.

Finalizado el periodo de observación, parece lógico citar a la persona cuya comunicación ha sido observada, destruir o entregar al comunicante las copias de los telegramas no vinculados con la causa, uniéndose los demás a los autos, documentándose mediante la correspondiente diligencia de constancia, mediante transcripción²⁵²⁴.

En la actualidad es poco probable que los narcotraficantes utilicen el telegrama como medio de comunicación. Se trata de un mecanismo obsoleto poco usado en general, y menos por las personas que quieren mantener ocultos sus mensajes²⁵²⁵.

La *detención y apertura* de la correspondencia postal y telegráfica, suponen la interrupción de la comunicación de forma que no llegan a su destinatario²⁵²⁶. Se entiende por *detención* la mera retención de la correspondencia para su posterior

²⁵²³ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 431.

²⁵²⁴ MORENO CATENA, V *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 1997, p. 466.

²⁵²⁵ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 432.

²⁵²⁶ MORENO CATENA *et al.*: *Derecho Procesal...*, *Op. cit.*, p. 458.

examen por las personas que determine la ley²⁵²⁷. Consiste en la aprehensión física del soporte que se remite (carta o paquete postal), impidiendo que el envío llegue a su destinatario²⁵²⁸.

La detención se podrá realizar por el Juez personándose en la oficina o establecimiento correspondiente, o delegando su práctica al jefe de la oficina de Correos o a la Policía, en estos casos, deberá remitirse de forma inmediata la correspondencia detenida al Juez Instructor de la causa.

La apertura sólo podrá ser realizada ante el órgano judicial, documentándose mediante diligencia que será firmada por el Juez, el Secretario y los demás asistentes²⁵²⁹.

El **art. 586 LECr** dispone:

“La operación se practicará abriendo el juez por sí mismo la correspondencia y después de leerla para sí apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria. Los sobres y hojas de esta correspondencia, después de haber tomado el mismo juez las notas necesarias para la práctica de otras diligencias de investigación a que la correspondencia diere motivo, se rubricarán por todos los asistentes y se sellarán con el sello del Juzgado, encerrándolo todo después en otro sobre, al que se pondrá el rótulo necesario, conservándolo el juez en su poder durante el sumario, bajo su responsabilidad. Este pliego podrá abrirse cuantas veces el juez lo considere preciso, citando previamente al interesado”.

Otro requisito legal es la citación de la persona interesada, que podrá personarse o nombrar a otra persona para participar en la diligencia de apertura (art. 584 LECr).

Si el procesado estuviera en rebeldía, o si el citado para la apertura no quisiera presenciarla ni nombrar a persona para que lo haga en su nombre, el Juez Instructor procederá, sin embargo, a la apertura de dicha correspondencia (art. 585 LECr).

La utilización de la expresión “interesado” ha originado debates sobre cuáles son las personas que pueden incluirse en la misma.

El Tribunal Supremo ha considerado que, si no hay nada que indique lo contrario, “interesados” son aquellos que figuran como remitentes o destinatarios en el propio envío, de suerte que la garantía del secreto no debe amparar a quienes se hacen llegar envíos postales utilizando el nombre y señas de otra persona real o ficticia²⁵³⁰.

Si no aparece ningún destinatario en la dirección indicada en la carta o paquete, y no se conoce otra, o si la carta o paquete carecen de datos que permitan averiguar dónde se

²⁵²⁷ GÓMEZ COLOMER, JL *et al.* : *Derecho Jurisdiccional III*, 14 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 165.

²⁵²⁸ MONTAÑES PARDO, MA.: *La intervención de las comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 41.

²⁵²⁹ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 433.

²⁵³⁰ STS (Sala 2ª), núm. 437 / 2000, de 20 de marzo.

encuentra la persona, se supone que el envío no tiene destinatario, siendo posible abrirlo sin vulnerar ningún derecho²⁵³¹.

Por otra parte, si se trata de un destinatario ficticio y durante el curso de la investigación se ha identificado al destinatario real, este será citado para la diligencia de apertura²⁵³².

2. COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

La facilidad que ofrecen hoy en día las comunicaciones por correo electrónico, chats o programas como el Messenger, han dejado obsoletas las comunicaciones escritas por carta o telegrama. Incluso las comunicaciones orales por teléfono se han reducido considerablemente tras la creación del fax y de los mensajes de texto por teléfono²⁵³³.

El correo electrónico, dado sus características, se ha convertido en el medio de comunicación más utilizado en los últimos años. Pues, dada la velocidad de la comunicación el mensaje es recibido por su destinatario en segundos; es fiable en cuanto el mensaje llega a su destinatario, en caso contrario, el servidor emite un mensaje de error; es más económico que el correo postal; más versátil, en cuanto ofrece diversas alternativas, pudiéndose emitir no sólo un texto, sino también la voz, imágenes etc.; y es seguro, ya que el usuario para leer los correos recibidos accederá a su cuenta mediante el empleo de una contraseña²⁵³⁴.

Este cambio tecnológico exige que el Estado cree nuevos mecanismos eficaces para la observación de las comunicaciones empleadas por los delincuentes. El problema es que la legislación es casi inexistente en este tema.

La normativa sobre el tema es la regla general del **artículo 579. 3**, *in fine*, LECri al señalar que: “El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

Como manifiesta GIMENO SENDRA los preceptos legales relativos a las comunicaciones postales y telegráficas se extienden a cualquier tipo de intervención de las comunicaciones, como el fax o internet, que al igual que las escuchas telefónicas, no pudieron ser precedidas por el legislador de 1882²⁵³⁵.

²⁵³¹ ESQUIROL ZULOAGA, I.: “Diligencia de intervención de la correspondencia postal y telegráfica” en *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 107.

²⁵³² STS (Sala 2ª), núm. 888 / 1999, de 1 de junio; STS (Sala 2ª), núm. 155 / 2002, de 19 de febrero.

²⁵³³ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 434.

²⁵³⁴ GARCÍA RUIZ, JM.: “Correo electrónico y proceso penal”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2003, p. 1697.

²⁵³⁵ GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, editorial, Madrid, 2004, p. 398.

La previsión constitucional contenida en el art. 18.3 de la CE, que reconoce como derecho fundamental el secreto de las comunicaciones, es aplicable a las comunicaciones electrónicas y la previsión implícita en el art. 579. 3 *in fine*, LECr, le da cobertura legal para considerarla como prueba válida²⁵³⁶.

Según MORENO CATENA, cuando se trata de observar las comunicaciones telegráficas, o las realizadas mediante telefax o correo electrónico, cabe la observación tanto de los mensajes que envía un sujeto a otro u otros, como los que recibe de terceras personas. Y cuando se trata de las comunicaciones por teléfono, fax, correo electrónico, etc., la observación debe realizarse mediante el empleo de mecanismos que permitan acceder a su contenido y eventualmente su grabación²⁵³⁷.

Parece acertado adaptar la normativa existente a los nuevos medios de comunicación porque sería imposible crear leyes específicas para cada nuevo aparato electrónico inventado²⁵³⁸.

Debe aplicarse a las comunicaciones electrónicas toda la doctrina y la jurisprudencia relativa a las intervenciones telefónicas, respecto a los requisitos exigibles, el valor probatorio y las consecuencias de la vulneración, dado que se trata del mismo derecho fundamental del secreto de las comunicaciones²⁵³⁹.

La Ley 32 / 2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios (Real Decreto 424 / 2005, de 15 de abril), han incorporado el procedimiento para la interceptación de comunicaciones electrónicas autorizadas judicialmente conforme al art. 579 de la LECr y otras normas con rango de ley orgánica (art. 33 de la Ley 32 / 2003 y art. 83 y siguientes del Real Decreto 424 / 2005)²⁵⁴⁰.

También es destacable el artículo 12.1 de la Ley 34 / 2002, de 11 de julio, de Servicio de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico, por el que se establece que los datos de conexión y tráfico relativos a la localización de un terminal, debe ser referido por los operadores de redes y servicios electrónicos durante el plazo máximo de 12 meses. En la misma línea, la Ley de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (Ley 15 / 2007, de 18 de octubre) obliga a las empresas de telefonía a registrar los datos de los compradores de tarjetas de prepago.

En el ámbito procesal, dada la ausencia de una norma más específica, se recomienda que sea la Jurisprudencia la que ejerza un papel integrador para exigir los siguientes requisitos: finalidad legítima, resolución judicial motivada, indicios de criminalidad,

²⁵³⁶ URBANO CASTRILLO, E.: *La investigación tecnológica del delito*, Cuadernos de derecho Judicial, núm. 2, CGPJ, Madrid, 2007, p. 282.

²⁵³⁷ MORENO CATENA, V *et al.*: *El proceso penal*, V. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1411.

²⁵³⁸ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 437.

²⁵³⁹ SUITA PÉREZ.: *Op. cit.*, p. 155.

²⁵⁴⁰ CORREA DE CARVALHO.: *Op. cit.*, p. 438.

respeto a la proporcionalidad, control judicial de la medida e información diferida al interesado²⁵⁴¹.

El problema que persiste, es el relativo a las dificultades de adaptar los nuevos medios de comunicación a las reglas existentes, lo que exige que los Tribunales lleven a cabo una complicada tarea para resolver todos los problemas que se plantean.

En definitiva, ante el acelerado desarrollo de renovadas formas de delincuencia vinculadas al uso de nuevas y sofisticadas tecnologías, y la insuficiencia de la normativa existente para solventar los problemas que de ello se derivan, urge realizar una reforma integral de la LECr con el fin de ofrecer un marco normativo adecuado que se adapte a los nuevos tiempos²⁵⁴².

²⁵⁴¹ ROVIRA DEL CANTO.: *Op. cit.*, p. 309.

²⁵⁴² La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de modificación de la LECr de 13 de marzo de 2015 señala que: *La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros.*

Para tratar de hacer frente a esa necesidad, se lleva a cabo una profunda reforma del Título VIII del Libro II, reordenándose la sistemática tradicional de ese título con el fin de dar cabida a la inaplazable regulación de esta materia.

Se divide el Título VIII en diez nuevos Capítulos:

Capítulo I: “De la entrada y registro en un lugar cerrado” (arts. 545 a 572).

Capítulo II: “Del registro de libros y papeles” (arts. 573 a 578).

Capítulo III: “De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica” (arts. 579 a 588). Se actualiza en un nuevo art. 579 la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica; se introduce un nuevo art. 579 bis relativo a la utilización del resultado de esta diligencia en otro proceso penal distinto.

Capítulo IV: “Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; y registros remotos sobre equipos informáticos” (arts. 588 bis a. a 588 bis k.).

Capítulo V: “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” (arts. 588 ter a 588 ter m). Se da cobertura legal a nuevas formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la legislación procesal.

Capítulo VI: “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos” (arts. 588 quater a. a 588 quater.e). Esta medida se regula por primera vez en nuestra legislación procesal, exigiéndose para su práctica autorización del juez de instrucción, y sometimiento de la medida a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Capítulo VII: “Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen” (arts. 588 quinquies a. a 588 quinquies c.). La incidencia que puede tener en la intimidad del individuo el que se conozca su ubicación espacial, exige autorización judicial para su práctica.

Capítulo VIII: “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información” (arts. 588 sexies a. 588 sexies c.). Se consideran algo más que simples piezas de convicción, de ahí su estricta regulación.

Capítulo IX: “Registros remotos sobre equipos informáticos” (arts. 588 septies a. 588 septies c.). El intenso grado de injerencia que implica su adopción, justifica que se refuerce el ámbito objetivo de la medida.

Capítulo X: “Medidas de aseguramiento” (art. 588 octies).

PARTE CUARTA

POLÍTICA CRIMINAL

Capítulo I

PLANTEAMIENTO

El consumo de drogas es considerado como un problema social o como causa de una diversidad de problemas sociales principalmente de “salud pública” y de “orden público” (delincuencia), siendo fundamental para la comprensión de los mismos analizar la situación legal de las drogas en las sociedades actuales²⁵⁴³.

En los últimos años se ha mantenido un extenso debate en torno al tráfico de drogas, entre los defensores de una política criminal que propone no la eliminación de los problemas sino su “gestión mediante la reducción o el control de daños”, y los partidarios de una política prohibicionista como en nuestro país²⁵⁴⁴.

Como señala VÁZQUEZ GÓNZALEZ “los detractores de ésta política criminal prohibicionista, ya sean partidarios de una política criminal abolicionista o mantengan posiciones más moderadas en la línea de una legalización controlada de algunas drogas (donde prima la libertad individual sobre la salud pública) o una política basada en la “reducción de daños”, imputan a la corriente prohibicionista, represiva y sancionadora, infinidad de defectos”²⁵⁴⁵.

Tales defectos, desde un punto de vista social, penal y criminológico, son la marginación social del mundo de la droga, la estigmatización de los drogadictos y consumidores de las drogas y de los pequeños delincuentes, el favorecimiento de la criminalidad organizada, el aumento de la corrupción, o efectos criminógenos²⁵⁴⁶ (vínculos entre el tráfico de drogas y otras formas de delincuencia)²⁵⁴⁷, entre otros muchos, destacando principalmente, su ineficacia e ineptitud para resolver el problema de la droga.

Ciertamente, tras más de cuarenta años de empleo del Derecho Penal como medio para controlar el tráfico y el consumo de las drogas ilícitas, se puede verificar fácilmente que el consumo de drogas no ha disminuido de forma apreciable, que a pesar de los mecanismos policiales y del incremento considerable de comisos, cualquier ciudadano puede obtener con relativa facilidad cualquier tipo de droga, sin que los precios de la misma, se hayan incrementando cuantiosamente en los últimos años²⁵⁴⁸.

²⁵⁴³ POZO CUEVAS, F.: *Drogas y control social: representaciones sociales y tratamiento penal de las drogas*, Centro de estudios andaluces, Consejería de la presidencia, Sevilla, 2009, p. 1. Se puede consultar en <http://www.centro.de.estudios.andaluces.es>

²⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 1.

²⁵⁴⁵ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, pp. 1513 y 1514.

²⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 1514.

²⁵⁴⁷ Vid. HERRERO HERRERO.: *Criminología...*, *Op. cit.*, pp. 556 y ss.

²⁵⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, JL.: “El control penal del abuso de drogas: Una valoración política - criminal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVIII, núm. 1, 2005, p. 199. Se puede consultar en <http://www.scielo.cl>

La utilización de mecanismos represivos como forma de combatir el tráfico y consumo ilícito de drogas ha originado efectos diferentes a los que se esperaban. Ya que además, la represión no alcanza nunca a los máximos responsables, dada las características del crimen organizado, sino en la mayoría de los casos a las víctimas del problema (adictos, pequeños traficantes - consumidores)²⁵⁴⁹.

Calificar una sustancia como ilegal situándola en el ámbito prohibitivo y sancionador origina la creación de un mercado negro con el consiguiente incremento de su precio y de las ganancias obtenidas de la actividad²⁵⁵⁰, en el que se comercializa sustancias altamente adulteradas con graves consecuencias para la salud de los consumidores²⁵⁵¹.

Los defensores de la política criminal prohibicionista, consideran que la legalización de la droga conllevaría un incremento considerable del consumo, una puesta en peligro para la juventud, y una vía ineficaz para combatir el crimen organizado, poniendo como ejemplo el contrabando de tabaco, señalando que a pesar de su legalización, alcanza un volumen y unas ganancias considerables²⁵⁵².

En definitiva, hay sectores que defienden la legalización de la droga como solución al problema del narcotráfico, dado el fracaso de las políticas prohibicionistas²⁵⁵³. Y otros en cambio, consideran que la prohibición sigue siendo la mejor opción política criminal frente al narcotráfico y que “la fórmula mágica de la legalización está fuera de la realidad, pues sus beneficios coyunturales serían superados por sus perjuicios”²⁵⁵⁴.

Es conveniente, pues, examinar en primer lugar, la tesis de los partidarios de la legalización, y la de los defensores de la prohibición de la droga. Para a continuación analizar el modelo de política criminal existente en materia de drogas no sólo en nuestro país, sino a nivel mundial, con el fin de observar, sus logros o fracasos.

²⁵⁴⁹ POZO CUEVAS.: *Op. cit.*, p. 10.

²⁵⁵⁰ PRIETO RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 17.

²⁵⁵¹ SLAPAK, S / GRIGORAVICIUS, M.: “Consumo de drogas: la construcción de un problema social” *Anuario de Investigaciones*, volumen XIV, Universidad de Buenos Aires, 2006; pp. 239 - 249. Se puede consultar en <http://www.scielo.org.ar>

²⁵⁵² Vid., ambas posturas en, AMBOS, K.: *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EEUU y Europa. Eficacia y alternativas*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Argentina, 1998, pp. 161 a 164. Díez Ripollés, J.L.: “Alternativas a la actual legislación sobre drogas” en *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 584 -623. HERRERO HERRERO.: *Criminología...*, *Op. cit.*, pp. 578 y ss.

²⁵⁵³ En este sentido, entre otros: BARATTA, A.: “Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas” en *La actual...*, *Op. cit.*, pp. 22; Díez Ripollés.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, pp. 126 y ss; MUÑOZ CONDE.: “Drogas...”, *Op. cit.*, p. 567; NEWMAN, E.: “El modelo neoliberal y la legalización de las drogas”, en *SERTA: In memoriam de Alexandri Baratta*, CISE / Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1349 y ss.;

²⁵⁵⁴ GUILLÉN LÓPEZ, G.: “Discusión política criminal en torno al tráfico de drogas”, *Estudios en Derecho y Gobierno*, Universidad católica de Colombia, 2009, pp.11 y 12. Se puede consultar en <http://www.portalweb.ucatolica.edu.co>. Apoyan la prohibición, entre otros: SEQUEROS SAZATORNIL.: *El tráfico...*, *Op. cit.*, p. 913; LAFONT NICUESA, L.: “Comentario sobre la legalización del tráfico de drogas y algunos problemas sobre los tipos penales vigentes en el derecho español”, *RMF*, núm. 11, 2003, pp. 39 y 40; KREUZER, A.: “Las drogas en la República Federal de Alemania. Problemática y aspectos político criminales”, en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Instituto Alemán, Madrid, 1982, p. 83 HERRERO HERRERO.: *Criminología...*, *Op. cit.*, p. 579.

Capítulo II

DISCUSIÓN POLÍTICA CRIMINAL EN TORNO AL TRÁFICO DE DROGAS

1. TESIS DE LOS PARTIDIARIOS DE LA LEGALIZACIÓN

Los defensores de la legalización propugnan un cambio radical en la política criminal antidroga. Su postura se caracteriza más por la tutela de las libertades fundamentales, que por la salvaguarda absoluta de la salud pública; más “consciente y tolerante del respeto hacia aspectos simbólicos y culturales, y en otros casos apegada a criterios que buscan reducir el alto costo económico y social que representa la práctica de una política prohibicionista”²⁵⁵⁵.

Los argumentos de los partidarios de la legalización de la droga y la despenalización de las conductas vinculadas con su tráfico, se centra en la crítica de la percepción actual de los gobiernos (fundamentalmente los occidentales) sobre el consumo de drogas, porque consideran que la posición gubernamental parece no comprender la esencia de estas sustancias²⁵⁵⁶.

Tales argumentos son, entre otros, los siguientes:

- a. El consumo de drogas ha estado presente en todas las civilizaciones sin que constituya un peligro social, su peligrosidad no deriva de las drogas en sí mismas, sino del vínculo que el hombre establece con éstas²⁵⁵⁷. El problema de la droga en la sociedad actual es debido no tanto a sus características, sino al “furor de su consumo”²⁵⁵⁸.

Como señala ZOJA “el consumo de drogas menos destructivo parece ser aquel que practican algunas sociedades primitivas, donde el recurso a la droga se enmarca dentro de un fenómeno mucho más complejo. Esta práctica tiene muy poco en común con el consumo ansioso e impaciente que observamos en la sociedad actual. La práctica primitiva está precedida por purificaciones, adiestramientos, renunciaciones; está delimitada, acompañada y protegida por rituales que garantizan su pertenencia a un contexto. Si se respetan estas condiciones, puede dar lugar no sólo a la regresión sino a un desarrollo de la personalidad. El verdadero problema de la droga hay que observarlo dentro de un modelo

²⁵⁵⁵ SEQUEROS SAZATORNIL.: *El tráfico...*, *Op. cit.*, p. 914.

²⁵⁵⁶ NEUMAN, E.: *Legalización de las drogas*, 2ª edición, Desalma, Buenos Aires, 1997, p. 1.

²⁵⁵⁷ MANZANOS BILBAO, C.: “Apuntes sobre la reconstrucción del problema de la droga” en *Los agentes sociales ante las drogas*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 280.

²⁵⁵⁸ GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 13.

consumista, nacido en un espacio dónde lo sagrado retrocede ante lo profano, el ritual ante la obsesión, el arquetipo ante el estereotipo”²⁵⁵⁹.

- b. La prohibición de las drogas se asienta en una “potente discriminación de la cultura dominante”²⁵⁶⁰.

Tal y como se utilizó en el pasado, como “instrumento de dominación interno en los países desarrollados y como dispositivo de sostenimiento en los procesos de conquista e imposición de nuevos estereotipos de vida por parte de los gobiernos occidentales, al resto de las civilizaciones y cultura del país”²⁵⁶¹.

Desde esta lógica son prohibidas sustancias no incluidas en la esfera social (como por ejemplo, el hachís y la marihuana) y se fomenta el consumo de otras incluidas en el ámbito cultural, y por tanto, permisibles (como el café y el alcohol) aún cuando conlleven iguales o superiores riesgos que las sustancias prohibidas, para la salud de las personas²⁵⁶².

- c. La incriminación del narcotráfico en el ámbito de actividades delictivas, tiene finalidades políticas, pero no político - criminales. La tipificación de las conductas relativas al tráfico de drogas tiene diversas finalidades. Son las siguientes ²⁵⁶³:

- 1^a. Mantener el estereotipo de que es necesario combatir el consumo y la producción de la droga, justificando con ello la existencia de un “Estado bienhechor” que debe combatir a tan “peligroso enemigo público”.
- 2^a. Utilizar esta actividad como un estigma que actúe como cortina de humo en situaciones críticas, como en los casos de crisis económica o de escándalo político.
- 3^a. Servir como chivo expiatorio para atribuir responsabilidades y descargar la represión, ya sea desviando la atención de los conflictos más graves, o canalizando las aspiraciones subversivas de la población.
- 4^a. Justificar la “pro - propaganda estatal encubierta” utilizando los medios de comunicación para originar admiración y respeto por las personas e instituciones gubernamentales que luchan contra ese enemigo común²⁵⁶⁴, y difundir entre la sociedad un sentido de solidaridad con aquéllas.
- 5^a. Disfrazar los valores socialmente aceptados y ocultar otros que son perjudiciales, como la corrupción pública.
- 6^a. Ser un instrumento de presión política.

²⁵⁵⁹ ZOJA, L.: *Drogas: Adicción e iniciación. La búsqueda moderna del ritual*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 159.

²⁵⁶⁰ GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 13.

²⁵⁶¹ MANZANOS BILBAO.: *Op. cit.*, p. 281.

²⁵⁶² GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 13.

²⁵⁶³ *Ibidem*, p. 14.

²⁵⁶⁴ Como señala NEUMAN, E.: *Droga y criminología*, Siglo XXI, México, 1984, p. 79: A veces, “el enemigo no es ficción. Existe. Es concreto pero no tiene ni las formas ni el carácter ni las dimensiones que se pretende”.

- d. En la actualidad, está plenamente demostrada la ineficacia del modelo represivo para combatir el narcotráfico²⁵⁶⁵. Con esto se ha producido un efecto totalmente opuesto al pretendido, es decir, no se evita que la droga este a disposición del consumidor, sino que se incrementa considerablemente su costo, favoreciendo la aparición de poderosas organizaciones criminales, y la creación de lucrativo mercado negro. Ello origina que gran parte de los consumidores delinca para poder costearse su dosis²⁵⁶⁶. Agravándose además, su marginación social.
- e. El modelo prohibicionista también ha fracasado en su intento de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos²⁵⁶⁷, ya que atentan contra alguno de los principios generales del derecho reconocidos constitucionalmente y a nivel internacional. La evolución legislativa relativa a su prevención y sanción, y sus numerosas reformas, solo ha logrado incrementar las detenciones por presunto tráfico ilegal de drogas²⁵⁶⁸.
- f. La permisión que existe frente a la producción y consumo del alcohol y tabaco, hacen insostenibles los argumentos de los defensores de la represión del narcotráfico como fundamento en la salud pública. La prohibición de determinadas sustancias también es discutible mientras no exista claridad sobre los criterios médicos, políticos, económicos y sociales, para determinar su carácter lícito o ilícito²⁵⁶⁹.
- g. El tráfico internacional de drogas, el blanqueo de capitales, el asecho a los circuitos bancarios, la corrupción a los funcionarios públicos, entre otros aspectos, dejaría de ser un problema si existiera una política criminal permisiva. Las teorías económicas de la criminalidad sostienen que los mercados ilegales no pueden ser eliminados por la vía del Derecho Penal, debido a que la política prohibicionista es un presupuesto de la creación y funcionamiento de los mercados ilegales²⁵⁷⁰.

Sí los gobiernos tutelaran el tráfico de estas sustancias como un negocio lícito, se reduciría considerablemente el enorme coste social y económico que se deriva de una legislación prohibicionista y su ejecución²⁵⁷¹.

- h. Los modelos represivos se limitan a realizar una política asistencial centrada exclusivamente en los supuestos de adicción más extremos, no están orientados a mejorar las circunstancias personales y sociales de los consumidores y producen incertidumbre sobre el carácter de su actividad, pues es difícil precisar

²⁵⁶⁵ MÉLENDEZ SÁNCHEZ, LF.: *Consideraciones criminológicas en materia de narcotráfico*, Dykinson, Madrid, 1989, p. 216.

²⁵⁶⁶ MUÑOZ CONDE.: “Drogas...”, *Op. cit.*, p. 576.

²⁵⁶⁷ Vid. ISASI, M.: “Seamos realistas, legalicemos las drogas”, en *Los agentes sociales ante las drogas*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 273.

²⁵⁶⁸ CARRERA, MJ.: “Reflexión sobre la penalización del tráfico de drogas, la penalización administrativa y el recorte de los derechos cívicos”, en *Los agentes sociales...*, *Op. cit.*, p. 270.

²⁵⁶⁹ NEUMAN.: *Legalización...*, *Op. cit.*, pp. 1 y 2.

²⁵⁷⁰ ALBRECHT, HJ.: *Criminalidad trasnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 82.

²⁵⁷¹ NEUMAN.: *Legalización...*, *Op. cit.*, p. 295.

si realizan un trabajo de asistencia social, o ejercen un control social con consecuencias insanas.

- i. Desde el punto de vista económico, el coste del mantenimiento de una legislación prohibicionista es muy elevado²⁵⁷². Ocasiona un enorme gasto público por la necesidad de mantener las instituciones del Estado creadas para combatir el narcotráfico²⁵⁷³.
- j. La política actual en tráfico de drogas debilita los esfuerzos orientados a la prevención. Se incita al consumo de drogas como forma de manifestar una actitud rebelde, lo que resulta muy atractivo para los jóvenes.
- k. Si se legalizara el consumo, las muertes por consumo de drogas ilícitas adulteradas disminuiría. El mayor peligro de estas sustancias, es su circulación por el mercado negro sin control alguno. Por ello, el libre comercio de la droga por el que el gobierno garantizase la pureza de la droga vendida y la presentación de la etiqueta, sería una mejor opción²⁵⁷⁴.

2. TESIS DE LOS DEFENSORES DE UNA POLÍTICA PROHIBICIONISTA DE LAS DROGAS

Quienes están en contra de la despenalización de la droga consideran que los argumentos expuestos por los partidarios de la legalización son superficiales, y sin sustento científico ni base empírica. Y que la propuesta de legalización responde más a la frustración de un grupo de penalistas que “carecen de imaginación y compromiso con la ciencia y la sociedad, que a un reparo importante al sentido común”²⁵⁷⁵. En general, las críticas formuladas son:

- a. Los partidarios de la legalización parecen olvidar los beneficios de arbitraje que ofrece la política actual en la materia respecto a los controles en la producción y fabricación de las drogas. También parecen olvidar las medidas defensivas adoptadas para tutelar la salud pública²⁵⁷⁶.
- b. Lo único que se lograría liberalización la oferta y permitiendo la libre circulación de estas sustancias, sería la disminución de su costo. Sin embargo, ello no evitaría que el negocio de la droga siguiera siendo rentable, sólo implicaría que la droga pasaría de manos de los traficantes a los propietarios de los oligopolios nacionales e internacionales (legales), quienes comerciarían con

²⁵⁷² HAMOWY, R.: *Tráfico y consumo de drogas. Consecuencias de su control por el Gobierno*, Unión, Madrid, 1991, pp. 13.

²⁵⁷³ SEQUEROS SAZATORNIL.: *El tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 914.

²⁵⁷⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.: “El problema de la droga: ¿Legalización o represión?”, *CPC*, núm. 38, 1989, p. 446.

²⁵⁷⁵ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, pp. 579 y 580.

²⁵⁷⁶ SEQUEROS SAZATORNIL.: *El tráfico...*, *Op. cit.*, p. 915.

estas sustancias conforme a los patrones de libre mercado²⁵⁷⁷, a pesar de sus implicaciones²⁵⁷⁸.

- c. La legalización de determinadas drogas (como la marihuana) originaría nuevos problemas de política criminal, tanto entre los jóvenes como en la población adulta²⁵⁷⁹.

Facilitar el acceso a las drogas sólo conllevaría un aumento de los consumidores de sustancias tóxicas²⁵⁸⁰. Cuando se facilita a los toxicómanos el acceso a las drogas mediante prescripción médica, se corre el riesgo de que se cree un mercado paralelo en el que se comercie con tales recetas, para ofrecer dosis superiores a las prescritas por el médico²⁵⁸¹.

- d. La experiencia de Holanda demuestra que la legalización de la droga no reduce el número de consumidores. Pues, a pesar de que en 1970 se legalizó el consumo y venta de cantidades menores de drogas blandas, en la actualidad, el número de consumidores en Holanda es el mismo que el de los países en los que existen una política prohibicionista²⁵⁸².

Esta liberalización de la droga, ha originado un incremento de la criminalidad y de lo que se ha denominado “drogo turismo”. El número de turistas que llegaban a Ámsterdam no podía explicar la magnitud del flujo de divisas en los establecimientos de cambio de divisas, mucho de ellos tapaderas de la criminalidad organizada, cuyo objetivo principal era el blanqueo de dinero ilícito²⁵⁸³.

- e. La idea de que la legalización de las drogas frenaría el desarrollo de gran parte de las organizaciones criminales que operan en la actualidad es tan equivocada, como afirmar que la prohibición favorece la expansión del crimen organizado, y la legalización lo hace desaparecer. Estos criterios parecen olvidar que las potentes organizaciones criminales tienen²⁵⁸⁴:

- Una gran capacidad de transformación.
- Una gran habilidad para conllevar la existencia de otras organizaciones criminales en el mercado o expulsarlas cuando suponen un obstáculo para sus objetivos.
- La facilidad de abrir su mercado a menores e incapaces protegidos por

²⁵⁷⁷ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 580.

²⁵⁷⁸ Según GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 20, implicaría “sumas millonarias invertidas en publicidad a favor del consumo de las drogas legalizadas para conseguir expansión de mercado y con ello la apología de su consumo en la mayoría de los sectores sociales”.

²⁵⁷⁹ KREUZER.: *Op. cit.*, p. 83.

²⁵⁸⁰ GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 20.

²⁵⁸¹ SEQUEROS SAZATORNIL.: *Op. cit.*, p. 915.

²⁵⁸² GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 21.

²⁵⁸³ DEL CERRO ESTEBAN, JM.: Fiscalía General del Estado en materia de drogodependencias, en *Medicina Legal y Drogodependencias*, / EL SEVIER SCIENCE, Madrid, 2002, p. 68.

²⁵⁸⁴ GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 21.

- las leyes antidrogas.
- La perspicacia para crear un mercado paralelo a las sustancias legalizadas.
 - La perspicacia para crear un mercado paralelo a las sustancias legalizadas como sucede con el tabaco²⁵⁸⁵.

En síntesis, la legalización de la droga agravaría los siguientes problemas: a) la violencia y la actividad delictiva; b) el daño a la salud individual y colectiva; c) incrementaría el costo social; d) reduciría la productividad; e) atentaría contra la cohesión familiar y social; f) vulneraría el derecho a la salud y a la seguridad de terceros; g) no erradicaría el narcotráfico ni los delitos que crea²⁵⁸⁶.

²⁵⁸⁵ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 580.

²⁵⁸⁶ GUILLÉN LÓPEZ.: *Op. cit.*, p. 22.

Capítulo III

LA POLÍTICA INTERNACIONAL DE CONTROL DE DROGAS

1. ORÍGENES DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE CONTROL DE DROGAS

El inicio del control de drogas en el ámbito internacional se remonta a 1909, cuando las principales naciones internacionales del momento se reunieron el 26 de febrero, en la Comisión de Opio de Shanghái, con el fin de gestionar el comercio y el consumo de opio en Asia²⁵⁸⁷.

Este período resulta relativamente breve si se atiende a la larga evolución histórica de producción y consumo de sustancias en todas las civilizaciones y épocas, con diversas finalidades médicas, rituales o recreativas²⁵⁸⁸.

La Comisión de Shanghái marcó el inicio del control multilateral de la producción, comercio y consumo de determinadas sustancias psicoactivas, aunque el resultado de la misma fue un conjunto de recomendaciones de carácter no vinculante²⁵⁸⁹.

No obstante, estas recomendaciones constituyeron una base sólida para iniciar la homogenización de las políticas de control a nivel global.

El 23 de enero de 1912 se firma en la Haya, la primera convención multilateral vinculante, lo que originó un régimen de control cada vez más sofisticado, con la firma de sucesivos tratados internacionales, gestionado por la Sociedad de Naciones, y tras la Segunda Guerra Mundial, pasó a formar parte del sistema de Naciones Unidas²⁵⁹⁰.

²⁵⁸⁷ La Comisión estuvo integrada, a invitación de Estados Unidos, por las principales naciones coloniales en la región en ese momento: Reino Unido, Francia, Alemania, Japón, Rusia, Países Bajos, Portugal, China, Siam (actual Tailandia), Persia (actual Irán), Austria - Hungría e Italia. El Imperio Otomano rechazó la invitación. Vid. BUXTON, J.: "The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime", *The World Bank, Policy Research Working Paper* núm.4553, 2008, p. 11. Se puede consultar en <http://www-wds.worldbank.org/servlet>.

²⁵⁸⁸ Vid. ESCOHOTADO, A.: *Historia...*, *Op. cit.*, p. 7.

²⁵⁸⁹ Vid. Resolución final de la Comisión Internacional del Opio, 26 febrero 1909, Shanghái, China, en Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008), "A Century of International Drug Control", versión extendida del capítulo 2 del Informe Mundial sobre Drogas correspondiente al año 2008, p. 45. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

²⁵⁹⁰ SÁNCHEZ AVILÉS, C.: *El régimen internacional frente al problema mundial de las drogas. Evolución, políticas alternativas y resistencia al cambio*, Trans - Border Institute (TBI), University of San Diego, 2012, pp. 1 y 2. Se puede consultar en <http://www.justiceinmexico.files.wordpress.com>

La Convención Internacional del Opio de 1912²⁵⁹¹ fue el primer tratado multilateral sobre la producción, comercio y consumo de determinadas sustancias psicoactivas, que tuvo por objeto “perseguir la supresión progresiva del abuso del opio, de la morfina, y de la cocaína, así como de las drogas preparadas o derivadas de estas sustancias (...)”²⁵⁹². La firma de esta Convención marcó el inicio del consenso internacional respecto al problema mundial de las drogas²⁵⁹³, y de diversos tratados internacionales que limitaban la producción, el comercio y el consumo de determinadas sustancias psicoactivas exclusivamente a fines médicos y científicos²⁵⁹⁴.

Como consecuencia de este proceso, el régimen internacional de control de drogas en la actualidad, está integrado por tres Convenciones: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972, la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988²⁵⁹⁵.

Además de estos tres tratados, existen órganos de control en el seno de las Naciones Unidas que se encargan de formular la política internacional de control de las drogas, de supervisar su cumplimiento por los Estados y de garantizarles asistencia: la Comisión de Estupefacientes (en adelante, la Comisión), la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (la Junta o JIFE), la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (Oficina u ONUDD), y la Organización Mundial de la Salud (OMS), a la que le corresponde una función de auxilio, de la mano del Comité de Expertos en Farmacodependencia²⁵⁹⁶.

²⁵⁹¹ Entró en vigor el 11 de febrero de 1915 (para China, Países Bajos, Usa), y el 28 de junio de 1919, incorporada al Tratado de Versalles, entró en vigor globalmente.

²⁵⁹² Vid. Preámbulo de la Convención Internacional del Opio, hecho en la Haya el 23 de enero de 1912.

²⁵⁹³ La idea de la existencia de un consenso internacional en materia de control de drogas es repetida constantemente por los organismos de control de drogas en el marco de las Naciones Unidas. En los documentos de Naciones Unidas es fácil encontrar alusiones al consenso internacional sobre el problema de las drogas y la solución al mismo. No obstante, la realidad parece evidenciar más bien, que no existe unanimidad entre los Estados respecto a la política a adoptar.

²⁵⁹⁴ Acuerdo relativo a la fabricación, el comercio interior y el uso de opio preparado de 11 de febrero de 1925, firmado en Ginebra (entró en vigor el 28 de julio de 1926); Convención Internacional del Opio de 19 de febrero de 1925, firmada en Ginebra (entró en vigor el 25 de septiembre de 1928); Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes (enmendada por el Protocolo de 1946) de 13 de julio de 1931, firmada en Ginebra (entró en vigor el 9 de julio de 1933); Acuerdo para la supresión del hábito de consumir opio en el Lejano Oriente de 27 de noviembre de 1931, firmado en Bangkok (entró en vigor el 22 de abril de 1937); Convención para la represión del tráfico ilícito de drogas peligrosas de 26 de junio de 1936, hecha en Ginebra, Suiza (entró en vigor el 26 de octubre de 1939).

Respecto al control de drogas en el marco de la Sociedad de Naciones destacan: el Protocolo de 11 de diciembre de 1946, firmado en Nueva York (entró en vigor el 11 de diciembre de 1946), que modifica los Acuerdos, Convenciones y Protocolos sobre Estupefacientes concertados en la Haya el 23 de enero de 1912, en Ginebra el 11 de febrero de 1925 y el 13 de julio de 1931, en Bangkok el 27 de noviembre de 1931 y en Ginebra el 26 de junio de 1936. El Protocolo de 19 de noviembre de 1948, firmado en París (entró en vigor el 1 de diciembre de 1949), por el que se somete a fiscalización internacional ciertas drogas no comprendidas en la Convención del 13 de julio de 1931 para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, modificada por Protocolo firmado en Nueva York el 11 de diciembre de 1946. Y el Protocolo para limitar y reglamentar el cultivo de la adormidera y la producción, el comercio internacional, el comercio al por mayor y el uso del opio firmado en Nueva York el 23 de junio de 1953 (entró en vigor el 13 de diciembre de 1963).

²⁵⁹⁵ El texto completo de las Convenciones se puede consultar en <http://www.unodc.org>

²⁵⁹⁶ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 2.

Prácticamente todos los Estados de la comunidad internacional forman parte de esta política de control de drogas, habiendo adoptado en sus ordenamientos internos leyes para el cumplimiento de los tratados, basados en el principio fundamental de limitar exclusivamente a fines médicos y científicos la producción, el comercio y el consumo de determinadas sustancias psicoactivas. No obstante, la aplicación de las normas internacionales corresponde a las autoridades nacionales, las cuales configuran sus políticas de control de drogas de acuerdo a las necesidades y problemas que surgen en su territorio. Los problemas vinculados contra las drogas y las políticas para controlarlos son diferentes en cada país, incluso en las diversas regiones de un mismo país²⁵⁹⁷.

Así, el principal problema de un país como Colombia es la violencia y la inestabilidad que se deriva de la producción y exportación de cocaína, aunque su consumo no haya alcanzado porcentajes elevados. En Turquía el principal problema es la corrupción asociada al tránsito de heroína procedente de Afganistán hacia el mercado europeo. En cambio, en los países desarrollados de Europa Occidental, como España, Suecia o Reino Unido, el principal problema es el elevado porcentaje de adictos a la cocaína y a la heroína, y de consumidores de cannabis²⁵⁹⁸. En los últimos años México y América Central han sufrido un grave aumento de la violencia ocasionado por el tráfico de cocaína hacia el mercado de EEUU²⁵⁹⁹. Por ello, aunque todas las políticas internacionales se encuadren dentro de un mismo marco internacional, y todos los países someten a control las mismas sustancias, y prohíben las mismas actividades vinculadas a su consumo, posesión, producción y tráfico, existen una gran diversidad de enfoques en las políticas nacionales de control de drogas²⁶⁰⁰.

2. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE CONTROL DE DROGAS ACTUAL

Un régimen internacional se define como un “conjunto de principios explícitos o implícitos, normas, reglas y procesos de adopción de decisiones en torno a los que convergen las expectativas de los actores en un área determinada de las relaciones internacionales”²⁶⁰¹.

Un régimen existe cuando los Estados y otros actores internacionales relevantes, con el fin de evitar los costes que origina la acción individual y no coordinada, acuerdan limitar su soberanía sometiéndose a normas y procedimientos a la que adecuan su conducta en un ámbito concreto²⁶⁰².

²⁵⁹⁷ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 5

²⁵⁹⁸ Vid. REUTER, P / TRAUTMANN, F (eds.): “A Report on Global Illicit Drug Markets 1998 - 2007”, *Comisión Europea*, 2009. Se puede consultar en <http://www.ec.europa.eu/justice>

²⁵⁹⁹ Vid. MOLZAHN, C / RÍOS, V / SHIRK, DA.: “Drug Violence in México. Data and Analysis Through 2011”, Special Report, *Tans-Border Institute*, 2012. Se puede consultar en <http://www.justiceinmexico.files.wordpress>

²⁶⁰⁰ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 5

²⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 5. Vid. KRASNER, S. D.: “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables” en *International regimes*, Ithaca / Londres: Cornell University Press, 1983, p.1.

²⁶⁰² DONNELLY, J.: “The United Nations and the Global Drug Control Regime”, en *Drug Policy in the Americas*, Boulder: Westview Press, 1992, pp. 282 - 284.

Como hemos apuntado en líneas anteriores, el régimen internacional de control de cambios existe desde que a principios de siglo XX se comenzaron a firmar las primeras convenciones multilaterales sobre el control del abuso de las drogas, aunque no se hayan cumplido de forma estricta²⁶⁰³.

En la actualidad, casi todos los Estados están integrados en este régimen internacional, habiendo adaptado su legislación interna para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en sus tratados. En las convenciones sobre control de drogas se dan elevados porcentajes de ratificación: el 95% de los Estados miembros de la ONU son parte de los tres tratados, lo que supone el 99% de la población mundial²⁶⁰⁴.

En noviembre de 2011, el número de Estados parte en la Convención única de 1961 era de 186²⁶⁰⁵, de 183 en el caso de la Convención de 1971 y de 184 los Estados parte en la Convención de 1988²⁶⁰⁶.

2.1. Convenciones Internacionales sobre control de drogas

La ONU tiene una dilatada experiencia en la lucha contra las drogas. Es un referente básico en materia de legislación internacional, como se pone de manifiesto por los tres tratados internacionales más importantes en materia de control de drogas.

Estos tratados tienen dos objetivos generales, tal y como se reflejan en sus preámbulos, que tratan de lograr mediante la implantación de determinadas obligaciones a los Estados parte.

El primero consiste en disminuir la disponibilidad de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para prevenir el abuso y la adicción, “reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad”²⁶⁰⁷ por lo que los Estados parte están decididos a “prevenir y combatir el uso indebido de tales sustancias y el tráfico ilícito a que da lugar”²⁶⁰⁸.

En el ámbito de este objetivo se encuentran las medidas destinadas a combatir la elaboración, comercio y tráfico ilícito de sustancias²⁶⁰⁹.

²⁶⁰³ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 13.

²⁶⁰⁴ JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES, “Los tratados de Fiscalización Internacional de drogas: historia, logros y dificultades”, *Informe anual de la JIFE de 2008*, p. 5.

²⁶⁰⁵ Según el Informe anual de la JIFE correspondiente al año 2011, de esos Estados, 184 eran parte en la Convención de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972, mientras que Afganistán y Chad continuaron siendo parte en la Convención de 1961 en su forma no enmendada. E / INCB / 2011 / 1, p. 9.

²⁶⁰⁶ Según el Informe anual de la JIFE correspondiente al año 2011 “sigue habiendo 16 Estados que todavía no han pasado a ser parte en todos los tratados de fiscalización internacional de drogas. Oceanía sigue siendo la región en que la mayoría de los Estados no se han adherido a todos los tratados”. E / INCB / 2011 / 1, p. 9.

²⁶⁰⁷ Vid. Preámbulo de la Convención Única de 1961.

²⁶⁰⁸ Vid. Preámbulo de la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971.

²⁶⁰⁹ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 14.

El segundo objetivo consiste en limitar el uso de las sustancias controladas a fines exclusivamente médicos y científicos, cuyo empleo es imprescindible para atenuar el dolor y sufrimiento humano, por lo que “deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes”²⁶¹⁰ y no debe “restringirse indebidamente su disponibilidad (de sustancias psicotrópicas) para tales fines”²⁶¹¹.

De igual modo, las Convenciones establecen seis obligaciones generales para los Estados²⁶¹²:

- 1ª. La creación de una infraestructura institucional destinada a gestionar el control de sustancias a nivel nacional e internacional.
- 2ª. La clasificación en su legislación interna de cada sustancia estupefaciente y psicotrópica y cada precursor químico, garantizando el control mínimo exigido por las Convenciones, creando al mismo tiempo una regulación específica para su comercio lícito.
- 3ª. La prevención del abuso de drogas mediante la adopción de medidas de tratamiento y rehabilitación para consumidores problemáticos.
- 4ª. La tipificación del tráfico ilícito de drogas y de conductas asociadas al mismo (blanqueo de capitales, tráfico de precursores²⁶¹³) como delitos graves en el derecho penal nacional.
- 5ª. La tipificación de la posesión, adquisición o cultivo de sustancias para consumo personal, pudiendo ser las medidas de tratamiento y rehabilitación alternativas a la condena.
- 6ª. La participación en la cooperación internacional en materia penal con el resto de los Estados parte en casos graves vinculados al delito de tráfico de drogas y el lavado de dinero²⁶¹⁴.

2.1.1. La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961

La Convención Única hecha en Ginebra el 30 de marzo de 1961, se firmó por España el 27 de julio de 1961 y se ratificó por Instrumento de 3 de febrero de 1966²⁶¹⁵.

Esta Convención fue el resultado de la recopilación de los convenios o tratados aprobados sobre control de drogas, entre 1912 y 1953. Su objetivo es combatir el abuso de drogas mediante una acción internacional coordinada²⁶¹⁶. Para ello, en primer lugar,

²⁶¹⁰ Vid. Preámbulo de la Convención Única de 1961.

²⁶¹¹ Vid. Preámbulo de la Convención de 1971.

²⁶¹² En este sentido Vid. LEORY, B.: “International drug policy: challenges and perspectives”, en *Global Drug Policy: Building a new framework*, Contributions to the Lisbon International Symposium on Global Drug Policy, 2003. Organizado por *The Senlis Council*, Octubre de 2003, pp. 7 - 14.

²⁶¹³ Según el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, son “necesarias medidas de control respecto a determinadas sustancias, como son los precursores, productos químicos y disolventes, que se utilizan en la fabricación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y que, por la facilidad con la que se consiguen, han provocado un aumento de la fabricación clandestina de esas drogas y sustancias”.

²⁶¹⁴ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 14.

²⁶¹⁵ BOE núm.86 / 11 de abril de 1967.

²⁶¹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ / DÍAZ RIPOLLÉS.: *Las drogas...*, *Op. cit.*, p. 30.

el art. 4, apartado c) de la Convención de 1961, establece que los Estados partes deberán adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para “limitar a fines exclusivamente médicos y científicos la producción, fabricación, exportación e importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes”.

En segundo lugar, como señala la ONUDD, trata de racionalizar los mecanismos de fiscalización internacional de drogas, reorganizando su administración en el seno de Naciones Unidas y extendiendo la fiscalización a otros ámbitos²⁶¹⁷, en especial a las materias primas de la de que se obtienen las sustancias estupefacientes: la planta de adormidera, el arbusto de coca y la planta de cannabis²⁶¹⁸.

Las sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización se contienen en cuatro listas anexas a la Convención, a las que se van añadiendo los nuevos compuestos.

La inclusión de las sustancias en una u otra lista, corresponde al Comité de Expertos en Farmacodependencia, atendiendo al valor médico y terapéutico de la sustancia, y teniendo en cuenta el riesgo que puede ocasionar para salud por sus propiedades adictivas²⁶¹⁹.

Los estupefacientes más peligrosos son los contenidos en la Lista IV: cannabis y resina de cannabis, cetobemidona, desomorfinina, heroína, cocaína, así como las sales derivadas de todos los anteriores²⁶²⁰.

En opinión de numerosos expertos, la Convención no sólo supuso la recopilación de los convenios o tratados anteriores sino que introdujo un enfoque prohibicionista a un régimen que hasta la fecha había estado centrado en la regulación de la comercialización de las sustancias sometidas a fiscalización²⁶²¹.

La Convención supuso una ruptura respecto a la regulación de la materia por los tratados precedentes, y un giro hacia un enfoque prohibicionista. Así, la principal novedad fue la prohibición del consumo de sustancias que durante siglos habían estado presentes en las tradiciones sociales, culturales y rituales de muchas civilizaciones²⁶²².

La Convención estaba orientada fundamentalmente a suprimir la producción y el consumo de sustancias de origen vegetal como la coca y la cocaína, el opio y la heroína y el cannabis, productos en aquel momento se producían principalmente en los países de

²⁶¹⁷ Vid. Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, “Un siglo de fiscalización Internacional de drogas”, *Informe Mundial sobre las Drogas*, 2008, p. 202.

²⁶¹⁸ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 14.

²⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 15.

²⁶²⁰ Vid. Clasificación de sustancias estupefacientes en la Convención de 1961 (anexo, Lista Amarilla). Se puede consultar en <http://www.incb.org/incb/yellow-list.html>

²⁶²¹ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 15. En este sentido, vid., SHINA, J.: “*The History and Development of the Leading International Drug Control Conventions*”, 2001, Informe preparado para el Comité Especial de Senado sobre Drogas ilegales, Biblioteca del Parlamento, Canadá. Se puede consultar en <http://www.globalcommissionondrugs.org>.

²⁶²² BEWLEY - TAYLOR, D / JELSMA, M.: “Regime change: Re- visiting the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs”, *The International Journal on Drug Policy* 23, núm. 1, 2012, p. 73.

desarrollo. La inclusión de las diversas plantas y sus productos en las listas de fiscalización no se realizó siempre en base a criterios científicos, sino en virtud de la creencia de que todas las sustancias psicoactivas eran igualmente nocivas, hasta que se demostrara lo contrario²⁶²³.

Dicha Convención fue posteriormente enmendada por el Protocolo de modificación llevado a cabo en Ginebra el 25 de marzo de 1972, ratificado por España el 4 de enero de 1977²⁶²⁴. Consta únicamente de 16 artículos. Entre las novedades que incorpora cabe destacar la inclusión de nuevas sustancias; se atribuyen nuevas funciones a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes; se adoptan nuevas medidas para controlar el uso indebido de estupefacientes, previniéndose la celebración de acuerdos para la creación de centros regionales de investigación científica y educación destinados a combatir el problema del tráfico. Se vuelve a insistir en la función terapéutica con adopción de medidas de tratamiento, educación y readaptación social²⁶²⁵.

2.1.2. El Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971

El Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, firmado en Viena el 21 de febrero de 1971, y ratificado por Instrumento de 2 de febrero de 1973²⁶²⁶. Consta de 33 artículos. La principal novedad de este tratado fue el sometimiento a fiscalización de nuevas sustancias de origen sintético: estimulantes de tipo anfetamínico, alucinógenos como el LSD, el éxtasis o MDMA, sedantes, ansiolíticos, analgésicos y antidepresivos²⁶²⁷. Estas sustancias, al igual que en la Convención Única, están clasificadas en cuatro listas atendiendo a su valor potencial y su valor terapéutico²⁶²⁸. Las listas aunque están cerradas, son ampliables.

Los Estados parte se comprometieron a adoptar medidas para prevenir el uso indebido de estas sustancias y garantizar su suministro exclusivamente mediante prescripción médica, implantándose además, un sistema general estricto respecto a las previsiones de necesidades de sustancias psicotrópicas en cada país, licencias para su fabricación, comercialización y distribución nacional e internacional²⁶²⁹.

El tratado contempla también la reincidencia internacional, se considera delictiva la participación deliberada o concertada para cometer cualquier delito de tráfico o la considera tentativa, y los actos preparatorios y operaciones financieras vinculadas a los mismos²⁶³⁰. Si bien, se someten las sustancias a fiscalización mediante su inclusión en un sistema de listas, existen diferencias relevantes en los mecanismos empleados por cada una de las Convenciones. Así, en la Convención de 1961, como mencionábamos,

²⁶²³ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 16.

²⁶²⁴ BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1981.

²⁶²⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ / DÍAZ RIPOLLÉS.: *Las drogas...*, *Op. cit.*, p. 31.

²⁶²⁶ BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976.

²⁶²⁷ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 16.

²⁶²⁸ Vid. Clasificación de sustancias psicotrópicas en la Convención de 1971 (anexo, Lista Verde). Se puede consultar en <http://www.incb.org/incb/green-list.html>

²⁶²⁹ Vid. Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, "Un siglo...", *Op. cit.*, p. 205.

²⁶³⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ / DÍAZ RIPOLLÉS.: *Las drogas...*, *Op. cit.*, p. 31.

se adoptó el criterio de considerar peligrosos todos los estupefacientes hasta que se demostrará lo contrario, debiendo suprimir entre tanto, su producción. La Convención de 1971 adoptó el criterio contrario: una sustancia psicotrópica no era considerada peligrosa, ni debía ser sometida a fiscalización internacional, hasta que se acreditara científicamente su peligrosidad²⁶³¹.

2.1.3. La Convención de Viena de 1988

La Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se aprobó el 20 de diciembre de 1988, y fue ratificada por España el 30 de julio de 1990²⁶³².

Este Convenio contiene medidas contra el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, y el desvío de precursores. En el ámbito internacional contempla medidas sobre extradición de narcotraficantes y entrega vigiladas²⁶³³. Este tratado surgió como reacción al crecimiento del tráfico ilegal de sustancias controladas por las dos Convenciones anteriores²⁶³⁴.

Es esta última Convención la que marca la política criminal actual contra el tráfico ilícito de drogas. Mientras que las anteriores Convenciones se sustentaban en la necesidad de preservar la salud, la Convención de 1988 modifica su enfoque: sin abandonar las referencias a la salud, pone su énfasis en las repercusiones de tipo político, económico, y cultural del tráfico ilícito.

Nos encontramos con una Convención sobre drogas que por primera vez “se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penal, con el propósito de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos para cubrir ámbitos hasta entonces descuidados”²⁶³⁵.

Como se establece en su Preámbulo, el acuerdo reconoce los vínculos existentes entre “el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados” y reconoce que el tráfico ilícito es una actividad delictiva de ámbito internacional cuya erradicación exige urgente atención y máxima prioridad.

De este modo, la gestión de los problemas asociados al tráfico de drogas empezó a ser fundamental para la seguridad de los Estados y de la comunidad internacional, y el régimen, destacadamente prohibicionista, se fue constituyendo cada vez más punitivo, pues la firma de la Convención obligaba a los Estados parte a establecer sanciones penales para las conductas vinculadas al tráfico ilícito de drogas²⁶³⁶.

²⁶³¹ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 17.

²⁶³² BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.

²⁶³³ MUÑOZ SÁNCHEZ / DÍAZ RIPOLLÉS.: *Las drogas...*, *Op. cit.*, p. 31.

²⁶³⁴ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 18.

²⁶³⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ / DÍAZ RIPOLLÉS.: *Las drogas...*, *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

²⁶³⁶ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 18.

Así, bajo la rúbrica de delitos y sanciones, el art. 3 impone a los Estados miembros de la Convención la obligación de adoptar medidas con el fin de tipificar como delitos penales en su Derecho Interno las conductas relacionadas con el tráfico ilícito de las drogas, incluyendo el denominado ciclo de la droga, abarcando algunos actos preparatorios y determinados comportamientos derivados del tráfico ilícito.

Igualmente, el artículo 3.2 de la Convención obliga a los Estados a tipificar como delictivas las siguientes conductas: el cultivo, la adquisición, y la posesión para el consumo personal, “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico”.

En la práctica, esto significa que el consumo se tipifica penalmente aunque dependiendo de la relevancia que se le otorgue en cada país será considerado como un delito o una infracción administrativa, con lo que la sanción será diferente²⁶³⁷.

También se tipifica los actos preparatorios al castigarse la fabricación, transporte, o distribución de materiales, de equipos o precursores químicos con conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (artículo 3. a) iv)), así como la posesión de equipos, materiales o precursores químicos con conocimiento de su utilización actual o futura con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitas (art. 3.1. c).ii)). Igualmente, se castiga la instigación o inducción pública, asociación y confabulación para cometer, no sólo las conductas básicas, sino cualesquiera otras conductas (art.3.1.c), iii, iv). Y la tentativa de comisión de todas las conductas de referencia del supuesto anterior.

Posiblemente el propósito de asegurar la punición de supuestos problemáticos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria ha derivado en la tipificación independiente de las conductas de autoría y participación consistentes en la organización, gestión o financiación de las conductas básicas, así como del primer tipo específico de conductas preparatorias (art.3.1.a.v).Supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad se tipifican de modo específico con los términos de participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento en la realización de conductas típicas²⁶³⁸.

Se tipifica asimismo una diversidad de supuestos de encubrimiento: a) Conversión o transferencia de bienes con el fin de ocultar o encubrir su origen, o de ayudar a eludir consecuencia jurídica a los delincuentes por sus acciones; b) ocultación o encubrimiento de tales bienes; c) adquisición, posesión o utilización de bienes conociendo su origen en el momento de recibirlos (art. 3.1. b), i, ii, y 3.3. c) i.).

Finalmente se elevan las penas si se emplea violencia o armas; se utilizan a menores o son éstos las víctimas; se realizan las conductas en centros penitenciarios, educativos, o asistenciales o en sus inmediaciones, o en lugares con actividades educativas, deportivas o sociales concurridas por estudiantes, se cometen por funcionario público en actividades vinculadas con su cargo; el delincuente pertenezca al crimen organizado,

²⁶³⁷ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 18.

²⁶³⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ / DÍAZ RIPOLLÉS.: *Las drogas...*, *Op. cit.*, p. 33.

bien para realizar estas actividades delictivas, bien para cometer otras de ámbito internacional; el delincuente comete hechos ilícitos adicionales facilitados por la comisión de estos hechos ilícitos; se contempla la reincidencia nacional e internacional (art.3.5).

En definitiva, como consecuencia de la evolución del régimen, en la actualidad los tratados internacionales de control de drogas están fundamentalmente pensados en términos de “control del crimen”. La Convención de 1988 marca el inicio de este nuevo enfoque centrado en el tráfico ilícito de drogas, y actualmente crimen y drogas comparten la misma agencia de las Naciones Unidas, y a las sesiones anuales de Estupefacientes suelen asistir los ministros de interior y justicia²⁶³⁹.

2.2. Los organismos de control de drogas en el marco de Naciones Unidas

El funcionamiento del régimen internacional de control de drogas, incluyendo la implementación de los tratados, se atribuye a tres órganos de control en el seno de las Naciones Unidas:

- a) La Junta Internacional de Estupefacientes, a la que corresponde velar por el cumplimiento de los tratados.
- b) La Comisión de Estupefacientes, es un órgano político al que le corresponde fijar las directrices de la política internacional sobre el control del abuso de las drogas.
- c) La oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, con competencia para recopilar datos, elaborar estadísticas y servir de apoyo técnico a los Estados.

La Junta y la Comisión, son órganos subsidiarios del Consejo Económico Social (ECOSOC), mientras que la ONUDD es una agencia de apoyo a dichos organismos. El Comité de expertos en Farmacodependencia de la ONU tiene la función de auxiliar, de emitir recomendaciones (no vinculantes) respecto a las sustancias que deben estar sometidas a fiscalización y la ubicación de las mismas en las diversas listas²⁶⁴⁰.

2.2.1. La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes

La JIFE es un órgano de fiscalización independiente y cuasi judicial, establecido por un tratado, al que le compete velar por el cumplimiento de los tratados de fiscalización internacional de drogas. La Junta se estableció en 1968 mediante la Convención única de Estupefacientes de 1961²⁶⁴¹.

²⁶³⁹ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 19.

²⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 19.

²⁶⁴¹ Según la definición dada para sí misma por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

Está compuesta por 13 miembros, elegidos por el Consejo Económico y Social: tres miembros procedentes del mundo de la medicina y farmacológica, elegidos de una lista elaborada por la OMS, y diez miembros elegidos de una lista elaborada por los gobiernos. Los componentes de la Junta prestan sus servicios a título personal y no en representación de sus Estados²⁶⁴².

Las funciones de la JIFE aparecen en los tres tratados que configuran el régimen internacional de control de drogas y se dividen en dos ámbitos. Por una parte, respecto a la fabricación, el comercio y el uso *ilícito* de drogas, la JIFE se encarga en colaboración con los gobiernos, de garantizar el suministro de estas sustancias para fines médicos y científicos, evitando la comercialización ilícita de las mismas. También controla la fiscalización que realizan los Estados de los productos químicos empleados para la elaboración de drogas ilícitas. Por otro parte, respecto a la producción, tráfico, y el consumo *ilícito* de drogas, la Junta “determina las deficiencias de los sistemas de fiscalización nacionales e internacionales y contribuye a corregir estas situaciones”²⁶⁴³.

Igualmente, la JIFE se encarga de evaluar que productos químicos están siendo utilizados en la fabricación ilícita de sustancias y valora si deben ser sometidas a fiscalización.

Para cumplir con sus funciones, la Junta gestiona un sistema de previsiones sobre las necesidades de estupefacientes de cada país, así como un sistema de previsiones de las necesidades de psicotrópicos, controlando las actividades ilícitas en materia de drogas para “ayudar a los gobiernos a lograr, entre otras cosas, un equilibrio entre la oferta y la demanda”²⁶⁴⁴.

También promueve la adopción de medidas por los gobiernos para impedir la desviación de productos químicos empleados en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Además, examina la información que le facilita los gobiernos, los órganos de Naciones Unidas y otros órganos competentes con el fin de controlar que los Estados cumplan con lo dispuesto en los tratados, recomendando la adopción de medidas que en cada caso considere necesarias.

Durante el cumplimiento de sus funciones, la Junta está en continuo contacto con los gobiernos bien para pedir explicaciones ante aparentes incumplimiento de los tratados, exigir la adopción de medidas a los Estados que no están cumpliendo adecuadamente las disposiciones de los tratados, y ayudar a los Estados para superar las dificultades para la ejecución de las normas internacionales²⁶⁴⁵. En el caso, de que la Junta observe que ante un incumplimiento o dificultad grave, no se han adoptado las medidas necesarias, puede informar de ello al resto de los Estados parte, a la Comisión y al ECOSOC²⁶⁴⁶.

²⁶⁴² SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 20.

²⁶⁴³ Vid. <http://www.unodc.org>.

²⁶⁴⁴ Vid. <http://www.incb.org>.

²⁶⁴⁵ Vid. <http://www.unodc.org>.

²⁶⁴⁶ “Los tratados facultan a la JIFE, como último recurso, a recomendar a las partes que dejen de importar drogas del país en falta, o que no exporten drogas a ese país, o ambas cosas. En todos los casos, la JIFE actúa en estrecha cooperación con los gobiernos”. Vid. <http://www.incb.org>.

La Junta presenta un Informe Anual en el que analiza la situación mundial de la producción, consumo, y tráfico de sustancias controladas y de los avances (o retrocesos) que se han dado en materia de fiscalización²⁶⁴⁷.

2.2.2. La Comisión de Estupefacientes

La Comisión de Estupefacientes es el órgano político central del régimen internacional de control de drogas. Fue constituida en 1946 como comisión subsidiaria del ECOSOC para auxiliar al Consejo en la supervisión de la aplicación de los tratados de fiscalización, y asesorarle en todas las cuestiones que surjan en torno a los mismos.

La Comisión está integrada por 53 miembros²⁶⁴⁸, reuniéndose en sesiones anuales en las que los Estados analizan la situación mundial del problema de las drogas, teniendo cuenta las cuestiones de prevención, rehabilitación, suministro y tráfico ilegal, y estipulan medidas a nivel global en su ámbito de acción. En estas reuniones los Estados suelen presentar algunas de sus políticas alternativas, y defender su postura ante las críticas de la Junta²⁶⁴⁹.

También la Comisión tiene importantes funciones normativas, así conforme a la Convención Única y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, la Comisión es el órgano competente para decidir, sobre las bases de las recomendaciones de la OMS, la incorporación de nuevas sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Listas, o la modificación de su ubicación en el interior de las mismas. Igualmente, conforme a lo previsto en la Convención de 1988, a la Comisión le corresponde decidir que precursores químicos deben ser sometidos a fiscalización.

En 1991 se amplió sus competencias, pasando a ser además, el órgano de gobierno del Programa sobre drogas de la ONUDD con capacidad para apoyar el presupuesto del Fondo de las Naciones Unidas para el programa de Fiscalización Internacional de Drogas, administrado por ONUDD dirigido a financiar medidas para combatir el problema mundial de las drogas²⁶⁵⁰.

El régimen internacional de control de cambios supuso el establecimiento de determinados principios y normas para controlar el abuso de las drogas, y limitar su uso

²⁶⁴⁷ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 21.

²⁶⁴⁸ Los 53 miembros se distribuyen de la siguiente manera: 11 Estados africanos, 11 Estados asiáticos, 10 procedentes de América Latina y el Caribe, 6 de Europa Oriental, 14 de Europa Occidental y otros Estados. Los miembros de la Comisión son elegidos de forma que representen a los países productores de planta de adormidera y hoja de coca, países en los que se fabriquen importantes cantidades de estupefacientes, y aquéllos con graves problemas de consumo y tráfico ilícito. Vid. Resolución E / RES/1961/845(XXXII) del Consejo Económico y Social, *Increase in the membership of the functional commissions of the Economic and Social Council*, de 3 de agosto de 1961, y Resolución E/1966/1(XLI) del Consejo Económico y Social, *Election of members of the functional commissions of the Council*, de 18 de noviembre de 1966. Vid. La composición de la Comisión de Estupefacientes (a enero de 2012) en el sitio web de la ONUDD, <http://www.unodc.org/documents/commissions>

²⁶⁴⁹ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 22.

²⁶⁵⁰ Vid. sitio web de la Comisión, <http://www.unodc.org/unodc/>

a fines médicos y terapéuticos. Si bien inicialmente se centró en los opiáceos, su ámbito material se fue expandiendo progresivamente para incorporar otras sustancias como la cocaína, el cannabis y las sustancias de elaboración sintética. Aunque su objetivo en un principio era controlar la producción y el consumo de estas sustancias, con el tiempo el régimen, como hemos visto, fue adoptando un enfoque prohibicionista, y cada vez más punitivo²⁶⁵¹.

El artículo 5 de la Convención Internacional del Opio, firmada en Ginebra en 1925, formula por primera vez, el que sería hasta la actualidad el principio fundamental del régimen internacional, ya mencionado: limitar el uso de estas sustancias a fines exclusivamente médicos y terapéuticos. Por ello, dentro del sistema de control de drogas de Naciones Unidas, el consumo experimental, ritual y recreativo es calificado como “abuso”, la misma calificación que se le atribuye a los usos industriales que se pudieran extraer de tales sustancias²⁶⁵².

Las principales consecuencias de este principio general son que no se diferencia entre drogas duras y drogas blandas, no se separa a los consumidores ocasionales de los drogodependientes, y los usos médicos y terapéuticos son delimitados atendiendo a los patrones occidentales, definidos por la OMS, sin tener en cuenta las prácticas de la medicina alternativa y de la medicina tradicional existente en muchos países. Las Naciones Unidas desde su creación, ha desempeñado un papel fundamental en el mantenimiento y ejecución del régimen internacional, así como en el desarrollo y persistencia de su carácter prohibicionista y punitivo. A medida que un mayor número de países se fueron incorporando al régimen, se fueron unificando las políticas sobre drogas a nivel mundial. Lo que contrasta con los diversos problemas de las drogas en cada país y sociedad²⁶⁵³.

2.3. La aplicación nacional de las normas internacionales de control de drogas

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada en Viena el 23 de mayo 1969 (que entró en vigor el 27 de enero de 1980), los Estados que hayan prestado su consentimiento a los tratados internacionales sobre control de drogas deberán cumplir las obligaciones contenidas en las mismas²⁶⁵⁴, incluso adaptando su derecho interno cuando resulte necesario para cumplir tales obligaciones, cuando no se trate de tratados directamente aplicables²⁶⁵⁵.

²⁶⁵¹ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 23.

²⁶⁵² THOUMI, F.: “Sueños de reforma de las políticas contra las drogas y del Régimen Internacional de Control de drogas”, Programa de Cooperación en Seguridad Regional, Friedrich Ebert Stiftung, *Policy Paper*, núm. 37, 2011, p. 3 y THOUMI, F.: “La normatividad internacional sobre drogas como camisa de fuerza”, *Nueva Sociedad*, núm. 222, 2009, pp. 42 a 59.

²⁶⁵³ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 24.

²⁶⁵⁴ En virtud del art. 26 de la Convención que recoge el principio de *Pacta sunt servanda*. Se puede consultar en [http:// www. oas.org](http://www.oas.org)

²⁶⁵⁵ El art. 27 de la Convención establece las partes no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de las disposiciones de un tratado internacional. Se puede consultar en [http:// www. oas.org](http://www.oas.org)

En ocasiones, este proceso puede originar discrepancias entre las normas internas y las internacionales, pero no deben existir incompatibilidades entre el derecho interno y el internacional²⁶⁵⁶.

En opinión de FUKUMI aunque los tratados internacionales sobre drogas no tienen poder coercitivo para imponer su cumplimiento, las presiones internacionales junto a ciertos incentivos dificultan el incumplimiento de los tratados. El auxilio, la ayuda exterior o el mantenimiento de las relaciones comerciales puede ser empleadas tanto como incentivos como elementos de coerción para que los Estados cumplan con determinadas normas internacionales. Esto se da especialmente en los países en vías de desarrollo²⁶⁵⁷.

Según el concepto de soberanía, la prestación del consentimiento a los instrumentos internacionales depende de la voluntad de cada Estado. Si bien, la voluntad de los Estados está influenciada por presiones internacionales y por la pretensión de ser aceptado en la comunidad internacional²⁶⁵⁸.

Como expone STRANGE los Estados que se desmarcan de algunas normas internacionales corren el riesgo de quedar apartados y al margen de las relaciones comerciales o las inversiones internacionales²⁶⁵⁹.

Por ello, la cuestión fundamental para los Estados es que la prestación del consentimiento a las normas internacionales y el cumplimiento de las mismas, pueden estar unido al mantenimiento de relaciones políticas y económicas con otros Estados²⁶⁶⁰.

Por eso, la adhesión y cumplimiento por parte de los Estados firmantes de las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales sobre control de drogas, se debe no tanto a los beneficios que pueden obtener para solucionar problemas concretos de su ámbito nacional, sino a otro tipo de motivaciones. Por esta razón, numerosos países disconformes con el enfoque punitivo de las Convenciones Internacionales no se apartan del sistema, sino que examinan sus márgenes de flexibilidad, adaptando sus políticas nacionales sobre control de drogas a las normas internacionales²⁶⁶¹.

²⁶⁵⁶ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 24.

²⁶⁵⁷ FUKUMI, S.: *Cocaine Trafficking in Latin America. EU and US Policy Responses*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2008, p. 40. Se puede consultar en <http://www.ashgate.com>

²⁶⁵⁸ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 24.

²⁶⁵⁹ STRANGES, S.: *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, 1996, p. 191. Se puede consultar en <http://www.jstor.org>

²⁶⁶⁰ FUKUMI.: *Op. cit.*, pp. 41 y ss.

²⁶⁶¹ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 25.

Capítulo IV

LA POLÍTICA SOBRE DROGAS EN ESPAÑA

Desde el punto de vista criminológico, se han formulado múltiples definiciones de *política criminal*. Entre ellas, se define como “sistema coherente y razonado de reacción social antidelictiva”²⁶⁶², o como “exposición ordenada de las estrategias, técnicas y medios sociales para la consecución de un control óptimo del crimen”²⁶⁶³.

La comunidad en cuanto tal, debe participar en la aplicación y seguimiento de las medidas de lucha contra el delito. La política criminal debe inspirarse pues, en lo que se ha denominado “control de la defensa social total, abarcante, de forma armónica, de las vertientes preventiva e indagativo - coactivo de la delincuencia”²⁶⁶⁴.

La actual política criminal española se caracteriza por una legislación antidroga, fuertemente influida por las directrices internacionales, cuyo contenido abarca fundamentalmente dos ámbitos.

Por una parte, un ámbito *preventivo* que comprende tanto las medidas dirigidas a prevenir el consumo y uso de las drogas (prevención primaria), como las dirigidas al tratamiento de los consumidores de las drogas (prevención secundaria)²⁶⁶⁵. Por otra parte, un ámbito *coactivo* que comprende medidas de control y represión, destinadas a combatir la elaboración, consumo y tráfico de las drogas²⁶⁶⁶.

1. PREVENCIÓN

Una de las cuestiones que presentan hoy en día una mayor incidencia y problemática social es, la drogadicción; no sólo por la trascendencia política y económica que implica, sino por lo que supone de fracaso educativo y social. A lo que debe añadirse la dimensión legal y policial del problema, con las dificultades que un fenómeno de tal magnitud tiene para solventarlo o paliarlo.

Dada la complejidad de esta problemática, cada vez más, surge la necesidad de la prevención, no únicamente por los beneficios que se derivan de la misma, sino

²⁶⁶² ANCEL, M.: *Contribución de la investigación a la definición de una política criminal*, CPEC, 1974, p. 2.

²⁶⁶³ KAISER, G.: *Estudios de psicología criminal*, Vol. XVII, Espasa - Calpe, Madrid, 1983, p. 60.

²⁶⁶⁴ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, pp. 379 y 380.

²⁶⁶⁵ Vid. AMBOS.: *Control...*, *Op. cit.*, p. 43. NEUMAN.: *Droga...*, *Op. cit.*, p. 132. Sobre las diferentes modalidades existentes de prevención GARRIDO GENOVES, V / LÓPEZ LATORRE, MJ.: *La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 290 a 292.

²⁶⁶⁶ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, pp. 1518 y 1519.

fundamentalmente, porque ni la política represiva, ni la del tratamiento y reinserción social son especialmente relevantes para reducir los efectos que origina dicha problemática²⁶⁶⁷.

La prevención del consumo de drogas, ha adquirido en los últimos años, preeminencia sobre la asistencia de los drogodependientes, que fue el objetivo de las primeras intervenciones públicas en materia de drogas. La prevención ha pasado a ser el eje principal de todos los planes nacionales, autonómicos, locales, etc²⁶⁶⁸.

La prevención es indispensable para evitar que el consumo y tráfico de drogas se convierta en un problema social de gran magnitud²⁶⁶⁹.

Según MARTÍN la *prevención de drogodependencias* es “un proceso activo de implementación de iniciativas tendentes a modificar y mejorar la formación integral y la calidad de vida de los individuos, fomentando el auto control individual y la resistencia colectiva ante la oferta de drogas”²⁶⁷⁰.

Cuando se habla de prevención de drogas es importante diferenciar entre prevención y programa preventivo. Un *programa preventivo* es el conjunto de actuaciones tendentes a “impedir, o retrasar, la aparición de conductas de consumo y abuso de las distintas drogas”²⁶⁷¹. Mientras la prevención es un término genérico que puede llegar a carecer de significado por el mal uso del mismo, el programa preventivo es específico en cuanto está orientado a objetivos concretos o grupos delimitados, lo que posibilita la adaptación de “medidas más directas, hacer diseños más realistas, evaluar el impacto del programa”²⁶⁷².

Hay que tener en cuenta que una política de prevención si quiere ser global y total debe incidir sobre los diversos mecanismos sociales, culturales, políticos, educativos, laborales, etc. La prevención, en este sentido, debe ser integral, abarcando todos los sectores y niveles de la sociedad²⁶⁷³.

Para que la prevención sea mínimamente eficaz, debe asentarse sobre las bases de *una política criminal integradora*. Es por ello, por lo que debe perfeccionarse “tanto las diversas instancias represivas como las condiciones sociales de vida”²⁶⁷⁴.

²⁶⁶⁷ MARCH CERDÁ, MX.: “Criterios y elementos metodológicos para la evaluación de programas de prevención de las drogodependencias”, *Pedagogía social: revista universitaria*, núm. 1, 1998, p. 115. Se puede consultar en <http://www.dialnet.unirioja.es>

²⁶⁶⁸ ALVIRA MARTÍN, F.: *Manual para la elaboración y evaluación de Programas de Prevención de Abuso de las Drogas*, Agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid, 1999, p. 11.

²⁶⁶⁹ BECOÑA IGLESIAS, E.: *Bases científicas de la prevención de las drogodependencias*, PNSD, Madrid, 2002, p. 19.

²⁶⁷⁰ MARTÍN, E.: “De los objetivos de la prevención a la prevención por objetivos” en *Drogodependencias*, Servicio de publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 1995, p. 55.

²⁶⁷¹ BECOÑA IGLESIAS, E.: *Bases teóricas que sustentan los programas de prevención de drogas*, PNSD, Madrid, 1999, p. 15.

²⁶⁷² BEGOÑA IGLESISA.: *Bases teóricas...*, *Op. cit.*, p. 15.

²⁶⁷³ MARCH CERDÁ.: *Op. cit.*, p. 115.

²⁶⁷⁴ HERRERO HERRERO.: *Op. cit.*, p. 381.

En este sentido, el Consejo Europeo advierte: “(...). Las investigaciones efectuadas en pluralidad de países han permitido constatar el efecto bastante limitado de las medidas penales represivas, tanto con referencia a los delincuentes cuanto con respecto al público en general. Por otra parte, es algo contrastado que el mejoramiento de las condiciones económicas en los países miembros del Consejo de Europa no ha sido seguido de una disminución de la criminalidad. En virtud de ello, los responsables de la política criminal y los investigadores han sentido la necesidad de anuar el perfeccionamiento simultáneo de ambas vertientes: la del sistema punitivo y las condiciones de vida, sin descuidar la búsqueda de otros caminos válidos para la lucha contra la delincuencia”²⁶⁷⁵.

La prevención de las drogodependencias constituye una materia de gran dinamismo en España en los últimos años, habiéndose logrado importantes y significativos avances en este campo²⁶⁷⁶. Esto se manifiesta no sólo en la mayor creación de programas sino, principalmente, en el perfeccionamiento de su calidad y en el desarrollo de los sistemas de evaluación.

Un avance significativo de la política criminal española en materia de drogas, consistió en la creación del Plan Nacional sobre Drogas (PNSD) en 1985, que contenía medidas alternativas a la asistencia y reinserción de los adictos, y en el ocupa un lugar preponderante la prevención²⁶⁷⁷.

La aprobación de la Estrategia Nacional sobre Drogas (2000 - 2008) en 1999²⁶⁷⁸ extiende el ámbito de actuación de cara a las necesidades actuales de la problemática de la drogadicción y a una mayor eficacia de la política antidroga. Para ello, establece como eje principal de la estrategia, la prevención en la asistencia y reinserción social de los drogodependientes y, la potenciación de la reducción de la oferta de drogas, mediante una actuación integral contra el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales y otros delitos conexos²⁶⁷⁹. Posteriormente en el 2005, el Ministerio de Sanidad y Consumo puso en marcha un Plan de Acción sobre Drogas hasta 2008, para impulsar el cumplimiento de los objetivos de la Estrategia Nacional.

La aprobación el 23 de enero del 2009 de la Estrategia Nacional sobre Drogas (2009-2016)²⁶⁸⁰ representa “el gran acuerdo institucional, social y científico para garantizar una respuesta homogénea, equitativa y de calidad en todo el territorio español ante el problema de la droga” en los próximos años²⁶⁸¹.

²⁶⁷⁵ CONSEJO DE EUROPA, “Organization de la prévention de la Criminalité”, Recommendation R (87), 19, Estrasburgo, 1988, p. 28.

²⁶⁷⁶ Vid. Sobre la situación del campo de la prevención de drogodependencia en España, entre otros, los estudios de GID, *Reducción de la demanda de drogas. Prevención del abuso de drogas en España*, Plan Nacional sobre drogas, Madrid, 1996 y, BELLVER, MC / GARCÍA, R.: “Objetivos y estrategias de los programas de prevención escolar y comunitario nacionales: Una revisión (1986- 1994)” en *Prevención de la drogadicción*, Nau Llibres, Valencia, 1997, pp. 115 a 134.

²⁶⁷⁷ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, pp. 1519.

²⁶⁷⁸ Real Decreto 1911 / 99, de 17 de diciembre por el que se aprueba la Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2000- 2008.

²⁶⁷⁹ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, pp. 1519.

²⁶⁸⁰ BOE, núm. 38, de 13 de febrero del 2009.

²⁶⁸¹ PNS, *Estrategia Nacional sobre drogas (2009 - 2016)*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2009, p. 4.

Implica un impulso y desarrollo de los ámbitos de actuación de la Estrategia anterior (2000 - 2008), y una corrección de las limitaciones observadas. Ello supone, entre otras cosas,” una mejora y optimalización en la oferta de iniciativas de prevención, de disminución de riesgos y reducción de daños y del tratamiento de las personas afectadas por el consumo. También, una especial atención a los factores de riesgo que sitúan a las personas en situaciones de mayor vulnerabilidad”²⁶⁸².

Los *objetivos* que persigue la prevención de las drogodependencias son diversos. Conviene destacar desde el principio, el consenso existente sobre la pluralidad de objetivos en materia de prevención de drogas. Entre los que se enumeran, cabe mencionar los siguientes²⁶⁸³:

- 1º. Retrasar la edad de inicio del consumo de drogas.
- 2º. Reducir el número y tipo de sustancias consumidas.
- 3º. Impedir el paso de la prueba de sustancias al abuso y dependencia de las mismas.
- 4º. Reducir las consecuencias negativas del consumo en los drogodependientes.
- 5º. Educar a los individuos para que tengan una relación de madurez y responsabilidad con las drogas.
- 6º. Fomentar la protección y reducir los riesgos derivados del consumo.
- 7º. Transformar las condiciones del ámbito socio-cultural y facilitar alternativas de vida saludables.

Aunque se enumeran diversos objetivos, con frecuencia suelen señalarse sólo dos o tres de ellos. La importancia de los mismos radica en que son objetivos reales, adecuados a lo que conocemos de las drogas y los consumidores. Lo que se persigue es retrasar la edad de inicio del consumo, lograr un consumo ocasional o esporádico, o evitar que parte de los individuos lleguen a consumir²⁶⁸⁴.

Efectivamente, con los programas preventivos se persigue modificar las características psicológicas del individuo para fomentar la protección y disminuir los riesgos para que los individuos no consuman drogas, modificar el contexto ambiental asociado al consumo de sustancias y alterar la interacción entre estas variables²⁶⁸⁵.

Hoy en día, es posible llevarlo a efecto porque se conocen bien varios de ellos. Además, en los últimos años se ha ampliado la prevención de la escolar, a la familiar, comunitaria, laboral y otras. Todo ello ha alterado la importancia de la intervención en drogodependencias desde la mera aplicación del tratamiento, a tener también en cuenta la prevención y el proceso posterior al tratamiento, de reincorporación social del individuo²⁶⁸⁶.

²⁶⁸² PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas (2009 - 2016)*..., *Op. cit.*, p. 24.

²⁶⁸³ MARTÍN.: *Op. cit.*, pp. 51 a 74; PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas (2000 - 2008)*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2000, pp. 35 y ss.

²⁶⁸⁴ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 67.

²⁶⁸⁵ AMMERMAN, RT, OTT, PJ *et al.*: “Critical issues in prevention of substance abuse” en *Prevention and social impact of drug and alcohol abuse*, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, 1999, pp. 3 a 20.

²⁶⁸⁶ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 67.

Los objetivos principales de la política preventiva practicada en nuestro país, son:

- 1) Reducir la demanda de las drogas, es lo que habitualmente se conoce por “medidas preventivas”, al estar establecidas en las escuelas, medios de comunicación, la familia, el trabajo, etc.
- 2) Reducir la oferta y promoción de las drogas, está asociado a medidas policiales, jurídicas, persecución de narcotraficantes, etc.
- 3) Reducir otros riesgos vinculados al consumo²⁶⁸⁷.

Realmente, cuando se habla de prevención de drogas aplicada al individuo, nos estamos refiriendo a la reducción de la demanda de drogas; es decir, se persigue educar al individuo para que si le ofrecen drogas las rechacen y lograr reducir la demanda de sustancias que circulan en el mercado.

Por el contrario, la reducción de la oferta de drogas persigue disminuir la cantidad de drogas disponible en el mercado²⁶⁸⁸.

Si bien ambos tipos de intervención son necesarias, la prevención se considera la mejor alternativa para solucionar o paliar el problema del consumo y tráfico ilícito de drogas²⁶⁸⁹.

Es necesaria una acción preventiva eficaz en cuanto a la prevención del inicio al consumo de drogas por diversos motivos²⁶⁹⁰:

- El importante descenso de la edad de inicio del consumo.
- El tipo de sustancias que se consumen y la frecuencia del uso.
- El aumento de adictos a todo tipo de drogas.
- La expansión del consumo a todos los niveles sociales.
- El incremento de la mortalidad asociados al uso y abuso de drogas (accidentes de tráfico, sobredosis, suicidios, etc.).

En las páginas que siguen nos centraremos en la prevención, cuyo objetivo en este caso, es prevenir el consumo y abuso de sustancias adictivas que conllevan daños para el individuo a corto, medio y largo plazo²⁶⁹¹.

De este modo, se diferencia entre prevención primaria y prevención secundaria.

²⁶⁸⁷ Vid. BECOÑA IGLESIAS: *Bases teóricas...*, *Op. cit.*, pp. 13 y 14.

²⁶⁸⁸ BECOÑA IGLESIAS: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 67.

²⁶⁸⁹ PENTZ, MA.: “Prevention aime at individul: An integrative transactional perspective”, *Addictions. A compre - hensive guidebook*, Oxford University Press, Nueva York, 1999, pp. 555 a 572.

²⁶⁹⁰ CABALLERO BLAYA, M / MARCÍA ANTÓN, D.: “Prevención de drogodependencias: Intervención educativa versus Comportamental”, *Anales de Psicología*, núm. 9, 1993, pp. 31 y 32. En el mismo sentido, COMAS, D.: “Notas profesionales de la intervención sobre el uso de las drogas por la población”, *Papeles del colegio*, núm. 4, 1986, pp. 4 a 9. SCHIOLER, P.: “Estrategias de prevención de los problemas de origen ético en los Estados miembros de la Comunidad Europea”, *Revista Española de drogodependencias*, núm. 16, 1991, pp. 45 a 49.

²⁶⁹¹ BECOÑA IGLESIAS: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 71.

1.1. Prevención primaria

La *prevención primaria* comprende la adopción de medidas orientadas a prevenir el uso y consumo de drogas, evitando los factores de riesgo y fomentando factores de protección²⁶⁹².

La prevención primaria trata de evitar el uso y abuso de drogas, promoviendo entre los diversos sectores de la población hábitos de vida saludables y controlando los factores de riesgo.

En la prevención primaria se interviene antes de que surja el problema y tiene como propósito impedir que surja el problema²⁶⁹³.

La prevención primaria promueve la abstinencia y tiene como objetivo impedir o retrasar el primer consumo de sustancias, o un uso de drogas más problemático en consumidores esporádicos u ocasionales.

El consumo de las drogas se inicia principalmente durante la adolescencia y el comienzo de la edad adulta, en la fase de desarrollo cognitivo y social de los jóvenes, es por ello por lo que la prevención primaria está orientada a estas etapas de la vida y a las que le preceden²⁶⁹⁴.

La prevención primaria está orientada a impedir la aparición del trastorno (abuso y / o dependencia): a) controlando al agente productor del mismo (reducción de la oferta de drogas); b) otorgando una protección especial a los grupos de alto riesgo (control de la demanda) y promoviendo la salud en general²⁶⁹⁵.

Erradicar el uso y abuso de las drogas, sería un objetivo utópico, pero no tratar de impedir su desarrollo mediante la prevención, entendida como “auténtica promoción de la salud a todos los niveles”²⁶⁹⁶.

Se pueden distinguir dos tipos de medidas de prevención primaria²⁶⁹⁷:

²⁶⁹² BECOÑA IGLESIAS.: *Bases teóricas...*, *Op. cit.*, p.14. Según CLAYTON, RR.: “Transición in drug use: Risk and protective factors” en *Vulnerability to drug abuse*, DC: American Psychological Association, Washington, 1992, pp. 15 y 16, se entiende por factor de riesgo” un atributo y/o característica individual, condición situacional y / o contexto ambiental que incrementa la probabilidad del uso y / o abuso de drogas (inicio) o una transición en el nivel de implicación con las mismas (mantenimiento)”. Y por factor de protección “un atributo o característica individual, condición situacional y / o contexto ambiental que inhibe, reduce o atenúa la probabilidad del uso y / o abuso de drogas o la transición en el nivel de implicación con las mismas”.

²⁶⁹³ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 71.

²⁶⁹⁴ INCB, *Prevención primaria del uso indebido de drogas, Informe 2009*, p. 2. Se puede consultar en <http://www.incb.org>

²⁶⁹⁵ MARTÍN DEL MORAL, M / LORENZO FERNÁNDEZ, P.: “Fundamentos biopsicosociales de las drogodependencias. Prevención y tratamiento” en *Drogodependencias...*, *Op. cit.*, p. 46 y ss.

²⁶⁹⁶ CABALLERO BLAYA / MARCÍA ANTÓN.: *Op. cit.*, p. 32.

²⁶⁹⁷ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, pp. 46 y ss.

a) *Medidas dirigidas al contexto ambiental:*

- Intervenciones policiales para *reducir la oferta*
- Todas aquellas de tipo legal (como la reglamentación de la dispensación de alcohol) que implique *reducción de la oferta*.
- Todas las que sensibilicen a la comunidad sobre los efectos directos y consecuencias globales que origina el consumo de drogas (legales e ilegales), lo que provocará una *reducción de la demanda*.
- Todas las que impliquen la capacidad de realizar un uso alternativo del tiempo libre (como por ejemplo, la creación de centros deportivos, culturales, etc).

b) *Medidas dirigidas a los individuos*, son, a su vez, de dos tipos:

1. *Medidas informativas*. Son aquéllas que tienen un carácter meramente informativo. En la actualidad, se sabe que la información no protege por sí misma, es decir, el conocimiento *per se* no condiciona siempre la conducta posterior. Por ello, los programas preventivos no pueden basarse únicamente en medidas de información.

No obstante, cabe recordar que los programas que contenían únicamente estas medidas, se fundamentaban en dos estrategias: “El enfoque del miedo o temor” y “el enfoque de los efectos”.

La primera estrategia tenía como objetivos: ampliar el conocimiento sobre los peligros del consumo, promover actitudes negativas hacia las drogas y desalentar el consumo de sustancias.

Los objetivos de la segunda estrategia eran: ampliar el conocimiento de las consecuencias derivadas del consumo de sustancias, crear actitudes negativas hacia las drogas y corregir los conceptos erróneos respecto al consumo de drogas y de los consumidores de éstas.

Ambas estrategias fueron ampliamente utilizadas en las campañas de prensa, radio y televisión.

2. *Medidas educativas*. Son aquellas que aparte de informar, persiguen transmitir ciertas actitudes y valores.

Estas medidas requieren actuaciones en grupos más reducidos. La educación persigue la formación y desarrollo personal del individuo. Tales medidas deben aplicarse tanto sobre los jóvenes como sobre sus padres.

Los ámbitos en los que se realizan estas medidas son múltiples. Pues, se puede hacer en el ámbito escolar, familiar, comunitario, laboral, etc.

1.1.1. Prevención escolar

El ámbito escolar es el más idóneo para que se constituya en el eje coordinador de la estrategia preventiva, requiriendo un adecuado uso de los centros juveniles y sociales, así como, de las asociaciones culturales y deportivas de la comunidad²⁶⁹⁸.

En la práctica el tipo de *prevención* que más se ha desarrollado ha sido la *escolar*²⁶⁹⁹. Ello es debido a que es en el ámbito escolar dónde se encuentra el grupo de mayor riesgo para el consumo de drogas²⁷⁰⁰.

Ciertamente, nos encontramos en un momento de alto riesgo para niños, adolescentes y jóvenes, en el que la prevención debe ser una actividad prioritaria, si realmente se quiere un desarrollo integral de las personas. Y “esa necesidad de prevención se convierte en una necesidad de educación”²⁷⁰¹.

La escuela no puede permanecer al margen de la educación sobre drogas cuando se sabe que los niños y adolescentes están familiarizados con las drogas legales, que tienen a su alcance el consumo de las drogas ilegales, y además, cuando el inicio del consumo se produce en los últimos cursos de la escuela²⁷⁰².

Los programas preventivos están orientados a modificar las creencias y actitudes hacia las drogas, y algunos, completan este fin general, con otros objetivos determinados.

Estos objetivos más concretos son: el aprendizaje de habilidades sociales y personales, de autocontrol emocional, la reafirmación de la autoestima, etc.²⁷⁰³.

Se debe ayudar a los más jóvenes a “tomar conciencia de los factores de riesgo que le rodean, enseñándoles a valorar y sopesar los mismos, entrenándoles en una reflexión crítica de sus experiencias apoyándonos en la adopción de decisiones”²⁷⁰⁴. Sin embargo, en muchas ocasiones la prevención escolar es insuficiente si no va acompañada de una

²⁶⁹⁸ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, p.48.

²⁶⁹⁹ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases teóricas...*, *Op. cit.*, p. 16. Sobre la prevención escolar, vid. ALONSO, D (coord.): *La prevención de las drogodependencias en la comunidad escolar*, PND, Madrid, 1996; LUENGO MARTÍN, MA *et al.*: *La prevención del consumo de drogas y la conducta antisocial en la escuela: Análisis y evaluación de un programa*, Universidad de Santiago de Compostela, 1999.

²⁷⁰⁰ Entre los factores de riesgo escolar más importantes cabe mencionar: el bajo rendimiento económico y el fracaso escolar, el escaso apego a la escuela, el tipo y tamaño de la escuela y la conducta antisocial en la escuela, vid., entre otros, BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, pp. 229 y ss. HAWKINS, JD *et al.*: “Risk and protective factors for alcohol and other drug problems in adolescence and early adulthood: Implications for substance abuse prevention”, *Psychological Bullerin*, 112, 1992, pp. 64 a 105. RECIO ADRADOS, JL.: *Papel de la familia, los compañeros y la escuela en el abuso de drogas*, Cruz Roja Española, Madrid. PETERSON, PL *et al.*: “Evaluating comprehensive community drug risk reduction interventions. Design challenges and recomendations”, *Evaluation Review*, 16, 1992, pp. 579 a 602.

²⁷⁰¹ CABALLERO BLAYA / MARCÍA ANTÓN.: *Op. cit.*, p. 32.

²⁷⁰² COMAS.: *Op. cit.*, p. 5 y ss.

²⁷⁰³ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, p. 48.

²⁷⁰⁴ CABALLERO BLAYA / MARCÍA ANTÓN.: *Op. cit.*, p. 32.

prevención más intensa a nivel familiar, laboral, etc. En muchos casos, es necesario implicar no sólo al que consume o al que tiene el riesgo de consumir, sino también al propio ambiente social en el que se desenvuelve, con el fin de fomentar el no consumo y condiciones de vida saludable. Y además, debe implicarse a toda la comunidad escolar (alumnos, profesores y padres)²⁷⁰⁵.

En España la prevención escolar se hace a través de la “educación para la salud, de modo transversal, en distintas materias escolares”²⁷⁰⁶.

Como se recoge en el Informe de la Comisión Especial del Senado de investigación sobre el tráfico y consumo de drogas en España “una de las actuaciones clave para la prevención primaria de la drogodependencia es la introducción de la Educación para la Salud en todos los niveles de la enseñanza obligatoria y secundaria” es decir, enseñar a los jóvenes pautas de conducta positivas que eviten las actitudes vinculadas al consumo de sustancias²⁷⁰⁷.

Las actuaciones de prevención realizadas por el PNS se centran prioritariamente en la población infantil y juvenil, basadas “en la educación y en la formación de actitudes y valores, y en el fomento de la educación sobre drogas en los centros escolares, como la forma más eficaz de cambiar los indicadores de consumo de drogas y las actitudes respecto al fenómeno por parte de nuestros jóvenes”²⁷⁰⁸.

Se parte de la idea de que la prevención más eficaz es la que da prioridad “al rechazo de la primera oferta de las drogas”, ya que es un hecho constatado que “consumo - ocasión” están íntimamente vinculados: los jóvenes consumen drogas porque se las ofrecen²⁷⁰⁹.

Se hace hincapié, en la necesidad de que las medidas educativas, se hagan en el nivel educativo de primaria (entre los 9 y los 12 años), porque estas mismas medidas a jóvenes de 14 a 16 años llegan tarde.

Las medidas educativas deben aplicarse en edades críticas, especialmente respecto a las drogas legales, ya que “cuando el adolescente se encuentre en una situación real de oferta en la que tenga que tomar alguna determinación, es poco probable que utilice la información de que dispone en el sentido deseable desde el punto de vista de la salud”²⁷¹⁰.

El desarrollo y aplicación de programas de prevención dirigidos a niños / niñas y adolescentes, en su mayoría, están orientados a la prevención de las drogas legales

²⁷⁰⁵ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, pp. 75 y ss.

²⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 77.

²⁷⁰⁷ BOCG, núm. 206, de 25 de noviembre de 1985.

²⁷⁰⁸ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1519.

²⁷⁰⁹ CABALLERO BLAYA / MARCÍA ANTÓN.: *Op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, HUALDE, G.: “Rasgos del contexto estructural del consumo de drogas en los jóvenes. Aspectos económicos, sociales, culturales e ideológicos asociados”, *Comunidad y drogas*, núm. 10, 1990, pp. 75 y ss.

²⁷¹⁰ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, p. 48.

(tabaco y alcohol), en algún caso a prevenir el consumo de hachís o marihuana²⁷¹¹, y en otros casos drogas de diseño o síntesis²⁷¹². Ello es debido a que las drogas ilegales son consumidas por un reducido número de adolescentes y también para evitar el denominado “fenómeno de la contraprestación”²⁷¹³.

Mediante los programas de prevención se trata de impedir que los jóvenes lleguen a probar y después consumir habitualmente esas sustancias o retrasar la edad de inicio de la prueba y posterior consumo y dependencia. Con ello, se evitará no sólo los graves problemas físicos, psicológicos y sociales que las drogas legales producen, sino también se impedirá el consumo de otras sustancias más peligrosas, como son las drogas ilegales²⁷¹⁴.

La evolución de los programas preventivos ha sido considerable. A partir de los 80 se impusieron los programas preventivos de tipo psicosocial en las escuelas para prevenir el consumo del alcohol, tabaco y marihuana. Dichos programas según PERRY y KELDER²⁷¹⁵ se caracterizan por los siguientes elementos:

- 1º. La identificación por parte del estudiante de las consecuencias sociales del consumo a corto plazo.
- 2º. El análisis de los motivos del consumo de sustancias en los adolescentes como divertirse, hacer nuevos amigos, afrontar problemas personales, etc.
- 3º. La concienciación de los jóvenes de que el consumo de drogas no es una conducta normativa en su grupo equivalente de edad.
- 4º. El aprendizaje de los adolescentes de la relevancia que tiene en nuestra cultura los modelos que se relacionan con el consumo a través de los medios de comunicación y de los modelos adultos como iguales.
- 5º. Aprenden y practican habilidades para resistirse a la oferta de las drogas en las diversas situaciones sociales.
- 6º. Aprenden que el consumo de drogas no sólo es nocivo para ellos y para las personas de su entorno, sino también para la sociedad. Por ello se estudian diversos modos para lograr que sean socialmente responsables en ese contexto y no consuman sustancias.
- 7º. Consiste en un compromiso público de no consumo. Se espera que el individuo asuma todo el aprendizaje anterior y lo especifique mediante el compromiso público de no consumir drogas.

Posteriormente, surge en los años 90, el modelo de habilidades generales ante la necesidad de entrenar a los jóvenes más allá del rechazo en el ofrecimiento de los distintos tipos de drogas²⁷¹⁶.

²⁷¹¹ Sobre los programas preventivos, vid. HANSEN, WB.: “School - based substance abuse prevention: A review of the state of the art in curriculum, 1980-1990”, *Health Education Research*, 7, 1992, pp. 403 a 430.

²⁷¹² BECOÑA IGLESIAS.: *Bases teóricas...*, *Op. cit.*, p. 11.

²⁷¹³ BECOÑA IGLESIAS, E.: “La prevención de las drogodependencias. Introducción a algunas cuestiones actuales” en *Drogodependencias...*, *Op. cit.*, p. 20.

²⁷¹⁴ BECOÑA IGLESIAS.: *Base teóricas...*, *Op. cit.*, p. 11.

²⁷¹⁵ PERRY, CL / KELDER, SH.: “Models for effective prevention” en *Journal of Adolescent Health*, 13, 1999, pp. 355 a 363.

²⁷¹⁶ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 101.

Este tipo de modelo implica un cambio respecto a los programas preventivos previos en cuanto que se orienta al consumo de todo tipo de drogas²⁷¹⁷.

El objetivo principal de estos programas es facilitar el desarrollo personal y de habilidades cognitivo - conductuales para “aumentar la autoestima, resistir la presión de los anuncios publicitarios, manejar situaciones generadoras de ansiedad, para comunicarse de forma efectiva, para mantener relaciones personales y tener una asertividad adecuada”²⁷¹⁸.

Por lo que se refiere a los programas efectivos actuales se basan en la evidencia científica, la cual comprende los avances que se han realizado hasta el momento actual, como han sido los programas de influencia social, o aquéllos que han demostrado tener factores efectivos.

Tales programas se clasifican por estrategias de intervención según se oriente a incrementar el conocimiento y cambiar las actitudes respecto a las drogas, a mejorar y desarrollar las habilidades personales para afrontar las presiones diarias sobre el consumo de drogas, a desarrollar medidas de protección que regulan la disponibilidad, la accesibilidad y son capaces de modificar las actitudes y usos públicos respecto a las drogas, o a poner en funcionamiento “estrategias de diseño ambiental” dirigidos a transformar los contextos inmediatos del individuo²⁷¹⁹.

Por otra parte, cabe resaltar que cuando se elabore un programa preventivo para la infancia y adolescencia debe tenerse en cuenta una serie de principios²⁷²⁰:

1. *Empleo de técnicas de modificación de la conducta.* Puesto que se trata de imponer a los niños lo que se ha denominado “inmunógeno conductal” (no fumar tabaco, no beber alcohol, etc.) deben emplearse técnicas desarrolladas en el ámbito de la investigación compormental eficaces en la modificación de la conducta.
2. *Consideración de la etapa de desarrollo.* Puesto que los programas preventivos se suele dirigir a la población comprendida entre los once y los trece años (antes de la edad de inicio del hábito), es fundamental que tanto el lenguaje empleado como los temas que se traten sean comprensibles y adecuados a dicha edad. Pero no sólo debe tenerse en cuenta la etapa evolutiva en la que por su edad se encuentren los partícipes en el programa, sino también en el estadio del proceso de llegar a ser fumador o bebedor en que se encuentren²⁷²¹.

²⁷¹⁷ HANSEN, WB.: “School - based substance abuse prevention: A review of the state of the art in curriculum, 1980 - 1990”, *Health Education Research*, 7, 1992, pp. 403 - 430.

²⁷¹⁸ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 102.

²⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 103.

²⁷²⁰ PALOMARES, A.: “La promoción de la salud en la infancia: Factores en el diseño de programas”, *Revista Española de Terapia del Comportamiento*, núm. 8, 1990, pp. 277 a 295.

²⁷²¹ PROCHASKA, JO / PROCHASKA, JM.: “Modelo transteórico de cambio para conductas adictivas” en *Recaída y prevención de recaídas. Tratamientos psicológicos en drogodependencias*, Ediciones en Neurociencias, 1993, pp. 85 a 136.

Pues, si a la edad en la que se aplica el programa la mayoría de los partícipes en el programa aún no han probado el tabaco o el alcohol, es importante desarrollar argumentos que puedan anular la imagen de persona triunfadora en el ámbito social y en los deportes, que suelen aparecer en los anuncios de tabaco y alcohol.

En el supuesto de que un número considerable de jóvenes se encuentre en la fase de experimentación, conviene enseñarlos a interpretar los síntomas vinculados al consumo de los primeros cigarrillos (toses, picor de garganta) como las señales de que se está dañando el organismo. Lo mismo cabe aplicar respecto al alcohol²⁷²².

3. *Influencias paternas*. Los padres ocupan una posición relevante en el posterior consumo de tabaco o alcohol de sus hijos. Los programas preventivos, deben tratar con respeto a los fumadores y bebedores, intentando dismantelar la imagen idealizada que los adolescentes tienen de los mismos, haciéndoles comprender que aquellos son adictos y que tienen grandes dificultades para salir de esa adicción.
4. *Influencias sociales*. Los adolescentes tienden a adoptar comportamientos que consideran normativos en el grupo social en el que se mueven. Los programas preventivos deben contener técnicas que ayuden al adolescente a resistir la presión sin dejar de pertenecer al grupo y sin que ello le ocasione enfrentamientos con los partícipes del grupo.
5. *Medios de comunicación*. Los programas preventivos deben tener en cuenta la gran influencia que los anuncios de los medios de comunicación tienen en los niños y adolescentes.

Deben contener elementos del ambiente que establecen los anuncios de televisión o los procedentes de otros medios de comunicación, en unos casos para contrarrestarlos y en otros para potenciarlos cuando sean favorables. También hay que prestar especial atención a Internet y al uso del mismo por los jóvenes.

6. *Ámbito educativo*. La escuela es “un agente primario de socialización” y en ella concurren alumnos, profesores y padres por lo que constituye un contexto idóneo para establecer programas preventivos y de promoción de la salud. Los profesores son un modelo para muchos de sus alumnos por lo que sería necesario que se iniciaran en campañas de sensibilización hacia la educación en la salud.

En la práctica, la colaboración de los profesores en los programas preventivos es buena. Así, ESCÁMEZ señala que “la colaboración de nuestro equipo con los docentes, nos ha evidenciado las dificultades que presenta una privación primaria de la drogadicción, que pretenda ser seria y rigurosa, pero también que

²⁷²² BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 109.

tal prevención es posible y que, si se cumplieran determinadas condiciones, el profesorado está dispuesto a realizarla”²⁷²³.

Por otro lado, como señala VEGA no debe perderse de vista el tema del nivel educativo, ya que constituye una de las principales bases para una buena educación sobre drogas²⁷²⁴.

7. *Mantenimiento de los efectos del programa.* En los programas preventivos deben incorporarse técnicas que ayuden a mantener los efectos del programa en el tiempo.
8. *Perspectiva de la actuación.* Antes de dar inicio a un programa debe valorarse si el objetivo puede lograrse con una mejor relación coste - beneficio desde una perspectiva poblacional, mediante la actuación sobre su entorno o si por el contrario, puede alcanzarse más fácilmente mediante actuaciones sobre los individuos (programas educativos, campañas en colegios, etc.).

En cuanto a las líneas de trabajo de las comunidades autónomas para promover la prevención escolar son las siguientes²⁷²⁵:

- a) *Coordinación con el sistema educativo.* Todos los planes autonómicos sobre drogas se coordinan con los departamentos autonómicos de educación para constituir la oferta de programas de prevención que se dirigen a los centros educativos.

Estos programas estructurados tienen una gran solidez en cuanto que en la mayoría de los casos, están funcionando durante años. En muchas ocasiones, la oferta de programas preventivos en centros educativos está fortalecida por equipos de prevención locales, dependientes de los ayuntamientos, que se comunican directamente con los centros para intensificar la oferta de programas y actividades preventivas.

- b) *Inclusión de la prevención de las drogodependencias en los proyectos educativos de los centros escolares.* En algunas comunidades autónomas como Andalucía, casi la totalidad de sus centros educativos incorporan en sus proyectos educativos programas de prevención; también en Asturias donde disponen desde 1992 subvenciones a centros para la elaboración de proyectos de promoción y educación para la salud; y en Aragón, donde los centros educativos para la elaboración de estos programas cuentan con la ayuda de los centros de prevención comunitaria.

²⁷²³ ESCÁMEZ, J.: “Directrices para la elaboración de programas preventivos en drogodependencias” en *Drogas y escuela. Una propuesta de prevención*, Dykinson, Madrid, 1990, p. 193.

²⁷²⁴ VEGA, A.: “La prevención educativa en los centros educativos” en *Drogodependencias. 4. Prevención...*, *Op. cit.*, pp. 105 y ss.

²⁷²⁵ PNSD, *Memoria 2012*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012, pp. 36 y ss.

- c) *Oferta de programas estructurados de prevención.* Todas las comunidades autónomas ofrecen una diversidad de programas estructurados para ser aplicados por los profesores en las aulas. Algunas como Galicia o Extremadura, ofertan sólo un programa; otras, sin embargo, ofertan una diversidad de programas (Asturias y Aragón). En la mayoría de los casos, se suelen ofrecer entre tres y cinco programas. En total se contabilizan más de 120 programas diversos en todo el territorio español.

La participación de alumnos en estos programas (1.162.476) ha sido inferior al del año anterior, consolidándose la tendencia descendente observada desde el 2010²⁷²⁶. También se reduce el número de profesores que participan en estos programas respecto al año anterior²⁷²⁷.

Finalmente, los programas más extendidos en España son: *Prevenir para vivir* (FAD), *Órdago o La aventura de vida de Edex*, o *En la Huerta con mis amigos*.

- d) *Actividades puntuales de sensibilización en centros escolares y actividades extraescolares.* Junto a los programas estructurados, se efectúan actividades puntuales que persiguen sensibilizar a la comunidad educativa sobre este tema; suelen consistir en talleres, charlas, jornadas, etc. Según los datos facilitados por los Planes autonómicos sobre drogas (PAD) el número de alumnos participantes en estos programas en el 2012 ha sido de 500.163.
- e) *Formación permanente del profesorado.* Todas las comunidades autónomas promueven la formación del profesorado en prevención en drogodependencias, mediante cursos o seminarios ofrecidos desde los centros de formación permanente, lo que posibilita el reconocimiento oficial de esta formación. Según los datos facilitados por los PAD en el 2012, el número de profesores participantes ha sido de 4.323 profesores.
- f) *Evaluación de los programas.* Los Planes de drogas de Andalucía, La Rioja y Galicia informan de las novedades en la evaluación de sus programas; en el caso de Andalucía efectúa una evaluación cualitativa de los programas de prevención escolar mediante una aplicación informática (Seneca) que emplea un cuestionario completado por los docentes; la Rioja presenta una evaluación de sus programas de ocio alternativo; y Galicia ha puesto en funcionamiento el *Manual de evaluación de programas*, constituido en el ámbito del Modelo Lógico de Planificación seguido por esta comunidad.

En cuanto a las intervenciones en los *centros universitarios* se sigue trabajando con programas de información y sensibilización sobre los riesgos del abuso del alcohol y el consumo de otras sustancias psicoactivas. Destaca el programa *En Plenas Facultades* aplicado en las universidades de Cataluña, Madrid y Valencia²⁷²⁸.

²⁷²⁶ PNSD, *Memoria 2012...*, *Op. cit.*, p. 37 (Figura 3.1).

²⁷²⁷ *Ibidem*, p. 37 (Figura 3.2)

²⁷²⁸ PNSD, *Memoria 2012...*, *Op. cit.*, p. 38.

1.1.2. Prevención familiar

En los últimos años, se ha incrementado la relevancia de la *prevención familiar*, al conocerse a través de los factores de riesgo y protección²⁷²⁹, su importancia en la etiología del consumo de drogas²⁷³⁰.

Ciertamente, la familia ocupa un papel prioritario en la prevención del consumo de drogas en los jóvenes, porque “en su seno es dónde se dan las bases de la educación, de la formación de la personalidad de los hijos y desde dónde se establecen las relaciones con el exterior”²⁷³¹.

Desde las edades más tempranas la actuación de los padres y las madres puede ayudar a prevenir el consumo de drogas. Para ello, los padres y las madres deben actuar desde diversos frentes²⁷³²:

- 1º. En la identidad de los hijos e hijas. La labor fundamental de la familia es lograr que los hijos y las hijas lleguen a tener una identidad propia. Se sientan satisfechos de sí mismos, fortaleciendo de este modo su autoestima. Siendo importante además, que lleguen a ser autónomos, siendo capaces de dar sus propios pasos y medir sus actuaciones.
- 2º. Respecto al grupo de amigos. Este grupo tiene una gran influencia en el desarrollo del adolescente. La familia debe preparar a los hijos para defenderse cuando el grupo trata de influir en su actuación.
- 3º. Respecto al barrio en el que viven. Los padres y las madres deben conocer el tipo de recursos existentes en el barrio (sociales, deportivos, culturales, etc.), así como los ambientes que frecuentan sus hijos. Los padres y las madres pueden controlar el comportamiento de sus hijos interviniendo sobre el entorno que los rodea.

Si los hijos reciben una educación sólida, desarrollan una identidad propia, llegando a convertirse en individuos autónomos y se relacionan adecuadamente con su entorno (amigos, vecinos, etc.) estarán preparados para enfrentar su vida sin drogas. Si bien,

²⁷²⁹ Sobre los factores de riesgo y protección familiar, vid., entre otros, MONCADA BUENO, S.: “Factores de riesgo y protección en el consumo de drogas” en *Prevención de las drogodependencias: Análisis y propuestas de actuación*, PND, Madrid, 1997, pp. 85 a 101. RIOS, JA / ESPINA, A y BARATAS, MA.: *La prevención de las drogodependencias en la familia*, Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 1997. MUÑOZ RIVAS, MJ *et al.*: *Factores de riesgo en drogodependencias: Consumo de drogas en adolescentes*, Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense, Madrid, 2000. BECOÑA IGLESIAS.: *Op. cit.*, pp. 206 y ss. SECADES VILLA, R *et al.*: *Estrategias de intervención en el ámbito familiar. Guía para promover la implicación y la participación de la familia en los programas preventivos*, Diputación de Barcelona, 2011, pp. 14 y ss.

²⁷³⁰ MONCADA BUENO.: *Op. cit.*, pp. 85 y ss.

²⁷³¹ RIOS / ESPINA y BARATAS.: *Op. cit.*, p. 9.

²⁷³² MARAVALL, J *et al.*: *El papel de la familia en la prevención de las drogodependencias*, CEAPA, Madrid, 2006, pp. 3 y ss.

dada la gran complejidad que presente el problema de la droga, la prevención deberá realizarse desde la infancia²⁷³³.

Además, la familia es un elemento fundamental en la socialización de los niños y adolescentes. Por ello, una familia estructurada facilita la adaptación a la sociedad actual. Uno de los factores de adaptación es el no consumo de sustancias o no pasar de un consumo ocasional.

Ciertamente, en los últimos años se ha producido significativos cambios en la familia, y el consumo de drogas en ocasiones se asocia a dichos cambios²⁷³⁴.

Mediante los programas preventivos familiares se trata de potenciar capacidades de educación y comunicación en el seno de la familia, aumentar el sentido de competencia de los padres y su capacidad para solventar los problemas y concienciarlos de la importancia que tienen como agentes de salud de sus hijos²⁷³⁵.

El principal problema de los programas preventivos familiares es la escasa participación de los padres. Y, cuando participan, suelen ser las madres las que acuden más a las sesiones que los padres. Lo mismo sucede en las escuelas para padres creadas para la prevención de las drogodependencias.

En la práctica, las familias con más problemas suelen disponer de menos tiempo para asistir a dichas sesiones. Por ello, surge la necesidad de facilitarles a los padres la asistencia a estos programas e incluso se les financie la asistencia a los mismos²⁷³⁶.

Una intervención fundamental es la dirigida específicamente a familias problemáticas donde los padres y los hijos consumen drogas o donde existen un alto riesgo de consumir²⁷³⁷.

Facilitar el acceso a estos programas o en combinación con programas comunitarios, facilita la adhesión a los mismos²⁷³⁸.

Existe un consenso generalizado sobre la importancia de la familia en la prevención de las drogodependencias, y que los programas preventivos familiares han demostrado cierta efectividad en la reducción de los factores de riesgo que llevan a los jóvenes a iniciarse o mantenerse en el consumo de sustancias legales o ilegales. No obstante, en nuestro país la prevención familiar no se ha extendido como práctica preventiva correctamente aplicada y sistematizada²⁷³⁹.

²⁷³³ RIOS / ESPINA y BARATAS.: *Op. cit.*, p. 9.

²⁷³⁴ *Ibidem*, pp. 15 y ss.

²⁷³⁵ PND, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000 - 2008...*, *Op. cit.*, p. 42.

²⁷³⁶ BECOÑAS IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 79.

²⁷³⁷ DÍAZ, R / FERRI, MJ.: "Intervención en poblaciones de riesgo (1): los hijos de alcohólicos", *Adiciones*, 14, Suplemento 1, 2002, pp. 353 y ss.

²⁷³⁸ BECOÑAS IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 79.

²⁷³⁹ SECADES VILLA.: *Op. cit.*, p. 12.

Según los datos aportados por los Planes Autonómicos sobre Drogas, en el 2012 la participación de los padres y las madres (72.122) en los programas de prevención familiar ha sido inferior al año anterior.

Se observa una tendencia decreciente a pesar de que las principales recomendaciones internacionales sobre el tema señalan que los padres y las madres son los más efectivos, tanto para prevenir el consumo de sustancias psicoactivas, como otras conductas problemáticas en la infancia y en la adolescencia²⁷⁴⁰.

1.1.3. Prevención comunitaria

La *prevención comunitaria* en drogodependencias lo que persigue es prevenir el consumo de drogas en una comunidad concreta poniendo en funcionamiento recursos y medios comunitarios y, con ello la intervención y actuación de diversas instituciones, colectivos, grupos y personas que integran la comunidad. Ello implica que un programa preventivo comunitario es extenso y puede englobar cualquier aspecto de la comunidad²⁷⁴¹.

El objetivo de la prevención en el ámbito comunitario es “reforzar los mensajes y normas de la comunidad en contra del abuso de sustancias y a favor de un estilo de vida saludable”. Para ello es necesario establecer una estrategia global, coordinando las actuaciones de los diversos ámbitos para lograr una intervención coherente y plenamente eficaz²⁷⁴².

Las intervenciones comunitarias están orientadas a favorecer “la movilización, la implicación y participación de instituciones y organizaciones de la propia comunidad en la definición de sus necesidades y en la elaboración de sus respuestas”. Para lo que es necesaria la capacitación de mediadores sociales²⁷⁴³.

La prevención comunitaria tiene evidentes ventajas, como la posibilidad de incidir en más factores de riesgo²⁷⁴⁴ en diversos niveles, pudiendo lograr una mayor consistencia en los mensajes, una mayor difusión al disponer de más canales, etc²⁷⁴⁵.

Con frecuencia los programas comunitarios contienen otros programas que operan de forma independiente como la prevención escolar, familiar, laboral, etc. Pero si se coordinan dentro de un programa comunitario pueden funcionar todos entre sí. De ahí,

²⁷⁴⁰ PNSD, *Memoria 2012...*, *Op. cit.*, p. 38 (Figura 3.3).

²⁷⁴¹ BECOÑAS IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 79.

²⁷⁴² PASCUAL PUERTA, A.: “Nuevos retos en prevención comunitaria”, *Revista de la asociación Proyecto Hombre*, núm. 67, 2008, p. 7. Se puede consultar en [http:// www.proyctohombre.es](http://www.proyctohombre.es)

²⁷⁴³ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000 - 2008...*, *Op. cit.*, p.44

²⁷⁴⁴ Sobre los factores de riesgo en el ámbito comunitario, vid., CALAFAT, A / MONTSERRAT, J.: “De la etiología a la prevención del uso y abuso de drogas recreativas” en *Monografía drogas recreativas*, Adicciones, Vol. 15, Suplemento 2, 2003, pp. 266 y ss.

²⁷⁴⁵ PENTZ, MA.: “Prevention in the community” en *Prevention and social impact of drug and alcohol abuse*, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, 1999, pp. 327 a 344.

la trascendencia de adaptar todo programa comunitario a las necesidades concretas de esa comunidad y de los individuos que presentan mayores problemas de consumo de sustancias²⁷⁴⁶.

Las políticas sobre drogas desarrolladas en una determinada comunidad, debe garantizar “su adecuación a sus peculiaridades y la aceptación de las mismas por la población”²⁷⁴⁷.

Cabe destacar, que en el ámbito comunitario, las comunidades autónomas realizan diversos tipos de acciones en materia preventiva que abarca desde el diseño de planes locales de drogas, hasta los programas que se desarrollan en un entorno más local y más próximo a la comunidad autónoma, que suelen consistir en “acciones de sensibilización, programas de ocio alternativo, de ocio nocturno, y el trabajo con poblaciones vulnerables”²⁷⁴⁸.

En cuanto a los *programas de ocio alternativo* el número de niños y jóvenes participantes en el 2012 (293.365) es similar al del año anterior.

El tipo de programa que se aplica, también de forma similar a los efectuados en los años precedentes, va desde actividades más o menos puntuales, durante periodos vacacionales o de fin de semana, hasta programas consolidados que mantienen una oferta lúdica preventiva para los menores en los municipios.

Las iniciativas están coordinadas por equipos de zona o técnicos locales de prevención, y establecidas en muchos casos por ONGs. Este tipo de intervenciones no se suelen evaluar²⁷⁴⁹.

En el contexto del *ocio nocturno* se siguen extendiendo las iniciativas dirigidas al sector de la hostelería. En su mayoría, son acciones de información, sensibilización, y reducción de riesgos:

- Asturias desarrolla un programa que se aplica en 15 establecimientos en los que se venden bebidas alcohólicas, conteniendo acciones de sensibilización y de información;
- Baleares mantienen activa la *Plataforma para un ocio de calidad en las Illes Balears*;
- Cantabria ha realizado una campaña de promoción de un ocio nocturno saludable dirigido a jóvenes que asisten a festivales musicales;
- Cataluña prosigue con la extensión del sello *Q de calidad en Salud* en locales de ocio para fomentar entornos saludables y seguros para la clientela, y con las plataformas locales participes en la elaboración de estrategias preventivas en este ámbito²⁷⁵⁰.

²⁷⁴⁶ BECOÑAS IGLESIAS.: *Bases científicas...*, Op. cit., p. 80.

²⁷⁴⁷ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000 - 2008...*, Op. cit., p. 44.

²⁷⁴⁸ PNS, *Memoria 2012...*, Op. cit., p. 39.

²⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 40

²⁷⁵⁰ *Ibidem*, p. 40.

1.1.4. Prevención laboral

También se ha ido incrementando la importancia de la *prevención laboral*²⁷⁵¹ dada la elevada prevalencia del consumo de drogas entre la población trabajadora²⁷⁵².

El consumo de sustancias en el lugar de trabajo tiene importantes repercusiones para los trabajadores, tanto por afectar a su rendimiento laboral como por los problemas sociosanitarios que pueden ocasionar en el ámbito familiar e individual.

Además, en ocasiones, el consumo de estas sustancias puede afectar a terceros, favoreciendo los accidentes laborales o exposiciones de los no fumadores al humo del tabaco. Del mismo modo, algunas condiciones del medio laboral, o el hecho de no tenerlo, puede operar como factor de riesgo o protección del consumo de drogas²⁷⁵³.

Por tanto, el consumo de drogas en el lugar de trabajo es un problema que repercute negativamente no sólo en el trabajador, sino también en el ámbito laboral y en la productividad y eficacia de la empresa²⁷⁵⁴.

Se plantea la necesidad de una política en el ámbito laboral dirigida a prevenir o reducir los riesgos laborales derivados del consumo de estas sustancias, con programas de prevención y apoyo que aporten información básica y orientación para la asistencia de los trabajadores afectados²⁷⁵⁵.

La prevención debe ser prioritaria en los sectores de producción y colectivos de trabajadores en situación de alto riesgo y también en aquellos en los que la realización de su actividad laboral puede implicar un riesgo para terceros, como es el caso de los conductores de vehículos de transporte público, sanitarios, etc²⁷⁵⁶.

La prevención de las drogodependencias en el ámbito laboral exige estrategias y actuaciones específicas en las que son necesarias la participación tanto de las empresas como de los trabajadores y sus representantes (sindicatos), conjuntamente con los servicios de prevención de riesgos laborales²⁷⁵⁷.

²⁷⁵¹ Sobre los factores de riesgo y protección en el ámbito laboral, vid., CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL, *Manual para la prevención de las drogodependencias y adicciones en el ámbito laboral*, Sevilla, 2004, pp. 101 y ss. UGT, *Drogodependencias y adicciones: Prevención en el ámbito laboral*, Comisión ejecutiva Confederal de UGT, Madrid, 2012, pp 38 y ss.

²⁷⁵² Vid. NAVARRO, J / RODRÍGUEZ, E.: *La incidencia de las drogas en el mundo laboral*, Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2001. OED, *Encuesta 2007- 2008 sobre el consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011.

²⁷⁵³ NAVARRO / RODRÍGUEZ.: *Op. cit.*, p. 9.

²⁷⁵⁴ OCHOA MANGADO, E / MADDOZ GÚRPIDE, A.: “Consumo de alcohol y otras drogas en el medio laboral”, *Med Segur Trab*, Vol. 54, núm. 213, 2008, p. 26. Se puede consultar en [http:// www. scielo](http://www.scielo).

Isciii. es

²⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 25.

²⁷⁵⁶ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000 - 2008...*, *Op. cit.*, p. 43.

²⁷⁵⁷ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2009 - 2016...*, *Op. cit.*, p. 63.

Tales programas deberán estar contenidos en los programas de seguridad e higiene de las empresas²⁷⁵⁸.

Deben realizarse en cualquier empresa con independencia de su tamaño. Y deben ser flexibles y adaptables a las diversas realidades sobre las drogas y el abuso de su consumo²⁷⁵⁹.

Los programas preventivos en el ámbito laboral suelen incluir “información, sensibilización y orientación, facilitar tratamiento a los trabajadores con problemas derivados del consumo de drogas trabajando desde un contexto de prevención de riesgos laborales y no desde una perspectiva sancionadora, así como formación y capacitación de mandos y cuadros con asesoramiento especializado”²⁷⁶⁰.

Los programas preventivos dirigidos a mejorar la situación de los trabajadores respecto al consumo de sustancias deben favorecer cambios en el estilo de vida, y de cultura de la salud dentro de la empresa. Para ello, resulta imprescindible conocer las actitudes de los trabajadores frente al consumo, previamente a perfilar los objetivos preventivos y asistenciales²⁷⁶¹.

Las políticas preventivas respecto al consumo de sustancias deben ser informativas, de protección y de sensibilización. Con carácter preventivo se facilitará el no consumo de drogas en la empresa (suprimiendo la venta de sustancias en el interior del recinto de la empresa, mejorando las condiciones de los trabajadores, etc.). Respecto a los trabajadores se tratará de modificar su actitud frente al consumo de sustancias, con una información clara y real. Y se tratará de detectar precozmente los problemas vinculados al consumo de sustancias psicoactivas y se prestará asistencia a los trabajadores drogodependientes que lo deseen²⁷⁶².

La prevención en el ámbito laboral adquiere especial importancia entre los más jóvenes pues no sólo consumen en el trabajo, sino que tienen más riesgo que los individuos de mayor edad, de consumir durante los fines de semana o cuando salen después del trabajo²⁷⁶³.

Finalmente, no se observan cambios en las actuaciones realizadas en este ámbito por los Planes Autonómicos sobre Drogas, respecto a años precedentes. La mayor parte de las intervenciones en el ámbito laboral siguen consistiendo en campañas de sensibilización, y en menor medida, en acciones de asesoramiento e información. Son más reducidas las intervenciones para establecer planes integrales de actuación en el ámbito laboral²⁷⁶⁴.

²⁷⁵⁸ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000 - 2008...*, *Op. cit.*, p. 43.

²⁷⁵⁹ OCHOA MANGADO / MADOZ GURPIDE.: *Op. cit.*, p. 29.

²⁷⁶⁰ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000 - 2008...*, *Op. cit.*, p. 44.

²⁷⁶¹ OCHOA MANGADO / MADOZ GURPIDE.: *Op. cit.*, p. 29.

²⁷⁶² *Ibidem*, p. 29.

²⁷⁶³ CALAFAT, A / JUAN, M *et al.*: *Salir de marcha y consumo de drogas*, Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2000, p. 11.

²⁷⁶⁴ PNSD, *Memoria 2012...*, *Op. cit.*, p. 40.

1.1.5. Prevención en el ámbito de los Medios de Comunicación Social

Otro contexto relevante para la prevención, es la *prevención dentro del ámbito de los Medios de Comunicación Social*.

En primer lugar, conviene destacar que, no solo es un ámbito de actuación más en materia de prevención, sino que posee también un valor estratégico para acceder a los demás ámbitos de intervención, por lo que debe considerarse en su dimensión de transversalidad.

De este modo, se incluyen tanto las campañas de información y sensibilización a la sociedad como las relaciones y acciones con los distintos medios de comunicación social²⁷⁶⁵.

Es incuestionable la trascendencia de los Medios de Comunicación Social tanto en la prevención de las drogodependencias como en el fomento de hábitos saludables en la población; no cabe duda de que la prensa, la radio y la televisión están destinados a cumplir un papel fundamental en el ámbito de la salud pública, lo que ha originado la reflexión en torno a la necesidad de la especialidad de sus profesionales en este ámbito²⁷⁶⁶.

No se puede comprender el fenómeno de las drogas sin comprender el papel que los Medios de Comunicación Social desempeñan en su desarrollo. Como señala VEGA FUENTE “los medios de información no sólo transmiten noticias sino que representan un poderoso medio de acción para formar actitudes y transmitir conocimientos en materia de drogas”²⁷⁶⁷.

La prevención desarrollada a través de los Medios de Comunicación Social, es realizable únicamente a través de los órganos estatales o de las comunidades autónomas²⁷⁶⁸.

La prevención en este ámbito consiste en²⁷⁶⁹:

- a) Campañas nacionales en televisión, tanto de organizaciones gubernamentales como no gubernamentales.
- b) Campañas regionales y locales de prevención de alcohol, y en menor medida del tabaco.

²⁷⁶⁵ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000 - 2008...*, *Op. cit.*, p. 43

²⁷⁶⁶ GARCÍA NEBREDA, J *et al.*: *La imagen de la droga en la prensa española, en comunidad y drogas*, Cuadernos Técnicos de Estudios y Documentación, núm. 2, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987, p. 9

²⁷⁶⁷ VEGA FUENTE, A.: “Las drogas y los medios de comunicación ¿prohibir o domesticar?”, *Enseñanza & Teaching: Revista interuniversitaria de didáctica*, núm. 2, 2004, p. 371. Se puede consultar en [http:// www. dialnet. unirioja. es](http://www.dialnet.unirioja.es)

²⁷⁶⁸ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 82.

²⁷⁶⁹ MARTÍNEZ HIGUERAS, IM *et al.*: *Actuar es posible. Medios de comunicación y drogodependencias*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, 2000, p. 39.

Muchas ciudades y comunidades autónomas ponen en funcionamiento campañas de sensibilización usando los medios de comunicación social y los soportes gráficos de gran expansión, como folletos, carteles, etc²⁷⁷⁰.

La representación social de las drogas que deriva, en gran parte, del tratamiento que el fenómeno recibe en los medios, no puede dejar impasible al destinatario de dicha información²⁷⁷¹. Como señala BERRIO “hoy en día ya nadie pone en duda que la imagen social de las drogas está absolutamente mediatizada por la forma en que éstas aparecen en los Medios de Comunicación”²⁷⁷².

Dicho de otro modo “si la prensa no consigue imponer a la gente lo que debe pensar, es sorprendentemente capaz de decir a los lectores en torno a qué temas deben pensar algo. En este sentido se viene confirmando la tesis de la agenda - *setting*, que desvela el impacto directo sobre los destinatarios, a partir de esa dependencia cognoscitiva hacia los medios; ese impacto se manifiesta tanto por la propia selección de temas, problemas, acontecimientos, como por la jerarquía y orden de prioridad con que son tratados en los medios”²⁷⁷³.

En la sociedad contemporánea, los Medios de Comunicación Social desempeñan un papel fundamental tanto en la creación de “estados de opinión”, como en la visión que tenga la ciudadanía sobre temas que afectan a la sociedad y los factores que lo determinan. Por ello, no solo se debe atender a la información divulgada, sino a los mensajes que contiene dicha información²⁷⁷⁴.

El objetivo de la prevención en este ámbito consiste en transmitir “mensajes objetivos, claros y fiables” con los que se originen en la audiencia opiniones preventivas idóneas, corrigiendo además, falsas creencias o mitos sobre las drogas en general, el consumo, el tráfico ilegal, los narcotraficantes, etc²⁷⁷⁵.

Dado el impacto que la transmisión de mensajes de los medios de comunicación social tienen en la sociedad, se les debe ofrecer una información rápida, clara y veraz de los diferentes aspectos asociados al consumo de sustancias y las drogodependencias, de modo que puedan transmitirla de igual modo²⁷⁷⁶.

Los profesionales de los medios de comunicación social son los que conocen las técnicas para transmitir de forma más efectiva el contenido de estos mensajes, necesarios para que la población adopte una postura “independiente y autoresponsable”, en este caso frente al consumo de las drogas.

²⁷⁷⁰ MARTÍNEZ HIGUERAS.: *Op. cit.*, p. 39.

²⁷⁷¹ REKALDE, A.: “Drogas: Debate público y representación social”, 2003, p. 6. Se puede consultar en <http://www.osakidetza.es>

²⁷⁷² BERRIO, JL.: “Medios de comunicación y drogas” en *Cambios sociales y legales ante el tercer milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 219 y ss.

²⁷⁷³ FERNÁNDEZ CID, M *et al.*: *Tratamiento periodístico de las drogas y las drogodependencias*, ed. Coordinadora de ONGS que intervienen en drogodependencias, Madrid, 1996, p. 17.

²⁷⁷⁴ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2009 - 2016...*, *Op. cit.*, p. 66.

²⁷⁷⁵ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 82.

²⁷⁷⁶ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000 - 2008...*, *Op. cit.*, p. 45.

Conocen cómo presentar el “no consumo” de cualquier sustancia, como una auténtica necesidad de la población en general²⁷⁷⁷.

Es necesario potenciar la actuación conjunta de los responsables del Plan Nacional sobre Drogas y los profesionales y representantes cualificados de los medios de comunicación para “consensuar una serie de recomendaciones en la información de temas vinculados a las drogas, sus condicionantes, su impactos y la evidencia de efectividad de las distintas opciones preventivas y asistenciales”²⁷⁷⁸.

También es importante crear proyectos de colaboración entre profesionales del sector preventivo y realizadores de audiovisuales para la producción de espacios de ficción en los canales de televisión, asegurando que el tratamiento de los temas sobre drogas no tenga un carácter contrapreventivo²⁷⁷⁹.

No obstante, el contenido e impacto de la información transmitida por los Medios de Comunicación social es poco satisfactoria desde la perspectiva educativa. Detrás de los medios de información están los grandes poderes políticos y económicos que transmiten los mensajes que les interesa a ellos, y no a la sociedad. Se transmiten mensajes en los que se establece la maldad o bondad de las instituciones, los países, hechos, situaciones, ideas o personas.

Existe un enfoque parcial e interesado de los medios de comunicación al tratar el tema de las drogas, “a caballo entre la desinformación y el control social”. Son las drogas ilegales las que generan la mayor parte de las noticias, centrándose en aspectos como el tráfico de drogas, el protagonismo policial y la tensión existente entre el Estado y las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico²⁷⁸⁰.

En síntesis, los Medios de Comunicación gestionan el tema de las drogas (ilegales) dando preferencia a algunas fuentes, criminalizando la información, otorgando protagonismo a algunos temas (delincuencia, tráfico ilegal de drogas, organizaciones criminales, etc.)²⁷⁸¹.

Por otra parte, cabe señalar que a pesar de que la actividad iniciada por el PNS y continuada después por el OED, en colaboración con las Comunidades Autónomas ha sido imparable tanto en el ámbito escolar como familiar, los resultados no son muy esperanzadores, dado que de los datos facilitados, la edad media de inicio del consumo de drogas (legales e ilegales) de los estudiantes de secundaria (14 a 18 años), se ha mantenido prácticamente inalterable en los últimos años, como se aprecia en la Tabla. 1²⁷⁸².

²⁷⁷⁷ SÁNCHEZ MARTOS, J.: “Los medios de comunicación social ante el fenómeno de la drogodependencia”, *Estudios de Juventud*, número 40, 1997, p. 74. Se puede consultar en <http://www.injuve.es>

²⁷⁷⁸ PNS, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2009 - 2016...*, *Op. cit.*, pp. 66 y 67.

²⁷⁷⁹ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

²⁷⁸⁰ VEGA FUENTE.: *Op. cit.*, pp. 371 y ss.

²⁷⁸¹ *Ibidem*, pp. 373.

²⁷⁸² VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1520.

TABLA 1

EVOLUCIÓN DE LA EDAD MEDIA DE INICIO EN EL CONSUMO DE
SUSTANCIAS PSICOACTIVAS ENTRE LOS ESTUDIANTES DE
ENSEÑANZAS SECUNDARIAS (14 - 18 AÑOS) 1994 - 2010

SUSTANCIAS	1994	1996	1998	2000	2002	2004	2006	2008	2010
Tabaco	13,9	13,3	13,2	13,1	13,1	13,2	13,1	13,3	13,5
Tabaco (consumo diario)		14,6	14,4	14,4	14,4	14,5	14,2	15,1	15,3
Alcohol	13,5	13,7	13,8	13,6	13,6	13,7	13,8	13,7	13,7
Alcohol (consumo semanal)		15,0	15,0	14,9	15,0	15,1	15,0	15,6	14,8
Hipnosedantes sin receta	14,1	14,5	14,8	14,5	14,6	14,8	14,4	14,3	14,4
Cannabis	15,1	15,1	15,0	14,9	14,7	14,7	14,6	14,6	14,7
Cocaína (polvo y 7 o base)	15,6	15,9	15,8	15,8	15,7	15,8	15,3	15,3	14,9
Cocaína polvo							15,4	15,4	15,4
Cocaína base							15,0	15,0	14,6
Heroína	14,3	14,7	14,4	15,4	14,9	14,4	15,4	14,3	14,4
Anfetaminas	15,5	15,7	15,6	15,6	15,6	15,7	15,6	15,4	15,5
Alucinógenos	15,4	15,6	15,4	15,5	15,5	15,8	15,5	15,4	15,4
Inhalables Volátiles	13,3	13,6	13,4	13,9	14,3	14,0	13,6	13,8	13,2
Éxtasis	15,6	15,7	15,5	15,7	15,4	15,6	15,5	15,2	15,3

FUENTE: DGPNSD. Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Enseñanzas Secundarias (ESTUDES).

Los estudiantes de Enseñanzas secundarias de 14 a 18 años se inician en el consumo de sustancias psicotrópicas a una edad muy temprana. En el 2010 las sustancias que se empezaban a consumir a una edad más temprana eran el tabaco, el alcohol y los inhalables volátiles, cuyas edades medias de inicio se situaron entre los 13 y 14 años. A continuación se sitúan el consumo de heroína, los tranquilizantes o pastillas para dormir y cannabis (14,4, 14,4 y 14,7 años, respectivamente). La cocaína, el éxtasis, los alucinógenos y las anfetaminas fueron las drogas que comenzaron a consumirse a una edad más tardía (14,9, 15,3, 15,4, y 15,5 años, respectivamente). En general, como puede observarse existe una tendencia estable en la evolución de la edad de inicio en el consumo de las diversas drogas (Tabla. 1)²⁷⁸³.

²⁷⁸³ PNSD, *Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Estudiantes de Enseñanzas Secundarias (ESTUDES) 1994 – 2010*, Delegación del Gobierno para el PNSD, Madrid, 2010, p. 60.

La última Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Enseñanzas Secundarias (2012/2013) indica que la edad media de inicio en el consumo de sustancias se sitúa entre los 13 y 16 años. Siendo los inhalables, tabaco y alcohol las sustancias cuyo consumo se siguen iniciando a una edad más temprana (entre los 13 y 14 años). Siguiéndoles la heroína, cannabis y alucinógenos (14,4, 14,9 y 15,4 años, respectivamente). Por último, la cocaína, anfetaminas, *speed* y éxtasis (15,5, 15, 5 y 15,8 años, respectivamente). Se sigue manteniendo la tendencia estable en la evolución de la edad de inicio en el consumo de sustancias²⁷⁸⁴.

Pese a las actuaciones realizadas en el área de la prevención, especialmente mediante campañas informativas en prensa, radio y televisión²⁷⁸⁵, y campañas educativas a nivel escolar y familiar²⁷⁸⁶, se puede afirmar que se ha generalizado entre los jóvenes (Tabla 2.) el consumo de drogas legales (alcohol y tabaco), e ilegales (cannabis)²⁷⁸⁷, observándose una tendencia cada vez mayor hacia el *policonsumo de sustancias*, especialmente los fines de semana, haciendo olvidar el “estereotipo de uso de drogas = marginación social”²⁷⁸⁸.

La Encuesta sobre Drogas a Población Escolar realizada en el 2010, en la que se incluyen a alumnos escolarizados entre los 14 y 18 años, revela que las drogas más consumidas por los estudiantes en España siguen siendo el alcohol, el tabaco y el cannabis.

Un 75,1 % ha tomado alcohol alguna vez en la vida, un 39,8 % ha probado el tabaco y un 33% el cannabis. De igual modo, se observa un elevado consumo de estas sustancias en los últimos 30 días, así, un 63% en el caso del alcohol, 26,2% en el caso del tabaco, y del 17,2 % en el caso del cannabis (Tabla 2).

El consumo de las demás sustancias (cocaína, éxtasis, alucinógenos, anfetaminas, heroína, etc.) oscila entre el 1% y el 3,9 % de los estudiantes que la han probado alguna vez en la vida, y entre el 0,5 % y el 1,5% que la han consumido en los últimos 30 días (Tabla 2).

Una referencia aparte merece el consumo de tranquilizantes. Los estudiantes que han consumido alguna vez en la vida tranquilizantes es de un 18,0%, y los que los han tomado sin receta médica son de un 10,4 %. Siendo en los últimos 30 días el consumo de los mismos de un 5,2% y un 3% respectivamente (Tabla 2)²⁷⁸⁹.

²⁷⁸⁴ PNS, *ESTUDES 2013*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2013, p. 6.

²⁷⁸⁵ Según NEUMAN.: *Droga...*, *Op. cit.*, p. 140, la información es “un acto de cultura y de resguardo comunitario. La no información va en menoscabo y desprecio de la conciencia pública para asumir los problemas sociales”.

²⁷⁸⁶ Sobre la importancia de la educación escolar en la prevención de las drogodependencias vid. NEUMAN.: *Droga...*, *Op. cit.*, pp. 141 a 143.

²⁷⁸⁷ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases teóricas...*, *Op. cit.*, p. 11.

²⁷⁸⁸ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1520. Vid. Con mayor amplitud, PONS DÍEZ, J / BERJANO PEIRATS, E.: *El consumo abusivo del alcohol en la adolescencia: un modelo explicativo desde la psicología social*, PND - Caja Madrid, 1999, pp. 92 a 96. VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C.: *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003, pp. 163 y 164.

²⁷⁸⁹ PNSD, *ESTUDES 1994 - 2010...*, *Op. cit.*, p. 60.

TABLA 2

PREVALENCIA DEL CONSUMO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS ENTRE
LOS ESTUDIANTES DE ENSEÑANZAS SECUNDARIAS (14 a 18 años) 2010

SUSTANCIAS	ALGUNA VEZ	ÚLTIMOS 12 MESES	ÚLTIMOS 30 DÍAS
Tabaco	39,8	32,4	26,2
Alcohol	75,1	73,6	63,0
Hipnosedantes*	18,0	9,8	5,2
Hipnosedantes sin**	10,4	5,6	3,0
Cannabis	33,0	26,4	17,2
Éxtasis	2,5	1,7	1,0
Alucinógenos	3,5	2,1	1,0
Anfetaminas	2,6	1,6	0,9
Cocaína	3,9	2,6	1,5
Heroína	1,0	0,6	0,5
Inhalables Volátiles	2,3	1,2	0,8
GHB	1,2	1,2	0,5

*Tranquilizantes y / o somníferos

**Tranquilizantes y / o somníferos sin receta.

FUENTE: DGPNSD. Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Enseñanzas Secundarias (ESTUDES).

Si se compara los resultados de la ESTUDES del 2010 con la practicada en los años precedentes se observa una disminución del consumo de la mayoría de las sustancias, más acusado en el caso del tabaco, cannabis y cocaína. Estas dos últimas sustancias son por otro lado las drogas ilegales más extendidas y cuyo consumo se ha incrementado más en los últimos años²⁷⁹⁰.

La última Encuesta Estatal sobre uso de drogas en Enseñanzas Secundarias (2012/2013) indica que las drogas más consumidas por los estudiantes de entre 14 y 18 años, sigue siendo el alcohol (81,9 %), el tabaco (35,3%) y el cannabis (26,6%). A las que siguen los hipnosedantes (11,6%), la cocaína (2,5 %) y el éxtasis (2,2%)²⁷⁹¹. Lo que evidencia un incremento del consumo del alcohol entre la población escolar, respecto de

²⁷⁹⁰ Cfr. PNSD, *ESTUDES 1994 - 2010...*, *Op. cit.*, p. 61. (Tabla 1. 2. 4).

²⁷⁹¹ PNS, *ESTUDES 2013...*, *Op. cit.*, p. 4.

los datos suministrados por las encuestas practicadas en años precedentes, y el mantenimiento de una elevada prevalencia de consumo de cannabis, siendo la droga ilegal más consumida por los jóvenes²⁷⁹².

Es preocupante que el policonsumo (de drogas legales e ilegales) constituye un patrón de consumo cada vez más prevalente entre la población escolar de 14 a 18 años. El policonsumo busca potenciar o compensar los efectos de diversas drogas, o experimentar nuevas sensaciones. Incrementa claramente los riesgos y los problemas sanitarios y sociales vinculados a su consumo y dificulta su tratamiento. Conocer el policonsumo e identificar patrones concretos de consumo permite diseñar las intervenciones adecuadas a los cambios producidos en el consumo de sustancias²⁷⁹³.

Este cambio de hábitos en el consumo de los jóvenes conlleva un riesgo añadido, que va en aumento según los casos aparecidos últimamente en los medios de información, como es el riesgo de sufrir un “coma o síncope” por el policonsumo descontrolado de las diversas sustancias durante el fin de semana, debido fundamentalmente al abuso y a la diferente composición química de estas drogas²⁷⁹⁴.

Los datos aportados por ESTUDES 2010 ponen de manifiesto que de los estudiantes entre 14 y 18 años encuestados, el 31,3 % consumió solo una sustancia durante el año anterior a la encuesta, mientras que el 39,4 % realizó policonsumo de dos o más sustancias. El policonsumo en los últimos 30 días se reduce al 29,3%²⁷⁹⁵ (Tabla 3).

TABLA 3

PREVALENCIA DEL CONSUMO DE UNA SOLA O MÁS SUSTANCIAS PSICOACTIVAS (LEGALES E ILEGALES) ENTRE LOS ESTUDIANTES DE ENSEÑANZAS SECUNDARIAS (14 a 18 AÑOS) 2010

SUSTANCIAS	ÚLTIMO AÑO	ÚLTIMOS 30 DÍAS
Una sola sustancia	31,3	33,5
Dos sustancias	16,6	15,3
Tres sustancias	16,4	11,2
Cuatro sustancias	3,9	1,5
Cinco o más sustancias	2,5	1,3

FUENTE: DGPNSD. Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Enseñanzas Secundarias. ESTUDES.

²⁷⁹² PNSD, *ESTUDES 2013* pp. 27 y ss.

²⁷⁹³ PNSD, *ESTUDES 1994 - 2010...*, *Op. cit.*, p. 94

²⁷⁹⁴ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1521.

²⁷⁹⁵ PNSD, *ESTUDES 1994 - 2010...*, *Op. cit.*, p. 94.

El análisis de las drogas consumidas (respecto al consumo de una determinada sustancia el último año) permite obtener datos relevantes de los diversos patrones de policonsumo:

- a. El alcohol está presente en la mayoría de los casos de policonsumo (valores superiores al 80% en todas las sustancias).
- b. Entre los que consumen tres sustancias, las más consumidas suelen ser el alcohol, el tabaco y el cannabis (por este orden de frecuencia).
- c. Entre los que consumen cuatro sustancias, las más habituales suelen ser el alcohol, el tabaco, el cannabis y la cocaína en polvo (por este orden de frecuencia).
- d. Las sustancias psicoestimulantes (éxtasis, anfetaminas) y los alucinógenos presentan elevados porcentajes de consumo de otras sustancias, lo que puede hacer pensar que son sustancias de consumo complementario de otras, es decir, se consumen cuando se ha consumido ya otras drogas.
- e. Los hipnosedantes se sitúan en tercer lugar cuando se trata del consumo independiente de sustancias pero pierden importancia en cuanto que aparecen otras sustancias²⁷⁹⁶.

Por otra parte, es destacable la prevalencia de consumo de drogas emergentes entre la población escolar, lo que ha originado la inclusión, por primera vez, de un módulo específico sobre drogas emergentes, en la Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Estudiantes de Enseñanzas Secundarias de 14 a 18 años (2010).

Las sustancias incluidas en este módulo son: “Ketamina, *spice*, piperazinas, mefedrona, nexus (2CB), mentafetamina, setas mágicas, *research chemicals* y *legal highs*”²⁷⁹⁷.

Según los datos aportados por ESTUDES 2010, el 3,5% de los estudiantes de entre 14 y 18 años, reconoció haber consumido, alguna vez en su vida, una o más de las drogas emergentes. El 2,5% las consumió en alguna ocasión durante el año anterior a ser encuestados y el 1,3 % durante el último mes.

La prevalencia de consumo de drogas emergentes durante el último mes muestra un porcentaje bajo, lo que evidencia el consumo esporádico y experimental de este tipo de drogas, entre la población escolar.

Las drogas emergentes más consumidas son las setas mágicas, el *spice*, y la Ketamina, en todas las referencias temporales²⁷⁹⁸.

El policonsumo es un patrón de consumo cada vez más extendido entre los estudiantes. El 35% consume más de una sustancia²⁷⁹⁹.

²⁷⁹⁶ Cfr. PNSD, *ESTUDES 1994 - 2010...*, *Op. cit.*, pp. 95 y 96. (Tabla 1.2. 30).

²⁷⁹⁷ *Ibidem*, p. 122.

²⁷⁹⁸ PNSD, *ESTUDES 1994 - 2010...*, *Op. cit.*, pp. 122 y 123. (Tabla 1. 2. 44).

²⁷⁹⁹ OED, *ESTUDES 2013...*, *Op. cit.*, p. 23.

1.2. Prevención secundaria

La prevención es imprescindible para impedir que surjan nuevos drogodependientes. Los que ya lo son deben ser sometidos a tratamiento para dejar de serlo y evitar que recaigan²⁸⁰⁰.

La *prevención secundaria* está orientada al tratamiento de los drogodependientes, con el fin de prevenir los riesgos derivados del consumo habitual, evitar la marginación, y tratar de rehabilitarlos y reinsertarlos en la sociedad²⁸⁰¹.

El objetivo de este tipo de prevención es la detención precoz del problema cuya aparición no ha podido evitarse con las medidas de prevención primaria²⁸⁰².

La prevención secundaria persigue reducir el número de consumidores ocasionales o sistemáticos con objeto de frenar el menoscabo para la salud, en las primeras fases del desarrollo del trastorno (abuso y / o dependencia)²⁸⁰³.

Mediante este tipo de prevención se trata de evitar que el consumo habitual de sustancias ilegales se convierta en drogodependencia, de mejorar la calidad de vida de los consumidores, prevenir el abuso y la dependencia, y reducir los riesgos originados por el consumo²⁸⁰⁴.

En una terminología más actual la prevención secundaria es equivalente a lo que se conoce por *tratamiento*²⁸⁰⁵, considerando como tal, cualquier intervención realizada por profesionales cualificados tendente a eliminar el abuso o la dependencia de sustancias psicoactivas o reducir su intensidad²⁸⁰⁶.

El objetivo general del tratamiento en drogodependencias es la modificación de la conducta patológica que padece el drogodependiente, proporcionándole capacidad de control de las situaciones y circunstanciales personales y ambientales que le inducen al consumo de sustancias²⁸⁰⁷.

Se centra en la detección precoz de los consumos abusivos con el objeto de constituir los programas terapéuticos adecuados (desintoxicación y deshabituación). Para ello se deben constituir centros de asesoramiento (dónde el consumidor puede solicitar

²⁸⁰⁰ BECOÑA IGLESIAS.: *Bases teóricas...*, *Op. cit.*, p. 13.

²⁸⁰¹ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1521.

²⁸⁰² BEGOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, p. 71.

²⁸⁰³ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, p. 46.

²⁸⁰⁴ FERNÁNDEZ ALONSO, M.: “Las políticas de prevención en las comunidades autónomas españolas: debilidades y fortalezas”, *Papers*, núm. 90, 2008, p. 162. Se puede consultar en <http://www.raco.cat>

²⁸⁰⁵ Respecto a las diferencias entre prevención y tratamiento vid., BEGOÑA IGLESIAS.: *Bases científicas...*, *Op. cit.*, pp. 95 y 96 (Tabla 15).

²⁸⁰⁶ PNSD, *Informe Nacional 2012 (datos del 2011) al OEDT por el Punto Focal Nacional Reitox*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012, p. 127.

²⁸⁰⁷ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

información) y centros de acogida y asistenciales (en los que el consumidor, también puede solicitar información)²⁸⁰⁸.

El tratamiento es un proceso largo, en el que habitualmente se sufren recaídas, las cuales no son consideradas como fracaso de los programas terapéuticos, sino como un hecho normal hasta que, después de diversos intentos, se logra que el individuo deje de consumir sustancias²⁸⁰⁹.

Es evidente, que las causas que motivaron los primeros consumos y las que determinan que el adicto continúe administrándose la droga, son diferentes. Por ello, cuando se perfila un programa preventivo o se planifica el tratamiento, no debe olvidarse esta “naturaleza de multicausalidad y dimensionalidad de los diversos factores que intervienen en la drogodependencia”²⁸¹⁰.

Los programas de tratamiento eficaces incorporan una diversidad de elementos, cada uno de los cuáles se dirige a un aspecto concreto de la enfermedad y sus secuelas²⁸¹¹.

El tratamiento de una drogodependencia es complejo, valorándose en una primera fase, además de la situación del paciente, sus circunstancias familiares y sociales, creándose posteriormente un tratamiento individualizado²⁸¹².

El tratamiento puede ser ambulatorio (aquellos tratamientos en los que el paciente no pernocta en el centro o los efectuados en los servicios de tratamiento de drogodependencias en establecimientos penitenciarios), con internamiento o mixtos. Si bien, cabe destacar que a efectos del indicador “admisiones a tratamiento por abuso o dependencia de sustancias psicoactivas”, únicamente se notifican los tratamientos ambulatorios²⁸¹³.

El tratamiento para la drogadicción puede incluir terapia de la conducta, medicamentos o una mezcla de ambos²⁸¹⁴.

En todo caso, la finalidad fundamental de todo tratamiento es lograr que el drogodependiente abandone el consumo de la droga (“la eliminación del daño”), si bien en ocasiones este objetivo sólo es posible a largo plazo, surgiendo la necesidad de plantear mientras terapias de mantenimiento (“minimizar el daño”).

Por otra parte, ante la posibilidad de complicaciones orgánicas o infecciones ocasionadas por las drogodependencias en pacientes incapaces de cumplir el

²⁸⁰⁸ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, p. 46.

²⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 50.

²⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 27.

²⁸¹¹ INSTITUTO NACIONAL SOBRE EL ABUSO DE DROGAS, *Principios de tratamientos para la drogadicción: Una guía basada en las investigaciones*, 2010, sn. Se puede consultar en <http://www.drugabuse.gov/es>

²⁸¹² MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, p. 50.

²⁸¹³ PNSD, *Informe Nacional 2012...*, *Op. cit.*, p. 127.

²⁸¹⁴ INSTITUTO NACIONAL SOBRE EL ABUSO DE DROGAS..., *cit.*, sn.

tratamiento o con continuas recaídas, puede ser conveniente la adopción de programas de “reducción de riesgos” (por ejemplo control de las jeringuillas de adictos por vía endovenosa, tratamientos farmacológicos preventivos, etc.) para mantener un estado de salud aceptable cuando tenga capacidad de someterse al tratamiento²⁸¹⁵.

El tratamiento para la adicción debe ayudar al drogodependiente a abandonar el consumo de drogas, a mantener una vida normal al margen de las mismas y lograr su reinserción familiar, laboral y social²⁸¹⁶.

En el tratamiento de las drogodependencias debemos distinguir entre *desintoxicación* y *deshabitación*²⁸¹⁷:

- a) *Desintoxicación* está dirigida a que el paciente deje de consumir sustancias, sin padecer síndrome de abstinencia agudo. La desintoxicación es el primer paso del tratamiento global, especialmente en la dependencia de sustancias como la heroína, en las que el cese del consumo deriva en síndrome de abstinencia. Una vez superado el síndrome de abstinencia agudo, es erróneo considerar que el problema del consumo de drogas está superado. El eje principal de las drogodependencias es la dependencia psicológica, por ello, en el tratamiento de las drogodependencias el proceso más difícil y largo de superar es el de la deshabitación.
- b) *Deshabitación* está dirigida a que el paciente se enfrente al problema de su consumo de drogas con esperanzas de éxito. Para ello se emplean estrategias que neutralicen los factores que le llevaron al consumo. La deshabitación es un proceso multidimensional en el que se emplean medidas farmacológicas, psicoterapéuticas, socioterapéuticas, etc. El tratamiento psicoterapéutico incluye entrenamientos en habilidades sociales, intervenciones motivacionales, etc., daño”).

Estas terapias requieren un ambiente adecuado, y en muchas ocasiones, internamiento (comunidades terapéuticas, pisos protegidos etc.). Además, en muchas terapias deben participar las personas del entorno del paciente (padres, hermanos, otros familiares o amigos) junto a éste o en grupos propios. La intervención del psicólogo es imprescindible²⁸¹⁸.

El proceso de deshabitación es largo, la mayoría de los pacientes precisan cuidados a largo plazo o ciclos reiterados de tratamiento para alcanzar la meta final de abstinencia sostenida y recuperación de sus vidas²⁸¹⁹.

²⁸¹⁵ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, p. 50.

²⁸¹⁶ En este sentido, vid. BETHEN COURT, JM *et al.*: “Intervención familiar en drogodependientes con causas judiciales” en *Implicaciones de la Psicología en la Criminología actual*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la Laguna, 1998, pp. 205 y ss. SÁNCHEZ MORO, C / CASTANYER, M (coord.) *et al.*: *Servicios Sociales y drogodependencias*, Madrid, PNSD, 1998, pp.73 y ss.

²⁸¹⁷ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, pp. 50 y ss.

²⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 51.

²⁸¹⁹ INSTITUTO NACIONAL SOBRE EL ABUSO DE DROGAS..., *cit.*, sn.

Quedará acreditada la eficacia del proceso de deshabituación cuando se haya logrado que el paciente vuelva a su medio habitual de vida.

No obstante, nunca se puede considerar a un drogodependiente totalmente curado, ya que la dependencia psicológica puede permanecer oculta durante años, y cualquier acontecimiento relacionado con su pasado vinculado a la droga puede derivar de nuevo en su consumo. Por ello, todas las personas partícipes en el proceso de deshabituación (médicos, psicólogos, terapeutas, fisioterapeutas, trabajadores sociales, educadores, familia y amigos) deben hacer un seguimiento de las circunstancias que van rodeando al adicto para evitar una recaída²⁸²⁰.

Ciertamente, cualquier intervención que se efectúe con drogodependientes debe partir de la consideración de que la conducta adictiva puede volver a surgir años después de que pareciera haberse extinguido.

El curso del tratamiento en adictos se caracteriza por la sucesión de fases *abstinencias y recaídas*. El éxito del tratamiento es apreciable cuando los periodos de abstinencia son cada vez más largos y las recaídas menos habituales, más breves y menos agresivas.

También se considera un éxito del tratamiento cuando el individuo tras recaer de nuevo en el consumo reacciona rápidamente, solicitando atención y expresando su voluntad de volver, lo antes posible, a la abstinencia. En este caso, el servicio de asistencia debe garantizar un “libre acceso, una rápida intervención y una adecuada conceptualización de la recaída”. Ulteriormente, deberá informarse al individuo de las causas de la recaída, los errores o motivos que han derivado en ella, y las estrategias que deben emplearse para afrontar en el futuro situaciones similares con éxito²⁸²¹.

Las recaídas en el consumo de drogas, una vez iniciado el tratamiento, forman parte del mismo, y deben abordarse como tal, tanto por los profesionales como por el propio paciente, y el entorno familiar y social que le rodea²⁸²².

Las recaídas son un instrumento de trabajo que permite averiguar rápidamente las carencias del individuo, y los logros alcanzados mediante el tratamiento, en el control de su conducta²⁸²³.

Por otra parte, en este ámbito (tratamiento de las drogodependencias), cabe destacar la aprobación de la *Estrategia Nacional sobre Drogas 2009 - 2016*, entre sus objetivos se incluye:

- a) Garantizar una asistencia de calidad y adaptada a sus necesidades, a todas las personas afectadas directamente o indirectamente por el consumo de drogas.

²⁸²⁰ MARTÍN DEL MORAL / LORENZO FERNÁNDEZ.: “Fundamentos...”, *Op. cit.*, pp. 51 y 52.

²⁸²¹ SÁNCHEZ MORO / CASTANYER.: *Op. cit.*, p.27.

²⁸²² PNSD, *Estrategia Nacional sobre Drogas (2009 - 2016)*..., *Op. cit.*, p. 73.

²⁸²³ SÁNCHEZ MORO / CASTANYER.: *Op. cit.*, p. 27.

- b) Reducir los daños para la salud de los drogodependientes, y en general, los efectos sociales y sanitarios nocivos vinculados con su uso²⁸²⁴.

La sociedad debe tener una información adecuada y suficiente sobre los objetivos, características y efectividad de los programas y actividades dirigidos a disminuir los riesgos y reducir los daños originados por el consumo.

Los grupos de población que se benefician de estos programas y actividades son los siguientes:

1. Los drogodependientes no susceptibles de ser incluido en los programas orientados a la abstención del consumo.
2. Consumidores de heroína de larga duración.
3. Sectores de población en situación de marginalidad o exclusión social (las personas que viven en barrios marginales, los grupos vinculados al mercado negro de las drogas, etc.).
4. Grupos de población que frecuentan ambientes e intervienen en situaciones donde existe facilidad para el consumo (por ejemplo, reuniones de jóvenes en ambientes de ocio y fiestas, discotecas, etc.).
5. Colectivos que por determinadas circunstancias pueden verse especialmente afectados por el consumo de sustancias psicoactivas, como los conductores de vehículos o las mujeres embarazada²⁸²⁵.

Este tipo de programas contienen una gran diversidad de intervenciones como: programas de mantenimiento con metadona, intercambio de jeringuillas y kits sanitarios, etc. Si bien, en un principio estuvieron muy vinculados a la prevención de la infección del VHI y del Sida, y muy relacionados con el consumo de heroína, estos programas han ido evolucionando, incluyendo en la actualidad acciones de prevención de accidentes de tráfico por el consumo de sustancias, así como intervenciones de reducción de riesgos, especialmente en ambientes de ocio nocturno²⁸²⁶.

Para obtener un resultado eficaz en los programas de reducción de riesgos y de daños las intervenciones deben realizarse a nivel comunitario, especialmente en dos ámbitos: el de la atención social y el sanitario²⁸²⁷.

Para promover el desarrollo de esta Estrategia, la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas impulsó la elaboración de un *Plan de Acción para el periodo (2009 - 2012)*. Entre las acciones que incluye este Plan, cabe señalar²⁸²⁸:

- a) Normalizar la asistencia sanitaria a los drogodependientes en base a la evidencia científica mediante la elaboración de protocolos, guías, y catálogos de

²⁸²⁴ PNSD, *Estrategia Nacional sobre Drogas (2009 - 2016)*..., *Op. cit.*, p. 46.

²⁸²⁵ *Ibidem*, p. 70.

²⁸²⁶ PNSD, *Estrategia Nacional sobre Drogas (2009 - 2016)*..., *Op. cit.*, p. 70.

²⁸²⁷ *Ibidem*, p. 71.

²⁸²⁸ PNSD, *Plan de Acción sobre Drogas (2009 - 2012)*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009, pp. 4 y ss.

- intervenciones.
- b) Reducir o limitar los daños para la salud de los drogodependientes, y en general, los efectos sociales y sanitarios nocivos vinculados con su uso.
 - c) Facilitar la expansión y accesibilidad a los programas de tratamiento sustitutivos y promover la aplicación de otras terapias de eficacia aprobada por la evidencia en los consumidores no sometidos a las terapias convencionales.
 - d) Impulsar el desarrollo de programas específicos de reducción de daños para evitar problemas de salud, así como intoxicaciones agudas y sobredosis.

En todo caso, las características de la asistencia sanitaria a los drogodependientes, debe contener los siguientes principios:

- a) La individualización del tratamiento.
- b) La normalización de la asistencia sanitaria mediante los diversos recursos sanitarios de la red asistencial pública.
- c) La integralidad y coordinación de los diversos recursos.
- d) La diversidad de programas adaptados a las necesidades de los consumidores, a la hora de establecer el plan terapéutico²⁸²⁹.

El contexto asistencial en el que se efectúa el tratamiento de la adicción a las sustancias psicoactivas, es de gran importancia, ya que cada vez más se extiende la conclusión de que existe una relación directamente proporcional entre las intervenciones sanitarias y sociales en el entorno natural del paciente y el éxito terapéutico²⁸³⁰.

Es de destacar, que en el ámbito de la prevención secundaria se ha logrado importantes logros, especialmente en el tratamiento de los drogodependientes de mayor riesgo, como son los heroínómanos, expuestos a la marginación, la delincuencia, el alto riesgo de contraer el VIH e incluso la muerte²⁸³¹.

El indicador *admisiones por tratamiento* es un registro que recopila datos individualizados de las admisiones a tratamiento ambulatorio por abuso o dependencia de sustancias psicoactivas en toda España. Así, se notifican como admisiones a tratamiento cualquiera de las siguientes situaciones²⁸³²:

- 1) *La admisión a tratamiento en un centro por primera vez*, considerando que se da esta situación cuando se atiende por primera vez a un paciente en un centro notificador y se le abre hoja clínica (médica, social o psicológica) en presencia de un profesional cualificado (médico, psicólogo, diplomado en enfermería, etc.) con el fin de iniciar un tratamiento del abuso o dependencia de sustancias psicoactivas, aunque ese tratamiento no sea el primero que se le realiza al consumidor en la red de centros que notifican al indicador.

²⁸²⁹ PNSD, *Estrategia Nacional sobre Drogas (2009 - 2016)...*, Op. cit., p. 73.

²⁸³⁰ *Ibidem*. 73.

²⁸³¹ Vid. LEGANÉS, S / ORTOLÁ, ME.: *Criminología. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 165.

²⁸³² PNSD, *Estrategia Nacional sobre Drogas (2009 - 2016)...*, Op. cit., pp. 127 y ss.

Se notifican cualquier modalidad de admisión a tratamiento, incluso los tratamientos con sustancias sustitutivas de los opiodes. En el caso, de los tratamientos con sustitutivos se considera como droga principal la sustancia cuyo abuso o dependencia originó el primer tratamiento (generalmente heroína).

- 2) *La readmisión a tratamiento en el mismo centro*, considerándose como tal, la admisión a tratamiento de una persona que ya había realizado anteriormente uno o más tratamientos en el mismo centro, y los había acabado por alta terapéutica, expulsión o abandono (cuando el paciente no contacta con el centro durante seis meses).
- 3) *La continuación de un tratamiento iniciado*, por motivos de urgencia u otros motivos, en servicios que no notifican al indicador, como hospitales, centros de salud o centros de asistencia social y que, posteriormente continúan el tratamiento en un centro notificador.
- 4) *La admisión a tratamiento de personas afectadas por una situación judicial o administrativa* (remisión condicional de la pena, excarcelación para cumplimiento de la pena en un centro de tratamiento, tratamiento en sustitución de sanción administrativa o tratamiento de una persona que se encuentre en tercer grado penitenciario).

Dada la complejidad y el coste que implicaría notificar todos los dispositivos que en España pueden realizar tratamientos por abuso o dependencia de sustancias psicoactivas en la práctica sólo se incluyen los centros, servicios o programas públicos o privados su subvencionados o concertados que realizan tratamientos ambulatorios de abuso o dependencia de sustancias psicoactivas.

Puede tratarse de centros específicos de drogodependencias, centros o servicios de salud mental que realicen tratamientos ambulatorios de drogodependencias, programas de tratamientos de drogodependencias de establecimientos penitenciarios, centros en los que se lleven a cabo tratamientos complejos que incluyan una fase ambulatoria o unidades móviles que realicen tratamientos con sustitutivos opioides y cuenten con personal médico y de enfermería²⁸³³.

En el año 2009 se registraron en España 52.549 admisiones a tratamiento por abuso o dependencia de sustancias psicoactivas ilegales.

Entre 1998 y 2002 el número de admisiones por tratamiento disminuyó, pasando de 54.338 en 1998 (año en el que se registraron el mayor número de admisiones a tratamiento) a 46.744 en 2002. Sin embargo, en el 2002 se ha producido un nuevo aumento que sitúa la cifra de las admisiones por tratamiento, muy próximas a las del 1998²⁸³⁴.

²⁸³³ PNSD, *Estrategia Nacional sobre Drogas (2009 - 2016)...*, Op. cit., p. 128.

²⁸³⁴ OEDT, *Informe 2011, Situación y tendencias de los problemas de drogas en España*, DGPNSD, Madrid, 2011, p. 134 (Figura 2. 1. 2).

El descenso entre 1998 y 2002 pudo ser debido a los efectos de los programas de mantenimiento con metadona que provocó que muchos heroinómanos dejaran de circular por los servicios de tratamiento. El aumento entre 2002 y 2004, y del 2006 hasta el 2009 pudo ser debido al incremento de las admisiones a tratamiento por cocaína y cannabis²⁸³⁵.

La mayoría de los drogodependientes que se sometieron a tratamiento por abuso o dependencia de sustancias psicoactivas ilegales fueron hombres (84,8%), aumentándose la proporción de mujeres admitidas por primera vez a tratamiento (16,1%) (Tabla 4.1).

La proporción de extranjeros (nacidos fuera de España) admitidos a tratamiento se ha mantenido estable en los últimos años, si bien en el 2009 se atendieron más mujeres extranjeras que hombres.

Con respecto a las drogas que motivan el tratamiento, la situación ha cambiado radicalmente en los últimos años, manteniéndose actualmente los niveles de admisión a tratamiento de los heroinómanos, e incrementándose las admisiones por cocaína y cannabis.

En el 2005 la heroína deja de ser la droga que origina mayor número de admisiones por tratamiento, pasando a ocupar su posición la cocaína. Así, el 2009 registró 23.132 (44%) de admisiones a tratamiento por cocaína, frente a 16.989 (32,3%) motivadas por heroína seguida de las admisiones por cannabis 9.503.

No obstante, el peso de las diversas sustancias varió mucho dependiendo de la existencia o no de tratamiento previo (Tabla 4.2)²⁸³⁶. Si se parte de los casos sometidos a tratamiento por primera vez en la vida (sin tratamiento previo) el peso de drogas como la cocaína o cannabis, fue mayor, mientras que en el caso de la heroína fue bastante menor.

Es destacable, que al igual que ha sucedido en los últimos años, la mayoría de las admisiones a tratamiento en menores de edad (86,5%) se produce por el consumo de cannabis. Sin embargo, en el 2009, la mayor parte de las solicitudes de admisión a tratamiento de los nacidos fuera de España fue por consumo de cocaína, seguida de los opioides²⁸³⁷.

La edad media de los sometidos a tratamiento fue de 33,1 años para el conjunto de las admisiones (para ambos sexos e igual que en 2008) y de 29,8 años para los admitidos por primera vez, produciéndose en ambos casos diferencias en función de la sustancia que originó la admisión²⁸³⁸. El nivel de estudios de los drogodependientes admitidos a tratamiento ha mejorado ligeramente, pero sigue existiendo diferencias significativas

²⁸³⁵ OEDT, *Informe 2011...*, *Op. cit.*, pp. 134 y 135.

²⁸³⁶ *Ibidem*, pp. 135 y ss (Figura 2. 1. 4).

²⁸³⁷ *Ibidem*, p. 136 (Figura 2. 1. 4).

²⁸³⁸ *Ibidem*, pp. 140 y 141 (Tablas 2. 1. 3. A y 2.1. 3. B).

dependiendo de la sustancia consumida.

La mayoría de los pacientes admitidos a tratamiento por consumo de cocaína y cannabis tenían acabados sus estudios secundarios, frente a los admitidos por heroína que en su mayor parte, sólo habían superado sus estudios primarios.

Respecto a la situación laboral, la proporción más elevada de empleados sometidos a tratamiento se dio en los consumidores de cocaína (44,8 %). Y aún tratándose de una población bastante joven, los empleados admitidos por tratamiento alcanzó un mayor porcentaje entre los consumidores de cannabis (26%), frente a los empleados heroínómanos admitidos a tratamiento²⁸³⁹.

El 83,1 % de los pacientes admitidos a tratamiento por el consumo de sustancias ilegales, vivían en hogares familiares. Siendo lo más habitual, la convivencia en la familia de origen (con los padres) o la familia propia (cónyuge / hijos).

También se observan diferencias en los modelos de convivencia y tipos de alojamiento, dependiendo de las sustancias ilegales consumidas.

En 2009, vivir en una institución o en una vivienda precaria era frecuente entre los heroínómanos. El mayor porcentaje de pacientes admitidos a tratamiento que convivían en el hogar familiar, con la familia de origen o la propia, se daba habitualmente entre los consumidores de cannabis y cocaína²⁸⁴⁰.

Casi la mitad de los pacientes admitidos a tratamiento por consumo de sustancias (47,2 %), iniciaron el mismo por iniciativa propia o por estímulos de sus familiares o amigos, aunque el sistema de salud pública derivó a tratamiento alrededor de un tercio de los mismos (28,3%) (Tabla 4.1).

La mayor parte de los admitidos por tratamiento (67,2%) en el 2009 habían consumido otras drogas diferentes de las que ha motivado el tratamiento, en los 30 días previos a la admisión. Sólo el 37,3 % había consumido la droga que motivó el tratamiento.

Entre los heroínómanos las drogas secundarias consumidas con más frecuencia fueron la cocaína y el cannabis, y entre los admitidos por cocaína, las sustancias secundarias más consumidas fueron el alcohol y el cannabis.

Casi la mitad (49,5 %) de los admitidos a tratamiento por sustancias psicoactivas en España en 2009, eran la primera vez que recibía tratamiento por la misma droga principal, proporción que fue inferior entre los heroínómanos frente a los consumidores de otras sustancias como cocaína, cannabis, anfetaminas, éxtasis²⁸⁴¹.

²⁸³⁹ OEDT, *Informe 2011...*, *Op. cit.*, pp. 140 y 141 (Tablas 2. 1. 3. A y 2. 1. 3. B).

²⁸⁴⁰ *Ibidem*, pp. 140 y 141 (Tablas 2. 1. 3. A y 2. 1. 3. B).

²⁸⁴¹ *Ibidem*, pp. 140 y 141 (Tablas 2.1. 3. A y 2. 1. 3. B).

TABLA 4.1

CARACTERÍSTICAS SOCIODEMOGRÁFICAS DE LOS ADMITIDOS A TRATAMIENTO POR ABUSO O DEPENDENCIA DE DROGAS PSICOACTIVAS, SEGÚN EXISTENCIA DE TRATAMIENTO PREVIO Y SEGÚN SEXO. ESPAÑA. 2009

	TOTAL TRATAMIENTO PREVIO ¹		SEXO ¹		
	SI	NO	HOMBRES	MUJERES	
Nº de casos	52.549	25.098	24.605	44.317	7.961
Tratados por primera vez por la droga principal (%)	49,5			49,0	52,6
Edad media (años)	33,1	36,2	29,8	33,1	33,1
Mujeres (%)	15,2	14,3	16,1		
Nivel de estudios (%)					
Sin estudios	1,3	1,4	1,2	1,3	1,2
Enseñanza Primaria	46,0	47,0	44,4	46,8	41,0
Enseñanza Secundaria	48,2	47,9	49,1	47,9	50,5
Estudios Universitarios	3,9	3,3	4,6	3,5	6,6
Otros	0,6	0,4	0,7	0,5	0,7
Situación laboral (%)					
Trabajando	33,5	30,0	37,1	34,7	27,0
Parado sin haber trabajado	5,1	4,9	5,2	4,7	7,0
Parado habiendo trabajado	40,0	43,9	35,9	40,1	38,6
Otras	21,4	21,1	21,8	20,4	27,4
Nacidos fuera de España (%)					
	6,9	5,6	8,5	6,8	7,8

	TOTAL TRATAMIENTO PREVIO ¹		SEXO ¹		
	SI	NO	HOMBRES	MUJERES	
Fuente principal que lo ha derivado a tratamiento (%)					
Otros servicios de tto. de drogodependencias	12,8	17,5	8,3	12,5	14,5
Médicos generales. Atención primaria de salud	9,6	7,0	12,2	9,5	10,5
Servicios sociales	4,9	3,3	6,6	4,4	7,7
Prisiones, centros de internamiento cerrado de menores	7,5	8,8	6,2	7,6	6,5
Servicios legales o policiales	8,3	4,5	12,3	8,9	5,1
Empresas o empleadores	1,7	1,7	1,5	1,8	1,1
Familiares o amigos	14,1	9,0	19,0	14,4	12,9
Iniciativa propia	33,1	39,5	26,4	33,5	30,7
Otras	2,2	1,7	2,6	2,2	2,1
Convivencia en los 30 días previos al tto. (%)					
Solo / a	15,6	17,1	14,3	15,7	15,3
Solo con pareja	11,4	11,7	10,9	10,4	16,8
Solo con hijos	4,8	4,6	5,0	3,9	9,7
Con pareja e hijos	14,8	14,5	14,9	14,8	14,4
Con padres familia de origen	40,0	36,2	43,9	41,7	30,7
Con amigos	3,0	3,1	2,9	2,9	3,8
Otros	10,4	12,7	8,1	10,6	9,4
Alojamiento en los 30 días previos al tto. (%)					
Casas, pisos, apartamentos	83,1	79,5	86,6	83,0	83,5
Prisiones, centros de internamiento cerrado de menores	6,2	7,8	4,5	6,7	3,3
Otras instituciones	3,2	3,6	2,9	3,2	3,6
Pensiones, hoteles, hostales	1,3	1,4	1,2	1,2	1,6
Alojamiento inestables / precarios	2,9	3,5	2,3	2,8	3,7
Otros lugares	3,3	4,1	2,5	3,1	4,2

1. El número de casos con o sin tratamiento previo o el número de hombres más el número de mujeres pueden no sumar el total, debido a la existencia de casos con valores desconocidos en estas variables.

FUENTE: DGPNSD. Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías (OEDT)

Indicador tratamiento.

TABLA 4.2

CARACTERÍSTICAS DEL CONSUMO DE LA DROGA PRINCIPAL, INYECCIÓN DE DROGAS E INFECCIÓN POR VIH ENTRE LOS CASOS ADMITIDOS A TRATAMIENTO POR EL CONSUMO DE DROGAS, SEGÚN EXISTA O NO TRATAMIENTO PREVIO Y SEGÚN SEXO. ESPAÑA. 2009

	TOTAL TRATAMIENTO PREVIO ¹		SEXO ¹		
	SI	NO	HOMBRES	MUJERES	
Nº de casos	52.549	25.098	24.605	44.317	7.961

Droga principal por la que es admitido a tratamiento (%)

Opioides	34,4	53,3	15,0	34,1	35,5
Heroína	32,3	50,8	13,9	32,3	32,4
Otros opioides	0,9	1,0	0,7	0,7	1,8
Cocaína	44,0	37,6	50,6	44,6	41,0
Cocaína CLH	42,6	36,3	49,4	43,1	39,8
Cocaína base	1,4	1,3	1,2	1,4	1,2
Otros estimulantes	1,2	0,8	1,6	1,1	1,5
Anfetaminas	0,9	0,6	1,2	0,8	1,2
MDMA y derivados	0,2	0,1	0,3	0,3	0,2
Otros estimulantes	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1
Hipnosedantes	1,8	1,2	2,4	1,3	4,7
Barbitúricos	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Benzodiazepinas	1,7	1,2	2,2	1,2	4,3
Otros hipnosedantes	0,1	0,0	0,2	0,1	0,4
Alucinógenos	0,1	0,1	0,2	0,1	0,2
LSD	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Otros alucinógenos	0,1	0,1	0,2	0,1	0,2

	TOTAL	TRATAMIENTO PREVI ¹		SEXO ¹	
		SI	NO	HOMBRES	MUJERES
Inhalables volátiles	0,2	0,1	0,3	0,2	0,1
Cannabis	18,1	6,8	29,6	18,4	16,3
Otras sustancias	0,3	0,1	0,3	0,2	0,5
Edad de inicio del consumo de la droga principal (años)					
	20,1	20,2	19,9	19,9	21,4
Frecuencia de consumo de la droga principal en los 30 días previos a la adm. por tto.					
Todos los días	43,5	43,6	43,1	42,9	46,4
4 / 6 días semana	7,3	6,1	8,4	7,4	6,6
2 / 3 días semana	14,0	10,5	17,6	14,4	11,9
1 / día semana	6,0	4,6	7,4	6,0	5,6
Menos de 1 / día	7,1	6,7	7,5	7,1	7,0
Semana no consumió	22,2	28,5	16,1	22,1	22,5
Vías más frecuentes de consumo de la droga principal en los últimos 30 días (%)					
Oral	5,2	4,7	5,5	4,4	9,5
Pulmonar	48,6	51,0	46,2	49,0	46,4
Intranasal	38,8	32,2	45,6	39,2	36,9
Parental	6,5	10,9	2,2	6,5	6,4
Otras	0,9	1,3	0,5	0,9	0,8
Se inyectó drogas alguna vez en la vida (%)					
	20,2	33,3	7,3	20,5	18,7
Se inyectó drogas en los últimos 12 meses (%)					
	7,9	12,2	3,7	8,0	7,3
Estado serológico frente al VIH (%)					
Positivo	7,0	11,6	2,0	6,6	9,4

	TOTAL	TRATAMIENTO PREVIO ¹		SEXO ¹	
		SI	NO	HOMBRES	MUJERES
Negativo (Análisis últimos 6 meses)	26,1	28,7	23,2	26,2	26,2
Negativo (Sin fecha de análisis)	24,7	30,8	18,5	24,7	24,7
Sin análisis o resultado desconocido	42,2	29,0	56,4	42,5	39,7

1. El número de casos con o sin tratamiento previo o el número de hombres más el número de mujeres pueden no sumar el total, debido a la existencia de casos con valores desconocidos en estas variables.

FUENTE: DGPNSD. Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías (OEDT).

Indicador tratamiento.

Pese a los debates planteados por un importante sector de la sociedad, los programas como los de intercambio de jeringuillas (PIJs) en farmacias y centros de salud²⁸⁴², y especialmente la prescripción controlada por profesionales sanitarios de metadona, para los drogodependientes que quieran someterse a este tratamiento de deshabituación, han obtenido resultados importantes, logrando disminuir el riesgo de contrarar el VIH y de muertes, por Sida o por sobredosis²⁸⁴³.

Hasta el 2009, la mortalidad por reacción aguda a sustancias psicoactivas ha seguido una tendencia claramente descendente. En 2011 no se observan cambios significativos de la mortalidad por causa de las drogas en España, respecto a los años precedentes, con la excepción de un aumento de la presencia de los hipnosedantes como causa de muerte²⁸⁴⁴. El 82,1 % de los fallecidos son varones frente al 17,9 % que son mujeres. Este predominio de la mortalidad masculina es una constante desde el principio de la serie. La edad media ha ascendido, ya que la mayor parte de los fallecimientos por causa de las drogas se produce a los 40 años, observándose una tendencia ascendente desde el 2003 (Tabla 5). Siendo uno de los factores determinantes el progresivo envejecimiento de la población heroinómana.

²⁸⁴² Vid. PNSD, *Memoria 2000*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, p. 60.

²⁸⁴³ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1523 (Tabla 4).

²⁸⁴⁴ PNSD, *Memoria 20012...*, *Op. cit.*, p. 21.

TABLA 5

MUERTES POR CAUSA DE LAS DROGA*. ESPAÑA. 2003 - 2011

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Nº de fallecidos	493	468	455	428	475	424	438	517	453
Sexo (%)									
Varones	85,3	83,9	86,3	84,3	87,4	85,6	84,5	83,9	82,1
Mujeres	14,7	16,1	13,7	15,7	12,6	14,4	15,5	16,1	17,9
Edad Media (años) (años)	35,3	37,0	36,1	37,2	38,2	38,1	38,3	39,8	40,2

* Comunidades autónomas que declaran al indicador mortalidad

FUENTE: DGPNSD. Observatorio Español sobre Drogas.
Indicador mortalidad.

En el 2011 la mayoría de los fallecimientos por causa de las drogas, se atribuyeron al consumo de opioides (77,9%), los hipnosedantes se siguen manteniendo como la segunda sustancia más prevalente (65%), rompiendo la tendencia descendente iniciada en 2007 (67%).

Se observa una tendencia ascendente iniciada en el 2007 - 2008 de los fallecimientos causados por opioides, o bien opioides con otras sustancias distintas a la cocaína.

La cocaína mantiene su tendencia descendente iniciada en 2007 (67%), estando presente en el 52,2 % de los fallecimientos producidos en 2011²⁸⁴⁵.

Si bien, no debe olvidarse un dato destacado por numerosos especialistas que propugnan un cambio en la política criminal antidrogas en España, relativo al número de muertes por sobredosis. Según esta concepción, del número de fallecimientos contabilizados por las autoridades como sobredosis, únicamente un número reducido se produce por esta causa, debiéndose la mayoría de las muertes por drogas a la mala calidad, adulteración o distinta purea de la habitual²⁸⁴⁶.

²⁸⁴⁵ PNS, *Memoria 2012...*, *Op. cit.*, p. 22 (Figura 2. 4).

²⁸⁴⁶ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1524. Cfr. AMBOS.: *Control de drogas...*, *Op. cit.*, p. 163. LEGANÉS / ORTOLÁ.: *Op. cit.*, p. 169. MUÑOZ CONDE.: “*Drogas...*, *Op. cit.*, p. 577.

Por ello, defienden la legalización controlada de estas drogas, con el fin de garantizar una calidad al consumidor, lo que conllevaría un beneficio para la salud²⁸⁴⁷.

2. CONTROL Y REPRESIÓN

El control y la represión, “piedra angular de la política criminal antidrogas en nuestro país, se sustenta en una tenaz persecución policial y judicial, articulada en torno a un régimen punitivo - sancionador recogido en la legislación penal - penitenciaria y administrativa, en el que no aparecen suficientes previsiones para la atención del drogadicto”²⁸⁴⁸.

Analizaremos en primer lugar la normativa penal y administrativa vigente, y posteriormente, examinaremos los principales indicadores policiales, judiciales y penitenciarios.

2.1. Regulación en el Código Penal

2.1.1. Los delitos de tráfico ilegal de drogas

Desde las reformas del Código Penal anterior llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 1 / 88, de 24 de marzo, y 8 / 92, de 23 de diciembre, hasta la regulación en el Código Penal de 1995, de los delitos de tráfico ilegal de drogas en el Título XVII “De los delitos contra la seguridad colectiva”, Capítulo III “Delitos contra la salud pública”, el legislador español se ha posicionado claramente por adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las directrices internacionales²⁸⁴⁹.

Las características principales de la regulación del Código Penal se pueden resumir, según DE LA CUESTA, de la siguiente forma:

- a) Ausencia de un concepto penal de droga.
- b) Distinción entre drogas duras y drogas blandas²⁸⁵⁰, drogas que causen o no grave daño para la salud de las personas.
- c) La atipicidad penal (pero no administrativa) de la posesión de droga cuando este destinada al autoconsumo.
- d) La extensión desmedida de las conductas típicas que se agrupan en tres bloques: el tráfico, la receptación y el contrabando.

²⁸⁴⁷ En este sentido, REEG.: *Op. cit.*, p. 179.

²⁸⁴⁸ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*..., p. 1525.

²⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 1525. En el mismo sentido, entre otros, AMBOS.: *Control de drogas...*, *Op. cit.*, pp. 161 - 164. DIEZ RIPOLLÉS.: “Alternativas...”..., *Op. cit.*, pp. 584 a 623. HERRERO HERRERO.: *Criminología...*, *Op. cit.*, p. 1515. REEG.: *Op. cit.*, pp. 161 a 167. SEQUEROS SAZATORNIL.: *El tráfico de drogas...*, *Op. cit.*, p. 913 a 931.

²⁸⁵⁰ HERRERO HERRERO.: *Criminología (1997)...*, *Op. cit.*, pp. 517 y 518.

- e) La dureza de las penas.
- f) Las insuficientes previsiones para la atención de los drogodependientes²⁸⁵¹.

El Código Penal establece como objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, pero no introduce expresamente una definición de las mismas²⁸⁵², redactándose como una norma penal en blanco que debe ser completada por normas extrapenales, o bien como un elemento normativo del tipo que necesita ser interpretado²⁸⁵³.

Por tanto, son drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas las consideradas y recogidas como tales en los convenios internacionales ratificados por España, así como en la normativa interna establecida conforme a lo dispuesto en los mencionados convenios²⁸⁵⁴.

El tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas se regula en el artículo 368 del CP. Incorpora la expresión “los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal (...)” de forma semejante al viejo art. 344 del CP, en su formulación dada por la LO 1 / 1988, de 24 de Marzo que incorporó, por primera vez, dicha expresión en un Código Penal. Expresión con la que se pretende abarcar todas las etapas del tráfico ilícito de la droga²⁸⁵⁵.

Se establece una tipificación abierta, en la que se incluye cualquier conducta que tenga por finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas²⁸⁵⁶.

Se lleva a cabo una ampliación excesiva de las conductas punibles vinculadas con las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que conlleva problemas en el momento de comprobar la tipicidad o atipicidad de determinadas conductas (en relación con el principio de taxatividad), además de dificultar la diferenciación entre los actos preparatorios, los actos de ejecución imperfecta y prácticamente asimilar los diversos tipos de autoría y participación, con la posible transgresión del principio de proporcionalidad²⁸⁵⁷.

²⁸⁵¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.: “Características de la actual política criminal española en materia de drogas ilícitas” en *La actual política criminal...*, *Op. cit.*, p. 77.

²⁸⁵² Sobre la dificultad de establecer una definición jurídica - penal de las drogas, vid. ARROYO ZAPATERO, L.: “El objeto material en el art. 368 del CP. Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Delitos contra la salud pública...*, *Op. cit.*, pp. 321 a 333 y 368 a 370.

²⁸⁵³ Sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno a si el legislador ha empleado para definir el objeto material de este delito, el método de la norma penal en blanco o lo ha considerado como un elemento normativo del tipo. Vid. JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, pp. 54 a 61.

²⁸⁵⁴ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1527.

²⁸⁵⁵ Así, la STS (Sala 2ª), núm. 7072 / 1997, de 24 de noviembre, establece que: “... al referirse a la frase “u otro modo”, expresan que lo que se pretende es abarcar, penalizando comportamientos, todo el proceso general que tiene por meta expandir la droga, y que puede realizarse a través de todas aquellas formas imaginables que puede ocurrírsele al ser humano; expansión que puede realizarse o en bien en una primera fase de cultivo o elaboración, en la producción agrícola o industrial, o bien una segunda cuando de la distribución del género prohibido se trate”.

²⁸⁵⁶ VIVES ANTON / BOIX REIG / ORTS BERENGUER.: *Derecho Penal...*, *Op. cit.*, p. 632.

²⁸⁵⁷ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1527. Especialmente crítico en estos aspectos, se muestra DE LA CUESTA ARZAMENDI.: “Características...”, *Op. cit.*, p. 63.

La posesión de la droga suscita el problema de delimitar, cuando está destinada al tráfico y cuando al autoconsumo, en que es impune. Para lo cual la jurisprudencia acude a la concurrencia de circunstancias externas como: cantidad de droga poseída, variedad, condición de drogodependiente o no, lugar en el que se encuentra la droga, utensilios para su preparación, etc²⁸⁵⁸.

Se endurece considerablemente las penas privativas de libertad, mejorándose el sistema en cuanto a las penas de multa, al establecerse una proporción entre la cuantía de la multa y el valor de la droga²⁸⁵⁹.

Diferenciándose, además, a efectos de penalidad, entre sustancias que causen grave daño a la salud castigándose con penas de “prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito”, y los demás casos, o sea, sustancias que no causen daño a la salud, que se sancionarán con penas “de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo”²⁸⁶⁰. Sin que se haya delimitado ningún criterio para distinguir unas de otras²⁸⁶¹, tarea ésta que ha debido llevar a cabo la Jurisprudencia con los riesgos de inseguridad jurídica que ello provoca²⁸⁶².

Las conductas agravadas se tipifican en los arts. 369 y 370 del CP, distinguiéndose entre agravaciones de primer y segundo grado, respectivamente. Se incrementan las penas, así, las conductas del art. 369 se castigarán con penas “privativas de libertad superiores en grado a las previstas en el artículo anterior, y multa del tanto al cuádruplo (...)”; las del art. 370 se sancionaran con “pena privativa de libertad superior en grado a la prevista en el artículo anterior, y multa del tanto al séxtuplo (...)”.

En este artículo se prevé además, una serie de medidas, que la autoridad judicial, podrá imponer cuando concurra el supuesto segundo de este precepto, así como cuando concurra el supuesto contemplado en el número 2º del art. 369.

También se eleva la pena de la conducta tipificada en el art. 371, párrafo primero, relativa a la fabricación, transporte o distribución de los denominados precursores²⁸⁶³, a “prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de los géneros o efectos”.

²⁸⁵⁸ STS (Sala 2ª), núm. 1881 / 1994, de 29 de octubre; STS (Sala 2ª), núm. 2192 / 1994, de 16 de diciembre.

²⁸⁵⁹ CÓNDE-PUMPIDO FERREIRO / BACIGALUPO ZAPATER / CÓNDE - PUMPIDO TOURÓN.: *Código Penal...*, *Op. cit.*, p. 3418.

²⁸⁶⁰ La STS (Sala 2ª), núm. 219 / 1996, de 1 de abril, señala “que la distinción a efectos de penalidad entre drogas duras y blandas (sustancias que causan grave daño a la salud y demás casos, en la terminología legal) es plenamente correcta tanto desde un punto de vista técnico como político- criminal, pero plantea el problema de la inclusión de las sustancias en uno u otro grupo, que ha falta de criterios legales ha de resolverse jurisprudencialmente”.

²⁸⁶¹ Vid. JOSHI JUBERT.: *Los delitos...*, *Op. cit.*, pp. 68 y ss.

²⁸⁶² BOIX REIG, J.: “Consideraciones sobre los delitos...”, *Op. cit.*, p. 391.

²⁸⁶³ El art. 1. 10 de la LO 12 / 1995 de 12 de Represión del Contrabando, define como precursores “las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros convenios ratificados por España”.

Se introduce una agravación de la pena, en el párrafo segundo, cuando dichas conductas se realicen por personas pertenecientes a una organización dedicada a los fines expresados, o se trate de los jefes, administradores o encargados de las mismas. Se añade un último párrafo, en el que prevé igualmente la aplicación de las medidas de los apartados a), b) y c) del art. 370. La realización del tipo del art. 371 requiere que el sujeto actúe con conocimiento del destino de los precursores²⁸⁶⁴.

En el artículo 372 se incorpora la pena de inhabilitación especial para empleo, cargo público o profesión, de tres a diez años, para los empresarios, intermediarios en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social o educador, que realice las conductas previstas en este Capítulo “en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”. Y la de inhabilitación absoluta de 10 o 20 años, cuando se trate de autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.

Se añade en el artículo 376 un subtipo privilegiado en el que se establece la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente las actividades delictivas, presentándose ante la autoridad, confesando las actividades en las que haya participado y colaborando de forma activa con ésta, “(...) impidiendo la comisión del delito, facilitando pruebas para la detención de otros responsables o impidiendo la actuación de organizaciones a las que haya pertenecido o haya colaborado”.

Una de las novedades más significativas es el tratamiento autónomo que da al “blanqueo de bienes” que se regula de modo general en relación con cualquier delito como un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico (arts. 301 y siguientes). Es de destacar el impulso dado por los organismos internacionales (fundamentalmente la ONU, y la UE) en esta materia, estableciendo una regulación uniforme, como medio para combatir de forma eficaz, la criminalidad organizada²⁸⁶⁵.

Destaca por su importancia, la reforma realizada por *Ley Orgánica 15 / 2003, de 25 de noviembre*²⁸⁶⁶, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y modifica los artículos 369, 370, 371, 374 y 376.

Por tanto, las principales novedades de la reforma son:

- 1) La ampliación de los supuestos de agravación de primer grado del artículo 369 del CP.
- 2) Mayor precisión en la redacción de los subtipos de agravación de segundo grado del artículo 370 del CP y la incorporación de nuevos supuestos a raíz de la delimitación de la extrema gravedad.
- 3) La posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas en el artículo 369.2 del CP.
- 4) Una mejor regulación del comiso y precursores en el tráfico ilegal de drogas.
- 5) Un nuevo sistema de penas.

²⁸⁶⁴ CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO.: *Derecho Penal*..., *Op. cit.*, p. 991.

²⁸⁶⁵ *Ibidem.*: *Op. cit.*, p. 996.

²⁸⁶⁶ BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

- 6) La introducción de la figura del arrepentido.
- 7) La introducción de la figura del traficante consumidor.

A partir de la LO 15 / 2003 el art. 369 pasa a tener dos apartados. En el primero, se reordenan sistemáticamente las circunstancias que cualifican el tipo básico, que ahora son diez, de las cuales han sido incorporadas por la reforma, la 9ª y la 10ª. La 8ª constituye una reforma de la anterior circunstancia primera²⁸⁶⁷.

Se establece como agravación en la circunstancia 9ª que “el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”.

El empleo de la violencia, o la exhibición o uso de armas deben realizarse en el momento de cometerse el hecho delictivo, si se emplearan con posterioridad, no tendrá aplicación la agravación. Cuando el arma haya sido hallada en el registro, sin que se hubiese exhibido o usado en la comisión del delito, se podrá dar un concurso real de delitos entre el tráfico ilegal de drogas y la tenencia ilícita, en el caso de que el culpable no posea la licencia de armas²⁸⁶⁸.

Por otra parte, se añadió la circunstancia 10ª con la siguiente redacción “el culpable introdujera o sacara ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favorecimiento de la importación o exportación ilegal”. Se aplicará la agravación no sólo cuando se introduzca o saque ilegalmente droga de España, sino también cuando se promueva o favorezca la entrada o salida ilegal de droga²⁸⁶⁹.

El segundo apartado del art. 369, establece medidas destinadas a sancionar penalmente a las personas jurídicas responsables de la comisión del delito. Pues, se prevé que cuando concurren las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del apartado 1º, es decir, en los casos en que el delito se cometa por organizaciones, asociaciones o establecimientos abiertos al público, se les impondrá la pena de “ multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito; el comiso de los bienes procedentes del mismo y de los productos y beneficios obtenidos del acto delictivo; la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas, incentivos, beneficios fiscales o de la Seguridad Social; y la aplicación de las medidas previstas en el art. 129”.

En el art. 370 se establece que se elevará en uno o dos grados la pena prevista en el art. 368, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1) “Se utilicen a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer el delito”.
- 2) “Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a las que se refieren las circunstancias 2ª y 3ª del apartado 1 del artículo anterior”.
- 3) “Las conductas fuesen de extrema gravedad”. Estableciéndose en el párrafo

²⁸⁶⁷ COBO DEL ROSAL / CARMONA SALGADO / DEL ROSAL BLASCO.: *Derecho Penal Español...*, Op. cit., p. 781.

²⁸⁶⁸ STS (Sala 2ª), núm. 851 / 2007, de 16 de febrero.

²⁸⁶⁹ LAMARCA PÉREZ / ALONSO DE ESCAMILLA / GORDILLO ÁLVAREZ - VÁLDES.: *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 529.

segundo del art. 370. 3º que se entiende por extrema gravedad. “Se consideran de extrema gravedad los casos en los que la cantidad de la sustancia a la que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurriesen tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1”.

El último párrafo del art. 370 prevé la imposición de una multa del tanto al triple del valor de la droga en los supuestos del número 2º y 3º.

En lo relativo al tráfico de precursores, se modifica el apartado segundo del art. 371, que queda redactado como sigue:

“Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicadas a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el art. 369.2”.

Por otra parte, la LO 15 / 2003 introduce significativas reformas en el comiso, de forma paralela a las modificaciones introducidas en el art. 127 del CP, entre las que destaca la posibilidad de decomisar bienes diferentes, a los que constituyen el comiso propio, en los casos en los que no haya sido posible operar sobre ellos.

El artículo 374 está constituido por dos apartados. En el primero, aparecen ciertas normas de carácter sustantivo - procesal, desglosadas en cinco números en los que se precisa el objeto del comiso. Atendiendo a dicha normativa, el objeto del comiso, se integra por lo siguiente:

1. El objeto material del delito.
2. Los instrumentos del delito.
3. El producto del delito.

En el apartado segundo, se establece el régimen para la enajenación de los bienes decomisados, con anterioridad a que recaiga sentencia firme, conforme a lo dispuesto en la Ley 17 / 2003, de 29 de mayo, reguladora del Fondo de Bienes Decomisados del delito de tráfico ilícito de drogas y otras infracciones relacionadas con el mismo²⁸⁷⁰.

El último párrafo prevé, al igual que en la regulación anterior, la adjudicación al Estado de los bienes definitivamente decomisados, si bien, conforme a la Ley 17 / 2003

²⁸⁷⁰ COBO DEL ROSAL / CARMONA SALGADO / DEL ROSAL BLASCO.: *Op. cit.*, p. 785.

se prohíbe que dichos bienes se destinen a la satisfacción de las responsabilidades civiles procedentes del delito o a las costas procesales²⁸⁷¹.

También, el art. 376 ha sido modificado por la LO 15 / 2003, estando integrado por dos párrafos. En el primero, se incorpora la figura del “arrepentido” en la comisión de los delitos previstos en los arts. 368 a 372. De tal modo, que “ (...) los jueces y tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por ley para el delito que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de estos responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o haya colaborado”.

Se trata de una atenuación incorporada por motivos político - criminales y, en concreto, para incentivar a los culpables de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas, para que colaboren con las autoridades en su lucha contra el narcotráfico²⁸⁷².

Además, la LO 15 / 2003 ha añadido un segundo párrafo al 376 del CP, que contiene una nueva atenuación en beneficio del drogodependiente que cometa alguno de los hechos tipificados en los arts. 368 a 372, siempre que en el momento de los hechos sea adicto a las drogas, y “acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación”. Siendo la mejor forma de acreditarlo, que haya abandonado su adicción a las drogas. La finalidad preventiva y utilitaria de este precepto es beneficiar a los adictos sometidos a tratamiento de deshabituación y eliminar su adicción a las drogas, dado el gran número de hechos delictivos cometidos por drogodependientes²⁸⁷³.

Se exige también, que “la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad”, lo que conlleva un vínculo entre la adicción y la infracción cometida.

No obstante la importancia de esta reforma, se ha realizado una nueva modificación o mejora de estos delitos a través de la *Ley Orgánica 5 / 2010, de 22 de junio*²⁸⁷⁴, por la que se modifica la Ley Orgánica 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Señala QUINTERO OLIVARES que en materia de tráfico de drogas cabe destacar las reformas relativas a las penas, de acuerdo a lo establecido en la Decisión Marco 2004/ 757 / JAI del Consejo, de 25 de octubre del 2004, y así, según el preámbulo de la Ley, “reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados del delito de tráfico de drogas”. El otro aspecto fundamental de la reforma es la incorporación de la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir

²⁸⁷¹ QUERALT JIMÉNEZ.: *Op. cit.*, p. 988.

²⁸⁷² SILVA SÁNCHEZ / RAGUÉS I VALLÉS.: *Op. cit.*, p. 266.

²⁸⁷³ COBO DEL ROSAL / CARMONA SALGADO / DEL ROSAL BLASCO.: *Op. cit.*, p. 788.

²⁸⁷⁴ BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes²⁸⁷⁵.

Las modificaciones introducidas por la LO 5 / 2010, en el delito de tráfico ilegal de drogas son las siguientes:

- 1ª. La rebaja de la pena máxima del tipo básico (art. 368 del CP) cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud de las personas.
- 2ª. La incorporación de un párrafo segundo en el art. 368 del CP, en el que se prevé la posibilidad de que los tribunales impongan la pena inferior en grado, atendiendo a la escasa entidad de los hechos y a las circunstancias personales del culpable.
- 3ª. La rebaja de la pena en los tipos agravados del artículo 369 del Código Penal cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud de las personas.
- 4ª. La supresión de las circunstancias 2ª y 10ª del art. 369 del CP.
- 5ª. La incorporación del art. 369 bis del CP, en el que en el párrafo primero, se agrava la pena para el que perteneciendo a una organización criminal, realice las conductas del artículo 368 del CP. Imponiéndose, en el párrafo segundo, las penas superiores en grado a las previstas en el párrafo primero, a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones. Incorporándose en el último párrafo, la responsabilidad de las personas jurídicas que realicen alguna de las conductas previstas en el art. 368 o 369 del CP.
- 6ª. La modificación de la circunstancia 2ª del párrafo primero del art. 370, al aludir a los jefes, administradores y encargados de las organizaciones prevista en la circunstancia 2ª del apartado 1 del art. 369 del CP. Y la inclusión del concepto de embarcación en las conductas de extrema gravedad del último párrafo del artículo 370.

La tipología de los delitos de tráfico de drogas se incluye en los artículos 368 al 378 del Código Penal. La estructura legal se constituye con la inclusión de un tipo básico, en el artículo 368 del Código Penal, y unos subtipos agravados, en el artículo 369 y 370 del Código Penal, regulando a continuación otras cuestiones como el tráfico de precursores en el artículo 371 y las normas complementarias de los artículos 372 a 378 relativas a:

- a) La agravación de la pena del artículo 372 atendiendo al sujeto activo.
- b) La punición de las resoluciones manifestadas del artículo 373.
- c) Al comiso en el artículo 374.
- h) El artículo 375 relativo a la reincidencia internacional.
- i) Las atenuantes del artículo 376 relativas a las figuras del colaborador y del traficante consumidor, el delincuente funcional.
- j) El artículo 377 relativo a la multa proporcional.
- k) La imputación de pagos prevista en el artículo 378.

Finalmente, el Código Penal de 1995 ha sido objeto de una completa revisión y

²⁸⁷⁵ QUINTERO OLIVARES / ALVARÉZ GARCÍA / DE ALFONSO LASO.: *La Reforma Penal de 2010...*, *Op. cit.*, p. 21.

actualización por *LO 1 / 2015, de 31 de marzo*. En la materia que nos ocupa, se modifican los arts. 374, 375, 376 y 378 CP. Especialmente ambiciosa, es la revisión de la regulación del decomiso (art. 374 CP). Las novedades afectan, principalmente, a tres cuestiones: el decomiso sin sentencia; el decomiso ampliado; y el decomiso de bienes de terceros. Regulación, que no está exenta de problemas en su aplicación práctica.

Una vez expuestas en líneas generales las notas más destacadas de la regulación de los delitos de tráfico ilegal de drogas en el Código Penal de 1995, y de las sucesivas reformas llevadas a cabo (por *LO 15 / 2003, de 25 de noviembre*, *LO 5 / 2010, de 22 de junio* y, *LO 1 / 2015, de 31 de marzo*) nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo primero de este trabajo, en el que se efectuó un estudio pormenorizado de la actual regulación en el Código Penal vigente de los delitos de tráfico ilegal de drogas.

2.1.2. El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.

Además de los delitos de tráfico ilegal de drogas el Código Penal contiene otras normas en materia de drogas.

El párrafo segundo del art. 379 del Código Penal castiga:

“(…) al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (…)”.

El legislador ha optado por tipificar como infracción penal la conducción bajo la influencia de tales sustancias, con independencia del resultado que pudiera ocasionarse con la acción. Con lo que se lleva a cabo un importante adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal por la peligrosidad que conllevan estas conductas²⁸⁷⁶.

El *bien jurídico* protegido es la seguridad vial. El legislador pretende evitar los riesgos que para la vida y la integridad de las personas supone la infracción de las normas sobre circulación de vehículos y seguridad vial.

El *sujeto activo* del delito es quién conduce bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. El *sujeto pasivo* es la colectividad²⁸⁷⁷.

Respecto a la *conducta típica*, según la literalidad del precepto legal, consiste en conducir un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas.

²⁸⁷⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, J / DÍEZ RIPOLLÉS, JL (dir.) *et al.: Las drogas en la delincuencia: su tratamiento en la administración de justicia*, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, Sección de Málaga, 2002, p. 52. Se puede consultar en <http://www.poderjudicial.es>

²⁸⁷⁷ SERRANO GÓMEZ, A / SERRANO MAÍLLO, A.: “La reforma de los delitos contra la Seguridad Vial”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 2008, p. 49.

Se entiende por conducción, el manejo de los mecanismos de impulsión y de dirección de un vehículo de motor o ciclomotor. Únicamente se puede hablar de conducción cuando el vehículo haya comenzado a andar impulsado por su propio motor.

Por otra parte, aunque no se recoge explícitamente en el texto legal, debe entenderse que la conducción deberá realizarse por vía pública. Se considera vías públicas las vías y terrenos públicos aptos para la circulación de vehículos de motor. Quedando excluidas las conductas de conducción por vías privadas y por lugares cerrados al tráfico²⁸⁷⁸.

Según el Anexo 1, punto 9 de la Ley de Tráfico, Circulación de vehículo de Motor y Seguridad Vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339 / 1990, de 2 de marzo, por vehículo de motor se entiende “el vehículo provisto de motor de propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías, y los vehículos para personas de movilidad reducida”.

No obstante, atendiendo a la naturaleza del tipo como delito contra la seguridad vial, debe interpretarse que vehículo de motor es todo vehículo dotado de propulsión mecánica apto para el transporte por tierra, quedando excluidos los navíos y aviones, que se desplazan por vías públicas, y requieren un permiso para su circulación²⁸⁷⁹.

Según el punto 7 del Anexo 1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, tienen la consideración de ciclomotor los vehículos que se enumeran a continuación:

- a) “Vehículo de dos ruedas, provistos de un motor de cilindrada no superior a 50 cm³, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km / h.
- b) Vehículo de tres ruedas, provistos de un motor de de cilindrada no superior a 50 cm³, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km / h.
- c) Vehículo de cuatro ruedas cuya masa en vacío sea inferior a 350 kg, excluida la masa de las baterías en el caso de vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción no sea superior a 45 km / h y con un motor de cilindrada igual o inferior a 50 cm³ para los motores de explosión, o cuya potencia máxima neta sea igual o inferior a 4 KW, para los demás tipos de motores”.

Por otro lado, la conducción a la que se refiere el tipo debe efectuarse bajo la *influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas*.

Lo habitual es que la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas derive en un riesgo.

²⁸⁷⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ / Díez Ripollés.: *Op. cit.*, p. 52.

²⁸⁷⁹ *Ibidem*, p. 52.

No obstante, no siempre sucede²⁸⁸⁰. Es determinante que la conducción bajo la influencia de estas sustancias conlleve un riesgo o peligro abstracto para la seguridad vial²⁸⁸¹.

El concepto de bebida alcohólica no plantea problemas interpretativos. Respecto a lo que debe entenderse por droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica me remito a lo expuesto en el Capítulo primero.

Por *influencia* debe entenderse lo que afecta a algo, en este caso sería negativamente a las facultades para la conducción de un vehículo, poniendo en peligro la seguridad en el tráfico²⁸⁸².

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia otorgan una importancia fundamental a la *influencia* en la conducción de la ingesta de las sustancias mencionadas en el tipo.

Señalan CORDOBA RODA y GARCÍA ARÁN que “debe presumirse por un lado, la racionalidad del legislador, quién no sancionó en el art. 379 (siendo así que podía haberlo hecho) al que condujera un vehículo de motor habiendo ingerido bebidas alcohólicas en índice superior al autorizado; por otro lado, es obligada en el marco punitivo una interpretación estricta de los elementos que conforman los tipos penales, lo que veta aún semánticamente identificar o asimilar las expresiones “conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas”(conducta penalmente relevante) y “conducir habiendo ingerido bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas”(conducta administrativamente sancionable)²⁸⁸³.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo señala²⁸⁸⁴: “Dos son los elementos que caracterizan el tipo delictivo regulado en el art. 379 del Código Penal: uno, objetivo, consistente en el grado de impregnación alcohólica que padece el sujeto activo, y otro subjetivo, que se refiere a la influencia que tal grado de impregnación alcohólica determina en la conducción”.

Para constatar este requisito es necesario precisar qué dosis de estas sustancias afectan a la capacidad de conducción de vehículos de forma relevante. Se parte de la fijación

²⁸⁸⁰ Según la STS (Sala 2ª) núm. 6587 / 1991, de 25 de noviembre: “Es preciso, pues, que se conduzca el vehículo de motor con sus facultades significativamente alteradas o disminuidas a consecuencia del consumo de aquellas. Pero, además, se requiere que de aquella conducción se derive una lesión al bien jurídico, que es objeto de protección en el tipo que se examina, esto es, la seguridad del tráfico. De tal forma que si no se pone en peligro concreto bienes jurídicos, no surgiría a la vida aquél”. Y en STS (Sala 2ª) núm. , de 15 de abril del 2003, se establece: “No basta el dato objetivo del grado de impregnación alcohólica, sino que es preciso acreditar la influencia que la misma tenga en la conducción, no siendo necesario un peligro concreto sino únicamente que la conducción estuviera influida bajo el alcohol”.

²⁸⁸¹ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 50. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma. La cuestionable necesidad de modificar el artículo 379 del Código Penal”, *La Ley*, 16 de febrero del 2007, pp. 1 y ss.

²⁸⁸² SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 50.

²⁸⁸³ CORDOBA RODA, J / GARCÍA ARAN, M (dirs): “Delitos contra la seguridad en el tráfico” en *Comentarios al Código Penal*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1703.

²⁸⁸⁴ STS (Sala 2ª), núm. 636 / 2002, de 15 de abril; STS (Sala 2ª), núm. 214 / 2010, de 12 de marzo.

administrativa de la tasa de alcohol máxima permitida para conducir, que actualmente es de 1,2 gramos de alcohol por cada litro de sangre, y de 0,60 miligramos por litro, en aire aspirado. Sin embargo, tales índices sólo se fijan para las bebidas alcohólicas y no para otras sustancias. Además, sólo permiten obtener presunciones, dado que no todas las personas reaccionan igual ante las mismas cantidades de alcohol y de otras sustancias. Por ello, actualmente, se exige que la ingesta de tales sustancias influya de forma concreta en la conducción²⁸⁸⁵.

La influencia de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas es un elemento normativo del tipo, que requiere ser probado en juicio. No sería punible la conducta del que aun habiendo ingerido tales sustancias, no le afecte a su capacidad de conducción. Nos encontramos una vez más ante los problemas de prueba del Derecho Penal, cuya carga corresponde a la acusación²⁸⁸⁶.

Como señalábamos, esta influencia debe manifestarse en la capacidad del conductor en la conducción. Señala GÓMEZ PAVÓN “la ingestión de tales sustancias - se refiere a las típicas - es incapaz de dar por si sola origen al delito, es preciso que produzcan unos determinados efectos capaces de influir sobre el modo de conducir, menoscabando las facultades exigidas para poder hacerlo con seguridad”²⁸⁸⁷.

En el mismo sentido, se manifiesta MUÑOZ CONDE respecto a la valoración de las pruebas dirigidas a precisar el nivel de impregnación alcohólica: “(...) Debe situarse en un determinado contexto y relativizar las conclusiones que de ella se derivan, no tanto porque no sean científicamente fiables, sino porque aunque lo sean, no arrojan una conclusión contundente respecto al extremo que realmente importa a la hora de establecer una responsabilidad penal: no tanto el grado de impregnación alcohólica, como la incidencia del mismo, si es que la hubo, en la capacidad para conducir el vehículo de motor”²⁸⁸⁸.

Para la realización del tipo se exige, además, que se acredite la existencia de un peligro abstracto para la seguridad vial²⁸⁸⁹. En el caso, de que no se acredite la existencia de este peligro, la sanción será administrativa²⁸⁹⁰.

Ciertamente, existe unanimidad en la doctrina y la Jurisprudencia al calificar este delito de “peligro abstracto”.

²⁸⁸⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ / Díez Ripollés.: *Op. cit.*, p. 53.

²⁸⁸⁶ SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO.: *Op. cit.*, p. 50. Vid. STC núm. 319 / 2006, de 15 de noviembre.

²⁸⁸⁷ GÓMEZ PAVÓN, P.: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 43.

²⁸⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 688 y 689.

²⁸⁸⁹ La Memoria de la FGE, 2005, p. 524 establece: “La actuación del conductor debe ocasionar un riesgo para los bienes jurídicos protegidos, sin que por contra se exija la puesta en peligro concreto de los mismos, ya que el delito mantiene su configuración de delito de peligro abstracto”.

²⁸⁹⁰ Establece el art. 65. 5, c) de la Ley de Seguridad Vial: “Son infracciones muy graves, cuando no sean constitutivas de delito, las siguientes conductas: c) La conducción por las vías objeto de esta Ley habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan, y, en todo caso, la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de efectos análogos”.

Así, el Tribunal Supremo²⁸⁹¹ afirma:

“Ahora bien, tal influencia no tiene porqué exteriorizarse en una fragante infracción de las normas de tráfico visible e inmediata (delito de peligro concreto), apreciada por el agente actuante, o en la producción de un resultado lesivo, sino basta el delito de peligro “in abstracto”, practicándose la correspondiente prueba de detección alcohólica, y apreciándose por los agentes los signos externos de donde puede deducirse después (mediante prueba indirecta) ese grado de influencia en la conducción”²⁸⁹².

De igual modo, la doctrina mantiene la posición de considerar este delito como uno de “peligro abstracto”.

Así por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ señala que: “Se trata de un delito de peligro abstracto, en que se presume por el legislador para el bien jurídico por el solo hecho de llevar a cabo una actividad que aumenta los riesgos del comportamiento en el tráfico”²⁸⁹³.

En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE aún reconociendo la estructura de delito de peligro abstracto del artículo 379.2 del CP, estima además necesario realizar una interpretación teleológica en conexión con otra de carácter sistemático, respecto a la ubicación y naturaleza jurídica del bien jurídico, sin olvidar que los delitos que se refieren a esta materia se encuentran “sistemáticamente en conexión con otros delitos de peligro concreto, debe exigirse por lo menos que se haya creado con el hecho de un riesgo para la circulación, aunque no se pongan en peligro concretamente bienes jurídicos individuales”²⁸⁹⁴.

Sólo son punibles las conductas dolosas, debiendo abarcar tanto la ingesta de las sustancias mencionadas en el precepto, como el conocimiento de que éstas pueden provocar²⁸⁹⁵ la afectación a su capacidad de conducción de forma peligrosa²⁸⁹⁶.

Cabe la concurrencia de la eximente prevista en el art. 20.2ª del Código Penal²⁸⁹⁷.

En cuanto a la *penalidad* el párrafo primero del art. 379 del CP establece una pena alternativa: Prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

²⁸⁹¹ STS (Sala 2ª), núm. 636 / 2002, de 15 de abril.

²⁸⁹² En el mismo sentido, SAP de Segovia, núm. 4 / 2001, de 15 de febrero.

²⁸⁹³ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1994, p. 250.

²⁸⁹⁴ MUÑOZ CONDE.: *Derecho penal....* (2007), *Op. cit.*, p. 690.

²⁸⁹⁵ GÓMEZ PAVÓN.: *Op. cit.*, p. 138.

²⁸⁹⁶ En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ.: *Op. cit.*, p. 258.

²⁸⁹⁷ Como señala TAMARIT SUMALLA, JM *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 1452, “no puede descartarse que un sujeto que no hubiera previsto tener que ponerse al volante de un automóvil beba hasta llegar a un estado de intoxicación plena y en ese estado emprenda la conducción”.

2.1.3. La responsabilidad penal del drogodependiente

La incidencia del consumo de drogas en la capacidad volitiva e intelectual depende del tipo de consumo y de las diversas sustancias.

No obstante, generalmente se observan los siguientes efectos: “Afecta a la capacidad de comprender el alcance o transcendencia de su comportamiento, en razón del debilitamiento que produce en la capacidad de realizar una ponderación adecuada, pero fundamentalmente incide en la capacidad volitiva, limitando la voluntad, hasta el punto de incidir en la libre ejecución de sus actos al amortiguar los frenos inhibidores de los comportamientos jurídicos”²⁸⁹⁸.

La influencia de la droga puede manifestarse directamente por la ingesta de la misma o indirectamente por la dependencia que ocasiona su consumo. La mayoría de los problemas que se presentan en la práctica jurídico - penal proceden de consumidores drogodependientes²⁸⁹⁹.

El legislador del 95 presta especial atención al problema del consumo y dependencia de las drogas incorporando una regulación específica sobre la incidencia que tiene el consumo y dependencia de las drogas, sobre la capacidad de culpabilidad²⁹⁰⁰.

En primer lugar, en el **párrafo segundo del art. 20** se establece expresamente que están exentos de responsabilidad criminal:

“El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras sustancias u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

Este apartado contempla dos eximentes:

a. *Eximente de intoxicación plena*. Esta eximente requiere tres elementos²⁹⁰¹:

1º. Un presupuesto biológico o psiquiátrico, un estado de intoxicación en el momento de cometer el ilícito penal.

²⁸⁹⁸ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN.: *Op. cit.*, p. 372.

²⁸⁹⁹ OBREGÓN GARCÍA, A.: “La eximente de estado de intoxicación plena por consumo de alcohol y otras drogas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, número extraordinario núm. 1, 2000, p. 280.

²⁹⁰⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Responsabilidad penal del drogodependiente”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014, p. 13. Se puede consultar en <http://www.criminet.ugr.es>

²⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 13

- 2º. Un elemento psicológico, la falta de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
- 3º. Un requisito negativo, que la intoxicación no haya sido provocada con el propósito de cometer el delito, o no se hubiera previsto o debido prever su comisión.

El sujeto ha de estar en estado de intoxicación plena por el consumo de las sustancias mencionadas en el precepto, en el momento de cometer el delito. Se plantea aquí la discusión sobre la aplicación de la eximente en el caso de un estado de drogadicción por consumo reiterado durante un largo periodo de tiempo, sin que se pueda verificar la intoxicación en el momento de delinquir²⁹⁰².

La mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia consideran que si el consumo reiterado durante un período de tiempo prolongado hubiese ocasionado alguna anomalía psíquica será aplicable el art. 20.1 del CP²⁹⁰³.

El art. 20.1 del CP exige que la intoxicación sea plena. Se trata de un concepto normativo y no médico. Desde el punto de vista médico la intoxicación plena supone un estado de incapacidad de acción, próximo a la inconsciencia. Por plenitud se entiende el estado de intoxicación que deriva en la anulación de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto²⁹⁰⁴.

Para la aplicación del precepto, se requiere además unos efectos psicológicos, como son que la intoxicación impida conocer al individuo la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Elemento psicológico que se identifica con el término de plena de la intoxicación²⁹⁰⁵.

Para que la perturbación de facultades sea plena se alude a la anulación de las facultades volitivas e intelectivas del drogodependiente. Si bien, la intoxicación por ingesta de las sustancias mencionadas en el texto legal, no derivan desde el punto de vista médico en la anulación de las facultades volitivas e intelectivas, sí produce importantes alteraciones psíquicas que impiden al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión²⁹⁰⁶.

En tercer lugar, la eximente de intoxicación plena requiere que “la intoxicación no

²⁹⁰² MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 14.

²⁹⁰³ En este sentido, se ha manifestado RODRÍGUEZ MOURULLO, G: *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 92; PADILLA ALBA, R.: *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, Comares, Granada, 2001, p. 60; BORJA JÍMENEZ.E: *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 86. La STS (Sala 2ª), núm. 7226 / 2004, de 10 de noviembre, establece que será aplicable la eximente, cuando el consumo prolongado e intenso de sustancias, haya derivado en una alteración o anomalía psíquica.

²⁹⁰⁴ En este sentido, se pronuncian, entre otros, PUENTE SEGURA, L: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, editorial Constitución, Madrid, 1997, p. 121; SÚAREZ - MIRA RODRÍGUEZ, C.: *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 159.

²⁹⁰⁵ PUENTE SEGURA.: *Op. cit.*, p. 121.

²⁹⁰⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 15.

haya sido provocada con el propósito de cometer el delito, o no se hubiera previsto o debido prever su comisión”.

Se consagra así la teoría de la *actio libera in causa* según la cual el sujeto es responsablemente penalmente aunque en el momento de cometer el ilícito penal se encontrase en estado de intoxicación plena, porque previamente fue libre en su determinación de delinquir.

Si la intoxicación se ocasiona voluntariamente por el sujeto con el propósito de cometer el delito, implica que tiene voluntad de delinquir en el momento de provocarse la intoxicación *actio libera in causa* dolosa, se dará una responsabilidad dolosa por la comisión del delito; responsabilidad que se mantiene cuando el individuo haya previsto en el momento de provocarse la intoxicación la posibilidad de delinquir y cuente con ello; y si habiéndolo previsto no contará con la comisión del delito o cuando no hubiera previsto la comisión del mismo, pudiendo haberla previsto, se dará una responsabilidad imprudente, la *actio libera in causa* imprudente²⁹⁰⁷.

Para determinar la responsabilidad dolosa o imprudente del drogodependiente deberá atenderse no sólo a la forma en la que se haya ocasionado la incapacidad de culpabilidad, sino también la forma en la que se ha delinquido en el estado de intoxicación.

Si lo realmente ejecutado no se corresponde con lo que el individuo se proponía realizar o hubiera previsto o hubiera debido prever no se excluye la exención de responsabilidad criminal, o, en su caso, cambia la clase de responsabilidad criminal²⁹⁰⁸.

La mayoría de la doctrina fundamenta la punición de la *actio libera in causa* en la teoría de la excepción. Según esta teoría el sujeto era inimputable en el momento de la comisión del delito, pero no lo era cuando se provocó el trastorno mental transitorio. La Ley establece una excepción al principio de que el sujeto debe ser imputable en el momento de ejecutar la acción delictiva²⁹⁰⁹.

b. *Eximente de síndrome de abstinencia*

La mayoría de los delitos que se cometen por influencia de las drogas se efectúan durante el síndrome de abstinencia o de “estadios carenciales similares, o bien en situaciones de consumo crónico de estas sustancias”²⁹¹⁰.

El síndrome de abstinencia es “una alteración psíquica que se caracteriza por un

²⁹⁰⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 15.

²⁹⁰⁸ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 2011, p. 591; OBREGÓN GARCÍA.: *Op. cit.*, p. 317.

²⁹⁰⁹ Véase, por todos, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tomo III, Sepin, Madrid, 2006, p. 65.

²⁹¹⁰ MIR PUIG.: *Op. cit.*, (2011), p. 594.

síndrome específico, que viene determinado por el tipo de sustancia, debido al cese o reducción del consumo prolongado de esa sustancia”²⁹¹¹. Los síntomas del síndrome de abstinencia varían dependiendo de la sustancia consumida, pero en todo caso crean “un malestar clínico significativo o un deterioro laboral o social debido a la presión motivacional que crea la necesidad física o psíquica de consumir droga”²⁹¹².

El Código exige los mismos requisitos que para la intoxicación, que “le impida comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión”. La doctrina refiere el efecto psicológico sólo al elemento volitivo.

Como señala MUÑOZ SÁNCHEZ “el estado carencial crea una presión motivacional que explica la falta de libertad en el proceso de determinación de la voluntad para actuar conforme a la norma”²⁹¹³.

Por ello, se requiere que exista una vinculación directa entre el delito cometido y la necesidad de consumir droga.

Tanto la Jurisprudencia como la doctrina han venido situando los efectos del síndrome de abstinencia en materia de responsabilidad penal, en el ámbito de la eximente incompleta. Dado que el síndrome de abstinencia puede ocasionar una pérdida significativa de la capacidad volitiva, siendo más difícil reconocer que pueda excluir totalmente la responsabilidad penal²⁹¹⁴.

A diferencia del trastorno mental transitorio y de la intoxicación, el legislador no ha previsto la aplicación de la *actio libera in causa*, como venía negando la jurisprudencia a partir de 1995²⁹¹⁵.

En estos casos (los de exención de responsabilidad criminal contemplados en el art. 20.2), el Código Penal prevé en el **art. 20 in fine** la aplicación de las medidas de seguridad previstas en este Código.

Así, el **párrafo primero del art. 102 del CP** dispone:

“A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2º del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder

²⁹¹¹ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 17, se trata de un concepto que parte del DSM IV dónde se precisan los cambios psicológicos o los estados de ánimo que provoca cada sustancia.

²⁹¹² MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 17.

²⁹¹³ *Ibidem*, p. 17. Se refieren al efecto en las facultades volitivas, entre otros, CORDOBA RODA, J.: “Comentario al art. 21 del Código Penal” en *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ariel, Madrid, 2011, p. 163; Díez Ripollés, JL.: *Derecho Penal Español. Parte General. En Esquemas*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 426

²⁹¹⁴ Así, PUENTE SEGURA.: *Op. cit.*, p. 138. Díez Ripollés.: *Derecho Penal...*, *Op. cit.*, p. 427, que señala que la verdadera función de esta eximente es posibilitar la apreciación de la eximente incompleta.

²⁹¹⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 18.

del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia”.

El Tribunal sentenciador podrá, cuando lo estime pertinente a la vista de los informes de los facultativos, decretar el cese de la medida de seguridad cuando desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto o sustituir el internamiento por otras medidas no privativas de libertad (art. 97 y 105).

Un segundo nivel de influencia de la drogodependencia en el Código Penal a efectos de responsabilidad se contempla, en la posibilidad de apreciar *la eximente incompleta* en virtud de lo establecido en el art. 21. 1ª cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios de la intoxicación o síndrome de abstinencia para eximir de responsabilidad criminal.

Si la intoxicación plena o síndrome de abstinencia no deriva en una perturbación plena de las facultades volitivas e intelectivas, será aplicable, atendiendo al grado alcanzado y la repercusión sobre las facultades volitivas e intelectivas del individuo, la eximente incompleta o la atenuante analógica del art. 21.7ª²⁹¹⁶.

En estos supuestos, además de la rebaja de la pena (en uno o dos grados), “el Juez o Tribunal podrá imponer, si fuera necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia” (art. 104 CP).

La medida de internamiento, según dispone el art. 99 del Código Penal, se cumplirá siempre antes que la pena, y el periodo de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la pena, sin perjuicio de que el Tribunal pudiera dar por extinguida la pena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento.

Cuando concurra la atenuante analógica, aunque el Código no prevé expresamente la aplicación de la medida, los tribunales la han venido aplicando en virtud del Código anterior. En todo caso, el sometimiento del individuo al tratamiento puede derivar de la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el art. 87 del Código Penal.

Finalmente, el legislador ha previsto una circunstancia atenuante en el **art. 21. 2ª del CP**: “La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior”. Con la incorporación de esta atenuante el legislador viene a recoger la doctrina jurisprudencial que considera que el drogodependiente presenta una grave alteración psíquica que merma su capacidad volitiva, y que tiene entidad suficiente para disminuir la capacidad de culpabilidad²⁹¹⁷.

²⁹¹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ / Díez Ripollés.: *Op. cit.*, p. 53.

²⁹¹⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 20.

El presupuesto de esta atenuante es la *grave adicción* a las sustancias mencionadas en el art. 20.2 del Código Penal, al margen de la intoxicación plena o síndrome de abstinencia que le puede ocasionar al drogodependiente en un momento determinado. Tampoco se tiene en consideración las posibles alteraciones que haya podido sufrir el individuo en su capacidad para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, en este caso, lo que valora es la influencia que ha tenido la grave adicción a las sustancias mencionadas, en el momento de cometer el hecho delictivo²⁹¹⁸.

Se entiende por *adicción* a sustancias psicoactivas el estado psíquico y físico ocasionado por el consumo continuado de droga durante un periodo determinado de tiempo, que se caracteriza por la pérdida de control en el consumo de la sustancia²⁹¹⁹.

Para que la adicción tenga efectos atenuantes, el Código Penal exige la concurrencia de dos requisitos: a) Que la adicción sea grave; b) Que la adicción sea la causa del delito²⁹²⁰.

El primer requisito alude al elemento biológico de la atenuante, el segundo hace referencia al elemento psicológico²⁹²¹.

La gravedad de la adicción viene determinada por el cuadro clínico que presenta la adicción. Unos autores determinan la gravedad de la adicción atendiendo al número de síntomas que ocasione la adicción²⁹²², otros consideran que la gravedad de la adicción viene determinada por el consumo de drogas duras²⁹²³, o atienden a la adicción a sustancias que causan dependencia física, que producen síndrome de abstinencia²⁹²⁴.

La Jurisprudencia, sin embargo, acude a un criterio normativo que alude al elemento psicológico, determinando la grave de la adicción atendiendo a la incidencia que tenga en la capacidad volitiva del sujeto. Así pues, se considera grave toda adicción que incida significativamente en la capacidad volitiva del sujeto, limitando la capacidad de control de su voluntad²⁹²⁵. A partir de este criterio, la Jurisprudencia de forma mayoritaria considera que cabe la adicción sin que influya en la capacidad volitiva del

²⁹¹⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ / Díez Ripollés.: *Op. cit.*, p. 58.

²⁹¹⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 20. En este sentido, CORDOBA RODA.: “Comentario...”, *Op. cit.*, p. 231 que alude al “aferramiento insuperable al consumo de una sustancia”; PADILLA ALBA.: *Op. cit.*, p. 188 lo define como “un estado de alteraciones del comportamiento que incitan al consumo crónico o periódico del fármaco”; Díez Ripollés.: *Derecho Penal...*, *Op. cit.*, p. 465, lo define como “un conjunto de síntomas cognitivos, conductuales y fisiológicos expresivos de la pérdida de control en el uso de tales sustancias”.

²⁹²⁰ La STS (Sala 2ª), núm. 6770 / 2013, de 17 de julio exige dos requisitos para la aplicación de la atenuante de grave adicción: “a) La existencia de adicción a tóxicos que, en todo caso, debe ser grave, calidad que debe referirse a la intensidad de la misma, b) Que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir, que se trate de la denominada delincuencia funcional, aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción”.

²⁹²¹ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 20.

²⁹²² En este sentido, Díez Ripollés.: *Derecho Penal...*, *Op. cit.*, p. 466.

²⁹²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Comentarios a la legislación penal*, T. VI, vol. I, Aranzadi, 1986, p. 141.

²⁹²⁴ BORJA JIMÉNEZ.: *Op. cit.*, p. 135.

²⁹²⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 20

sujeto, de forma que son reiteradas las sentencias que consideran que la mera adicción, sin alteración en las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, no repercute en la responsabilidad penal²⁹²⁶.

La grave adicción prevista en el precepto no conlleva la aplicación de medidas de seguridad, pero, en todo caso, permite la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, a través de la cual se puede establecer una medida de internamiento²⁹²⁷.

En segundo lugar, el Código exige que *la adicción sea la causa del delito*. Se exige una conexión entre la conducta antijurídica y la adicción. Esta debe influir en la capacidad de conocimiento de la ilicitud del hecho delictivo, o en la capacidad de actuar conforme a ese conocimiento²⁹²⁸.

La necesidad imperiosa del adicto de consumir la droga influye en el aspecto volitivo de la conducta delictiva, de manera que el sujeto tiene mermada su capacidad de voluntad, dado que el proceso de motivación que conduce a la conducta delictiva está fuertemente influido por la necesidad de consumir sustancias²⁹²⁹. Ello significa que el sujeto ha cometido el delito con el propósito de procurarse la droga o de poder consumirla²⁹³⁰. No basta para la aplicación de la atenuante que el individuo sea adicto, sino que es necesario además, que el delito cometido venga determinado por la adicción²⁹³¹.

2.1.4. La suspensión de la ejecución de la pena para los drogodependientes

Una de las reformas más sustanciales efectuadas por la LO 1 / 2015 es la relativa a la suspensión de la ejecución de la pena. Se crea un único régimen de suspensión de condena y se pone fin a la triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para los delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena). No obstante, como alternativa al régimen único se mantiene, con los mismos requisitos que

²⁹²⁶ La STS, Sala Penal, núm. 661 / 2009, de 27 de enero señala “para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pudiera declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones”. En el mismo sentido, las SSTS, Sala Penal, núm. 6752 / 2005, de 16 de mayo; núm. 6811 / 2005, de 25 de junio; 661 / 2009, 27 de enero; 8380 / 2012, de 22 de marzo.

²⁹²⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ / Díez RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 58.

²⁹²⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 23.

²⁹²⁹ CORDOBA RODA.: “Comentario..., *Op. cit.*, p. 232; Díez RIPOLLÉS.: *Derecho Penal..., Op. cit.*, p. 466.

²⁹³⁰ Así, PUENTE SEGURA.: *Op. cit.*, p. 361, destaca que la relación causal entre el delito y la droga puede ser directa o indirecta. En el mismo sentido, CORDOBA RODA.: “Comentario..., *Op. cit.*, p. 233; Díez RIPOLLÉS.: *Derecho Penal..., Op. cit.*, p. 467.

²⁹³¹ MUÑOZ SÁNCHEZ.: *Op. cit.*, p. 23.

el viejo art. 87, la suspensión para el delincuente que haya cometido el hecho a causa de su grave adicción a las drogas o sustancias tóxicas, dispuesto ahora en el actual art. 80.5 del CP²⁹³². El **artículo 80. 5 CP** dispone:

“Aun cuando no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación”.

La suspensión de la ejecución de la pena de los penados que hubieran cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, será aplicable cuando el individuo, pese a su drogodependencia, no haya sido declarado exento de responsabilidad criminal²⁹³³.

El *fundamento* de la suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes, como señala MAPELLI CAFFARENA “responde a la idea de favorecer los programas deshabitadores extrainstitucionales que son los únicos capaces de garantizar un éxito de cierta estabilidad en el tratamiento de deshabitación del drogodependiente. Pero también se explica por razones humanitarias y de comprensión ante el problema social de la droga (...)”²⁹³⁴.

No obstante, aunque el fundamento de la suspensión de la pena prevista para los drogodependientes consistente en efectuar un tratamiento rehabilitador tiene una función preventivo - especial, también existen aspectos de carácter preventivo - general²⁹³⁵.

²⁹³² MOLINA MANSILLA, C.: “Comentario a las Leyes Orgánicas 1 / 2015 y 2 / 2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Los aspectos más destacables de la reforma” en *Guía práctica sobre la reforma del Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 / 2015 y 2 / 2015, de 30 de marzo*, Sepin, Madrid, 2015, p. 236.

²⁹³³ MUÑOZ SÁNCHEZ / Díez Ripollés.: *Op. cit.*, p. 59.

²⁹³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª edición, Colex, Madrid, 2005, p. 115.

²⁹³⁵ CANO PAÑOS, MA.: “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 31, 2011, p. 93. Se puede consultar en <http://www.usc.es/revistas>

De este modo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁹³⁶ dispone que el fundamento de la suspensión de la penal del drogodependiente consiste en ofrecer:

“Una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al mismo tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma, y una consecuencia que posibilita la reinserción que interesa, indudablemente, el autor del hecho delictivo condicionado por la drogadicción”.

Respecto a los *requisitos* para decretar la suspensión, se exige en primer lugar que las penas privativas de libertad no sean superiores a cinco años.

La mayor parte de la doctrina considera que el límite máximo de la pena de prisión que puede ser objeto de suspensión en su ejecución (5 años) no puede ser computado valorando de forma individual cada pena impuesta (en el caso de ser varias), sino que sólo podrá acordarse la suspensión de la ejecución de las mismas cuando la suma de las impuestas no supere tal límite. Sólo podrá acordarse la suspensión de la ejecución de las mismas cuando la suma de las impuestas no supere tal límite²⁹³⁷.

En segundo lugar, se exige que el hecho ilícito se haya cometido “a causa” de la dependencia del penado a “las sustancias mencionadas en el número 2º del art. 20”.

De este modo, no basta que el sujeto sea adicto a alguna de las sustancias mencionadas en el número 2º del art. 20, se exige además, que el delito cuya pena se pretende dejar en suspensión, se hubiera cometido “a causa” de la dependencia a tales sustancias. En consecuencia, es necesario que exista una relación causa - efecto entre el ilícito penal cometido y la dependencia del autor a las sustancias mencionadas en el número 2 del art. 20²⁹³⁸.

En tercer lugar, el texto legal exige que el condenado esté deshabitado o sometido a tratamiento de deshabitación. De este modo, para acordar la suspensión de la ejecución de la pena no basta con que el autor sea drogodependiente en el momento de la comisión de los hechos, sino que además, el texto legal exige que el individuo, en el momento de decirse sobre la suspensión acredite que esta deshabitado o sometido a tratamiento de deshabitación²⁹³⁹.

Tras la reforma llevada a cabo por LO 1 / 2015 no se requiere que el Juez o Tribunal de audiencia a las partes para la concensión de este beneficio ni será imprescindible solicitar informe del Médico forense sobre los extremos relativos a la deshabitación o sometimiento a tratamiento. El Juez podrá solicitar dicha información de quien

²⁹³⁶ STS (Sala 2ª), núm. 409 / 202, de 7 de marzo.

²⁹³⁷ Así, entre otros, MAGRO SERVET, V / SOLAZ SOLAZ, E.: *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución, expulsión*, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2010, p. 76; GÓNZALEZ CASSO, J.: “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los arts. 80 números 4 y 87 del Código Penal” en *Revista Penal*, núm. 9, 2002, p. 107.

²⁹³⁸ CANO PAÑOS.: *Op. cit.*, p. 109.

²⁹³⁹ *Ibidem*, p. 110.

considere conveniente, pudiendo realizar las comprobaciones que estime necesarias para el cumplimiento de los requisitos. También desaparece la referencia al canon de valoración cuando el condenado sea reincidente. Lo que debe ser interpretado en términos de asumir la reincidencia como un supuesto normal en estos casos, por lo que no es necesaria una valoración especial²⁹⁴⁰.

En todo caso, la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre *condicionada* a que el condenado no abandone el tratamiento de deshabitación hasta su finalización. Si bien, el legislador prevé como novedad que la recaída en el tratamiento no se considerará abandono del tratamiento, salvo que estas evidencien un abandono definitivo del tratamiento²⁹⁴¹.

Como indica GARCÍA ALBERO las recaídas forman parte del proceso habitual de aprendizaje y rehabilitación²⁹⁴².

Por otra parte, respecto a la *remisión la pena* prevista en el viejo párrafo segundo del apartado 5 del art.87, tras la reforma de la LO 1 / 2015, el nuevo art.87CP dispone:

“1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

2. No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento, salvo, oídos los informes correspondientes, estima necesario la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

Por tanto, debe entenderse que si el penado vuelve a ser condenado por sentencia firme por la comisión de un nuevo delito durante el periodo que se señale, o abandonara el tratamiento antes de su finalización, el juez o tribunal deberá revocar de inmediato la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar su cumplimiento. Dado el silencio del legislador al respecto, debería interpretarse que el tiempo que ha pasado el individuo sometido a tratamiento en un Centro de deshabitación debería serle descontado de la ejecución de la pena²⁹⁴³.

²⁹⁴⁰ GARCÍA ALBERO, R.: “La suspensión de la ejecución de las penas” en *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 155.

²⁹⁴¹ MOLINA MANSILLA.: “Comentario...”, *Op. cit.*, p. 237.

²⁹⁴² GARCÍA ALBERO.: *Op. cit.*, p.155.

²⁹⁴³ CANO PAÑOS.: *Op. cit.*, p. 119. En el mismo sentido, se pronuncian SERRANO BUTRAGEÑO.: *Op. cit.*, p. 735; PRATS CANUT, JM.: “Comentario al art. 87” en *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra, pp. 478 y 479, al considerar que en el supuesto de que el condenado deba cumplir en su totalidad la pena privativa de libertad impuesta tras la revocación de la suspensión, se contradicen gravemente los postulados propios del sistema vicarial establecido en el artículo 99 del Código Penal, según el cual cuando por un mismo hecho criminal concurren pena y medida de seguridad privativa de libertad, el tiempo transcurrido en aplicación de la medida se debe abonar a efectos de cumplimiento de la pena.

No obstante, el inciso último del art. 87.2 CP contempla como excepción la posibilidad de conceder la prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años si “oídos los informes correspondientes” el juez o tribunal estima necesaria “la continuación del tratamiento”.

Del tenor literal del precepto, debe interpretarse que esta posibilidad de prórroga únicamente es posible en los casos en los que no se haya acreditado la deshabitación del sujeto ni haya habido una continuidad en el tratamiento. Mediante esta prórroga se persigue ampliar el tratamiento de deshabitación cuando razonablemente éste se encuentre próximo a su fin²⁹⁴⁴.

b.2. Legislación administrativa

Si bien el Código Penal no sanciona expresamente el consumo de drogas, esto no significa que tal consumo sea lícito o esté permitido, dado que el propósito de la legislación penal antidrogas es precisamente, evitar el consumo²⁹⁴⁵.

El Derecho Administrativo prohíbe determinadas conductas relacionadas con la posesión, el consumo, la plantación y cultivo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

De este modo, la LO 4 /2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana²⁹⁴⁶ (LOPSC) en su **art. 36 en los apartados 16, 17,18, 19** establece que:

“A los efectos de la presente ley constituyen infracciones graves:

16. El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares.

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.

19. La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia

²⁹⁴⁴ CANO PAÑOS.: *Op. cit.*, p. 120.

²⁹⁴⁵ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1528.

²⁹⁴⁶ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

Lo que fundamenta la infracción administrativa prevista en los apartados 16 y 19 del art.36 es el lugar dónde se realiza el *consumo*. Lo que resulta peligroso para la seguridad ciudadana es que el consumo se realice en un lugar público.

La *ratio* de estos apartados es evitar el consumo de drogas en presencia de otras personas, con el fin de garantizar el desarrollo normal de los derechos fundamentales y libertades públicas de los no consumidores, y evitar que tal conducta pueda promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de estas sustancias²⁹⁴⁷.

De lo que cabe deducir *a sensu contrario* que el consumo de drogas en lugares que no sean públicos no afecta a la seguridad ciudadana, y por tanto, no debe ser considerado como conducta ilícita.

No obstante, en virtud de la Ley 87 / 1967, de 8 de abril sobre Estupefacientes debe interpretarse que dicho consumo en el ámbito privado sigue estando prohibido, dado que el art. 22 de esta Ley únicamente permite los usos “industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados por esta Ley”. Sin embargo, este precepto contiene una prohibición genérica de uso, sin que contenga sanción alguna, no existiendo ningún precepto que prohíba taxativamente el consumo de drogas en privado²⁹⁴⁸.

El art. 36. 16 LOPSC considera, además, infracción grave a la seguridad ciudadana la *tenencia ilícita de drogas, aunque no estuviese destinada al tráfico*. De la interpretación literal del art. 22 de la Ley 87 / 1967 se deduce que existirá tenencia ilícita de drogas, siempre que no se trate de alguno de los usos que autoriza el precepto.

No obstante, la doctrina científica realiza una interpretación sistemática y teleológica - valorativa que limita la tenencia ilícita de drogas de carácter administrativo a aquella que implique exhibición en lugares públicos²⁹⁴⁹.

El legislador español debería replantearse el sancionar como infracción grave “(...) la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (...)” (art. 36.16 LOPSC), ya que “constituye un contrasentido que no esté sancionado el consumo fuera de lugares públicos, esto es, el consumo privado y, sin embargo, sea una conducta sancionada la tenencia para ese consumo privado”²⁹⁵⁰.

También son consideradas como infracciones graves *el traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas siempre que no constituya delito* (art. 36.

²⁹⁴⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ / DíEZ RIPOLLÉS.: *Op. cit.*, p. 60.

²⁹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 60 y 61.

²⁹⁴⁹ *Ibidem*, p. 61.

²⁹⁵⁰ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1528.

17). Y, *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* (art. 36.18). En ambos casos, la *ratio* es evitar que tales conductas puedan promover, favorecer y facilitar el consumo de tales sustancias.

El **artículo 39** de la citada Ley sanciona las conductas anteriormente mencionadas con multas de 600.1 a 30.000 euros. La multa podrá llevar aparejada alguna o algunas de las sanciones accesorias previstas en el apartado segundo del art. 39 LOPSC.

También prevé la Ley la suspensión de las sanciones pecuniarias impuestas por infracciones en materia de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cometidas por menores de edad.

La **Disposición adicional quinta** dispone:

“Las multas que se impongan a los menores de edad por la comisión de infracciones en materia de consumo o tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas podrán suspenderse siempre que, a solicitud de los infractores y de sus representantes legales, aquéllos accedan someterse a tratamiento o rehabilitación, si lo precisan, o a actividades de reeducación. En el caso de que los infractores abandonen el tratamiento o rehabilitación o las actividades reeducativas, se procederá a ejecutar la sanción económica.

Reglamentariamente se regularán los términos y condiciones de la remisión parcial de sanciones prevista en esta disposición adicional”.

La suspensión de las sanciones pecuniarias impuestas por infracciones en materia de consumo de drogas a los menores de edad, esta supeditada a que los infractores accedan a someterse a tratamiento, o rehabilitación, si lo necesitan, o a actividades de reeducación. Pudiendo ser solicitado por el propio menor o por su representante legal.

El tratamiento durará el tiempo que se considere necesario y podrá ser prorrogado por periodos de tiempo no inferiores al mínimo establecido inicialmente.

El incumplimiento total o parcial, el abandono del tratamiento o la comisión durante el mismo de un delito contra la salud pública o de cualquier otra infracción de las previstas en esta Ley determinará la revocación de la suspensión²⁹⁵¹. Lo anterior, será igualmente aplicable en el caso de que el infractor acceda someterse a rehabilitación o a actividades de reeducación.

Por el contrario, cuando el sancionado cumpla las condiciones impuestas, se le remitirá total o parcialmente la pena²⁹⁵².

²⁹⁵¹ MUÑOZ SÁNCHEZ / Díez Ripollés.: *Op. cit.*, p. 62.

²⁹⁵² *Ibidem*, p.62.

2.3. Principales indicadores policiales, judiciales y penitenciarios

En los últimos años, se ha efectuado una eficaz labor policial en materia de drogas, que se evidencia en las múltiples detenciones y en las grandes cantidades de drogas decomisadas²⁹⁵³.

El número de decomisos de drogas psicoactivas y las cantidades de drogas decomisadas pueden ser indicadores indirectos de la disponibilidad de droga en el mercado, siempre que se tenga en cuenta determinadores factores que suelen incidir en su evolución como “la mayor o menor actividad de los servicios de control de la oferta y la proporción de droga que se dirige al mercado exterior, así como la ocurrencia de grandes decomisos, que pueden dar lugar a fluctuaciones interanuales importantes”²⁹⁵⁴.

Respecto a las *drogas decomisadas*, según el Ministerio del Interior en el 2012 se produjo en España algunos cambios de las cantidades de drogas incautadas respecto a los años anteriores. La cantidad de heroína decomisada disminuyó respecto al 2009, pasando de 300 kg a 233 Kg en 2010, y a 229 Kg en 2012, lo que confirma la tendencia al descenso en las cantidades decomisadas de esta sustancia, que se venían observando en los últimos siete años²⁹⁵⁵ (Tabla 6).

También disminuyó la cantidad de hachís decomisado, pasando de 682,7 toneladas en el 2008, a 384, 3 toneladas en 2010, y a 326 toneladas en el 2012²⁹⁵⁶.

Por otra parte, la cantidad de cocaína decomisada en 2012 (20.754 Kilogramos) sufre un repunte respecto a la cantidad incautada el año anterior (16.609 Kilogramos), aunque sigue siendo muy inferior a las cantidades incautadas en los años precedentes al 2011, por lo que se puede afirmar que continúa la tendencia descendente en la incautación de esta sustancia²⁹⁵⁷. En cambio, las cantidades de MDMA decomisadas en 2011 (182. 973 pastillas) como en 2012 (175. 381 pastillas) fue bastante menor a las incautadas en años precedentes²⁹⁵⁸ (Tabla 6).

El *número de decomisos*, pone de manifiesto más que la cantidad de drogas incautada, la línea general seguida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en la lucha contra el tráfico de drogas, observándose una tendencia ascendente en todos los tipos de drogas²⁹⁵⁹, salvo en los decomisos de estimulantes en los que se observa una evolución más uniforme.

No obstante, el número de decomisos en 2012 disminuyó ligeramente (un 4,2 %) respecto del año anterior. Por drogas, también se observa en el 2012 un descenso del

²⁹⁵³ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1529.

²⁹⁵⁴ OEDT, *Informe 2013, Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España*, DGPNSD, Madrid, 2013, p. 231.

²⁹⁵⁵ *Ibidem*, (Figura 4. 2. 4), p. 231 y 233.

²⁹⁵⁶ *Ibidem*, (Figura 4. 2. 3), p. 233.

²⁹⁵⁷ *Ibidem*, (Figura 4. 2. 5), p. 234.

²⁹⁵⁸ *Ibidem*, p. 234.

²⁹⁵⁹ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1529.

número de decomisos respecto al año anterior. El número de decomisos que más descendió es el relativo a “alucinógenos” (- 26,4%) y a opiáceos” (- 22,7 %), seguidas de la de “cocaínicos” (- 11 %) ²⁹⁶⁰.

El cannabis sigue siendo la droga de la que se decomisa una mayor cantidad (325,6 toneladas de hachís en 2012) y también la que generó un mayor número de decomisos (335. 023) ²⁹⁶¹ (Tabla 7).

Si se observan las tendencias a medio y largo plazo, se puede concluir que las tendencias temporales del número de decomisos y de cantidades decomisadas de las principales droga objeto de tráfico ilegal (cannabis, cocaína y heroína) son bastantes coincidentes con la evolución de los datos del consumo y problema de las drogas ²⁹⁶².

TABLA 6

EVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES DE DROGAS DECOMISADAS
EN ESPAÑA. 2002 - 2012

	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Heroína (Kg)	275	242	271	174	472	227
Cocaína (Kg)	17.660	49.279	33.135	48.429	49.650	37.784
Hachís (Kg)	564.816	727.313	794.437	669.704	459.267	653.651
MDMA (Nº pastillas)	1.396.591	771.875	796.833	572.871	481.583	490.644
	2008	2009	2010	2011	2012	
Heroína (Kg)	548	300	233	413	229	
Cocaína (Kg)	27.981	25.349	25.241	16.609	20.754	
Hachís (Kg)	682.672	444.581	384.315	355.904	325.562	
MDMA (Nº pastillas)	534.906	404.334	634.628	182.973	175.351	

FUENTE: Estadística Anual sobre Drogas, 2012. Ministerio del Interior.
Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado.

²⁹⁶⁰ OEDT, *Informe 2013...., Op. cit.*, (Figura 4. 2. 1), p. 231.

²⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 231.

²⁹⁶² OEDT, *Informe 2011...., Op. cit.*, p. 206.

TABLA 7

EVOLUCIÓN DE NÚMERO DE DECOMISOS DE SUSTANCIAS
PSICOACTIVAS. ESPAÑA. 2006 - 2012

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Alucinógenos	160	178	197	689	695	1.206	888
Cannábicos	184.957	206.555	254.340	318.212	290.785	345.286	335.023
Cocaínicos	43.794	46.237	47.189	50.171	42.986	43.458	38.655
Depresivos...*	1.417	1.471	2.092	2.586	2.521	2.840	2.884
Estimulantes	6.484	6.145	5.865	4.752	4.729	5.891	5.719
Opiáceos	7.039	7.890	8.695	10.817	10.143	8.063	6.228
Total	243.851	268.476	318.378	387.227	351.859	406.744	389.397

* Depresivos, sedantes y tranquilizantes.

FUENTE: Estadística Anual sobre Drogas, 2012. Ministerio del Interior.
Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado.

Según los datos facilitados por el Ministerio del Interior, el número total de detenidos por tráfico de drogas en el 2012 fue de 21.440, frente a 17.276 en 2011.

Por su parte, los denunciados por consumo o tenencia de drogas en aplicación de la Ley 1 / 92, de Protección de la Seguridad Ciudadana fueron 356.052 en 2012 frente a 375.019 en 2011²⁹⁶³.

En los últimos años, se observa una tendencia ascendente tanto en el número de detenciones realizadas por tráfico ilegal de drogas como el de denuncias por consumo o tenencia ilícita de drogas²⁹⁶⁴ (Tablas 8 y 9).

En el 2012 la mayoría de las detenciones y denuncias estuvieron asociadas con los derivados del cannabis (55,8 % y 87 %, respectivamente) o con los cocaínicos (30, 5 % y 9,2 %, respectivamente)²⁹⁶⁵ (Tabla 10).

Tanto los detenidos como los denunciados eran en su mayoría varones. La mayor parte de los detenidos están en una franja de edad de 19 a 40 años, mientras la mayor

²⁹⁶³ OEDT, *Informe 2013...*, *Op. cit.*, p. 239.

²⁹⁶⁴ *Ibidem*, p. 239

²⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 239

parte de los denunciados por tenencia o consumo en lugares públicos se encuentran comprendidos en la franja de los 19 a 25 años²⁹⁶⁶.

En 2012, las comunidades autónomas donde se efectuaron más detenciones por tráfico de drogas fueron Andalucía (28,2 %), Madrid (12,6 %), y la Comunidad Valenciana (14,2 %), seguidas por Ceuta (8,3 %) y Canarias (5,5 %).

Del mismo modo, la comunidad autónoma en la que se produjo también un mayor número de denuncias por consumo o posesión ilícita de drogas fue Andalucía, seguida por la Comunidad Valenciana, Madrid y Canarias²⁹⁶⁷.

TABLA 8

DETENCIONES POR TRAFICO DE DROGAS
(NÚMEROS ABSOLUTOS). ESPAÑA. 2002 - 2012

2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
17.430	12.718	14.267	16.805	16.805	18.938	19.696	19.399	17.878	17.276	21.440

FUENTE: Elaboración propia, datos según Estadística Anual sobre Drogas, 2012.
Ministerio del Interior, Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado.

TABLA 9

DENUNCIAS POR CONSUMO O TENENCIA ILÍCITA DE DROGAS
(NÚMEROS ABSOLUTOS). ESPAÑA. 2003 - 2012

2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
122.634	150.193	173.096	218.656	240.237	285.378	351.927	319.474	375.019	356.052

FUENTE: Elaboración propia, datos según Estadística Anual sobre Drogas, 2012.
Ministerio del Interior, Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado.

²⁹⁶⁶ OEDT, *Informe 2013...*, *Op. cit.*, p. 239 y 241 (Figuras 4. 4. 4 y 4. 4. 5).

²⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 239 y 243. (Tabla 4. 4. 3)

TABLA 10

DISTRIBUCIÓN DE LAS DETENCIONES Y DE LAS DENUNCIAS POR TIPO DE SUSTANCIAS (PORCENTAJES). ESPAÑA, 2012.

	Opiáceos	Cocaínicos	Cannábicos	Estimulantes	Otras sustancias *
Detenciones (n= 21.440)	5,49	30,47	55,78	4,36	3,90
Denuncias (n=356.052)	1,51	9,22	87,03	1,32	0,92

* Depresores, sedantes, tranquilizantes, alucinógenos y otros.

FUENTE: Elaboración propia, datos Estadística Anual sobre drogas, 2012. Ministerio del Interior. Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado.

En correspondencia con las detenciones practicadas por la policía, la Fiscalía Antidroga ha incoado los procedimientos correspondientes. En el 2012 se observa una tendencia descendente de los *procedimientos incoados* por tráfico de drogas respecto a los años 2008 a 2011. Se trata, en todo caso, de “cifras globales, que no discriminan entre los delitos cometidos por organizaciones o grupos criminales, medianos distribuidores y el llamado “menudeo”²⁹⁶⁸.

TABLA 11

ESTADÍSTICA NACIONAL: PROCEDIMIENTOS JUDICIALES INCOADOS EN ESPAÑA POR DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Año 2008	Año 2009	Año 2010	Año 2011	Año 2012	DIF. 2012 - 2011
22.070	22.689	26.392	23.196	21.977	- 5,2%

FUENTE: FGE, Memoria 2013.

²⁹⁶⁸ FGE, *Memoria 2013*, p. 226.

Por último, en el *ámbito penitenciario* pese a que el legislador del 95 optó por crear un marco jurídico que favorezca las medidas de rehabilitación del toxicómano delincuente, mediante la suspensión de la ejecución de la pena (art. 87 del Código Penal), y pese a que se contempla determinadas medidas de seguridad para los drogodependientes (art. 102 en relación con el art. 96 del CP), “la realidad es que nuestras prisiones no sólo están ocupadas en su mayor parte por delincuentes condenados por delitos contra la salud pública - o por delitos contra el patrimonio o contra las personas como fuente de ingreso para conseguir drogas - sino que un gran número son drogodependientes, e incluso, lo que es más grave, muchos delincuentes se inician en el consumo de estupefacientes en nuestras prisiones”²⁹⁶⁹.

En los últimos años, la población penitenciaria española se ha incrementado, observándose que los penados por delitos contra el orden socioeconómico se estabilizan, mientras que se incrementan los penados por delitos contra la salud pública y contra las personas. Se puede afirmar que la población penitenciaria es predominantemente masculina y mayor de 40 años, con un incremento cada vez mayor de extranjeros y reincidentes²⁹⁷⁰.

Cabe resaltar el alto porcentaje de población penitenciaria femenina recluida por delitos contra la salud pública²⁹⁷¹. Se puede concluir que “la penalización del tráfico de drogas y venta de drogas es responsable en gran medida del aumento del número de mujeres encarceladas en nuestro país (un tercio de las mismas son extranjeras)”²⁹⁷².

Una elevada proporción de internos declara antecedentes de consumo de drogas. Una cuarta parte había inyectado drogas al menos una vez en la vida y un 11,4% lo hacía de forma habitual en el momento de su ingreso en la prisión. Ahora bien, todos los datos indican que las prisiones no contribuyen a extender el consumo de drogas, puesto que un pequeño número declara haberse iniciado en ellas dentro de la prisión, la proporción de consumidores es mucho menor dentro de la prisión que en situación de libertad, y es menor la frecuencia de consumo²⁹⁷³.

La prevalencia del consumo de drogas, entre los internos, es significativamente menor en prisión que antes del ingreso.

De los datos aportados por ESDID 2011 se observa una disminución global del consumo de drogas al entrar en prisión, especialmente de heroína y cocaína. Se aprecia una tendencia descendente respecto a los resultados aportados en las encuestas realizadas a partir del 2006 para el consumo de casi todos los tipos de sustancias fundamentalmente cannabis, heroína y cocaína. Manteniéndose estables y muy bajas

²⁹⁶⁹ VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Op. cit.*, p. 1533.

²⁹⁷⁰ PNSD, *Encuesta Estatal sobre Salud y Drogas entre los Internos en Prisión (ESDID)*, Unidad de Sistemas de Información y Documentación de la DGPNSD, 2011, s / n.

²⁹⁷¹ Cfr. VÁZQUEZ GÓNZALEZ.: *Delincuencia juvenil...*, *Op. cit.*, p. 45. PNSD, *Encuesta Estatal (2011)...*, *Op. cit.*, s / n.

²⁹⁷² PNSD, *Intervención sobre drogas en centros penitenciarios*, Actuar es posible, DGPNSD, 2009, p. 27.

²⁹⁷³ PNSD, *Encuesta Estatal sobre Salud y Drogas entre los Internos en Prisión (ESDID)*, Unidad de Sistemas de Información y Documentación de la DGPNSD, 2006, s / n.

las cifras para alguna de las sustancias de acompañamiento²⁹⁷⁴.

Asimismo, esta encuesta pone de relieve el importante papel que desempeñan los centros penitenciarios en lo que respecta a la utilización de los tratamientos del abuso de sustancias psicoactivas, las prisiones están contribuyendo a que muchos consumidores inicien o mantengan el tratamiento indicado para su adicción. Además la mayoría de los sometidos a tratamiento han valorado como positiva la atención recibida²⁹⁷⁵.

Respecto a la relación entre drogodependencia y reincidencia, el estudio realizado por la Central de Observación Penitenciaria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (sobre 330 sujetos excarcelados en el período 93 - 96, con un seguimiento realizado hasta el 1.1. 2000) permite afirmar que “la drogodependencia es una diferencia estadísticamente significativa entre el grupo de reincidentes y no reincidentes”. De hecho, el 60,8 % de los individuos drogodependientes habían reincidido, mientras que sólo el 20,3% de los sujetos no drogodependientes habían reincidido²⁹⁷⁶.

Finalmente, el estudio realizado por la Fundación CREFAT en el 2000, y subvencionado por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, constata un alto porcentaje de drogodependientes entre la población penitenciaria. El 7,1% de los drogodependientes en prisión, manifestó haberse iniciado en el consumo de la heroína en prisión, mientras que el 2,9% se había iniciado en el consumo de la cocaína²⁹⁷⁷.

Además, en el 2013 se produjo el fallecimiento de 26 internos por sobredosis en establecimientos penitenciarios, observándose una tendencia descendente en los últimos años²⁹⁷⁸. De los 162 internos fallecidos en el 2013, cinco se atribuyeron por esta causa, todos eran varones y todos los fallecimientos ocurrieron en los hospitales de referencia. También se observa una tendencia claramente descendente de la mortalidad por esta causa en los últimos años²⁹⁷⁹.

²⁹⁷⁴ PNSD, *Encuesta Estatal (2011)...*, *Op. cit.*, p. 15.

²⁹⁷⁵ *Ibidem*, p. 15.

²⁹⁷⁶ Datos mencionados en OED, *Informe nº 5...*, *Op. cit.*, pp. 141 y 142 (Tabla 10. 2).

²⁹⁷⁷ *Ibidem*, p. 144.

²⁹⁷⁸ SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Informe epidemiológico sobre mortalidad en instituciones penitenciarias 2013*, Ministerio del Interior, 2014, p. 8, (Figura 7).

²⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 7 (Figura 6).

Capítulo V

UN GIRO EN LA POLÍTICA GLOBAL DE CONTROL DE DROGAS

1. APERTURA DEL DEBATE SOBRE LA POLÍTICA DE CONTROL DE DROGAS

La guerra contra las drogas ha fracasado. El énfasis puesto desde los años 70, en la política prohibicionista sobre drogas no ha alcanzado los objetivos principales perseguidos: la disminución sustancial de la oferta de drogas o un descenso significativo de la demanda.

Lo que sí es evidente son los efectos colaterales nocivos producidos por el enfoque predominantemente represivo. Son destacables los producidos en el ámbito de la economía de la droga, en la protección de la salud, en el estado de derecho, en la seguridad pública, en la administración de justicia, en las relaciones internacionales, y en las mismas políticas de prevención del abuso de drogas²⁹⁸⁰.

Como se ha expuesto con anterioridad, los problemas sobre drogas son diversos dentro de cada Estado, incluso entre las regiones de los mismos Estados.

De este modo, las objeciones al régimen internacional de control de drogas se han presentando con diversos enfoques, según procedan de países de Europa Occidental, cuyo principal problema es el consumo de sustancias, o de países de América Latina, en los que el problema más grave es el de la violencia asociada al crimen organizado dedicado al tráfico ilegal de drogas²⁹⁸¹.

En la actualidad, se han formulado importantes objeciones al régimen internacional, por parte de actores procedentes de América Latina, región que ha asumido los mayores costes de la política internacional sobre drogas en las últimas décadas²⁹⁸².

Aunque en gran medida las políticas antidrogas fueron financiadas por los principales países consumidores, estas políticas han puesto su énfasis en la represión de la producción y del tráfico, imponiendo gran parte de la carga sobre los productores inmediatos (campesinos que suelen vivir en condiciones de pobreza, siendo vulnerables a las presiones del crimen organizado), las sociedades de los países productores y de

²⁹⁸⁰ Para un análisis más detallado, Vid. DÍEZ RIPOLLÉS.: “El control penal...”, *Op. cit.*, pp. 202 y ss.

²⁹⁸¹ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 25.

²⁹⁸² En este sentido, Vid. YOUNGERS, C / ROISIN, E. : *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy*, Lynne Rienner Publishers, 2005. Se puede consultar en <http://www.rienner.com>

tránsito.

Si bien estas políticas han alcanzado algunos logros por lo que se refiere a la destrucción de algunas organizaciones criminales, en general no han conseguido erradicar los mercados ilegales de drogas. La demanda de drogas continúa aumentando en los países, con mercados crecientes en los países productores y de tránsito²⁹⁸³.

Asimismo, la estrategia represiva desarrollada durante décadas ha introducido un elemento de violencia en los mercados ilegales del narcotráfico. En países como México y Colombia esa violencia ha alcanzado niveles alarmantes e implica grandes costes en vidas humanas, a pesar de los cuantiosos recursos invertidos en “la lucha contra los carteles, la erradicación de cultivos ilegales, las acciones de interdicción y los esfuerzos para establecer mecanismos contra el lavado de dinero”²⁹⁸⁴.

Además, la ilegalidad del negocio, y el aumento constante de la demanda, lo ha hecho muy lucrativo, lo que tiene dos consecuencias negativas. En primer lugar, involucrarse en el narcotráfico sigue siendo muy atractivo, a pesar de los riesgos que implica su persecución por las autoridades, y la posibilidad de ser asesinados por sus rivales.

En segundo lugar, los cuantiosos ingresos que percibe el crimen organizado del tráfico ilegal de drogas, le otorga un enorme poder de corrupción e intimidación, que les facilita la ejecución de sus actividades delictivas²⁹⁸⁵.

Desde los años 90, son ya frecuentes las exigencias por parte de los países de Europa Occidental, de una mayor flexibilidad del régimen sobre drogas y de un enfoque más pragmático aunque alejado del prohibicionismo punitivo defendido por los organismos de control de drogas de Naciones Unidas²⁹⁸⁶.

Mientras que en el caso europeo se perseguía ampliar los límites del régimen con el fin de establecer políticas más racionales para gestionar el problema del consumo de sustancias inyectables (en concreto, políticas de reducción de daños como respuesta a la epidemia de heroína y de VIH de los años ochenta, tales como los programas de intercambio de jeringuillas o las salas de consumo de sustancias), en el caso de los países latinoamericanos el debate se centra por el impacto cada vez más de la violencia en el tráfico internacional²⁹⁸⁷.

En los últimos años el debate en torno al fenómeno de las drogas ilícitas, comenzó a

²⁹⁸³ CAMPERO, C / VARGAS, R / VERGARA, E.: “De la represión a la regulación: Una propuesta latinoamericana para la reforma de las políticas de drogas”, *Perspectivas*, núm. 2, 2013, pp. 2 y 3.

²⁹⁸⁴ CAMPERO, JC / BARRANCOS, H.: “Alternativas a la política actual de drogas desde el eslabón de la producción” en *De la represión a la regulación. Propuestas para reformar las políticas contra las drogas*, Friedrich Ebert Stiftung, 2013, p. 19.

²⁹⁸⁵ CAMPERO / BARRANCOS.: *Op. cit.*, p. 19.

²⁹⁸⁶ Para un análisis detallado de este proceso, Vid. JELSMA, M. (2003), “Drugs in the UN system: the unwritten history of the 1998 United Nations General Assembly Special Session on drugs”, *The International Journal of Drug Policy*, Vol.14, iusse 2, 2003.

²⁹⁸⁷ SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 25.

abrirse y a adoptar un nuevo giro, dado que el prohibicionismo se está cuestionando en numerosos foros internacionales, y también en reuniones de alto nivel, llegando a incluir declaraciones a favor de un nuevo enfoque por parte de Jefes de Estado y ex presidentes²⁹⁸⁸.

Un claro ejemplo de ello, ha sido la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia de febrero de 2009²⁹⁸⁹ - encabezada por los ex presidentes Ernesto Zedillo, César Gaviria y Fernando Henrique Cardoso - y la Comisión Global sobre Drogas y Democracia de 11 de junio de 2011²⁹⁹⁰ en las que se cuestionó el régimen internacional de control de drogas, se instó a la apertura de un debate a nivel global sobre la descriminalización del uso personal de las drogas ilegales, y se recomendó el tratamiento de las adicciones como una cuestión de salud pública.

En ambas comisiones se planteó la necesidad de revisar el régimen internacional de control de drogas y las políticas represivas contra el tráfico de drogas con el objeto de reducir el daño causado tanto por la producción, tráfico, y el consumo, como por las propias políticas antidrogas²⁹⁹¹. Una vez más, el argumento esgrimido en ambas comisiones, ha sido los elevados niveles de violencia y de lucro asociados al crimen organizado, que genera la actual política internacional de control de drogas²⁹⁹².

Las propuestas mencionadas no sólo abordan reformas en lo relativo al consumo de drogas hoy ilícitas, sino que también instan a pasar de la represión a la regulación de toda la “cadena de valor” con el fin de lograr los siguientes objetivos²⁹⁹³:

- Reducir los daños a los consumidores;
- Reducir los daños a los no consumidores;
- Minimizar los daños que la política antidrogas ocasiona tanto a los consumidores como a terceros;
- Minimizar los recursos e ingresos vinculados con las drogas que van destinados al crimen organizado y a otros actores ilegales;
- Maximizar los ingresos asociados a las drogas que puedan obtener el Estado y otros actores legales con el objetivo de financiar políticas públicas de salud y combatir el crimen organizado.

Las propuestas, implican un cambio profundo de paradigma, e instan a examinar críticamente el enfoque prohibicionista impulsado por Estados Unidos y analizar las ventajas y límites de las políticas de reducción de daños desarrolladas en Europa²⁹⁹⁴.

²⁹⁸⁸ MATHEIU, H / NIÑO, C.: “Introducción. Aspectos de la situación actual de las drogas ilegales y propuestas de reformas” en *De la represión...*, *Op. cit.*, p. 21.

²⁹⁸⁹ COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA.: “Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma”, 2009. Se puede consultar en <http://www.drogasedemocracia.org>.

²⁹⁹⁰ COMISIÓN GLOBAL SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA, *Informes de 2011 y 2012*. Se puede consultar en <http://www.globalcommissionondrugs.org>

²⁹⁹¹ CAMPERO / VARGAS / VERGARA.: *Op. cit.*, p. 2

²⁹⁹² SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 25.

²⁹⁹³ CAMPERO / VARGAS / VERGARA.: *Op. cit.*, p. 2.

²⁹⁹⁴ BLICKMAN, T / JELSMA, M.: “Las reformas de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos”, *Nueva Sociedad*, núm. 22, 2009, p. 82.

En declaraciones más recientes respecto al fracaso de las políticas antidrogas, el presidente de Colombia Juan Manuel Santos (2012), se ha mostrado partidario de un nuevo giro de la política internacional de control de drogas, incluso de la descriminalización de algunas sustancias, siempre que existiera un consenso internacional respecto a ello²⁹⁹⁵.

En términos de discurso político, llama la atención que el presidente en ejercicio, de un país que ha sufrido durante años, las consecuencias negativas no sólo del narcotráfico sino de las políticas prohibicionistas para combatirlo, plantee la necesidad de revisar esas políticas y buscar alternativas más eficientes. Si bien, Santos matizó sus declaraciones afirmando que no estaría a la vanguardia de un movimiento de este tipo. Sus declaraciones, provocaron reacciones en el mismo sentido, por parte de otros presidentes de la región como Otto Pérez Molina (Guatemala)²⁹⁹⁶. También el ex presidente de México Vicente Fox, en el 2010 se mostró a favor de una legalización controlada de las drogas en su país, con el fin de erradicar el crimen organizado cuya principal fuente de ingresos procede del tráfico de drogas²⁹⁹⁷.

No obstante, ni las recomendaciones de las dos comisiones ni las declaraciones posteriores de algunos de los líderes latinoamericanos presentan alternativas concretas de reforma a las políticas vigentes²⁹⁹⁸.

Si bien, estas declaraciones llevaron a que el tema se debatiese por primera vez, en un ámbito de diálogo político y de carácter presidencial, la Cumbre de las Américas celebrada en Cartagena (Colombia) en abril de 2012, en la que uno de los puntos principales a debatir fue la despenalización de las drogas. La inclusión de este tema en los debates, a juicio de los expertos, ha sido posible a la convergencia con una ligera apertura por parte de Estados Unidos, país impulsor del régimen prohibicionista, y una mayor independencia y confianza de los dirigentes de los países de América Latina²⁹⁹⁹.

Y aún cuando en esta cumbre los avances fueron escasos, los países miembros encomendaron a la Organización de los Estados Americanos (OEA) un informe en el que se revisen los resultados de la lucha contra el narcotráfico y se investiguen alternativas para dotarla de una mayor efectividad³⁰⁰⁰.

La presencia de Estados Unidos en la Cumbre en cabeza del Presidente Obama es un elemento de suma importancia, dado el peso que su país ha tenido en la formulación e implementación de las políticas antidrogas en América Latina así como en el desarrollo del régimen internacional de control de drogas vigente. Y aunque EEUU sigue siendo reacio a una modificación en profundidad de las políticas actuales, en algunos estados

²⁹⁹⁵ SÁNCHEZ BAUTE, A.: Santos despenalizaría drogas, si lo acepta resto del mundo”, *El Espectador*, 28 de enero de 2012. Se puede consultar en <http://www.elespectador.com>

²⁹⁹⁶ MATHEIU / NIÑO.: *Op. cit.*, p. 23.

²⁹⁹⁷ Vid. VICENTE FOX QUESADA BLOG, <http://blogvicentefox.blogspot.com/2010/08/drogadicción-crimenorganizado-y.html>

²⁹⁹⁸ CAMPERO / BARRANCOS.: *Op. cit.*, p. 65.

²⁹⁹⁹ WALSH, J.: “¿Por qué es importante hablar de despenalizar las drogas en la cumbre?”, *El Tiempo*, Colombia, 9 de abril de 2012. Se puede consultar en <http://www.eltiempo.com>

³⁰⁰⁰ MATHEIU / NIÑO.: *Op. cit.*, p. 23.

americanos se ha producido una apertura al cambio, al menos respecto al tratamiento del consumo de marihuana.

En noviembre de 2012, en Colorado y Washington, se legalizó mediante votación su venta y uso recreativo, sumándose a los otros dieciocho estados en que su uso para fines medicinales es legal, sometido a regulaciones para reducir daños³⁰⁰¹.

Por tanto, el debate está sobre la mesa y son cada vez más los partidarios de una revisión del prohibicionismo, en mayor número de países y ámbitos ideológicos. La apertura del debate se produce además sobre la base de una falta de pleno consenso respecto al régimen internacional de control de drogas³⁰⁰².

2. ALTERNATIVAS A LA POLÍTICA ACTUAL DE CONTROL DE DROGAS

La incapacidad del régimen prohibicionista para reducir los daños ocasionados a usuarios y terceros por el consumo de drogas, y la violencia vinculada a actividades del crimen organizado, obligan a pensar en nuevas alternativas de política pública³⁰⁰³.

Cuando se habla de políticas alternativas, se cae fácilmente, en la simplificación entre prohibición y legalización. Sin embargo, pensar en esta dicotomía no ayuda a buscar estrategias de cambio. Si bien, las políticas represivas contra las drogas durante los últimos años han fracasado, la legalización tampoco resuelve todos los problemas vinculados a la economía de las drogas ilegales. Así como las medidas de control excesivamente represivas tienen efectos perjudiciales, la falta de medidas de control podría ser nociva para la salud pública³⁰⁰⁴.

En opinión de MATHEIU en el contexto actual es razonable pensar que los objetivos de cualquier política para combatir el narcotráfico deben ser:

1. La reducción y minimización de daños originados por las drogas y por las políticas actuales para controlarlas, a los consumidores y a terceros no consumidores;
2. La reducción sustancial de los recursos que perciben el crimen organizado y otros actores ilegales del negocio de las drogas;
3. La maximización de los ingresos asociados a las drogas que puedan obtener el Estado y otros actores legales con el objetivo de financiar políticas públicas de prevención y salud pública, y la lucha contra el crimen organizado³⁰⁰⁵.

³⁰⁰¹ MATHEIU / NIÑO.: *Op. cit.*, p. 23. Vid. *The Economist*. "Tax, and tax again". 9 de marzo de 2013. Se puede consultar en <http://www.economist.com>

³⁰⁰² SÁNCHEZ AVILÉS.: *Op. cit.*, p. 26.

³⁰⁰³ MATHEIU *et al.*: *De la represión...*, *Op. cit.*, p. 19.

³⁰⁰⁴ JELSMA, M.: "El estado actual del debate sobre políticas de drogas" en *Drogas y Democracia*, 2008.

Se puede consultar en <http://www.tni.org>

³⁰⁰⁵ MATHEIU, H *et al.*: *De la represión...*, *Op. cit.*, p. 20.

Partiendo del punto de vista de que “un mundo sin drogas” no es factible y que la “guerra contra las drogas ha fracasado”, en América Latina y la UE han surgido propuestas alternativas a las actuales políticas, incluyendo la despenalización y regulación del mercado de algunas drogas³⁰⁰⁶.

Así, en el debate contemporáneo sobre políticas de drogas, existen varios ámbitos en los que se están desarrollando experiencias alternativas en los diversos países.

2.1. Las políticas de reducción de daños

Las políticas de reducción de daños consisten en “una estrategia que trata el consumo de drogas como una cuestión de salud pública, en el cual el dependiente es visto como una persona que precisa ser auxiliada en vez de criminal que debe ser castigado”³⁰⁰⁷.

Las políticas de reducción de daños tienen como objetivo reducir las consecuencias adversas, sanitarias, sociales y económicas, del consumo de drogas, tanto sobre los drogodependientes como sobre sus familias y consumidores, sin necesidad de erradicar el consumo de estas sustancias³⁰⁰⁸.

Señala DÍEZ RIPOLLÉS que “en la medida que esas iniciativas contribuyen a mejorar las condiciones sanitarias y sociales de los consumidores, y favorecen además un trato social normalizado con la realidad del consumo de drogas, merecen el apoyo y la financiación de los poderes públicos”³⁰⁰⁹.

Los programas de reducción de daños pueden ser muchos y variados (intercambio de jeringuillas, dispensación clínica de metadona u otros drogas en programas de sustitución o mantenimiento, establecimiento de centros de encuentro y acogida de “baja exigencia”, creación de salas para consumir drogas en condiciones sanitarias, creación de asociaciones de consumidores, comités de apoyo familiar etc.), pero en todos ellos hay una característica común: la consideración del drogodependiente como un ciudadano como los demás (sin cuestionarse su derecho a seguir consumiendo) que se sitúa como un *partner central* en estos programas³⁰¹⁰.

En la última década se han logrado grandes avances con los programas de reducción de daños, entre los consumidores de sustancias por vía intravenosa, con el objetivo de reducir el riesgo de contagio de enfermedades como el VHI / SIDA y hepatitis. Actualmente, 77 países efectúan programas de intercambio de jeringuillas y agujas, y

³⁰⁰⁶ GRATIUS, S.: *Europa y América Latina: La lucha contra la droga y el narcotráfico*, Dirección General de Políticas Exteriores de la Unión, UE, Bélgica, 2012, p. 4.

³⁰⁰⁷ GABIRIA, C / ZEDILLO, H *et al.*: *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma*, Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2009, p. 31. Se puede consultar en [http:// www.cicad.oas.org](http://www.cicad.oas.org).

³⁰⁰⁸ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 84.

³⁰⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS.: “El control penal...”, *Op. cit.*, p. 207.

³⁰¹⁰ ROMANÍ, O.: “Políticas de drogas: prevención, participación, y reducción del daño”, *Salud Colectiva*, Vol. 4, núm. 3, 2008, pp. 305 y 306.

alrededor de un millón de personas reciben tratamiento de sustitución de heroína con metadona o buprenorfina. Este tipo de programas se realizan en Europa, Canadá y Australia, y en los últimos años se han expandido a gran escala en los países de Asia, y en muchas ciudades de Estados Unidos. Los programas de reducción de daños han ido avanzando en algunos países de América Latina (Brasil, Argentina y Uruguay)³⁰¹¹.

En virtud de la Recomendación del Consejo de Ministros de 18 de junio de 2003³⁰¹², la UE adoptó la política de reducción de daños como posición común, ratificándola en el 2004 con la incorporación de la reducción de daños en la Estrategia de la UE en materia de drogas para el periodo 2005 - 2012³⁰¹³ y el Plan de Acción de Drogas de la UE para 2005 - 2008³⁰¹⁴.

El OEDT señaló que “hay numerosas pruebas que confirman la posibilidad de que el suministro de agujas y jeringuillas de intercambio puede servir como una importante contribución para reducir la transmisión del VIH entre los toxicómanos que se inyectan. Además, el suministro de agujas y jeringuillas de intercambio puede ser eficaz para entrar en contacto con la población de toxicómanos que está relacionada con otros servicios, y puede servir como conducto para el tratamiento por drogas y para servicios primarios de salud. No existen pruebas convincentes de que este suministro repercuta de manera negativa sobre la prevención o las actividades de control de drogas”³⁰¹⁵.

Esto se confirmó en la declaración que resultó de la Décimo Quinta Conferencia Internacional sobre Sida celebrada en Bangkok en julio de 2004, señalando que “existe evidencia abrumadora y de alta calidad de que las estrategias de reducción del daño son muy efectivas, seguras y de menor costo para reducir las consecuencias negativas para la salud y la sociedad por el uso de drogas por vía intravenosa. (...). Las experiencias de numerosos programas y proyectos en todas las regiones del mundo indican que se puede prevenir, estabilizar e incluso revertir el VIH / SIDA entre los adictos por vía intravenosa si se aplican a tiempo y de manera rigurosa estrategias de reducción del daño”³⁰¹⁶.

Estas prácticas de reducción de daños se han extendido rápidamente a nivel mundial, incluso en los países con leyes antidrogas muy estrictas. Así por ejemplo, China desde hace varios años ha efectuado programas de intercambio de jeringuillas y a partir de 2006 efectuó un plan para la apertura de más de mil clínicas para el tratamiento con sustitución de metadona. También países como Irán, Pakistán y Vietnam desarrollan políticas similares.

³⁰¹¹ JELSMA.: “El estado actual....., *Op. cit.*

³⁰¹² Council Recommendation of 18 June 2003 on the prevention and reduction of health-related harm associated with drug dependence (2003/488 / EC).

³⁰¹³ Vid. La Estrategia de la UE en materia de drogas para el periodo 2005 - 2012. Se puede consultar en <http://www.europa.eu/legislation-summaries/>.

³⁰¹⁴ Vid. Plan de Acción de la UE en materia de lucha contra la droga 2005 - 2012. Se puede consultar en <http://www.europa.eu/legislation-summaries/>.

³⁰¹⁵ OEDT, *a European perspective on responding to blood borne infections among injecting drug users, A Short Briefing Paper*, EMCDDA, Lisbon, 2005.

³⁰¹⁶ Leadership Statement on Injecting drug use and HIV / AIDS, Bangkok, 2004. Se puede consultar en <http://www.unaids.org/Bangkok2004/docs>

En EEUU, aunque el gobierno federal aún mantiene una lucha ideológica contra la reducción de daños, numerosos estados y ciudades realizan programas de intercambio de agujas y de sustitución de opio. Además, el gobierno de Obama se muestra predispuesto a suavizar su postura anterior³⁰¹⁷.

Ciertamente, desde la llegada al gobierno del Presidente Barack Obama en 2009, se percibe un cambio de paradigma en la política antidroga. Aproximándose al modelo europeo, EEUU comienza a ver el problema de las drogas como un problema de salud pública y ya no como un problema de seguridad³⁰¹⁸.

En la actualidad, la mayor oposición a los programas de reducción de daños se limita a Rusia, Japón y algunos países africanos e islámicos como Sudán y Arabia Saudita³⁰¹⁹.

En los últimos años, junto al incremento significativo de los programas de sustitución e intercambio de jeringuillas, algunos países como los Países Bajos, Alemania, Suiza, España, Dinamarca, Canadá, Australia, han avanzado en prácticas de reducción de daños más controvertidas, como la emisión de recetas de heroína y las salas para el consumo de sustancias para los adictos más problemáticos³⁰²⁰.

2.2. Las políticas de reducción de daños en América Latina

El ámbito latinoamericano, ha sido un contexto difícil para la aplicación de programas de reducción de daños, entre otras cosas “por la influencia directa de las políticas hegemónicas estrictamente ortodoxas desarrolladas en Estados Unidos”, por lo que cabe destacar alguno de los proyectos llevados a cabo en esta región³⁰²¹.

El consumo de heroína por vía intravenosa motivó la aparición de las políticas de reducción de daños. En América Latina, este uso de la heroína es grave sólo en México, por lo que en el resto de los países latinoamericanos estas políticas surgieron muy lentamente. La principal sustancia inyectable en la región es la cocaína, situándose el mayor número de consumidores en Brasil y en menor medida en Argentina, siendo estos los dos primeros países de América del Sur en adoptar una política de reducción de daños. Ambos países, junto a México, Paraguay y Uruguay, desarrollan en la actualidad programas de intercambio de agujas³⁰²².

Entre los proyectos de reducción de daños desarrollados en el ámbito latinoamericano cabe destacar el realizado en México por el Centro Caritas de Formación para la atención de las Farmacodependencias y Situaciones Críticas Asociadas (CAFAC)³⁰²³ con el fin de potenciar políticas alternativas a las más hegemónicas.

³⁰¹⁷ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 85.

³⁰¹⁸ GRATIUS.: *Op. cit.*, p. 12.

³⁰¹⁹ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 85.

³⁰²⁰ JELSMA.: “El estado actual.....”, *Op. cit.*

³⁰²¹ ROMANÍ.: *Op. cit.*, p. 306.

³⁰²² BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 87.

³⁰²³ Vid. MACHÍN, J.: “Otra política de drogas es posible”, *LiberAddictus*, núm. 84, 2005, p. 6 a 10.

En Argentina además, de un importante desarrollo teórico de la reducción de daños³⁰²⁴, cabe destacar la labor de dos organizaciones - Intercambios y la Asociación de Reducción de daños de la Argentina (ARDA) - que han dado un impulso a las políticas de esta naturaleza, bien mediante la movilización de la sociedad civil y las instituciones políticas, o bien con la formación de profesionales y otras iniciativas similares.

Y en Brasil, donde también ha existido una significativa producción sobre el tema³⁰²⁵, se da una situación paradójica: existe un importante apoyo oficial a este tipo de políticas - especialmente desde la celebración de la 9ª Conferencia de la International Harm Reduction Association (IHRA) en 1998 -, reconocimiento institucional de la figura del "reductor de daños", existen asociaciones vinculadas con el tema - Associação Brasileira de Redutoras e Redutores de Danos (ABORDA), Rede Nacional de Redução de Danos (REDUC) -, pero problemas para la financiación de programas de reducción de daños (o), a pesar de experiencias tan interesantes como las de Salvador de Bahía u otras de distintos lugares del país³⁰²⁶.

Realmente en América Latina la mayoría de los problemas sociales y sanitarios derivados de las drogas se asocian al consumo de alcohol y a fumar cocaína (crack y pasta base de cocaína, que en Argentina se denomina "paco"). En Brasil, por ejemplo, se crearon programas piloto para la entrega de pipas para crack con el objeto de reducir el intercambio de utensilios infectados, y se ofrecen tratamientos de sustitución con cannabis para los consumidores de crack³⁰²⁷.

En opinión de BLICKMAN y JELSMA aunque este cambio de paradigma, de la tolerancia cero a la reducción de daños ha experimentado un importante avance a nivel mundial, no es posible trasladar simplemente el nuevo modelo a América Latina, donde la reducción de daños debe centrarse en el fumar y la inhalación (en lugar de la inyección) y en los estimulantes (en vez de los opiáceos). No obstante, existen alternativas aplicables a esta región. Por ejemplo, la disponibilidad de estimulantes más suaves en el mercado legal podría evitar que determinados consumidores recreativos comenzaran a consumir cocaína. En este sentido, la propuesta de Bolivia de legalizar los productos naturales de coca podría tener ventajas. De igual modo, debería someterse a consideración los tratamientos de sustitución con coca para evitar la adicción a la cocaína³⁰²⁸.

En la III Conferencia Latinoamericana de Políticas de Drogas, celebrada en México del 13 al 14 de septiembre del 2011, se destacó la necesidad de desarrollar en América

³⁰²⁴ Vid. entre otros, CYMERMAN, P / TOUZÉ *et al.*: "La estrategia de Reducción de Daños como política preventiva" en *Drogodependencias. Reflexiones sobre el sujeto y la cultura*, CEADSUNR, 1996. TOUZÉ, G / ROSSI, D.: "Reducción de daños" en *Drogodependencia, abordajes múltiples*, Biblioteca Médica Digital, Buenos Aires, 1998. INCHAURRAGA, S.: *Drogas y políticas públicas: el modelo de la reducción de daños*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2002.

³⁰²⁵ Vid. entre otros, BAPTISTA, M / SANTOS CRUZ, M *et al.*: *Drogas e pós-modernidade: faces de um tema proscrito*, UERJ, Rio de Janeiro, 2003, pp. 189 a 224. CIRINO, O/ MEDEIROS, R.: *Alcool e outras drogas. Escolhas, impasses e saídas possíveis*, Belo Horizonte, 2006, p. 13 a 48.

³⁰²⁶ ROMANI.: *Op. cit.*, p. 306.

³⁰²⁷ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 87.

³⁰²⁸ *Ibidem*, p. 87.

Latina políticas de reducción de daños eficaces y programas de sustitución de opiáceos. De incrementar el acceso a la información sobre el VIH, a jeringas y agujas limpias, crear un entorno de apoyo para los consumidores, y facilitar el acceso a una terapia eficaz a las personas que padezcan VIH³⁰²⁹.

2.3. Descriminalización y Despenalización

En los últimos años la población penitenciaria ha aumentado considerablemente, en parte debido a un endurecimiento de las leyes antidrogas derivadas de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de drogas de 1988 que obliga a los Estados firmantes a “adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno” toda la actividad relativa a la producción, la venta, el transporte, la distribución, etc., de las sustancias contenidas en las listas de las convenciones de 1961 y 1971 (art. 3.1 de la Convención de 1988).

También debe ser sancionado el “cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes”. El texto diferencia entre el objeto de tráfico y el objeto de consumo personal señalando que “la posesión, adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para el consumo personal” deben ser tipificados también como delitos penales, pero “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (art. 3.2 de la Convención de 1988)³⁰³⁰.

Los países firmantes de la Convención pueden, aunque no están obligados, adoptar medidas más estrictas como la penalización del consumo. En aquellos países en los que se ha adoptado estas políticas, como EEUU, Rusia y China ha aumentado la población penitenciaria, al igual que en la mayoría de los países de Europa y América Latina. La crisis penitenciaria resultante y la falta de consecuencias positivas respecto a la disminución de los mercados ilícitos de drogas, han impulsado campañas de despenalización de todo tipo³⁰³¹.

La despenalización es definida como “el acto de disminuir la pena de un ilícito sin descriminalarlo, es decir, sin retirar del hecho el carácter de ilícito penal”³⁰³².

En muchos países el consumo personal como tal no es constitutivo de delito. Las Convenciones de la ONU no obligan a los estados signatarios a imponer penas por consumo, tal y como se hace constar con claridad en el comentario oficial a la Convención de 1988, al señalarse que “debe notarse que, como en las Convenciones de 1961 y 1971, el párrafo segundo no exige que el consumo de estupefacientes se

³⁰²⁹ Vid. III Conferencia Latinoamericana de Políticas de Drogas, celebrada en México del 13 al 14 de septiembre de 2011, se puede consultar en <http://www.drogasmexico.org>

³⁰³⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>.

³⁰³¹ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 88.

³⁰³² CERVINI, R.: *Los procesos de descriminalización*, 2ª edición, Revista de los Tribunales, 1995, San Pablo, p. 75.

tipifique como un delito punible”³⁰³³.

Ello implica una estrategia para el consumo personal de sustancias diferente de la de los delitos de tráfico. Ciertamente, en algunos países la tenencia de una pequeña cantidad de droga para uso personal está totalmente descriminalizada, hay muchos en los que ha dejado de ser una prioridad para la fiscalización, o donde se han reducido las condenas. Tales cambios en el derecho y la jurisprudencia pueden tener un efecto positivo inmediato sobre la congestión del aparato judicial y sistema penitenciario³⁰³⁴.

No obstante, la cuestión es compleja. La UE ha establecido únicamente las pautas para establecer las penas para los delitos de tráfico, pero no para el consumo personal. En consecuencia, existen aún grandes diferencias en el ámbito de la UE.

En España, Italia, Portugal y Luxemburgo no consideran delito la tenencia de una pequeña cantidad de droga para consumo personal. En los Países Bajos, la República Checa y Alemania, la tenencia para uso personal es punible, pero se establecen pautas para que la policía, fiscales y tribunales no impongan pena alguna, hasta cierta cantidad. Otros países imponen sanciones administrativas y unos pocos como Suecia, Letonia y Chipre sanción con penas de prisión la posesión de pequeñas cantidades³⁰³⁵.

Desde el punto de vista legal, existen grandes diferencias e importantes controversias en cuanto qué cantidad constituye una dosis para uso personal. En las últimas décadas, al menos siete países de la UE (Bélgica, Alemania, Grecia, Italia, los Países Bajos, Portugal y Finlandia) redefinieron el límite. En el año 2000 Portugal estableció como dosis para consumo personal “la cantidad requerida para que un individuo promedio consuma durante un periodo de diez días”.

Otros países de la UE establecen el límite a partir de una cantidad específica de gramos o unidades. En Austria, por ejemplo, el límite de un delito grave (sancionado con prisión) es de 15 gramos de cocaína y 3 gramos de heroína; mientras que se consideran pequeñas cantidades 1,5 gramos de cocaína, 1 gramo de estimulantes del tipo anfetamínico (ATS) y 0,5 gramos de heroína.

En Finlandia, la ley se refiere a 1 gramo de heroína o 1,5 gramos de cocaína, aunque en la práctica el límite mínimo para una sentencia de prisión es de 10 gramos de ATS, 40 pastillas de éxtasis, 4 gramos de cocaína y 2 gramos de heroína³⁰³⁶.

En América del Norte las políticas están también cambiando. En Canadá, las políticas en materia de drogas están evolucionando rápidamente en los últimos años. Una comisión del Senado canadiense propuso la legalización de la marihuana, así como la realización de reformas importantes en la legislación de prevención y represión de las

³⁰³³ Vid. UNITED NATIONS, *Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Done at Vienna on 20 December 1988, New York, 1998, p. 82 (E / CN.7 / 590).

³⁰³⁴ JELSMA.: “El estado actual.....”, *Op. cit.*, sn.

³⁰³⁵ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 89.

³⁰³⁶ *Ibidem*, p. 89.

drogas³⁰³⁷.

Y aunque EEUU sigue siendo reacio a una modificación en profundidad de las políticas actuales, como veremos más adelante, en algunos estados americanos se ha producido una apertura al cambio, al menos respecto al tratamiento del consumo de marihuana.

En noviembre de 2012, en Colorado y Washington, se legalizó mediante votación su venta y uso recreativo, sumándose a los otros dieciocho estados en que su uso para fines medicinales es legal, sometido a regulaciones para reducir daños³⁰³⁸.

2.4. Descriminalización y Despenalización de las drogas en América Latina

Las políticas en América Latina se dividen entre una estrategia que se puede considerar “más blanda”, en consonancia con el modelo europeo, y la continuidad de la “guerra contra las drogas” preconizada por EEUU. Aunque “en América Central, Colombia y México sigue la política de "mano dura" contra la droga y el narcotráfico, poco a poco se extiende en la región la aceptación de un paradigma que da prioridad a la reducción de daños y a políticas integrales para afrontar el consumo y el pequeño tráfico de drogas, a la vez que se considera la regulación del mercado de algunas drogas”³⁰³⁹.

En algunos países de América Latina como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, México y Venezuela empiezan a adoptar o han anunciado políticas de despenalización del consumo y de la tenencia de pequeñas cantidades de drogas para uso personal. Además, crece en los países de la zona andina, con tradiciones remota del uso de coca, la exigencia de respeto a las tradiciones locales y la demanda de usos alternativos³⁰⁴⁰.

Desde 1988, *Bolivia* permite por Ley, el cultivo de coca para mascar o hacer infusiones, en 12.000 hectáreas. Cuota que fue ampliada en 2004. Lo que supere el área debe ser eliminado³⁰⁴¹. Bolivia está tratando de cambiar el régimen legal internacional para la hoja de coca. En marzo de 2009, el Presidente Evo Morales pidió la supresión de los artículos de la Convención Única de 1961 sobre Estupeficientes que prohíben la masticación de la hoja de coca.

La Ley actual prohíbe el uso de drogas y castiga la posesión para uso personal con internamiento y tratamientos forzosos. No obstante, el gobierno boliviano anunció una reforma en la Ley nacional de drogas. A finales del 2010 se comenzó a trabajar en un borrador de propuesta de Ley. El anteproyecto de la nueva ley está en consulta interna

³⁰³⁷ GABIRIA / ZEDILLO, *et al.*: *Op. cit.*, p. 34.

³⁰³⁸ *Ibidem*, p. 23. Vid. *The Economist*. “Tax, and tax again”. 9 de marzo de 2013.

³⁰³⁹ GRATIUS.: *Op. cit.*, p. 13.

³⁰⁴⁰ *Ibidem*, p. 13.

³⁰⁴¹ GABIRIA / ZEDILLO, *et al.*: *Op. cit.*, p. 36.

desde marzo de 2011. Pero hasta el momento no se ha hecho mucho para abrir el debate sobre un ámbito de control de drogas más humano³⁰⁴².

En *Brasil*, la Ley de drogas 11.343 de 23 de agosto de 2006, introdujo un importante cambio en la legislación de drogas en el país al despenalizar el consumo y rechazar las penas privativas de libertad para el consumidor, incluso siendo reincidente. El art. 28 de la Ley prevé medidas alternativas a las penas de prisión. Si bien, la Ley vino a ampliar la diferencia legal entre consumidores y traficantes no delimita de forma estricta quién puede encajar en cada una de estas categorías. También la Ley, abrió el camino para el cultivo de plantas destinadas a uso personal³⁰⁴³.

En *México*, la Ley de abril de 2009 despenalizó el consumo, considerando cantidades destinadas al consumo: 5 gramos de cannabis, 2 gramos de opio, 0,5 gramos de cocaína, 0,05 gramos de heroína, y 0,04 gramos de metanfetaminas o éxtasis.

En *Paraguay*, también se despenalizó la tenencia para consumo personal, estableciéndose una cantidad de 2 gramos para la heroína y cocaína. Si bien, se establecen cantidades como umbral, estas deben acompañarse de pruebas que deben ser utilizadas de manera indicativa, no determinante, en el proceso penal³⁰⁴⁴.

La Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia también avala la descriminalización y la distinción entre consumidores y traficantes, pero no especifica como traducir esto en reformas legislativas.

El riesgo es que se efectúen reformas mínimas como en México, que tiene un valor positivo para desestigmatizar a los drogodependientes y evitar que algunos vayan a prisión, pero puede originar muchos efectos nocivos para los consumidores de sustancias calificadas erróneamente como traficantes.

La norma mexicana también establece umbrales para el narcotráfico menor, precisado por cantidades de hasta mil veces la dosis para consumo personal. Resulta fundamental establecer una diferenciación entre los distribuidores callejeros, de los grandes traficantes.

En Ecuador, en 2008 se adoptó un indulto para las “mulas” (las personas que se encargan de trasladar la droga por fronteras y aeropuertos) a las que se le consideró víctimas de una legislación desproporcionada. Se pusieron en libertad a más de 3000 personas detenidas por la tenencia de una cantidad máxima de dos kilos de cualquier tipo de droga, que no tenían ninguna condena anterior y que habían cumplido un 10% de su pena o un mínimo de un año³⁰⁴⁵.

³⁰⁴² TNI, *Bolivia. Criminalización, Reformas a las leyes de drogas en América Latina*. Se puede consultar en <http://www.druglawreform.info>

³⁰⁴³ TNI, *Brasil. Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil*, Reformas a las leyes..., *Op. cit.*

³⁰⁴⁴ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 91.

³⁰⁴⁵ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

En septiembre de 2008 se aprobó una nueva Constitución para *Ecuador* en la que se establecía sobre los consumidores de sustancias que “en ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales”. Esto ha abierto la puerta para una reforma a la ley de drogas. La ley descriminalizará la tenencia para uso personal y reducirá los niveles de condena para los traficantes de pequeña escala.

El 14 de octubre del 2011 el gobierno del presidente Rafael Correa presentó el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, que tiene por objeto reformar toda la legislación penal incluyendo la Ley de Drogas y sus sentencias³⁰⁴⁶.

El gobierno argentino, tras el fallo Arriola de la Corte Suprema de *Argentina* de 2009, promete, un proyecto de ley para la descriminalización del consumo de drogas. El Ministro de Justicia, Aníbal Fernández declaró que el gobierno busca “una norma moderna, inteligente y que conceda responsabilidades al Poder Judicial para resolver la problemática, a medida que se vaya presentando”.

La presidenta argentina Cristina Fernández de Kirchner criticó a aquellos que “condenan al adicto sin entender el problema personal y social” e insistió que “deben ser punidos los que venden narcóticos, no los que lo consumen”³⁰⁴⁷.

En *Venezuela*, la Ley de 1993 realizó una descriminalización parcial, al sustituir la pena de prisión con “medidas de seguridad social” para la posesión de hasta dos gramos de cocaína y 20 gramos de cannabis. La posesión para consumo personal se castiga con la remisión a tratamiento³⁰⁴⁸.

En *Colombia*, en 1994 la Corte Constitucional despenalizó la tenencia de drogas para uso personal. En julio de 2009 la Corte Suprema de Justicia vino a confirmar la despenalización.

No obstante, el 9 de diciembre de 2009 el Congreso reformó la Constitución prohibiendo la posesión y el consumo de drogas. Imponiendo únicamente sanciones administrativas³⁰⁴⁹.

En 2012, una sentencia de la Corte Suprema de Colombia, aclaró que la dosis mínima para consumo personal seguía despenalizada y que el consumo de drogas seguía considerándose como una actividad amparada en el desarrollo de la personalidad³⁰⁵⁰.

En general, el debate suele centrarse en los delitos vinculados con el consumo,

³⁰⁴⁶ TNI, *Ecuador. Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Ecuador*, Reformas a las leyes..., *Op. cit.*

³⁰⁴⁷ GABIRIA / ZEDILLO, *et al.*: *Op. cit.*, p. 37.

³⁰⁴⁸ TNI, *Venezuela. Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Venezuela*, Reformas a las leyes..., *Op. cit.*

³⁰⁴⁹ JELSMA, M.: *Tendencias en las reformas a las leyes de droga en América Latina*, 2003, p. 4. Se puede consultar en <http://www.tni.org>

³⁰⁵⁰ TNI, *Colombia. Panorama de las leyes, tendencias legislativas, y política de drogas en Colombia*, Reformas..., *Op. cit.*

aunque la crisis penitenciaria derive en gran parte de la ausencia de una mejor distinción del tráfico menor, asociado a la distribución para financiar el consumo personal, y el tráfico en manos del crimen organizado. Esta distinción requiere un nuevo paradigma. Otros países latinoamericanos deberían seguir el ejemplo de Ecuador³⁰⁵¹.

2.5. Descriminalización del cannabis

El cannabis sigue siendo la sustancia ilegal más consumida a nivel mundial, se estima que el consumo mundial es aproximadamente de 200 millones de personas³⁰⁵².

Los consumidores recreativos que desarrollan patrones problemáticos de consumo son muy escasos. La Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia propuso la descriminalización de su tenencia para su consumo³⁰⁵³.

Desde que el cannabis fue introducido en la Convención única de 1961 se viene debatiendo si ésta ha sido una decisión adecuada. El cannabis se incluyó en la Lista I, pero también en la Lista IV, que exige los controles más estrictos al incluir las sustancias “más peligrosas”.

La Convención indica un estricto control para el cannabis, aunque otorga cierta flexibilidad a los Estados para interpretar la necesidad de ese “control”. Los Estados parte pueden además, adoptar otras medidas de control que consideren necesarias, incluso la prohibición absoluta de las sustancias mencionadas en la Lista IV de la citada Convención³⁰⁵⁴.

Muchos plantean que la introducción del cannabis en las listas de la Convención Única fue una equivocación basada en la información médica y científica disponible cuando se redactó el tratado³⁰⁵⁵.

Durante los años 70, la prevalencia en el ámbito internacional de las políticas prohibicionistas respecto al cannabis, motivó la penalización de esta sustancia en la Convención de 1988, en la que se incluyó un precepto dirigido a limitar el margen proporcionado a los Estados por la Convención de 1961. De este modo, se exigió a los Estados firmantes la penalización de la tenencia y el cultivo para consumo personal a no ser que esto fuera contrario a los principios constitucionales y los conceptos básicos del sistema jurídico penal³⁰⁵⁶.

³⁰⁵¹ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 92.

³⁰⁵² Vid. UNODC, *Informe mundial de las drogas 2014*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York, 2014. Se puede consultar en <http://www.unodc.org>

³⁰⁵³ Vid. GABIRIA / ZEDILLO, *et al.*: *Op. cit.*, pp. 31 y ss.

³⁰⁵⁴ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 92.

³⁰⁵⁵ Respecto a las motivaciones de la prohibición del cannabis, Vid. RODRÍGUEZ FLOREZ, MA.: “Desafíos que enfrenta y la propuesta de legalización del cannabis”, *TIPS*, núm. 17, 2013, p. 3. Se puede consultar en <http://www.econ.uchile.cl>

³⁰⁵⁶ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 93.

La Convención de 1988, dentro del ámbito prohibicionista, permitió cierto margen de maniobra. El resultado fue múltiples regímenes de control alternativo establecidos en virtud de las circunstancias y necesidades de cada Estado³⁰⁵⁷.

Como señalaba LEVINE la política prohibicionista tiene cada vez más oponentes, habiéndose abierto un arduo debate público referente a cómo abordar este tema, y formulándose diversos regímenes alternativos³⁰⁵⁸.

En el Informe de la Global Cannabis Commission de la Beckley Foundation se analizan los diversos regímenes alternativos. El Informe identifica tres tipos. El primero - prohibición con advertencia o programa de rehabilitación (despenalización) - que se aplica con algunas variantes en Francia, Australia, Canadá, Gran Bretaña, Brasil y algunas ciudades y Estados de EEUU.

El segundo - prohibición con penas civiles (descriminalización) - que se aplica en Bélgica, Italia, la República Checa, Portugal, Dinamarca y Australia. El tercero - prohibición parcial (incluida la legalización de *facto*, por ejemplo la prohibición con “principio de conveniencia” y la legalización de *iure*) - se encuentra presente en los Países Bajos, Alemania, Austria, España, varios Estados de EEUU, Colombia, Suiza y la India³⁰⁵⁹.

El cuarto tipo, uso del cannabis bajo control médico, constituye un caso especial, siendo aplicado especialmente en América del Norte y en algunos países de Europa. La prohibición inicial de esta sustancia se basaba en que no tenía ningún uso médico aceptado.

Sin embargo, según recientes investigaciones científicas señalan que el uso del cannabis produce beneficios médicos, como la reducción de las náuseas causadas por la quimioterapia, la inducción del apetito en enfermos con sida y la reducción de la presión intraocular causada por el glaucoma.

Es importante destacar, que la interpretación de la expresión “fines médicos” no tiene el mismo significado en todo momento, su interpretación depende de la etapa en que se encuentre la ciencia médica³⁰⁶⁰.

El Informe de la Global Cannabis Commission concluye que “no hubo un aumento importante de consumo de cannabis en países donde se mantiene la ilegalidad de *iure* del cannabis pero que implementaron reformas que, en el ámbito nacional o subnacional, redujeron las penas de las sanciones civiles o administrativas”. Además, a partir de una serie de estudios efectuados, el informe sostiene que “si la ilegalidad del

³⁰⁵⁷ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 94.

³⁰⁵⁸ LEVINE, HG.: “The Secret of Worldwide Drug Prohibition The Varieties and Uses of Drug Prohibition.”, *The Independent Review*, v.VII, número 2, 2002, pp. 165 y ss. Se puede consultar en <http://www.independent.org>

³⁰⁵⁹ TNI, *Cannabis Policy: Moving Beyond Stalemate*, Global Cannabis Commission de la Beckley Foundation, 2008. Se puede consultar en <http://www.undrug.control.info>

³⁰⁶⁰ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p. 94.

cannabis se mantiene, las leyes y las sanciones tendrán como mucho un impacto relativamente modesto sobre los índices de consumo del cannabis³⁰⁶¹. Es decir, las políticas prohibicionistas no reducen sustancialmente el consumo. Las tendencias al consumo parecen que vienen determinadas más por factores económicos, culturales y sociales que por las leyes antidrogas³⁰⁶².

Los niveles del consumo del cannabis han puesto entredicho la efectividad de la política prohibicionista³⁰⁶³. Lo que ha originado no sólo que el debate en torno a la legalización del cannabis adquiera cada vez más fuerza, sino que se lleven a cabo importantes iniciativas.

Los ex presidentes Vicente Fox (México), César Gaviria (Colombia) y Fernando Henrique Cardoso (Brasil) han aprovechado las iniciativas de legalización de la marihuana en California³⁰⁶⁴, así como el incremento de la violencia en México por la guerra entre cárteles, para pronunciarse sobre la necesidad de modificar la política sobre drogas, proponiendo la legalización del consumo de la marihuana como medida inicial.

Existe una predisposición a debatir la opción de legalizar la marihuana, tal ha sido el caso del presidente de Colombia Juan Manuel Santos, quién afirmó que “siempre y cuando contribuya a reducir la violencia y el crimen, él podría acompañar dicha opción ya que no está en contra de ninguna fórmula que sea efectiva” (Febrero de 2011). José Herrera Delgado, presidente de la Gran Comisión del Congreso del Estado en México, considera que no es irrazonable promover la legalización si contribuye a reducir la violencia, por lo que considera que merece al menos la pena debatir la idea.

Con la Ley 19.172, promulgada por el presidente José Mujica el 20 de diciembre de 2013, Uruguay se ha convertido en el primer país del mundo en legalizar y regular el cannabis. El 2 de mayo de 2014, el gobierno de Uruguay dio a conocer el Reglamento de la Ley de marihuana que permitirá la creación del primer mercado de cannabis totalmente regulado a nivel mundial³⁰⁶⁵.

La legalización del cannabis para uso recreativo en dos estados de EEUU, y la regulación del mercado de cannabis en Uruguay, ha originado la instauración de debate serio sobre la legalización del cannabis en la ciudad de México en 2013³⁰⁶⁶.

En Colombia, en agosto de 2014, el Senador Juan Manuel Galán presentó en el Congreso el Proyecto de Ley 27 de 2014 cuya finalidad es regular el cannabis con fines terapéuticos. Propuesta que fue aprobada por el Senado en noviembre³⁰⁶⁷.

³⁰⁶¹ TNI, *Cannabis Policy...*, *Op. cit.*

³⁰⁶² BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, pp. 94 y 95.

³⁰⁶³ RODRÍGUEZ FLOREZ.: *Op.cit.*, p. 4.

³⁰⁶⁴ A pesar de que es permitida con fines terapéuticos, en noviembre de 2010 se rechazó por votación su completa legalización.

³⁰⁶⁵ TNI, *Uruguay. Panorama de las leyes y políticas de las drogas en Uruguay*, Reformas a las leyes de drogas en América Latina. Se puede consultar en <http://www.druglawreform.info>

³⁰⁶⁶ TNI, *México. Panorama de las leyes y políticas de las drogas en México...*, *Op. cit.*

³⁰⁶⁷ TNI, *Colombia...*, *Op. cit.*

Chile es otro de los países latinoamericanos que está impulsando reformas en sus Leyes de drogas. Entre las propuestas de reforma presentadas por el gobierno, cabe señalar la necesidad de reevaluar la posición del cannabis en la Lista 1, y entre otras medidas, reglamentar las cantidades para consumo. En octubre de 2014, Chile empieza a plantar cannabis con fines medicinales. En noviembre de 2014, la Comisión de Salud del Congreso en Chile, acordó mediante votación unánime, la presentación de un proyecto de ley ante la cámara, para legalizar el autocultivo del cannabis³⁰⁶⁸.

En Paraguay, en noviembre de 2014 el diputado Víctor Ríos presentó en la Cámara Baja un Proyecto de Ley para legalizar la marihuana³⁰⁶⁹.

2.6. Clubes sociales de cannabis en España

La misma flexibilidad que prevé el régimen de tratados para la posesión para uso personal es aplicable al cultivo, ya que las convenciones no realizan ninguna diferenciación entre “posesión” o “cultivo” para uso personal³⁰⁷⁰. En España esta flexibilidad ha derivado en los *clubes sociales de cannabis* en los que se cultiva cannabis para uso personal de forma colectiva³⁰⁷¹.

Este modelo cooperativo se basa jurídicamente en la descriminalización del cultivo para uso personal y se inició en los años 90 mediante iniciativas base, aprovechando un vacío en la legislación nacional y la jurisprudencia de los tribunales. En el 2001, se constituyó legalmente el primer club - el Club de Catadores de Cannabis en Barcelona - seguido de centenares en diversas zonas del país, especialmente en el País Vasco y Cataluña³⁰⁷².

No obstante, la despenalización no conllevó una regulación clara de la producción y tenencia destinadas al consumo personal. Existen directrices de la fiscalía en torno a la cantidad mínima de cannabis, cuya tenencia no constituye delito por sí sola. Respecto al cultivo para uso personal no existe ni esa mínima regulación lo que origina actuaciones totalmente diversas dependiendo de la zona, incluso de la condición personal e ideológica de los Policías o Jueces implicados. Lo que provoca una gran inseguridad jurídica, dando lugar a numerosas redadas policiales en pequeños cultivos que terminan en archivo o absolución de la causa³⁰⁷³.

A falta de una regulación clara, las asociaciones han tenido que improvisar soluciones para normalizar sus actividades. Las más importantes se reunieron en 2003 en la

³⁰⁶⁸ TNI, Chile. *Panorama de las leyes y políticas de las drogas en Chile...*, Op.cit.

³⁰⁶⁹ TNI, Paraguay. *Panorama de las leyes de drogas y tendencias legislativas en Paraguay...*, Op. cit.

³⁰⁷⁰ BEWLEY - TAYLOR, D / BLICKMAN, T et al.: *Auge y caída de la prohibición del cannabis. La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma*, TNI, Ámsterdam, 2014, p. 47.

³⁰⁷¹ BARRIUSO, A ‘Los Clubes Sociales de Cannabis en España: Una alternativa normalizadora en marcha’, *Serie reforma legislativa en materia de drogas del TNI*, núm. 9, 2011, p.1. Se puede consultar en <http://www.undrugcontrol.info>

³⁰⁷² BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN et al.: *Op. cit.*, p. 47.

³⁰⁷³ BARRIUSO ALONSO.: ‘Los Clubes...’, *Op. cit.*, p. 2.

Federación de Asociaciones Cannábicas (FAC), que en 2011 agrupaba 21 colectivos. La Federación ha venido desarrollando en los últimos años un modelo legal y de gestión, conocido como Clubes Sociales de Cannabis, con el que se pretende encajar en la legalidad vigente a unos grupos que crecen día a día, en cuanto a complejidad y número de miembros³⁰⁷⁴.

Las condiciones legales que han de reunir estos clubes son que “la distribución no tenga ánimo de lucro y se limite exclusivamente a un grupo cerrado de miembros adultos, que están registrados en el club y tienen derecho a su parte de la cosecha en función de sus necesidades personales”³⁰⁷⁵.

Una vez fundado un Club Social deberá inscribirse en el registro de asociaciones. Después, los socios que lo deseen aprueban un acuerdo colectivo de cultivo. El club alquila o compra terrenos para el cultivo, inmuebles, equipos y todo lo preciso para cultivar y distribuir³⁰⁷⁶.

El reparto se lleva a cabo en cantidades pequeñas para un consumo más o menos inmediato. La mayoría de los Clubes Sociales disponen de un espacio de consumo para los socios, aunque también se les permiten que retiren bajo su responsabilidad, pequeñas cantidades para su consumo en los próximos días, evitando tener que acudir a diario³⁰⁷⁷. Se establece como límite máximo de consumo 2 0 3 gramos por día, salvo en el caso de socios que por causas médicas precisen dosis mayores.

Uno de los principales objetivos de los clubes de cannabis es lograr el reconocimiento político y jurídico de las autoridades. En los Parlamentos regionales del País Vasco y Cataluña se están debatiendo una forma de regulación jurídica dentro del contexto de la legislación nacional y el rechazo del actual modelo de clubes por parte de la Fiscalía Antidroga del gobierno central³⁰⁷⁸.

Recientemente ha aparecido un tipo de club más comercial, especialmente en Barcelona. Se trata de establecimientos que funcionan como un *coffeeshop* holandés, pero con una política de servicios exclusiva para socios. Estos clubes se están expansionando rápidamente debido a las oportunidades que los empresarios del sector del cannabis ven en una futura industria regulada³⁰⁷⁹.

Este modelo español está siendo copiado por activistas en diversos países europeos, especialmente en Bélgica, Reino Unido e incluso Francia. En América Latina han

³⁰⁷⁴ BARRIUSO ALONSO.: “Los Clubes...”, *Op. cit.*, p. 2.

³⁰⁷⁵ BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN *et al.*: *Op. cit.*, p. 47.

³⁰⁷⁶ *Ibidem*, p. 4.

³⁰⁷⁷ BARRIUSO ALONSO.: “Los Clubes...”, *Op. cit.*, p. 4

³⁰⁷⁸ BARRIUSO ALONSO, M.: *El cannabis llega al parlamento: El debate sobre la regulación de los clubes sociales de cannabis en el País Vasco*, weblog del TNI, 26 de junio de 2012: Se puede consultar en <http://www.druglawreform.info/es/weblog/>. El procedimiento se suspendió por la celebración de las elecciones regionales, reanudándose en septiembre de 2012. Para el caso de Cataluña, Vid. SUBIRANA, J.: “Cataluña quiere regular los clubes de cannabis”, *El Diario*, 24 de septiembre de 2013. Se puede consultar en <http://www.eldiario.es/catalunya/>

³⁰⁷⁹ BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN *et al.*: *Op. cit.*, p. 49.

aparecido clubes informales en Argentina, Colombia y Chile, adaptándose en cada caso a las leyes locales, condiciones y sentencias judiciales que evidencian una descriminalización de facto o situaciones que evidencian la tolerancia de las autoridades. En Uruguay, la nueva ley de regulación del cannabis del 2013, permite el funcionamiento de clubes de entre 15 y 45 socios.

Con el convencimiento de que se adapta a los tratados de control de drogas de la ONU, el sistema de los clubes ha ido ganando popularidad entre los legisladores en México, y en varios países europeos, como Portugal y Alemania. Tras haber adquirido legitimidad en varios países, el modelo forma parte del debate internacional sobre la reforma de la política de drogas³⁰⁸⁰.

2.7. El caso de Holanda

Aunque tras los últimos acontecimientos ocurridos en España, en dos Estados de EEUU, y en Uruguay, los Países Bajos ya no se sitúan a la vanguardia de la tolerancia respecto al cannabis, durante los años 70 fue el primer país - y durante mucho tiempo, el único país - en permitir la venta limitada al detalle de cannabis para usos recreativos a través de los *coffee shops*³⁰⁸¹.

Según la legislación vigente, la tenencia de cannabis (no el consumo) sigue siendo un delito tipificado. Esto implica que el gobierno se ajusta a lo dispuesto por las Convenciones de la ONU³⁰⁸².

No obstante, la JIFE lleva años afirmando que el sistema de los *coffee shops* holandeses funciona contraviniendo los tratados de control de drogas³⁰⁸³.

Autoridades y abogados de los Países Bajos sostienen que su Ley y estrategia para aplicarla no vulnera los tratados. Las disposiciones de la Convención de 1961 y de 1988 que exigen la criminalización del cultivo, la posesión y el comercio del cannabis para fines no médicos se recogen en la legislación interna del país con la Ley del opio. La “clausula de escape” que aparece en texto de 1988 que permite a los Estados aplicar los principios constitucionales y los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, en el caso de la posesión, la adquisición y el cultivo para consumo personal también se resaltó en una reserva presentada por los Países Bajos al firmar el tratado³⁰⁸⁴.

En realidad, la política holandesa es “una descriminalización de facto de la tenencia, la compra y la venta de cantidades para el consumo personal de cannabis, aunque de

³⁰⁸⁰ BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN *et al.*: *Op. cit.*, p. 49.

³⁰⁸¹ *Ibidem*, p. 50.

³⁰⁸² BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p.95.

³⁰⁸³ IDPC, ‘The International Narcotics Control Board : Current Tensions and Options for Reform’, *Briefing Paper*, number 7, Consorcio Internacional de política sobre drogas, IDPC,2008, p.11.

³⁰⁸⁴ BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN, *et al.*: *Op. cit.*, p. 50.

iure estas actividades no estén permitidas”. También se permite el cultivo de hasta cinco plantas por persona para consumo personal³⁰⁸⁵.

El gobierno holandés utiliza el “principio de conveniencia y ha emitido directrices sobre el uso de poderes discrecionales para asignar la mínima prioridad judicial a la investigación y el procesamiento judicial por los casos de cannabis para consumo personal”³⁰⁸⁶. Estas directrices determinan además, los criterios aplicables a la venta de cannabis en los *coffee shops* autorizados, en los que se permite vender hasta 5 gramos de cannabis por transacción y se pueden almacenar hasta 500 gramos de la sustancia³⁰⁸⁷.

Lo esencial es que los Países Bajos pasaron de la “tolerancia cero” a la legalización de *facto*, al menos en la “puerta principal”, es decir, los cafés en los que se vende cannabis.

Los problemas continúan en la “puerta de atrás”: Los propietarios de los cafés deben comprar el cannabis en un mercado que continúa siendo ilegal y está sujeto a la aplicación de las leyes. Los proveedores todavía pueden ser procesados por transportar cannabis a los cafés y es posible detener a los propietarios de los establecimientos por adquirirlo, a pesar de que tienen permitido venderlo³⁰⁸⁸.

En el 2000 el parlamento votó una Ley para regular la “puerta de atrás” mediante la autorización del cultivo de cannabis en un sistema cerrado; es decir, descriminalizó la producción de cannabis que se vende en los *coffee shops*. No obstante, el gobierno se negó a aprobar la legislación argumentando la problemática de la misma y la fuerte oposición internacional que enfrentaría.

En 2005, surgió una nueva iniciativa para reglamentar el abastecimiento de cannabis en los *coffee shops*. Iniciativa que fracasó, al considerarse que vulneraba las convenciones de ONU y la legislación de la UE³⁰⁸⁹

El problema continúa. En 2008, en una “cumbre del cannabis” los alcaldes de 30 municipios holandeses volvieron a pedir un “plan piloto supervisado” para evaluar si la existencia de cultivadores con licencia podría disminuir los delitos derivados del suministro de cannabis a los *coffee shops*. En el periodo 2009- 2010 se llevó a cabo una revisión de la política en materia de drogas, incluido el futuro de los *coffee shops*³⁰⁹⁰. En el 2011 el gobierno holandés propuso nuevas restricciones para los *coffee shops*³⁰⁹¹.

³⁰⁸⁵ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p.95.

³⁰⁸⁶ BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN *et al.*: *Op. cit.*, p. 50.

³⁰⁸⁷ GRUND, JP / BREEKSEMA, J.: *Coffee Shops and Compromise: Separated Illicit Drug Markets in the Netherlands*, Open Society Foundations, Nueva York, 2013. Se puede consultar en <http://www.opensocietyfoundations.org>.

³⁰⁸⁸ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p.97.

³⁰⁸⁹ *Ibidem*, p.98.

³⁰⁹⁰ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, p.98.

³⁰⁹¹ Sobre las restricciones y propuestas del gobierno respecto al futuro de los *coffeeshops* Vid. ROLLES, S.: “La Política de cannabis en los Países Bajos: hacía delante, no hacía atrás”, *Transform Getting drugs under control*, 2014, pp. 2 y ss. Se puede consultar en <http://www.mucd.org.mx>

El apoyo público a los *coffee shops* ha ido aumentando desde su existencia. En la encuesta más reciente, efectuada en diciembre de 2013, revela que a la mayoría de la población holandesa le gustaría ir más allá, así un 65% se muestran partidarios de legalizar el cannabis como en el caso de Uruguay³⁰⁹².

La preocupación del sistema de los *coffee shops* sigue siendo la “puerta de atrás”. Más recientemente, se ha centrado la atención en otros modelos internacionales como los clubes cannábicos en España o la regulación legal de cannabis en Uruguay y en dos estados de EEUU³⁰⁹³.

La mayoría de los partidarios de los dos partidos políticos que constituyen el gobierno de coalición en los Países Bajos están a favor de la regulación del suministro de cannabis, y el partido Demócrata que constituye actualmente la oposición, está preparando un proyecto de ley en esta dirección.

Por tanto, tanto el apoyo popular como político apuntan a la continuidad de la postura históricamente progresista del cannabis³⁰⁹⁴.

2.8. EEUU. Las iniciativas de Colorado y Washington

En Estados Unidos, cuna de la prohibición, las políticas en torno al cannabis son diversas. Existe una curiosa dicotomía. Mientras que en el ámbito federal prevalece la política prohibicionista sujeta a cumplimiento estricto, en el ámbito estatal y local existe una amplia diversidad. Lo que demuestra que, mientras EEUU exportaba su política prohibicionista al resto del mundo, no conseguían imponerla internamente.

En 1973 Oregón se convirtió en el primer estado en descriminalizar el cannabis. Posteriormente un número significativo de estados descriminalizaron el cannabis, con diversas variantes (en algunos estados se descriminalizó la tenencia o el consumo del cannabis, y en otros se permitió su uso con finalidad terapéutica)³⁰⁹⁵.

Los activistas proreforma en EEUU han recurrido en múltiples ocasiones, desde 1972, a las iniciativas de voto popular para cambiar el estatus del cannabis, pero hasta 2012 no han tenido éxito.

En noviembre 2012, los estados de Colorado y Washington legalizaron la producción, venta y uso del cannabis para fines recreativos, no sólo medicinales³⁰⁹⁶.

³⁰⁹² ROLLES.: *Op. cit.*, p. 3.

³⁰⁹³ ROLLES, S / MURKIN, G.: *How to Regulate Cannabis: A Practical Guide, Transform Drug Policy Foundation*, 2013, pp. 62 a 65. Se puede consultar en <http://www.tdpf.org.uk/resources>

³⁰⁹⁴ ROLLES.: *Op. cit.*, p. 4.

³⁰⁹⁵ BLICKMAN / JELSMA.: *Op. cit.*, pp. 98 a 100.

³⁰⁹⁶ CAULKINS, JP.: “Efectos de la Prohibición. Aplicación de la Ley y la Interdicción sobre el Consumo de drogas” en *Acabando la guerra contra las drogas*, Ideas, 2014, p. 21 Se puede consultar en <http://www.lse.ac.uk/IDEAS>

Las iniciativas de Colorado y Washington, junto a la de Uruguay son las primeras iniciativas para legalizar el mercado del cannabis, yendo más allá de los *coffees shops* de los Países Bajos y los clubes de cannabis de España que son tolerados por directrices y sentencias judiciales, pero no están consagrados en la legislación³⁰⁹⁷.

En Colorado y Washington, los motivos que llevaron al sí de los votantes para crear una industria de cannabis fueron “acabar con los arrestos, socavar el mercado negro y reducir la violencia, garantizar la calidad del producto, incrementar las opciones para quienes buscan un estado de embriaguez, y limitar el acceso a los jóvenes”³⁰⁹⁸.

También fue un factor determinante la previsión de que las iniciativas generarían importantes ingresos mediante la implantación de impuestos, y un gran ahorro de los fondos estatales destinados a la aplicación de la ley³⁰⁹⁹.

En 2013, 11 estados de los Estados Unidos presentaron proyectos legislativos para regular y gravar la marihuana³¹⁰⁰. Muchos de estos están temporalmente paralizados, pero se esperan nuevos referendos en California y Oregón, coincidiendo con las elecciones al Congreso del 2014 o las elecciones presidenciales de 2016. La decisión final depende en gran parte, de razones estratégicas, ya que la demografía del electorado varía³¹⁰¹.

Los resultados de las iniciativas populares y los modelos anunciados en el 2013 contravienen la Ley federal, en concreto, la Ley de Sustancias Fiscalizadas de 1970 que establece la prohibición federal y los compromisos adquiridos por Washington D.C en virtud del derecho internacional.

Sin embargo, la mayorías obtenidas en los referendos y el giro de la opinión pública que revelan las encuestas, están enviando una clara señal a los legisladores estadounidenses de que las medidas represivas contra el cannabis son cada vez menos populares³¹⁰².

Una encuesta de 2013 reveló por primera vez, que una mayoría del 58% de los estadounidenses de todo el país, estaba a favor de legalizar y regular la marihuana³¹⁰³.

Consciente de los cambios de a opinión pública frente al uso recreativo de cannabis, el 29 de agosto de 2013, el Departamento de justicia del gobierno de Obama emitió un memorando dirigido a los fiscales federales, en el que anunciaba su intención de no

³⁰⁹⁷ BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN, *et al.*: *Op. cit.*, p. 52.

³⁰⁹⁸ *Ibidem*, p. 52.

³⁰⁹⁹ CRICK, E / BEWLEY - TAYLOR, D *et al.*: ‘Legally regulated cannabis markets in the US: Implications and possibilities’, *Global Drug Policy Observatory Policy Report*, Nr. 1, Swansea University, 2013, p. 4. Se puede consultar en <http://www.swansea.ac.uk>

³¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 6.

³¹⁰¹ BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN.: *Op. cit.*, p. 53.

³¹⁰² *Ibidem*, p. 53.

³¹⁰³ SWIFT, A.: *For First Time, Americans Favor Legalizing Marijuana*, Gallup, 2013. Se puede consultar en <http://www.gallup.com>

impugnar ni socavar las iniciativas aprobadas en Colorado y Washington, al mismo tiempo que reiteraba su compromiso de mantener la Leyes federales que prohíben el cannabis.

Las iniciativas incrementaron la presión sobre el gobierno federal para encontrar una solución al conflicto estatal - federal originado por la legalización de mercados de marihuana. La cuestión está lejos de resolverse³¹⁰⁴.

³¹⁰⁴ BEWLEY - TAYLOR / BLICKMAN.: *Op. cit.*, p. 54.

CONCLUSIONES

1.

El uso de las drogas es tan antiguo como la humanidad. Su utilización se remonta a los orígenes de la humanidad, para uso ritual, mágico, medicinal, o social, aunque ha ido sufriendo diversas transformaciones, dependiendo del momento histórico, lugar, y del contexto étnico, religioso, cultural o político.

Si bien, las drogas están presentes desde hace tiempo en todas las civilizaciones, no se reconocen como problema hasta fechas relativamente recientes. Se empieza a combatir a nivel mundial el consumo masivo y abusivo, a raíz de la celebración de las primeras Convenciones y Tratados Internacionales sobre drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Actualmente, el consumo y tráfico de drogas son problemas reconocidos a nivel mundial. En cuanto que, ocasionan adicción y graves perjuicios en la salud de las personas, y además, incide en el adicto impulsándole a cometer otros delitos, bien para obtener la droga, bien a consecuencia de su consumo. Constituye un elemento poderoso de destrucción del orden social.

El consumo y tráfico de drogas son problemas a los que se enfrentan todos los Estados, siendo diversas las opciones propuestas para combatirlos. No obstante, la mayoría de las naciones de la comunidad internacional han optado por una solución prohibicionista. Y entre ellas, España. De este modo, nuestro Código Penal ha venido castigando las conductas de tráfico de drogas, de forma paralela a la celebración de Convenios de Naciones Unidas sobre la materia.

El legislador penal español, dada la gran expansión que ha adquirido el consumo y tráfico ilegal de drogas, ha ido adaptando el Código Penal con diversas modificaciones, de acuerdo con la dimensión que el problema de la droga ha adquirido en cada momento histórico. No obstante, la pretensión del legislador de dar respuesta a este problema no ha alcanzado hasta la fecha, el resultado deseado.

El delito de tráfico de drogas, dentro de los delitos contra la salud pública, es uno de los más perjudiciales para la sociedad, ello justifica que se castigue más severamente. La vinculación existente entre el tráfico de drogas y las organizaciones criminales, origina un endurecimiento del sistema jurídico - penal. De ahí, que junto al tipo básico del 368 CP, se prevé la posibilidad de incrementar la pena, a través de los tipos agravados del 369 y 370, ambos del CP.

La redacción actual del tipo básico (art. 368 CP) al incluir la expresión “de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de las drogas” es criticable

por su formulación excesivamente amplia en cuanto que implica una vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, y dificulta un grado de ejecución distinto a la consumación, y una forma de participación diferente a la autoría, equiparando comportamientos que no pueden ser considerados equivalentes.

Si bien, la pretensión político - criminal encubierta del legislador ha sido el empeño de incluir en el tipo cualquier aportación, por mínima que fuera, al consumo.

Del mismo modo, la fórmula empleada pretende ser omnicomprensiva con el fin de abarcar todos los actos integrantes del “ciclo” económico de la droga.

Asimismo, como pone de manifiesto gran parte de la doctrina actual, resulta criticable que el legislador en la redacción actual del art. 368 no establece una definición de los objetos materiales del delito tipificado en el Código Penal, y no específica que sustancias deben considerarse drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Lo único que establece el legislador es un criterio para incriminar el tráfico de una determinada sustancia: el que cause un grave daño a la salud, es decir, su nocividad.

No obstante, este criterio es insuficiente para determinar qué sustancia puede considerarse como droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica.

Además, la expresión “en los demás casos” prevista en el párrafo primero del art. 368 es incorrecta, porque permitiría incluir en el término todo tipo de sustancias (incluso las que no son nocivas para la salud), cuando la pretensión del legislador ha sido incluir las que originan un daño menor para la salud.

Es de destacar, sin embargo, el acierto de la reforma al introducir el segundo párrafo del art. 368 del CP, en cuanto supone la incorporación de una cláusula flexible que permite atenuar la severidad con la que eran castigados hasta su entrada en vigor, los supuestos de tráfico de drogas de menor relevancia y entidad.

La introducción de este tipo atenuado responde a la necesidad de impulsar la vigencia del principio de proporcionalidad de las penas que debe regir la aplicación de la ley, y de permitir a los Jueces y Tribunales dar una respuesta más adecuada con el principio de culpabilidad.

Por otro lado, la supresión efectuada por la reforma en el CP de la circunstancia 2ª del art. 369 no implica que la pertenencia a organización delictiva haya dejado de tener transcendencia para agravar el delito, obedece únicamente a razones de sistemática, al regularse de forma individualizada en el nuevo art. 369 bis. Resulta justificado el traslado a otro precepto de la agravante de organización en el que se fijan sanciones específicas a las mismas, sus jefes, encargados o administradores, así como a los meros integrantes de las mismas.

La supresión del apartado 2, en el que se sancionaba hasta ahora la responsabilidad de

las personas jurídicas cuando se llevara a cabo las conductas del art. 368 a través de otras actividades organizadas, o su ejecución se viera facilitada por la comisión del delito de tráfico de drogas, o por la realización de éste en establecimiento abierto al público, se debe al hecho de haberse tipificado específicamente la responsabilidad de aquéllas en el artículo siguiente, de conformidad con lo establecido en los nuevos arts. 31 bis y 66 bis.

No se comprende, en cambio, por parte de la doctrina, la eliminación de la agravante del apartado 1, de la circunstancia 10ª del art. 369 del CP relativa a que “el culpable introdujera o sacara ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas”, no habiendo efectuado el legislador referencia alguna de esta modificación en la Exposición de Motivos. Consideran que esta agravante resulta justificada, en cuanto que pone de manifiesto una mayor capacidad de difusión de la droga por parte del infractor, implicando consecuentemente un incremento del riesgo efectivo y del potencial daño a la salud. No existiendo ninguna razón para su supresión.

No obstante, debe entenderse que la pretensión del legislador ha sido adoptar la doctrina jurisprudencial que aprecia la absorción del delito de contrabando por el delito de tráfico ilegal de drogas al existir un concurso de normas que debe resolverse en virtud de lo previsto en el regla 3ª del art. 8 del CP.

Por otro lado, se ha perdido la oportunidad de eliminar el subtipo agravado relativo a “la exhibición o utilización de armas para la comisión del delito” previsto en la circunstancia 5ª del art. 369.1 CP.

Es evidente que la concurrencia de las circunstancias descritas en esta agravante, ajenas totalmente al ámbito del bien jurídico protegido, no conllevan un incremento de la puesta en peligro de la salud pública, afectando a otros ámbitos del comportamiento humano, principalmente restrictivos de la libertad de las personas o de su indemnidad psíquica y física, que se hubieran corregido más adecuadamente con la apreciación de supuestos concursales reales, conforme a lo previsto en el art.73 CP.

De igual forma, persiste tras la reforma la defectuosa redacción de la circunstancia 1ª del art. 369.1 del CP relativa a la especial cualificación del sujeto activo de la infracción: “el culpable fuera autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”.

Como se desprende de su tenor literal, se siguen observando los mismos defectos atribuidos a su redacción anterior, al adolecer como todas las normas exhaustivas de lagunas. De este modo, se han dejado de incorporar otras profesiones que por sus posibilidades de acceso a la droga pudieran tener mayor facilidad para la realización del delito, y para garantizar su impunidad.

En consecuencia, hubiera sido preferible la incorporación de una clausula residual como la de “o cualquier persona que por su profesión u oficio, tenga mayor facilidad de acceso a las drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas” u otra similar que

permitiera la aplicación de la agravación a quienes ostentaren una situación de poder y supremacía análoga a las anteriormente relacionadas.

Por otra parte, la especial transcendencia del crimen organizado en el delito de tráfico ilegal de drogas ha determinado que la LO 5 / 2010, de 22 de junio ha venido a regular la pertenencia a organización delictiva de forma individualizada, configurándose como un subtipo agravado en el nuevo art. 369 bis del Código Penal. Este precepto además de incriminar definitivamente a la persona jurídica como sujeto de la infracción en los delitos de tráfico de drogas, impone al autor penas más severas cuando la perpetración de los hechos contemplados en el art. 368 se haya llevado a cabo a través de una organización.

No obstante, la redacción del art. 369 bis en esta cuestión adolece de cierta vaguedad o, cuanto menos, de una manifiesta discrepancia con lo establecido respecto al resto de las sanciones previstas para las demás conductas vinculadas con el tráfico de drogas. La rigidez empleada para los supuestos organizativos, parece olvidar la prioridad del capítulo en el que se sitúa el precepto, como es la tutela del bien jurídico protegido: la salud pública; primando, sin embargo, sobre ella otras razones político - criminales del legislador, especialmente, la incriminación de las personas jurídicas como sujeto activo de la infracción.

De este modo, siendo proporcionada la elevación de la sanción establecida por la LO 5 / 2010 (de nueve a doce años de prisión) respecto a la pena privativa de libertad prevista para quienes hayan realizado los hechos del art. 368 a través de una organización, en el supuesto de sustancias y productos que causen grave daño a la salud, sancionándose con mayor dureza que el resto de las agravaciones de primer grado del art. 369, sancionadas con la pena superior en grado (de seis a nueve años); sin embargo, puede considerarse desmesurado e injustificado el incremento de aquélla en el caso de tratarse de los jefes, encargados o administradores de la organización, al poderse llegar, con la elevación preceptiva en grado hasta los dieciocho años de prisión.

Como consecuencia de ello, podría imponerse en los supuestos mencionados por el tráfico de cualquier cantidad de droga una pena superior incluso a la prevista para quienes, individualmente o en connivencia con otro u otros, realicen actuaciones de gran envergadura como las previstas en el art. 370, castigadas, cuando se trata de drogas que causan grave daño, con un máximo de trece años y seis meses, las cuales, en caso de las que no lo causen, no podrán sobrepasar los seis años y nueve meses (penas superiores en dos grados a la previstas en el art. 368)

El legislador debería haber sido más preciso en esta cuestión, atenuando el incremento de las sanciones previstas para los jefes, administradores y encargados de las organizaciones, o alternativamente, equiparando las sanciones a las previstas como máximo para los delitos contemplados en el art. 370 (trece años y seis meses de prisión y seis años y nueve meses respectivamente).

Respecto al art. 370 del CP, la reforma del 2010 ha introducido escasas alteraciones

como la referencia hecha en el ordinal 2º limitada a “los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del art. 369 del CP”, excluyéndose, por tanto, los de las organizaciones del art. 369 bis del CP, castigados en este artículo de forma preceptiva con la pena superior en grado a las señaladas para los meros integrantes en el párrafo primero, mientras que aquí se amplía considerablemente la discrecionalidad judicial, al quedar al arbitrio del Tribunal la aplicación de la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368.

No se comprende por qué se ha perdido de nuevo la oportunidad de subsanar los defectos de los que adolece el precepto tras su incorporación por la ley 15 / 2003, de 25 de noviembre.

Es de destacar, en este particular, que el legislador ha optado por mantener en la agravación de extrema gravedad prevista en el párrafo segundo del ordinal 3º, la indefinición de la cantidad de droga que por sí sola, sea suficiente, cuantitativamente, para la apreciación de la agravante prevista en el tipo; con la única alusión a que ésta “excediera notablemente de la considerada como de notoria importancia” o que disyuntivamente se hubiera utilizado “buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico”, o se haya llevado a cabo las conductas indicadas “simulando operaciones de comercio internacional entre empresas” o se trate de “redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades”, o cuando concurrieran “tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1”.

Por tanto, deberá acudir a la Jurisprudencia para paliar la indeterminación de esta cuestión, en tanto no se corrija el mencionado defecto en una futura reforma.

Por otra parte, cabe subrayar, como la reforma del 2010, ante los problemas interpretativos que presentaba el concepto de “buque”, especialmente por la posición restrictiva que venía manteniendo la Jurisprudencia, ha incorporado junto al mismo, el uso de “embarcaciones” con la finalidad de ampliar aquél a otros medios similares de transporte utilizados habitualmente en este tipo de operaciones.

Finalmente, una de las principales reformas incorporadas por la LO 1 / 2015, de 31 de marzo, en la materia que nos ocupa, es la revisión técnica de la regulación del comiso. A pesar de la ambiciosa revisión de esta cuestión, adolece de problemas prácticos. Problemas que pueden surgir especialmente por dos circunstancias.

En primer lugar, por el traslado automático de dos preceptos del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECr de 2014 (los actuales arts. 127 quinquies y 127 sexies) a la reforma del comiso que aún estaba siendo tramitada en vía parlamentaria lo que ha originado la introducción en el ordenamiento penal de dos regulaciones en paralelo del comiso ampliado, cuya aplicación práctica es imposible concordar.

En segundo lugar, la extralimitación de lo dispuesto en la Directiva 2014 / 42 / UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito de la Unión Europea, a pesar de que el Preámbulo de la reforma del 2015 señala que el objetivo de la nueva regulación del comiso, es la transposición de esta Directiva.

De este modo, la reforma penal extiende el ámbito de aplicación del comiso tanto a individuos no condenados como a bienes que pueden tener un origen lícito, en virtud de una serie de presunciones incompatibles con las garantías jurídicas penales. En consecuencia, la reforma penal del comiso, es criticable no sólo por la vulneración del principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica, sino por las contradicciones y errores técnicos que contiene el texto legal.

2.

El crimen organizado, especialmente en el marco del narcotráfico y el terrorismo, no es un fenómeno de reciente aparición, lo que sucede es que, en las sociedades contemporáneas debido a una diversidad de factores como: la globalización económica, la ampliación de los mercados, las innovaciones en las tecnologías de la información y de la comunicación, el desarrollo de los medios de transporte internacional, la desaparición de los regímenes comunistas en la Europa Oriental, las políticas neoliberales, y la enorme proliferación de las organizaciones criminales, han provocado que la delincuencia organizada adquiera un carácter transnacional.

Estos factores, han contribuido a la globalización de la delincuencia organizada, convirtiéndose en la principal amenaza para la comunidad internacional. Se estrechan las relaciones internacionales, favoreciendo las alianzas entre los grupos criminales asentados en diversos países, con el fin de ampliar su alcance, extender geográficamente su poder, garantizar la ejecución de sus objetivos recurriendo a la extorsión y a la violencia, maximizar sus beneficios y ocultarse a la justicia. Surge una criminalidad organizada transnacional sumamente compleja.

La evolución de este fenómeno se ha producido de forma paralela a los cambios experimentados en la comunidad internacional en los últimos tiempos. Es evidente, que los cambios de orden social, tecnológico, económico, geográfico y político, originados por la *globalización de la economía*, explican el espectacular y rápido desarrollo del crimen organizado transnacional.

La globalización de la economía ha facilitado y aumentado el comercio internacional, la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, el traspaso de las fronteras nacionales, y la conexión entre las organizaciones criminales.

También, se ha favorecido la libre circulación de bienes y servicios procedentes de conductas criminales, y, el intercambio de productos prohibidos. Lo que ha permitido a la criminalidad organizada establecerse de forma más eficaz.

El crimen organizado ha utilizado los instrumentos y recursos de la globalización económica, para alcanzar su propia globalización.

Los grupos criminales utilizan los tejidos del comercio internacional, corrompiendo las relaciones económicas y políticas lícitas, incrementando considerablemente sus ganancias ilícitas. Necesitan invertir en la economía legal para subsistir y desarrollarse.

Si bien, el crimen organizado desarrolla su actividad criminal a nivel mundial, se fija como objetivo prioritario la explotación de puntos vulnerables de distintas sociedades, como son las sociedades en vías de desarrollo o las sociedades emergentes, dada la debilidad de sus instituciones. Resulta evidente, que los Estados con instituciones débiles o sociedades permisivas con las conductas ilegales favorecen el desarrollo de la actividad criminal.

Existe una preocupación común en el ámbito de la comunidad internacional por las actividades delictivas de estas poderosas organizaciones criminales en cuanto que afectan profundamente a la economía, a las estructuras políticas, al Estado de derecho, a la seguridad nacional e internacional, por consiguiente, a toda la sociedad globalizada.

La delincuencia organizada transnacional se ha diversificado en sus actividades criminales, si bien, el tráfico de drogas, el tráfico de armas y material nuclear, y la trata de personas, siguen siendo sus principales actividades delictivas.

3.

Resulta muy complejo definir el crimen organizado. El concepto de crimen organizado es un concepto de contornos muy imprecisos y lleno de relativismo. Esta imprecisión del concepto plantea problemas de legalidad e interpretación por parte de los Tribunales.

Los continuos intentos por delimitar conceptualmente dicho fenómeno, han estado orientados a la elaboración de características que en mayor o menor medida concurren en las organizaciones criminales. Sólo mediante el análisis de sus rasgos característicos nos podremos aproximar a su contenido.

Consideramos que son características esenciales del crimen organizado: la existencia de una organización criminal, su configuración como empresa criminal, el fin de lucro ilícito, la comisión de delitos graves, el uso de violencia, de corrupción, y un ámbito de actuación transnacional.

4.

No es frecuente que los ordenamientos jurídicos incluyan un concepto de crimen organizado. Hasta ahora no existe un concepto jurídico - penal de criminalidad organizada que haya obtenido consenso en las legislaciones o en la doctrina.

La reforma del Código Penal de 2010, introdujo la “triple” vía en la represión de la criminalidad organizada.

De este modo, el art. 515 que tipifica la asociación ilícita, continúa vigente, si bien modificado en ciertos aspectos por la reforma, se incorporó el Capítulo VI del Título

XXII del Libro II, relativo a las “organizaciones criminales y grupos criminales”, y se añadió nuevas circunstancias agravantes en la comisión de determinados delitos por una organización criminal. No obstante, el modelo incorporado por la reforma es confuso, incoherente y contradictorio.

El art. 515 continúa tipificando de forma genérica los delitos de asociación ilícita, sin ofrecer un concepto preciso y claro de asociación, que pueda ser trasladado al ámbito de la delincuencia organizada. No resulta eficaz para responder a un modelo de delincuencia que por sus características, dimensiones, estructura y funcionamiento reviste una gran complejidad.

La principal novedad de la reforma del 2010 fue la incorporación del Capítulo VI, que obedecía a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente todas las formas de criminalidad organizada, y correspondía a los compromisos asumidos en virtud de la normativa internacional. Aunque el legislador español ha ido más lejos de lo que era obligado.

El Capítulo VI incorporó dos nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada: las organizaciones y grupos criminales. La necesidad de delimitar los conceptos de “organización” (el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 bis del CP) y “grupo criminal” (art. 570 ter del CP), ha llevado al legislador a tipificar por separado ambas figuras.

El legislador ha establecido el concepto de organización criminal a partir de las definiciones jurisprudenciales de las mismas. Este concepto prescinde de dos elementos esenciales de las definiciones que nos ofrecen las leyes internacionales, son: a) la comisión de delitos graves, y b) el fin de lucro ilícito u la obtención de otros beneficios de carácter material. La pretensión del legislador ha sido establecer un ámbito de aplicación amplio que abarque toda organización criminal (tanto las que cometen delitos graves, menos graves, y también reiteración de faltas), en su afán de combatir este tipo de criminalidad. No obstante, con ello se deforma desmesuradamente el sentido propio de la criminalidad organizada y de la intervención penal ante la misma.

El art. 515 se limita a tipificar la asociación ilícita sin especificar las notas que la definen. Notas que han sido precisadas por la jurisprudencia del TS, y que son trasladables al concepto legal de organización criminal que nos ofrece nuestro legislador penal, como se desprende del art.570 bis.

Carece de sentido que se siga manteniendo el delito de asociación ilícita junto con el de organización criminal. No se comprende, pues, que la Exposición de Motivos de la LO 5 /2010, de 22 de junio, se diga que la tipificación del delito de organizaciones criminales y grupos criminales se deba a “la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales”; dado que el delito de asociación ilícita es excesivamente amplio, y debería limitarse a las organizaciones terroristas. Sin embargo, el legislador ha optado por mantener el delito de asociación ilícita, ha suprimido el apartado segundo del art. 515. 1 relativo a las organizaciones terroristas, tipificándolas separadamente (en

la Sección primera del Capítulo VII en el Título XXII del Libro II), y ha introducido como delitos autónomos los relativos a las organizaciones criminales y grupos criminales, que difícilmente se pueden diferenciar de las asociaciones ilícitas.

Del mismo modo, a diferencia de lo dispuesto en los textos internacionales, el legislador español ha previsto no sólo la tipificación de las organizaciones delictivas, sino también de los grupos criminales, castigándose en relación a todos los delitos y faltas.

El legislador define los grupos criminales en el art. 570 ter del Código Penal como figura de carácter residual frente al concepto de organización criminal, si bien coincide con la organización en determinados elementos definitorios: como su integración por más de dos personas, y que su fin sea la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas.

Es de destacar, que la tipificación autónoma del grupo criminal ha permitido una adecuada persecución de actividades delictivas frecuentes que inciden en la seguridad ciudadana, por parte de estas asociaciones criminales sin vocación de permanencia, ni estructura estable. También, permite diferenciar dichas asociaciones criminales de estructuras complejas que operan a nivel internacional, como los cárteles dedicados al tráfico de drogas o una organización dedicada a la trata de personas.

No obstante, la fórmula utilizada por el legislador al definir los grupos criminales es excesivamente amplia y confusa, y debería precisarse con un mayor respeto al principio de taxatividad.

En definitiva, el modelo de la “triple” vía sancionadora en materia de delincuencia organizada, origina de forma inevitable una colisión normativa entre los tipos que la integran, haciendo complejo y confuso la aplicación del modelo diseñado por la reforma de 2010 para la punición de esta forma de criminalidad.

A mi juicio, la opción más adecuada para sancionar la participación en la criminalidad organizada es, bien mediante la previsión de tipos agravados en ámbitos criminales determinados, bien mediante el delito de organización criminal; siempre en términos semejantes a los previstos en los textos internacionales. Y en todo caso, con la derogación del delito de asociación criminal del art. 515.1º, cuyo mantenimiento por la reforma de 2010 no se comprende.

Pero lo más importante es que legislador debe revisar el enfoque excesivamente punitivo del tratamiento penal vigente de la criminalidad organizada. Resulta imprescindible adecuar la intervención penal en materia de criminalidad organizada a los límites político - criminales propios de un Estado de derecho, permitiendo ceñirla a los ámbitos delictivos y manifestaciones criminales en los que tal punición tiene verdadero sentido.

La LO 1 / 2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal viene a

suprimir la referencia a la perpetración reiterada de faltas, tanto al delimitar el concepto de organización criminal (el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 bis del CP) como el de grupo criminal (art. 570 ter). Asimismo, introduce entre los elementos definitorios de los grupos criminales, la perpetración reiterada de delitos leves.

Tales novedades, están en concordancia con la despenalización de las faltas y los nuevos delitos leves que lleva a cabo aquella amplia revisión y actualización de la norma penal.

5.

Tampoco nuestra legislación procesal nos ofrece un concepto claro y preciso de delincuencia organizada. El art. 282 bis de la LECr, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5 / 2010, de 22 de junio, establece un concepto excesivamente amplio de delincuencia organizada.

El legislador no especifica que es una organización criminal, ni las características que ha de reunir la misma. La exigencia de estructura organizada y el carácter permanente de la misma, constituyen los elementos más significativos del concepto establecido por el artículo 282 bis. Si bien, es insuficiente para establecer un concepto sustantivo de criminalidad organizada.

Además, a nuestro juicio el listado de delitos resulta muy poco operativo, la enumeración tasada de un *numerus clausus* de delitos impide la investigación de otros delitos que existen y se cometen por la delincuencia organizada, lo que es preocupante.

Por tanto, es necesario que el legislador español reconsidere el mencionado precepto, tratando de aproximarse al concepto de delincuencia organizada no enumerando sus parcelas delictivas, sino especificando las notas que la definen.

6.

No existe hasta el momento una definición concreta de organización criminal en la Jurisprudencia que pudiera utilizarse como concepto general, se continúa abordando tal concepto mediante la enumeración de las notas características que deben concurrir a efectos de aplicar la agravación del art. 369 bis, si bien, ofreciéndose una postura restrictiva, interpretando dicho concepto a la luz del art. 570 bis del Código Penal.

No se ha conseguido una línea jurisprudencial unánime, sino que existen diversas posturas en las sentencias del Tribunal Supremo, lo que pone de manifiesto la necesidad de perfilar un concepto uniforme.

Dado que no se ha impuesto ninguna postura jurisprudencial en torno al concepto de organización criminal, se trata de un concepto indeterminado, por lo que habrá que estar a las peculiaridades de cada caso para determinar si existe o no organización.

7.

En el ámbito internacional, se han formulado diversas e importantes iniciativas con las que se ha tratado de consensuar una definición común de delincuencia organizada, con el fin de coadyuvar al fortalecimiento de la cooperación policial y judicial, dada la expansión de la criminalidad organizada, en la medida que se percibe acertadamente que, para afinar los mecanismos de cooperación internacional en la lucha contra esta criminalidad, se requiere previamente establecer qué se entiende por criminalidad organizada.

No obstante, hasta la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de Palermo, del año 2000, no se alcanza dicho consenso. Sin duda, este es el documento más importante en la lucha contra la delincuencia organizada a nivel mundial.

En la definición de delincuencia organizada de Naciones Unidas, destacan los siguientes elementos: la existencia de una organización estructurada, la permanencia de sus actividades, la comisión de delitos graves, y la persecución de un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

8.

La especial incidencia del crimen organizado en el delito de tráfico ilegal de drogas ha determinado que la LO 5 / 2010 venga a regular de forma individualizada la pertenencia a organización delictiva, configurándola como un subtipo agravado en el nuevo art. 369 bis del CP. Lo que responde a la necesidad de cubrir lagunas legales a efectos de llevar a cabo una eficaz represión del crimen organizado.

La reforma no sólo ha variado la colocación sistemática de la agravante de pertenencia a organización delictiva, sino que ha modificado su contenido material dado que en la nueva redacción del precepto, se sanciona a quién perteneciera a una organización delictiva realizara alguna de las conductas del artículo 368 del CP, y se suprime los términos “transitorio” y “ocasional” como caracteres propios de la organización criminal. Estableciéndose distinta penalidad según se trate de sustancias que causen o no grave daño a la salud de las personas.

La supresión de los términos mencionados, está en consonancia con otra de las novedades introducidas por la LO 5 / 2010 como ha sido la delimitación del concepto de organización en el art. 570 bis.

A la vista de estas reformas es evidente que el concepto de organización criminal que venía utilizando la Jurisprudencia ya no resulta útil, habiéndose sustituido las notas de transitoriedad y ocasionalidad por las de “carácter estable e indefinido”.

Tras la reforma, la Jurisprudencia a efectos de aplicar la cualificación prevista en el art. 369 bis, interpreta el concepto de organización conforme a lo previsto en el 570 bis

del Código Penal.

Por otra parte, el art. 369 bis exige que el culpable “perteneciere” a una organización delictiva. La norma legal no utiliza la expresión colaboración con una organización, sino que habla de pertenencia a la misma, que equivale a ser integrante de la organización.

Para la interpretación del concepto de pertenencia a organización criminal debe delimitarse sus caracteres esenciales como son: una permanencia más o menos estable, y cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la organización.

Para resolver el problema de la intervención de una pluralidad de personas en la comisión de un ilícito penal, tradicionalmente la dogmática penal, distingue entre autoría y participación. Esta distinción, se complica, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas integradas en una organización criminal, que actúan concertadamente para la realización del proyecto criminal. En tales casos, el problema que se plantea no es sólo el castigo de todos sus integrantes por pertenencia a organización criminal, sino de quiénes sin intervenir directamente en la comisión del delito, lo planifican, y toman la decisión de su realización.

Para resolver este problema se han formulado diversas tesis, siendo la más generalizada y aceptada es la del “dominio de la organización” en virtud de la cual ROXÍN considera que debe castigarse como autor mediato “al hombre de atrás”. Tesis que resulta aplicable al ámbito de las organizaciones delictivas.

Ahora bien, la admisión de la tesis de la autoría mediata, queda condicionada a que en cada caso concreto, se acredite la existencia de una organización delictiva, con estructura fuertemente jerarquizada, con fungibilidad o sustitubilidad de los meros ejecutores, y con el control instantáneo que de ella se deriva.

9.

Cabe resaltar que no existe un modelo único de organización criminal transnacional. Su estructura y magnitud, así como las capacidades y especialización varían de un grupo a otro.

En principio, actúan en zonas geográficas diferentes y en mercados de productos diferentes, y emplean una diversidad de tácticas y mecanismos para burlar las prohibiciones y sustraerse a la persecución policial y judicial, aunque las más recientes investigaciones han puesto de manifiesto una estrecha vinculación y cooperación entre esos grupos.

Las principales organizaciones delictivas a nivel mundial son: la Mafia Siciliana o Cosa Nostra, la Camorra (Campania), la 'Ndrangheta (Calabria), la Sacra Corona Unita (Apulia), la Cosa Nostra Americana (EEUU y Canadá), la Yakuza japonesa, las Tríadas Chinas, los Cárteles colombianos, los Cárteles mexicanos, las Mafias Rusas, la Mafia

Albanesa, y la Maffiya Turca.

10.

Actualmente, la criminalidad organizada ha adquirido una alarmante dimensión tanto por su importancia, como por el *modus operandi* con el que actúa.

La lucha contra la criminalidad organizada, especialmente en el marco del narcotráfico y el terrorismo, es una materia ardua y compleja, haciendo ineficaces muchos de los instrumentos de investigación utilizados tradicionalmente por el Estado de Derecho para combatir esta forma de criminalidad.

Las dificultades para desarticular esta compleja estructura organizativa de cara a la prevención y a la persecución de los delitos que forman parte de su actividad criminal, y el descubrimiento de sus máximos responsables, son enormes. Tales dificultades se agravan en la actualidad por el proceso de globalización - actuación en diversos Estados -, por el entramado de tales redes organizativas, el empleo de tecnologías cada vez más sofisticadas, y la clandestinidad con la que actúan.

Ante este nuevo reto, surge la necesidad de articular nuevos mecanismos de investigación y persecución criminal o perfeccionamiento de las ya existentes, que permitan combatir eficazmente esta lacra social. Estos nuevos mecanismos, muy especialmente la figura del agente encubierto, deben ser respetuosas con los principios básicos del derecho penal y procesal - fundamentalmente el principio de legalidad, proporcionalidad y control judicial -, y tener siempre presente la supremacía de los derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado.

El Derecho Procesal Penal ha ido avanzando en la perfección y sofisticación de sus instrumentos de investigación y persecución criminal con el fin de lograr una mayor efectividad y control en la represión del crimen organizado.

Los instrumentos incorporados en nuestra legislación procesal penal actual son: la entrega vigilada, el agente encubierto, el arrepentido, la protección de peritos y testigos, entradas y registros domiciliarios, cacheos e inspecciones e intervenciones corporales, vigilancia, intervenciones telefónicas, e intervenciones de las comunicaciones escritas.

No obstante, ante los vacíos y deficiencias que presenta la regulación de estos instrumentos, es necesario una reforma de la LECr en esta materia, con el fin de potenciar la utilización de las técnicas de investigación criminal y garantizar su funcionalidad y operatividad; la delincuencia organizada crece a gran velocidad, para combatirla debemos potenciar la utilización de figuras como el agente encubierto que se muestran eficaces en la lucha contra estas redes organizativas

Urge reformar nuestra legislación procesal penal, con el fin de actualizar el régimen jurídico de las técnicas de investigación conforme a las modernas técnicas que proporcionan los avances tecnológicos.

Pero no basta con cualquier previsión legal genérica o simplemente enumerativa de las medidas a adoptar para considerar cumplido el principio de legalidad; es preciso que las normas reguladoras de tales técnicas de investigación sean lo suficientemente precisas para permitir al individuo regular su comportamiento conforme a ellas y prever las consecuencias de las mismas.

Por tanto, la futura Ley española deberá regular de forma expresa nuevas técnicas de investigación, así como precisar los límites y concretar los requisitos de las ya previstas, aunque de modo insuficiente, es decir, precisar con claridad las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado a las autoridades, los supuestos que se autorice su uso, su duración máxima, etc. Todo ello, debido a que no es posible justificar el empleo de cualquier mecanismo de investigación, sin una base legal que regule sus garantías, requisitos y límites. Y no se puede permitir, el empleo de técnicas no previstas legalmente, con injerencias en los derechos fundamentales, como está sucediendo en la práctica.

Ante la necesidad de paliar las carencias y deficiencias de la legislación vigente, y ofrecer un marco normativo adecuado para combatir renovadas formas de delincuencia vinculadas al uso de nuevas tecnologías, se ha remitido a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica de 13 de marzo de 2015.

Entre las novedades que incorpora el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECR de 2015 cabe destacar, la actualización del uso de las medidas de investigación tecnológica por el agente encubierto (282 bis. 6. y 7.); la actualización de la regulación de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegáfica en un nuevo art. 579; la incorporación de un nuevo art. 579 bis relativo a la utilización de esta diligencia en otro proceso penal distinto.

También, se reordena sistemáticamente la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en un nuevo capítulo (Capítulo V en el Título VIII del Libro II), al mismo tiempo se otorga sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que carecían de tratamiento normativo en la legislación procesal; se regula la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados (Sección 2ª del Capítulo V).

Además, se regula la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos (Capítulo VI); se aborda también, la regulación de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen (Capítulo VII); y se regula el registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo (Capítulo VIII) y el registro remoto de equipos informáticos (Capítulo IX).

11.

En materia de Política Criminal, se han formulado diversas opciones, si bien, la

mayor parte de las naciones han optado por una solución prohibicionista. Y entre ellas España.

No obstante, los riesgos para la salud pública, no sólo no han desaparecido, sino que han ido en aumento. La expansión creciente y abusiva del consumo de drogas, evidencia el fracaso del sistema represivo. Entre los factores que provocan ese fracaso, cabe mencionar: la corrupción existente en los organismos estatales, lo cual facilita la difusión de la droga; las nuevas tecnologías y estrategias utilizadas por los traficantes; el complejo entramado organizativo y clandestinidad de las organizaciones criminales, y las deficiencias en la investigación y persecución penal. Todo ello, plantea la necesidad de buscar nuevas vías de solución.

Por parte de expertos en la materia, se reclama una mayor prevención frente a la difusión del consumo. La prevención es indispensable para evitar que el consumo y el tráfico de drogas se conviertan en un problema social de gran magnitud. Se pone de manifiesto que una adecuada política en materia de drogas, no sólo debe basarse en la represión, sino especialmente en la prevención. La represión es sólo una parte de esa política, y en todo caso, debe estar dirigida a los grandes traficantes y organizaciones criminales, y no al drogodependiente. Se dice que la sanción no es la única ni la mejor forma de erradicar el problema. Deberán los Legisladores replantearse la solución adecuada.

Lo cierto, es que nos encontramos ante una preocupante realidad: el incremento continuo de la demanda, oferta y tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. A medida que se amplían los grupos de consumidores, el problema de la droga se va expandiendo. Actualmente, la droga se extiende de forma incontrolable a todos los sectores de la sociedad, y muy especialmente a los jóvenes y adolescentes, fomentado por las organizaciones criminales. Esta situación, no se puede comparar con ningún otro momento histórico, nunca ha existido un consumo tan masivo.

El tráfico de drogas en España va en aumento. El consumo de sustancias, supera ya, la media mundial. No cabe duda, que el problema de la droga, es uno de los que alcanza mayores dimensiones en la sociedad actual. Se extiende, ya, al mundo entero. Nos encontramos, ante un problema internacional de creciente importancia que origina un alto coste social.

Todos los gobiernos asumen responsabilidades internas e internacionales en la lucha contra el narcotráfico. Así, a nivel interno, les corresponde adoptar las medidas necesarias para la persecución de este tipo de delincuencia. En el ámbito internacional, cada Estado asume el compromiso de cooperar con los demás Estados y con las instituciones y organizaciones internacionales, con el fin de combatir el tráfico de drogas internacional.

No obstante, la guerra contra las drogas ha fracasado. Lo que sí es evidente son los efectos colaterales nocivos producidos por el enfoque predominantemente represivo. Son destacables los producidos en el ámbito de la economía de la droga, en la protección de la salud, en el estado de derecho, en la seguridad pública, en la

administración de justicia, en las relaciones internacionales, y en las mismas políticas de prevención de drogas. Es por ello, que en los últimos años el debate en torno al tráfico de drogas, comenzó a abrirse y a adoptar un nuevo giro, dado que el prohibicionismo se está cuestionando en numerosos foros internacionales, y también en reuniones de alto nivel.

Se ha planteado la necesidad de revisar el régimen internacional de control de drogas y las políticas represivas contra el tráfico de drogas con el objeto de reducir el daño causado tanto por la producción, tráfico, y el consumo, como por las propias políticas antidrogas. Se ha puesto de manifiesto los elevados niveles de violencia y de lucro asociados al crimen organizado, que genera la actual política internacional de control de drogas.

La apertura del debate se produce además, sobre la base de una falta de pleno consenso respecto al régimen internacional de control de drogas.

Por todo ello, debe realizarse urgentemente una reforma sustancial del régimen mundial de control de drogas, que priorice la protección de la salud y seguridad de las personas, y las sociedades de cada región del planeta. La política represiva debe reemplazarse por políticas más humanitarias y estrategias basadas en la certeza científica, los principios de salud pública, la seguridad, y los derechos humanos. Este es el único medio para disminuir simultáneamente las enfermedades, las muertes y otras consecuencias perjudiciales del uso de las drogas, así como la violencia, la corrupción, el crimen, y los mercados ilícitos vinculados a las políticas prohibicionistas ineficaces.

Las alternativas propuestas para mejorar el marco internacional de la política de drogas son: la reducción de daños; la descriminalización de los usuarios de drogas con el fin de terminar con su marginalización y estigmatización; la legalización y regulación del mercado de algunas drogas con el fin de minimizar y reducir el poder y las ganancias del crimen organizado, y salvaguardar la salud y seguridad ciudadana.

Por tanto, el debate está sobre la mesa y son cada vez más los partidarios de una revisión del prohibicionismo, en mayor número de países y ámbitos ideológicos.

Llama enormemente la atención, que tras casi un siglo combatiendo el narcotráfico, se haya obtenido tan escasos resultados. Por tanto, la lucha contra la droga seguirá siendo una de las prioridades de los Gobiernos, tanto a nivel nacional o internacional. Se requiere una política global.

La cuestión está lejos de resolverse. La comunidad internacional está más lejos que nunca de un mundo libre de drogas.

RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SENTENCIAS

STEDH, núm. 21 / 1990, de 27 de septiembre
STEDH, núm. 23 / 1992, de 5 de junio
STEDH, núm. 120 / 2000, de 6 de abril

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIAS

STC núm. 31 / 1981, de 28 de julio (Aranzadi)
STC núm. 30 / 1982, de 1 de junio (Aranzadi)
STC núm. 22 / 1984, de 17 de febrero (Aranzadi)
STC núm. 114 / 1984, de 29 de noviembre (Aranzadi)
STC núm. 174 / 1985, de 17 de diciembre (Aranzadi)
STC núm. 199 / 1987, de 16 de diciembre (Aranzadi)
STC núm. 37 / 1989, de 15 de febrero (Aranzadi)
STC núm. 146 / 1990, de 1 de octubre (Aranzadi)
STC núm. 14 / 1991, de 28 de enero (Aranzadi)
STC núm. 122 / 1991, de 3 de junio (Aranzadi)
STC núm. 27 / 1992, de 9 de marzo (Aranzadi)
STC núm. 286 / 1993, de 4 de octubre (Aranzadi)
STC núm. 341 / 1993, de 18 de noviembre (Aranzadi)
STC núm. 1418 / 1993, de 21 de diciembre (Aranzadi)
STC núm. 57 / 1994, de 28 de febrero (Aranzadi)
STC núm. 64 / 1994, de 28 de febrero (Aranzadi)
STC núm. 99 / 1994, de 11 de abril (Aranzadi)
STC núm. 172 / 1994, de 10 de junio (Aranzadi)
STC núm. 50 / 1995, de 23 de marzo (Aranzadi)
STC núm. 123 / 1995, de 18 de julio (Aranzadi)
STC núm. 181 / 1995, de 11 de diciembre (Aranzadi)
STC, núm. 46 / 1996, de 26 de marzo (Aranzadi)
STC núm. 49 / 1996, de 26 de marzo (Aranzadi)
STC núm. 94 / 1996, de 28 de mayo (Aranzadi)
STC núm. 207 / 1996, de 16 de diciembre (Aranzadi)
STC núm. 153 / 1997, de 29 de septiembre (Aranzadi)
STC núm. 49 / 1998, de 2 de marzo (Aranzadi)
STC núm. 115 / 1998, de 1 de junio (Aranzadi)
STC núm. 49 / 1999, de 5 de abril (Aranzadi)
STC núm. 29 / 2001, de 29 de enero (Aranzadi)
STC, núm. 72 / 2001, de 26 de marzo (Aranzadi)
STC, núm. 63 / 2001, de 3 de abril (Aranzadi)
STC núm. 68 / 2001, de 3 de abril (Aranzadi)

STC núm. 69 / 2001, de 3 de abril (Aranzadi)
STC num.174 / 2001, de 20 de julio (Aranzadi)
STC núm. 68 / 2002, de 21 de marzo (Aranzadi)
STC núm. 27 / 2002, de 2 de abril (Aranzadi)
STC núm. 70 / 2002, de 3 de abril (Aranzadi)
STC núm. 233 / 2002, de 9 de diciembre (Aranzadi)
STC núm. 237 / 2002, de 9 de diciembre (Aranzadi)
STC núm. 14 / 2003, de 28 de enero (Aranzadi)
STC núm. 65 / 2003, de 7 de abril (Aranzadi)
STC núm. 24 / 2004, de 24 de febrero (Aranzadi)
STC núm. 165 / 2005, de 20 de junio (Aranzadi)
STC núm. 205 / 2005, de 18 de julio (Aranzadi)
STC núm. 261 / 2005, de 24 de octubre (Aranzadi)
STC núm. 281 / 2006, de 9 de octubre (Aranzadi)
STC núm.319 / 2006, de 15 de noviembre (Aranzadi)
STC núm. 70 / 2007, de 16 de abril (Aranzadi)
STC núm. 135 / 2011, de 12 de septiembre (Aranzadi)

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIAS

STS (Sala 2ª), núm. 3974 / 1979, de 15 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4482 / 1980, de 5 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 12 / 1980, de 15 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4428 / 1981, de 25 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª); núm. 7016 / 1982, de 14 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 984 / 1982 de 14 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 900 / 1983, de 12 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 442 / 1984, de 31 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 3584 / 1984, de 18 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1050 / 1984, de 9 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 67 / 1985, 19 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.3025 / 1985, de 18 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 5387 / 1985, de 7 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2405 / 1986, 12 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 15339 / 1986, de 12 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6012 / 1986, de 5 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 670 / 1987, de 4 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1191/ 1987, de 4 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 10466 / 1987, de 13 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 5312 / 1987, de 21 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 412 / 1988, de 21 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 10430 / 1988, de 21 enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1090 / 1988, de 16 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7157 / 1989 de 7 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 10962 / 1988, de 5 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1800 / 1989, de 10 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1955 / 1989, de 15 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 12.500 / 1989 de 21 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6149 /1989, de 8 de noviembre (Cendoj)

STS (Sala 2ª), núm. 28 / 1989, de 11 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6268 / 1990, de 17 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 7030 / 1990 de 8 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 9147 / 1990, de 12 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 171 / 1991, de 18 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 953 / 1991, de 20 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 107 33 / 1991, de 22 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 10102 / 1991, de 29 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4058 / 1991, de 11 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4136 / 1991, de 12 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1439 / 1991, de 18 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 523 / 1992, de 17 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 15494 / 1992, de 14 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 12853 / 1992, de 29 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2635 / 1992, de 26 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1370 / 1992, de 11 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1627 / 1992, de 6 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6998 / 1992, de 21 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 11080 / 1992, de 29 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 8521 / 1992, de 18 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2750 / 1992, de 18 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 120 / 1993, de 15 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 28 / 1993, de 18 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1224 / 1993, de 28 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 509 / 1993, de 9 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 10127 / 1993, de 27 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.1885 / 1993, de 1 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 633 / 1993 de 17 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.715 / 1993, de 25 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1985 / 1993, 25 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2551 / 1993, de 25 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 806 / 1993 de 7 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 10004 / 1993, de 14 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1010 / 1993, de 30 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2.828 / 1993, de 6 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1236 / 1993, de 29 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 3498 / 1993, de 29 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3499 / 1993, de 29 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4822 / 1993, de 29 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1345 / 1993, de 7 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5244 / 1993, de 25 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4937 / 1994, de 27 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1709 / 1993, de 2 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1799 / 1993, de 15 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6152 / 1993, de 19 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 9645 / 1993, de 13 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 5938 / 1993, de 16 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2208 / 1993 de 11 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7371 / 1993, de 11 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 89 / 1994, de 21 de enero (Cendoj)

STS Sala 2ª, núm. 10684 / 1994, de 24 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 10854 / 1994, de 9 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 759 / 1994, de 11 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 21917 / 1994, de 11 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1694 / 1994, de 4 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 670 / 1994, de 17 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2012 / 1994, de 24 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 710 / 1994, de 28 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3340 / 1994, de 18 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.936 / 1994, de 3 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 937 / 1994, de 3 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3123 / 1994, de 3 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1090 / 1994, de 27 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4498 / 1994, de 27 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 9654 / 1994, de 27 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6710 / 1994, de 22 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 721 / 1994, de 12 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1580 / 1994, de 12 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1661 / 1994, de 23 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1762 / 1994, de 11 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1881 / 1994, de 29 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1762 / 1994, de 11 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 21051 / 1994, de 14 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 7119 / 1994, de 4 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1992 / 1994, de 5 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 7524 / 1994, de 21 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 10153 / 1994, de 15 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2192 / 1994, de 16 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 54 / 1995, de 12 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.569 / 1995 de 19 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 823 / 1995, de 20 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 238 / 1995, de 24 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 9235 / 1995, de 11 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 210 / 1995, de 14 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 742 / 1995, de 14 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.11719 / 1995, de 14 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 786 / 1995, de 15 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 246 / 1995, de 20 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 275 / 1995, de 24 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 11207 / 1995, de 28 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7351 / 1995, de 28 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 323 / 1995, de 3 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7422 / 1995, de 3 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2366 / 1995, de 27 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 581 / 1995, de 28 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7127 / 1995, de 29 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 523 / 1995, de 3 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7283 / 1995, de 3 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4505 / 1995, de 30 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 797 / 1995, de 24 de junio (Aranzadi)

STS (Sala 2ª), núm. 3830 / 1995, de 29 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5157 / 1995, de 30 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 849 / 1995, de 7 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 3998 / 1995, de 7 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4838 / 1995, de 3 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5061 / 1995, de 14 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 5468 / 1995, de 2 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6017 / 1995, de 2 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª) núm. 9233 / 1995 de 11 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6742 / 1995, de 29 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 977 / 1996, de 5 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 10 / 1996, de 12 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª) núm. 73 / 1996, de 12 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 14 / 1996, de 16 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 72 / 1996, de 29 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1104 / 1996, de 30 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 592 / 1996, de 2 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 823 / 1996, de 12 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 825 / 1996, de 13 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1171 / 1996, de 24 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1747 / 1996, de 20 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 219 / 1996, de 1 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2600 / 1996, de 30 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 381 / 1996, de 3 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 558 / 1996, de 7 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6617 / 1996, de 16 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 569 / 1996, de 9 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 867 / 1996, de 12 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6506 / 1996, de 20 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 772 / 1996, de 28 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6652 / 1996, de 25 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 549 / 1996, de 7 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 649 / 1996, de 7 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7391 / 1996, de 20 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 109 / 1997, de 15 de enero (Aranzadi)
STS Sala 2ª, núm. 33 / 1997, de 22 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 243 / 1997, de 22 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2348 / 1997, de 4 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 311 / 1997, de 7 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 223 / 1997, de 18 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2548 / 1997, de 12 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2817 / 1997, de 12 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.3524 / 1997, de 14 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2687 / 1997, de 18 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2707 / 1997, de 18 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2992 / 1997, de 18 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 3121 / 1997, de 5 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4289 / 1997, de 20 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 3874 / 1997, de 2 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4034 / 1997, de 7 de junio (Cendoj)

STS (Sala 2ª), núm. 837 / 1997, de 11 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª, núm. 945 / 1997, de 30 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4658 / 1997, de 1 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5530 / 1997, de 1 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 5532 / 1997, de 5 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6687 / 1997, de 7 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1032 / 1997, de 14 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1932 / 1997, de 14 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1121 / 1997, de 18 de septiembre (Aranzadi)
STS Sala 2ª, núm. 1432 / 1997, de 18 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6663 / 1997, de 29 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.1233 / 1997, de 10 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7710 / 1997 de 13 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6737 / 1997, de 11 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6740 / 1997, de 11 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7072 / 1997, de 24 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 8140 / 1997, de 24 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7888 / 1997, de 20 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.51 / 1998, de 23 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª) núm. 407 / 1998, de 26 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.3757 / 1998, de 30 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1480 / 1998, de 24 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1257 / 1998, de 25 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1467 / 1998, de 26 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1369 / 1998, de 28 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1982 / 1998, de 27 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1778 / 1998, de 7 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2345 / 1998, de 7 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1559 / 1998, de 9 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2581 / 1998, de 11 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2812 / 1998, de 16 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2117 / 1998, de 30 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 515 / 1998, de 6 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 867 / 1998, de 6 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 527 / 1998, de 15 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2423 / 1998, de 15 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2429 / 1998, de 15 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2651 / 1998, de 27 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 607 / 1998, de 4 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1497 / 1998, de 4 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 139 / 1998, de 18 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3395 / 1998, de 25 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 5492 / 1998 de 9 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4822 / 1998, de 17 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 985 / 1998, de 20 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 5028 / 1998, de 29 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 8421/ 1998, de 29 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1052 / 1998, de 21 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 933 / 1998, de 16 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6874 / 1998, de 17 de octubre (Aranzadi)

STS (Sala 2ª), núm. 6729 / 1998, de 14 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1653 / 1998, de 22 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 239 / 1998 de 24 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 54 / 1999, de 18 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 305 / 1999, de 25 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 375 / 1999, de 27 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 132 / 1999, de 3 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1475 / 1999, de 3 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª) núm. 1579 / 1999, de 10 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3.846 / 1999, de 9 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.789 / 1999, de 14 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 3431 / 1999, de 18 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 873 / 1999, de 27 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 888 / 1999, de 1 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.964 / 1999, de 10 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 935 / 1999, de 12 de junio (Aranzadi)
STS, (Sala 2ª), núm. 4577 / 1999, de 28 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4821 / 1999, de 6 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1156 / 1999, de 8 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4901 / 1999, de 8 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5007 / 1999, de 12 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 1269 / 1999, de 13 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 7.386 / 1999, de 21 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1375 / 1999, de 27 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1370 / 1999, de 30 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6348 / 1999, de 13 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6468 / 1999, de 18 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1523 / 1999, de 15 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.1831 / 1999, de 22 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 142 / 2000, de 28 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 279 / 2000, de 3 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1699 / 2000, de 3 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 437 / 2000, de 20 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 542 / 2000 de 12 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 881/ 2000, de 19 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 942 / 2000, de 2 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 1085 / 2000, de 26 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 1997 / 2000 de 26 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1292 / 2000, de 10 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1427 / 2000, de 21 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1468 / 2000, de 26 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 1581 / 2000, de 18 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1837 / 2000, de 28 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.1877 / 2000, de 7 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1889 / 2000, de 11 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1952 / 2000, de 19 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5966 / 2000, de 17 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 5978 / 2000, de 18 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1441 / 2000, de 22 de septiembre (Aranzadi)

STS (Sala 2ª), núm. 6641 / 2000, de 22 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6688 / 2000, de 25 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1625 / 2000, de 31 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1952 / 2000, de 19 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1997 / 2000, de 28 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1998 / 2000, de 28 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 44 / 2001 de 23 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 68 / 2001, de 29 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 480 / 2001, de 29 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 508 / 2001, de 29 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 145 / 2001, de 30 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 680 / 2001, de 5 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 307 / 2001, de 27 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2361 / 2001 de 27 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.1954 / 2001, de 1 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 477 / 2001, de 26 de marzo (Aranzadi)
STS, (Sala 2ª), núm. 3267 / 2001, de 20 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4525 / 2001, de 30 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1386 / 2001, de 12 de Julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1095 / 2001, de 16 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1453 / 2001, de 16 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1438 / 2001, de 18 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1439 / 2001, de 18 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6316 / 2001, de 18 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6461 / 2001, de 20 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1459 / 2001, de 23 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 340 / 2001, de 30 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6690 / 2001, de 30 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 919 / 2001, de 12 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 8626 / 2001, de 6 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2052 / 2001, de 7 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2214 / 2001, de 22 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1697 / 2001, de 3 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2361 / 2001, de 4 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 9616 / 2001, de 10 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 9933 / 2001, de 18 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.1023 / 2002, de 19 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1981 / 2002, de 20 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 71 / 2002, de 24 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 89 / 2002, de 25 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2341 / 2002, de 11 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 184 / 2002, de 12 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1092 / 2002, de 18 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 155 / 2002, de 19 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 409 / 2002, de 7 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 499 / 2002, de 14 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.557 / 2002, de 15 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.401 / 2002, de 15 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 636 / 2002, de 15 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 666 / 2002, de 15 de abril (Aranzadi)

STS (Sala 2ª), núm. 669 / 2002, de 15 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 720 / 2002, de 26 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.216 / 2002, de 11 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3418 / 2002, de 16 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4287 / 2002, de 12 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4352 / 2002, de 14 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.1129 / 2002, de 18 de junio (Aranzadi)
STS Sala 2ª, núm. 1179 / 2002 de 18 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1151 / 2002, de 19 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1174 / 2002, de 22 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4606 / 2002, de 26 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1199 / 2002, de 28 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1212 / 2002, de 29 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1228 / 2002, de 2 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1328 / 2002, de 10 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1318 / 2002, de 15 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1453 / 2002, de 13 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1067 / 2002, de 27 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.1572 / 2002, de 30 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1649 / 2002, de 1 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 8957 / 2002, de 10 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.1935 / 2002, de 13 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1733 / 2002, de 14 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1704 / 2002, de 21 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1867 / 2002, de 7 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.1842 / 2002, de 12 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1905 / 2002, de 14 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1876 / 2002, de 15 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7596 / 2002, de 15 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 7647 / 2002, de 18 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1994 / 2002, de 29 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6360 / 2002, de 1 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1704 / 2002, de 21 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.1829 / 2002, de 31 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1850 / 2002, de 3 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2054 / 2002, de 9 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 8478 / 2002, de 16 de diciembre (Cendoj)
STS Sala 2ª, núm. 8603 / 2002, de 18 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 23 / 2003, de 21 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 57 / 2003, de 23 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 295 / 2003, de 23 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 68 / 2003, de 27 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 237 / 2003, de 17 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 168 / 2003, de 26 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 302 / 2003 de 27 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 333 / 2003, de 28 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 270 / 2003, de 3 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1413 / 2003, de 3 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 561 / 2003, de 8 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 557 / 2003, de 24 de abril (Aranzadi)

STS (Sala 2ª), núm. 3023 / 2003, de 5 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 3107 / 2003, de 7 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 711 / 2003, de 16 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3345 / 2003, de 17 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 543 / 2003, de 20 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 742 / 2003, de 22 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 759 / 2003, de 23 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 781 / 2003, de 27 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 887 / 2003, de 13 de junio (Cendoj)
STS, (Sala 2ª), núm. 4105 / 2003, de 13 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4107 / 2003, de 13 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 358 / 2003, de 16 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4.211 / 2003, de 17 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 901 / 2003, de 21 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 960 / 2003, de 26 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 962 / 2003, de 27 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 977 / 2003, de 4 de julio (Aranzadi)
STS Sala 2ª, núm. 1008 / 2003, de 11 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1105 / 2003, de 24 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 424 / 2003, de 1 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1194 / 2003, de 18 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 1257 / 2003 de 25 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 281 / 2003, de 1 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 6321 / 2003, de 15 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1433 / 2003, de 28 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1418 / 2003, de 3 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1281 / 2003, de 5 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1524 / 2003, de 5 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1515 / 2003, de 17 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1553 / 2003, de 21 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1624 / 2003, de 27 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1640 / 2003, de 28 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1663 / 2003, de 5 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1743 / 2003, de 22 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1610 / 2003, de 29 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1 / 2004, de 12 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 45 / 2004, de 14 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 38 / 2004 de 16 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 12 / 2004, de 20 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 97 / 2004, de 27 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1982 / 2004, de 28 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 111 / 2004, de 29 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.74 / 2004, de 30 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 517 / 2004, de 30 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª) núm. 527 / 2004, de 31 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 154 / 2004, de 13 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 184 / 2004, de 13 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 517 / 2004, de 13 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 928 / 2004, de 13 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 199 / 2004, de 18 de febrero (Aranzadi)

STS (Sala 2ª), núm. 218 / 2004, de 18 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1294 / 2004, de 26 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 286 / 2004, de 8 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 294 / 2004, de 10 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 353 / 2004, de 11 de marzo (Aranzadi)
STS Sala 2ª, núm. 298 / 2004, de 13 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 370 / 2004, de 17 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 360 / 2004, de 18 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 399 / 2004, de 26 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1779 / 2004, de 30 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 423 / 2004, de 5 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 719 / 2004, de 28 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 717 / 2004, de 3 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 775 / 2004, de 14 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 788 / 2004, de 18 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 829 / 2004, de 22 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 857 / 2004, de 28 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 824 / 2004, de 2 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4718 / 2004, de 2 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4.734 / 2004, de 2 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 836 / 2004, de 5 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 919 / 2004, de 12 de julio (Aranzadi)
STS Sala 2ª núm. 977 / 2004 de 24 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª) núm. 982 / 2004, de 10 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5974 / 2004, de 27 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 113 / 2004, de 9 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1121 / 2004, de 14 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1186 / 2004, de 20 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7226 / 2004, de 10 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.1275 / 2004, de 12 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1219 / 2004, de 10 de diciembre (Aranzadi)
STS Sala 2ª, núm. 1426 / 2004, de 13 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1490 / 2004, de 22 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 8486 / 2004, de 28 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1535 / 2004, de 29 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 24 / 2005, de 12 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 163 / 2005, de 10 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 183 / 2005, de 18 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 210 / 2005, de 22 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 255 / 2005 de 28 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 275 / 2005, de 2 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 358 / 2005, de 22 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 415 / 2005, de 23 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª); núm. 392 / 2005, de 31 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 444 / 2005, de 11 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 588 / 2005, de 28 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2680 / 2005, de 28 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 544 / 2005, de 5 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2899 / 2005, de 9 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 631 / 2005, de 16 de mayo (Aranzadi)

STS (Sala 2ª), núm. 283 / 2005, de 19 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3590 / 2005, de 6 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 940 / 2005, de 9 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 808 / 2005, de 23 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4156 / 2005, de 23 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 855 / 2005, de 27 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 893 / 2005, de 6 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4654 / 2005, de 11 de julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm.1090 / 2005, de 15 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1072 / 2005, de 19 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1040 / 2005, de 20 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1011 / 2005, de 21 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5535 / 2005, de 23 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5975 / 2005, de 10 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1407 / 2005, de 28 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1201 / 2005, de 27 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1244 / 2005, de 31 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1303 / 2005, de 2 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1368 / 2005, de 8 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1293 / 2005, de 9 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1312 / 2005, de 13 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1365 / 2005, de 22 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1377 / 2005, de 22 de noviembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 71 / 2006, de 23 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 317 / 2006, de 23 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 54 / 2006, de 1 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 155 / 2006, de 8 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1199 / 2006, de 16 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 957 / 2006, de 21 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 165 / 2006, de 22 de febrero (Aranzadi)
STS Sala 2ª, núm. 297 / 2006, de 6 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 261 / 2006, de 14 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 281 / 2006, de 16 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 386 / 2006, de 22 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2525 / 2006, de 22 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 378 / 2006, de 31 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 400 / 2006, de 6 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 440 / 2006, de 7 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 410 / 2006, de 12 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 475 / 2006, de 2 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 630 / 2006, de 17 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1199 / 2006, de 30 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 837 / 2006, de 17 de Julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 840 / 2006, de 20 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 862 / 2006, de 21 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5847 / 2006, de 10 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1009 / 2006, de 18 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1038 / 2006, de 19 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1052 / 2006, de 23 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 336 / 2006, de 24 de octubre (Aranzadi)

STS (Sala 2ª), núm. 1096 / 2006, de 16 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1164 / 2006, de 26 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 1297 / 2006, de 13 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7985 / 2006, de 15 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1268 / 2006, de 20 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1243 / 2006, de 27 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 21 / 2007, de 5 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 62 / 2007, de 17 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 50 / 2007, de 19 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 19 / 2007, de 22 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 82 / 2007, de 25 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 843 / 2007, de 25 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 7815 / 2007, de 25 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 126 / 2007, de 5 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 77 / 2007, de 7 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 851 / 2007, de 16 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 188 / 2007, de 22 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 212 / 2007, de 22 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 172 / 2007, de 27 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 146 / 2007, de 28 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1630 / 2007, de 28 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1979 / 2007, de 28 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª); núm. 154 / 2007, de 1 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 181 / 2007, de 7 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 209 / 2007, de 9 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 224 / 2007, de 19 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 298 / 2007, de 21 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 300 / 2007, de 2 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2519 / 2007, de 4 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 265 / 2007, de 9 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 352 / 2007, de 23 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 3388 / 2007, de 25 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 357 / 2007, de 3 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 353 / 2007, de 7 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 413 / 2007, de 9 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4021 / 2007, de 16 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 951 / 2007, de 17 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 441 / 2007, de 23 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 436 / 2007, de 28 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 460 / 2007, de 1 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 508 / 2007, de 13 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 566 / 2007, de 21 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 4.517 / 2007, de 22 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 4533 / 2007, de 27 de junio (Cendoj)
STS Sala 2ª, núm. 589 / 2007, de 29 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 831 / 2007, de 29 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 638 / 2007, de 4 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 639 / 2007, de 6 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 662 / 2007, de 9 de Julio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 5528 / 2007, de 17 de julio (Cendoj)

STS (Sala 2ª), núm. 765 / 2007, de 21 de septiembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 763 / 2007, de 26 de septiembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 784 / 2007, de 2 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 849 / 2007, de 4 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 831 / 2007, de 5 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 832 / 2007, de 5 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 846 / 2007, de 19 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 861 / 2007, de 24 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 928 / 2007, de 25 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 853 / 2007, de 26 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 844 / 2007, de 31 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 874 / 2007, de 31 de octubre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 1765 / 2007, de 31 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 951 / 2007, de 12 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 7815 / 2007, de 15 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 957 / 2007, de 30 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 8.283 / 2007, de 27 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 1084 / 2007, de 10 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1054 / 2007, de 18 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1073 / 2007, de 21 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1099 / 2007, de 27 de diciembre (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 53 / 2008, de 30 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 83 / 2008, de 7 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 117 / 2008, de 14 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 123 / 2008, de 19 de febrero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 153 / 2008, de 8 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 182 / 2008, de 21 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 209 / 2008, de 28 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.1106 / 2008, de 28 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.235 / 2008, de 30 de abril (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 233 / 2008, de 5 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2224 / 2008, 8 de mayo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 2224 / 2008, de 4 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 312 / 2008, de 5 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 364 / 2008, de 12 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 5941 / 2008, de 3 de octubre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 745 / 2008, de 25 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2525 / 2008, de 27 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6778 / 2008, de 27 de noviembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 29 / 2009, de 19 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 41 / 2009, de 20 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 26 / 2009, de 22 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 53 / 2009, de 26 de enero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 419 / 2009, de 30 de enero (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 219 / 2009, de 19 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 311 / 2009, de 27 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 208 / 2009, de 6 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 210 / 2009, de 6 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 480 / 2009, de 22 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 1154 / 2009, de 11 de noviembre (Cendoj)

STS (Sala 2ª), núm. 1254 / 2009, de 14 de diciembre (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm.86 / 2010, de 9 de febrero (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 214 / 2010, de 12 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 341 / 2010, de 13 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 501 / 2010, de 4 de junio (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 746 / 2010, de 15 de julio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 181 / 2011, de 15 de marzo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª) núm. 293 / 2011, de 14 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 270 / 2011, de 20 de abril (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 239 / 2012, de 23 de marzo (Cendoj)
STS (Sala 2ª), núm. 612 / 2012, de 26 de junio (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 2608 / 2013, de 23 de mayo (Aranzadi)
STS (Sala 2ª), núm. 6770 / 2013, de 17 de julio (Aranzadi)

AUTOS

ATS (Sala 2ª), núm. 6102 / 1992, de 18 de junio (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 8547 / 1999, de 9 de junio (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 3142 / 2000, de 20 de diciembre (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 858 / 2001, de 3 de mayo (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 390 / 2006, de 18 de julio (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 1 / 2005, de 3 de enero (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 390 / 2005, de 3 de marzo (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 123 / 2006, 7 de enero (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 1484 / 2006, de 29 de junio (Cendoj)
ATS Sala 2ª, núm. 552 / 2007, de 11 de enero (Cendoj)

ACUERDOS

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 23 de marzo de 1998
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 5 de noviembre de 1991
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 4 de abril de 1995
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 17 de enero de 1996
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 19 de octubre de 2001
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 13 de diciembre del 2004
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 3 de febrero del 2005
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 25 de mayo del 2005
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 25 de octubre del 2005
Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 26 de febrero de 2009

AUDENCIA NACIONAL

SENTENCIAS

SAN, (Sala Penal), núm. 67 / 1992, de 1 de diciembre (Cendoj)
SAN, (Sala Penal), núm. 26 / 1997, de 3 de octubre (Cendoj)
SAN, (Sala Penal), núm. 30 / 2001, de 15 de febrero (Cendoj)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIAS

SAP Cádiz, 3ª, núm. 34 / 1991, de 11 de febrero (Cendoj)
SAP Cádiz, 3ª, núm. 34 / 1999, de 11 de febrero (Aranzadi)
SAP Cádiz, 2ª, núm. 96 / 2000, de 13 de enero (Aranzadi)
SAP Segovia, 2ª, núm. 4 / 2001, de 15 de febrero (Cendoj)
SAP Barcelona, 2ª, núm. 166 / 2001, de 26 de febrero (Cendoj)
SAP Madrid, 15ª, núm. 71 / 2002, de 15 de febrero (Aranzadi)
SAP Madrid, 5ª, núm. 1508 / 2002, de 11 de junio (Aranzadi)
SAP, Almería, 3ª, núm. 157 / 2002, de 26 de junio (Aranzadi)
SAP Sevilla, 4ª, núm. 60 / 2002, de 15 de octubre (Aranzadi)
SAP Guadalajara, 1ª, núm. 1 / 2003 de 14 de enero (Aranzadi)
SAP Madrid, 6ª, núm. 186 / 2003, de 8 de abril (Aranzadi)

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M: *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AGUILERA MORALES, M: “Valor procesal de las declaraciones realizadas por confidentes policiales anónimos”, *Revista Tribunales de Justicia*, núm. 4, 1984.
- ALAMILLO SALGADO, I: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol. II, Imprenta de la Gaceta Regional, 1929.
- ALBRECHT, HJ: *Criminalidad trasnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- ALFONSO SANJÚAN, M: *La droga. Razones de su consumo por la juventud*, Mezquita, Madrid, 1983.
- ALMAGRO NOSETE, J *et al*: *Derecho Procesal*. Tomo II, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- ALONSO, D (coord.): *La prevención de las drogodependencias en la comunidad escolar*, PND, Madrid, 1996.
- ALONSO FERNÁNDEZ, F: “La personalidad del drogadicto” en *La droga en la sociedad actual. Nuevos horizontes en criminología*, Caja de ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1985.
- ALTAVA LAVALL, M: *La tipificación del delito de narcotráfico. Su tratamiento en el nuevo CP de 1995*, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1797, 1997.
- ÁLVAREZ, Y / FARRÉ, M: “Farmacología de los opioides” en *Aspectos farmacológicos y neurobiológicos de los opiáceos*, Monografía opiáceos, Adicciones, Vol. 17, suplemento 2, Valencia, 2005.
- ÁLVAREZ GARCÍA, FJ: *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- ÁLVAREZ GARCÍA, FJ / GÓNZALEZ CUSSAC, JL (dirs.) *et al.*: *Comentarios a la Reforma Penal del 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley del 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- ALVIRA MARTÍN, F: *Manual para la elaboración y evaluación de Programas de Prevención de Abuso de las Drogas*, Agencia Antidroga de Madrid, 1999.
- AMBOS, K: *Control de drogas. Política y legislación en América, EE.UU y Europa. Eficacia y alternativas*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Argentina, 1998.
- “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1999, (trad. M. Cancio Meliá).
- AMMERMAN, RT, OTT, PJ *et al*: “Critical issues in prevention of substance abuse” en *Prevention and social impact of drug and alcohol abuse*, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, 1999.
- ANARTE BORRALLA, E: “Conjeturas sobre la criminalidad organizada” en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- ANCEL, M: “Contribución de la investigación a la definición de una política criminal”, CPEC, 1974.

- ANGUITA OLMEDO, C: “La delincuencia organizada: un asunto interior de la Unión Europea. Concepto. Características e instrumentos para su neutralización”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 2, 2010.
- ANTÓN ONECA, J: *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Gráfica administrativa, Madrid, 1949.
- ARAGONESES ALONSO, P: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Edersa, Madrid, 1986.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S *et al*: *Derecho Procesal Penal*, 7ª edición, Aranzadi, Madrid, 2004.
- ARMERO VILLALBA, S: “Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso”, *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, Madrid, 2010.
- ARROYO ZAPATERO, L: “Aspectos penales del delito de tráfico de drogas”, *Revista del Poder Judicial*, núm.11, 1984.
- “Terrorismo y sistema penal” en *Reforma política y Derecho*, Praxis SA, Madrid, 1985.
 - “El objeto material en el art. 368 del CP. Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000.
- ASENCIO MELLADO, JM: *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ASTORGA, L: *El siglo de las drogas. El narcotráfico, del Porfiriato al nuevo milenio*, Plaza y Janés, México, 2005.
- AVILÉS FÁRRE, J: “Las amenazas globales del siglo XXI”, *Arbor*, Vol. 180, núm. 709, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E: “Problemas dogmáticos del delito de tráfico de drogas”, en *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Akal, Madrid, 1991.
- BALES, K: *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2000.
- BANCO MUNDIAL, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, 2000.
- BAPTISTA, M / SANTOS CRUZ, M *et at*: *Drogas e pós- modernidade: faces de um tema proscrito*, UERJ, Rio de Janeiro, 2003.
- BARATTA, A: “Introducción a la criminología de la droga” en *Comunidad y drogas*, Cuadernos técnicos de estudios y documentación, núm. 3, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1988.
- BARBOR, *Tet al*: *Drug Policy and the Public Good*, Oxford University Press, 2010.
- BARCELONA LLOP, J: “A propósito de la Ley Orgánica 4 / 1997, de 4 de agosto, llamada de videovigilancia”, *Actualidad Administrativa*, núm. 13, t. 1, 1998.
- BARRIUSO, ALONSO, M: ‘Los Clubes Sociales de Cannabis en España: Una alternativa normalizadora en marcha’, *Serie reforma legislativa en materia de drogas del TNI*, núm. 9, enero de 2011.
- *El cannabis llega al parlamento: El debate sobre la regulación de los clubes sociales de cannabis en el País Vasco*, weblog del TNI, 26 de junio de 2012.
- BECK, U: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, (Traducida por Bernardo Moreno y Rosa Borrás), Paidós, Barcelona, 2001.
- BECOÑA IGLESIAS, E: “La prevención de las drogodependencias. Introducción a algunas cuestiones actuales” en *Drogodependencias IV. Prevención*, Servicio de

- Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1995.
- *Bases teóricas que sustentan los programas de prevención de drogas*, PNSD, Madrid, 1999.
 - *“Bases científicas de la prevención de las drogodependencias”*, Ministerio del interior, Delegación del gobierno para el Plan Nacional sobre drogas, Madrid, 2002.
- BELTRÁN BALLESTER, E: *El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española*, Universidad de Valencia, 1977.
- BELLOCH JULBE, JA: “La reforma del artículo 344 del Código Penal: una visión jurisprudencial” en *Comunidad y drogas*, Cuadernos técnicos de estudios y documentación, Monografía núm. 3, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1988.
- BELLVER, MC / GARCÍA, R: “Objetivos y estrategias de los programas de prevención escolar y comunitario nacionales: Una revisión (1986 - 1994)” en *Prevención de la drogadicción*, Nau Llibres, Valencia, 1997.
- BENITEZ ORTUZAR, IF: *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, Dykinson, Madrid, 2004.
- BERISTAIN IPIÑA, A: *Las drogas*, Mensajero, Bilbao, 1974.
- “Delitos de tráfico ilegal de drogas” en *Comentarios a la legislación penal*, Vol. II, T. V, Edersa, Madrid, 1985.
- BERMEJO MARCOS, F: “La globalización del crimen organizado”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009.
- BERRIO, JL: “Medios de comunicación y drogas” en *Cambios sociales y legales ante el tercer milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.
- BETHEN COURT, JM *et al*: “Intervención familiar en drogodependientes con causas judiciales” en *Implicaciones de la Psicología en la Criminología actual*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la Laguna, 1998.
- BEWLEY – TAYLOR, D / JELSMA, M: “Regime change: Re - visiting the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs”, *The International Journal on Drug Policy* 23, núm. 1, 2012.
- BLANCO CORDERO, L: “Criminalidad organizada y mercados ilegales” en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 11, 1997.
- “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y de la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio”, en *Criminalidad Organizada*, Universidad de Castilla - La Mancha, Almagro, 1999.
- BLICKMAN, T / JELSMA, M: “Las reformas de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos”, *Nueva Sociedad*, núm.22, 2009.
- BOBES, J / SÁIZ, PA / GÓNZALEZ, MP: “Epidemiología del uso / abuso de cocaína” en *Monografía cocaína. Adicciones*. FRANCISCO PASCUAL, MERITXELL TORRES, AMADOR CALAFAT, Vol. 13, 2001.
- BOIX REIG, J *et al*: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- BOIX REIG, J: “Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas”, en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000.
- BOIX REIX, J / COBO DEL ROSAL, M *et al*: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- BOIX REIG, J / JAREÑO LEAL, A.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- BOIX REIG, J / MIRA BENAVENT, J.: “La reforma penal en relación con la

- problemática de la droga” en *Drogas. Aspectos jurídicos y médico – legales*, Facultad de derecho, Palma de Mallorca, 1986.
- BORJA JÍMENEZ.: *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- BOSSARD, A.: “La Criminalité transfrontière multidisciplinaire”, *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, núm. 4, 1984.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, H / HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Trotta, Madrid, 1999.
- BUXTON, J.: “The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime”, *The World Bank, Policy Research Working Paper*, núm.4553, 2008.
- CABALLERO BLAYA, M / MARCÍA, D.: “Prevención de drogodependencias: Intervención educativa versus Comportamental”, *Anales de Psicología*, núm. 9, 1993.
- CABALLERO MARTÍNEZ, L.: *Adicción a cocaína: Neurobiología, clínica, diagnóstico y tratamiento*, Ministerio de Sanidad y Consumo centro de publicaciones, PNSD, Madrid, 2005.
- CACIAGLI, M.: *Clientismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1996.
- CALAFAT, A / JUAN, M *et al.* : *Salir de marcha y consumo de drogas*, Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2000.
- CALAFAT, A / MONTSERRAT, J.: “De la etiología a la prevención del uso y abuso de drogas recreativas” en *Monografía drogas recreativas, Adicciones*, Vol. 15, Suplemento 2, 2003.
- CALDERÓN CERESO, A / CHOCLÁN MONTALVO, JA.: *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1999.
- CALDERON SUSIN, E.: *Arrepentimiento espontáneo (Estudio del artículo 9 - 9 del Código Penal)*, Edersa, Madrid, 1990.
- “La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2000.
- CAMÍ, J / FARRÉ, M.: “Farmacología de los alucinógenos”, en *Alucinógenos: la experiencia psicodélica*, Neurociencias, Institut Municipal de Investigació Mèdica de Barcelona, 1996.
- CAMPERO, JC / BARRANCOS, H.: “Alternativas a la política actual de drogas desde el eslabón de la producción” en *De la represión a la regulación. Propuestas para reformar las políticas contra las drogas*, Friedrich Ebert Stiftung, 2013.
- CAMPERO, JC / VARGAS, R / VERGARA, E.: “De la represión a la regulación: Una propuesta latinoamericana para la reforma de las políticas de drogas”, *Perspectivas*, núm. 2, 2013.
- CAMPO MORENO, JC.: “Arrepentimiento: alcance penal en el “iter criminis” en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, CGPJ, Madrid, 1995.
- CANO PAÑOS, MA.: “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010” en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 31, 2011.
- CARDENAL MURILLO, A.: “El régimen específico del comiso en materia de tráfico de drogas” en *Comentarios a la legislación penal, Tomo XVII. Reformas sobre tráfico de drogas, secretos de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Edersa, Madrid, 1996.
- CARMONA SALGADO, C/ GONZÁLEZ RUS, JJ / MORILLAS CUEVA, L.:

- Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1994.
- CARMONA SALGADO, C.: “La circulación y entrega vigilada de drogas y el Agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico” en *Estudios jurídico - penales y político - criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003.
- CAROD ARTAL, FJ.: “Síndromes neurológicos asociados con el consumo de hongos y plantas alucinógenos”, *Elementos*, núm. 60, Vol. 12, 2005.
- CARRERA, MJ.: “Reflexión sobre la penalización del tráfico de drogas, la penalización administrativa y el recorte de los derechos cívicos”, en *Los agentes sociales ante las drogas*, Dykinson, Madrid, 1997.
- CARTAGENA PASTOR, F.: “Protección de testigos en causas criminales: la LO 19 / 1994, de 23 de diciembre”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1758, 1995.
- CASTANYER, M (coord.): *Servicios Sociales y drogodependencias*, Madrid, PNSD, 1998.
- CASTELLS, M.: *La era de la información. Fin de Milenio*. Vol. 3, 3ª edición, Madrid, Alianza, 2001.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Delitos contra la salud pública. Subtipos agravados” en *Estudios del Ministerio Fiscal, Cursos de Formación*, núm. 1, 1994, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- CASTRESANA, C.: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada” en *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis Interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003.
- CATANZARO, R.: *El delito como empresa. Historia social de la mafia. Traducido por María Luisa Rodríguez Tapia*, Taurus, Madrid, 1992.
- CAULKINS, JP.: “Efectos de la Prohibición. Aplicación de la Ley y la Interdicción sobre el Consumo de drogas” en *Acabando la guerra contra las drogas*, Ideas, 2014.
- CEREZO MIR.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tomo III, Edersa, Madrid, 2006.
- CERVINI, R.: *Los procesos de descriminalización*, 2ª edición, *Revista de los Tribunales*, 1995.
- CHABAT, J.: “El Estado y el crimen organizado transnacional. Amenaza global, respuestas nacionales”, *Revista de historia internacional*, núm. 42, 2010.
- CHOCLÁN MONTALVO, JA.: *La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, en *la criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001.
- CIMAS GIMÉNEZ, MC.: “Delitos relativos al narcotráfico. Visión General” en *Delitos contra la salud pública. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- CÍRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO núm. 1 / 1989, de 8 de marzo, sobre el procedimiento abreviado introducido por la LO 7 / 1988, de 28 de diciembre.
- núm. 1 / 1984, de 4 de junio, sobre interpretación del art. 344 del CP.
- núm. 2 / 2005, de 31 de marzo, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas.
- núm. 2 / 2011, de 3 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica

- 5/ 2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.
- núm. 3 / 2011, de 13 de Octubre, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5 / 2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y precursores.
- CLAYTON, RR.: “Transición in drug use: Risk and protective factors” en *Vulnerability to drug abuse*, DC: American Psychological Association, Washington, 1992.
- CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M (dir.) / FERNÁNDEZ PALMA, R *et al.*: Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M (coord.) / CARMONA SALGADO, C *et al.*: *Derecho Penal Español. Parte Especial, 2ª edición*, Dykinson, Madrid, 2005.
- COBO DEL ROSAL, M (dir.) / PERIS RIERA, J *et al.*: *Sipnosis de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- COMAS, D.: “Notas profesionales de la intervención sobre el uso de las drogas por la población”, *Papeles del colegio*, núm. 4, 1986.
- COMISIÓN GLOBAL SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA, *Informes de 2011 y 2012*.
- COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA.: “Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma”, 2009.
- CÓNDE - PUMPIDO FERREIRO, C (dir.) / BACIGALUPO ZAPATER, E *et al.*: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Trivium, Madrid, 1997.
- CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL, *Manual para la prevención de las drogodependencias y adicciones en el ámbito laboral*, Sevilla, 2004.
- CONSEJO DE EUROPA, “Organization de la prévention de la Criminalité”, Recommendation R (87), 19, Estrasburgo, 1988.
- *Informe sobre la situación del crimen organizado 2004*, Estrasburgo, 2004.
 - *Organised crime situation report 2005*, Estrasburgo, 2005.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, “*Desarrollo, seguridad y justicia para todos*”, 2004, publicación de Naciones Unidas, Nueva York, 2006.
- CORDOBA RODA, J.: “Comentario al art. 21 del Código Penal” en *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- CORDOBA RODA, J / GARCÍA ARAN, M (dirs.): “Delitos contra la seguridad en el tráfico” en *Comentarios al Código Penal*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CORREA DE CARVALHO, JT.: *Tráfico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Juruá, Lisboa, 2010.
- COTELO LÓPEZ, C.: “Artículos 369 y 370 del Código Penal: Tipos agravados en el tráfico de drogas”, en *Delitos contra la salud pública. Novedades Jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, CGPJ, Madrid, 2007.
- CRICK, E / BEWLEY - TAYLOR, D *et al.*: ‘Legally regulated cannabis markets in the US: Implications and possibilities’, *Global Drug Policy Observatory Policy Report*, Nr. 1, Swansea University, 2013.
- CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944, Tomo II, Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 1961.
- *Comentarios al Código Penal de 1928*, Bosch, Barcelona, 1971.
 - *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1982.
- CUELLO CONTERAS, J.: *La conspiración para cometer el delito: Interpretación del art. 4.1 del CP*, Bosch, Barcelona, 2010.
- CUERDA ARNAU, ML.: *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de*

- terrorismo*, Servicio de publicaciones del Ministerio de justicia, Madrid, 1995.
- CYMERMAN, P / TOUZÉ *et al.*: "La estrategia de Reducción de Daños como política preventiva" en *Drogodependencias. Reflexiones sobre el sujeto y la cultura*, CEADSUNR, 1996.
- DE FIGUEIREDO DIAS, J.: "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el "dominio de la organización", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L / GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS, A.: *Crimen organizado. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ariel, Barcelona, 2010.
- DE LA CRUZ OCHOA, R.: *Crimen organizado: aspectos criminológicos y penales*, Editorial Universitaria, Ciudad de la Habana, 2008.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.: "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas" en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986.
- "El marco normativo de las drogas en España", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987.
 - "Legislación penal europea occidental sobre drogas", en *Fascículos de Ciencias Penales*, 1990.
 - "Características de la actual política criminal española en materia de drogas ilícitas" en *La actual política criminal sobre drogas: Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
 - "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites" en *La cooperación internacional: nuevos retos y límites*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, 4ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- DEL CERZO ESTEBAN, JA.: "El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre la criminalidad organizada", *Estudios jurídicos*, núm. 2004, 2004.
- DEL CERRO ESTEBAN, JM.: Fiscalía General del Estado en materia de drogodependencias, en *Medicina Legal y Drogodependencias*, El Sevier Science, Madrid, 2002.
- DELGADO GARCÍA, MD.: "El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada" en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Grupo editorial universitario, Sevilla, 1996.
- DELGADO MARTÍN, J.: "El procedimiento penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", *Actualidad Penal*, núm. 1, 2000.
- La criminalidad organizada. Comentarios a la LO 5 / 1999, de 23 de febrero, de modificación de la ley en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el delito de tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves, Bosch, Barcelona, 2001.
- DEL POZO PÉREZ, M.: "La entrega vigilada como medio de investigación de la delincuencia Organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española", *Pensamiento Jurídico*, núm. 21, 2008.
- DEL RIO FERNÁNDEZ, LJ.: "Tráfico de drogas: delito internacional", *Revista General del Derecho*, núm. 583, 1993.
- "Tráfico de drogas y adecuación social. Supuestos de atipicidad en el artículo 344 del Código Penal", *Revista General del Derecho*, núm. 616 - 617, 1996.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: "Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas

- consideraciones fenomenológicas y político - criminales” en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid.
- DE URBANO CASTRILLO, E / TORRES MORATO, MA.: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- DE URQUIA GÓMEZ, F.: “Donación o entrega de droga al familiar consumidor” en *Delitos contra la salud pública*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1993.
- DEL VALLE MUÑIZ, JM / MORALES GARCÍA, O.: “Comentario al art. 369” en *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- “Tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas” en *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
 - “Art. 372”, “Art. 374”, “Art. 375”, “Art. 377” y “Art. 378”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Cizur Menor, Navarra, 2005.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma. La cuestionable necesidad de modificar el artículo 379 del Código Penal”, *La Ley*, 2007.
- DÍAZ, R / FERRI, MJ.: “Intervención en poblaciones de riesgo (1): los hijos de alcohólicos”, *Adiciones, 14, Suplemento 1*, 2002.
- DÍAZ CABIALE, JA.: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.) en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CGPJ, Madrid, 1996.
- DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.: “Algunos aspectos jurídico - penales y procesales de la figura del arrepentido”, *La Ley*, núm. 4132.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, Promociones y publicaciones universitarias, 1991.
- DÍEZ RÍPOLLÉS, JL.: “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 3, 1987.
- *Los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1 / 1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989.
 - “Alternativas a la actual legislación sobre drogas” en *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
 - “El control penal del abuso de drogas: Una valoración política - criminal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVIII, núm.1, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JL / MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “La licitud de la autoorganización del consumo de drogas” *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm.1, 2013.
- DONNELLY, J.: “The United Nations and the Global Drug Control Regime”, *Drug Policy in the Americas*, Boulder: Westview Press, 1992.
- “Las Tríadas chinas”, *Revista Internacional de Policía Criminal*, núm. 469 - 471, 1998.
- DOPICO GÓMEZ - ALLER, J.: *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DOVAL PAÍS, A.: “Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas”, *Revista Penal*, núm. 6, 2000.

- ESCÁMEZ, J.: “Directrices para la elaboración de programas preventivos en drogodependencias” en *Drogas y escuela. Una propuesta de prevención*, Dykinson, Madrid, 1990.
- ESCOHOTADO, A / MARKEZ, I / DÍEZ RIPOLLÉS, JL.: *Las drogas: de ayer a mañana*, Talasa, Madrid, 1994.
- ESCOHOTADO, A.: *Historia general de las drogas*, Espasa Calpe, Madrid, 2005
- *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, perjuicios y desafíos*, Anagrama, Barcelona, 2006.
- ESCRIBANO ÚBEDA - PORTUGUÉS, J.: “Análisis de los efectos negativos de la delincuencia organizada”, *Anales de la Universidad Metropolitana*, Vol. 9, núm.2 (Nueva serie), 2009.
- ESPIAZO GARCÍA, J.: *La droga. Perspectiva criminológica*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- ESPINOSA DE LOS MONTEROS, RZ.: *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- “El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español”.
- ESQUIROL ZULOAGA, I.: “Diligencia de intervención de la correspondencia postal y telegráfica” en *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- ESTRATEGIA NACIONAL SOBRE DROGAS (2000 - 2008), Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2000.
- (2009 - 2016), Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2009.
- ESTRELLA RUIZ, M.: “Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.” en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de derecho judicial*, CGPJ, Madrid, 1996.
- ETXEBERRÍA GURIDI, JF.: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.
- “Videovigilancia y el derecho a la protección de los datos de carácter personal”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 76, 2006.
- EUROPOL, *Informe 2003 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada. Versión pública*, La Haya, 2003.
- *Informe Socta 2013, EU Serious And Organised Crime Threat Assessment*, Europol, 2013.
- FABIÁN CAPARROS, EA.: “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8 / 1992 de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo XLVI, fasc. II, 1993.
- “Criminalidad organizada” en *El nuevo Código Penal: primeros problemas de aplicación*, Universidad de Salamanca, 1997.
- FASSONE, E.: “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, CGPJ, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ ALONSO, M.: “Las políticas de prevención en las comunidades autónomas españolas: debilidades y fortalezas”, *Papers*, núm. 90, 2008.
- FERNÁNDEZ PALMA, R.: “Comentario al artículo 376 del Código Penal” en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, MT.: “Autoría y participación en la criminalidad organizada” en *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, L.: “Criminalidad y globalización”, *Revista de Ciencias Penales*,

- Tlalpan, México, núm. 1, 2005.
- FERRÉ OLIVÉ, JC / ANARTE BORRALLO, E.: *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- FISAS, V.: *Armas ligeras: La pesada herencia de la cultura armamentista*, cátedra Unesco sobre paz y derechos humanos, Icaria, Barcelona, 2000.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?*, 2000.
- FORGIONE, F.: *'Ndrangheta'. La mafia menos conocida y más peligrosa del planeta*, Destino, Barcelona, 2008.
- FRATTINI, E.: *Mafia S.A*, Espasa Calpe, Madrid, 2002.
- FUKUMI, S.: *Cocaine Trafficking in Latin America. EU and US Policy Responses*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2008.
- GABIRIA, C / ZEDILLO, H *et al.*: *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma*, Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2009.
- GAINZA, L / MARTÍNEZ VELASCO, C *et al.*: “Intoxicación por drogas”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Vol. 26, Núm. Extra 1, 2003.
- GALLEGO SOLER, J.I.: *Los delitos de tráfico de drogas. II (un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales)*, Bosch, Barcelona, 1999.
- GARCÍA ALBERO, R.: “La suspensión de la ejecución de las penas” en *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- GARCÍA DEL CASTILLO, JA / LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Manual de estudios sobre cocaína y drogas de síntesis*, Edaf, Madrid, 2005.
- GARCÍA NEBREDA, J *et al.*: *La imagen de la droga en la prensa española. Comunidad y drogas*, Cuadernos Técnicos de Estudios y Documentación, núm. 2, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978.
- “Bases para una política criminal de la droga” en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político - criminales)* Edersa, Madrid, 1986.
- GARCÍA PÉREZ, JJ.: “Criminalidad organizada y protección de peritos y testigos en el proceso penal español” en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001.
- GARCÍA RUIZ, JM.: “Correo electrónico y proceso penal”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2003.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B.: “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal”, *Revista de letras jurídicas*, núm. 9, 2004.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* núm. 10, Granada, 2008.
- GARRIDO GENOVÉS, V / LÓPEZ LATORRE, MJ.: *La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GARRIDO LORENZO, MA.: *Derechos fundamentales y doctrina jurisprudencial. Especial referencia a la intervención de las comunicaciones telefónicas y a la diligencia de entrada y registro domiciliario*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, núm. 1, 2003.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Comares, 2001.

- GAYRAUD, JF.: *El G 9 de las mafias en el mundo*, Urano, Barcelona, 2007.
- GID, *Reducción de la demanda de drogas. Prevención del abuso de drogas en España*, Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 1996.
- GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, JM *et al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- GILLIS, M.: *El desarme. Guía básica*, Naciones Unidas, Nueva York, 2009.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966.
- *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2006.
- GIMENEZ GARCÍA, J.: “El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral”, *Actualidad Penal*, núm. 2, 1994.
- GIMÉNEZ - SALINAS FRAMIS, A.: “La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales” en *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa, 2012.
- GIMENO SENDRA, V.: “Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- “Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a las drogas tóxicas y estupefacientes” en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000.
- *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Colex, Madrid, 1999.
- GIMENO SENDRA, V / CONDE PUMPIDO TOUROM, C *et al.*: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000.
- GLENNY, M.: *McMafia. El crimen sin fronteras*, Destino, Barcelona, 2008.
- GÓMEZ AMIGO, L.: *Las intervenciones corporales como diligencia de investigación penal*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JM.: “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 37, Fasc / Mes 1, 1984.
- *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984.
- GÓMEZ COLOMER, JL *et al.*: *Derecho Jurisdiccional III*, 14 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA - HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004.
- GÓMEZ PAVÓN, P.: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, Barcelona, 1998.
- GÓNZALEZ CASSO, J.: “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los arts. 80 números 4 y 87 del Código Penal”, *Revista Penal*, núm. 9, 2002.
- GÓNZALEZ CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ RUS, JJ.: “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría” en *Problemas de autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXIX, CGPJ, Madrid, 1994.
- “Asociación para delinquir y criminalidad organizada”, *Actualidad Penal*, número 27, 2000.
- “La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012.
- GOYENA HUERTA, J.: “Las intervenciones corporales coercitivas”, *Actualidad*

- Jurídica Aranzadi*, núm. 695, 2005.
- GRACÍA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GRACÍA MARTÍN, L (coord.) / BOLDOVA PASAMAR, MA.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GRANADOS PÉREZ, C.: “Principios del Proceso Penal: nuevas perspectivas” en *Jornadas sobre práctica de Derecho Procesal. Análisis actual y nuevas orientaciones*, Melilla, 1994.
- “Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado. Agente Encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia” en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de Tráfico de drogas, la Ley, Madrid, 2007.
- GRATIUS, S.: *Europa y América Latina: La lucha contra la droga y el narcotráfico*, Departamento temático, Dirección general de políticas exteriores, Unión Europea, Bélgica, 2012.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo VI, Esteban Hermanos Impresores, Salamanca, 1981.
- GUILLÉN LÓPEZ, G.: “Discusión política criminal en torno al tráfico de drogas”, *Estudios en Derecho y Gobierno*, Universidad católica de Colombia, 2009.
- GUINARTE CABADA, G.: “La regulación de la entrega vigilada de drogas (Comentario al artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en *Comentarios a la legislación penal, tomo XVII, Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Edersa, Madrid, 1996.
- HAMOWY, R.: *Tráfico y consumo de drogas. Consecuencias de su control por el Gobierno*, Unión, Madrid, 1991.
- HANSEN, WB.: “School - based substance abuse prevention: A review of the state of the art in curriculum, 1980 - 1990”, *Health Education Research*, 7, 1992.
- HAWKINS, JD *et al.*: “Risk and protective factors for alcohol and other drug problems in adolescence and early adulthood: Implications for substance abuse prevention” en *Psychological Bullerin*, 112, 1992.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JU.: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.
- HERRERO HERRERO, C.: *La Justicia Penal española en la crisis del Poder absoluto*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- *Criminología. Parte General y Especial*, Dykinson, Madrid, 1997.
- *Criminología. Parte General y Especial*, Dykinson, Madrid, 2007.
- HUALDE, G.: “Rasgos del contexto estructural del consumo de drogas en los jóvenes. Aspectos económicos, sociales, culturales e ideológicos asociados” en *Comunidad y drogas*, núm. 10, 1990.
- INCB, *Prevención primaria del uso indebido de drogas, Informe 2009*.
- INCHAURRAGA, S.: *Drogas y políticas públicas: el modelo de la reducción de daños*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2002.
- INFORME DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE EUROPOL, *Report on de Organised Crime Situation in Council of Europe Member State*, Luxemburgo, 2004.

- INSTITUTO NACIONAL SOBRE EL ABUSO DE DROGAS, *Principios de tratamientos para la drogadicción: Una guía basada en las investigaciones*, 2010.
- ISASI, M.: “Seamos realistas, legalicemos las drogas”, en *Los agentes sociales ante las drogas*, Dykinson, Madrid, 1998.
- JAIME - JIMÉNEZ, O / CASTRO MORAL, L.: “La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 91.
- JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*. Trad., Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JELSMA, M.: *Tendencias en las reformas a las leyes de droga en América Latina*, 2003.
- “Drugs in the UN system: the unwritten history of the 1998 United Nations General Assembly Special Session on drugs”, *The International Journal of Drug Policy*, 14: 2, 2003.
 - “El estado actual del debate sobre políticas de drogas” en *Drogas y Democracia*, 2008.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L /ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal conforme al código de 1928. Parte Especial, Tomo II*, Reus, Madrid, 1929.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: “La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas” en *Jornadas de derecho penal*, Albacete, 1988.
- JOACHIM ACHNEIDER, H.: “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.3, Uned, Facultad de derecho, Madrid, 1993.
- JOSHI JUBERT, U.: *Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del art. 368 del CP*, Bosch, Barcelona, 1999.
- “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *ADPCCPP*, 1995 (XLVIII – II).
- JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES, “Los tratados de Fiscalización Internacional de drogas: historia, logros y dificultades”, en *Informe anual de la JIFE de 2008*.
- *Informe del 2011*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2011.
 - *Informe del 2012*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2012.
- KAISER, G.: *Estudios de psicología criminal*, Vol. XVII, Espasa - Calpe, Madrid, 1983.
- KALDOR, M.: *Las Nuevas Guerras. La Violencia Organizada en la era global*, Tusquets Editores, Barcelona, 2001.
- KENDALL, RE.: “Las organizaciones delictivas, un problema internacional”, *Revista Internacional de Policía Criminal*, 469 - 471 (1998).
- KREUZER, A.: “Las drogas en la República Federal de Alemania. Problemática y aspectos político criminales”, en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Instituto Alemán, Madrid, 1982.
- KRASNER, S. D.: “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, *International regimes*, Ithaca / Londres: Cornell University Press, 1983.
- LAFONT NICUESA, L.: “Comentario sobre la legalización del tráfico de drogas y algunos problemas sobre los tipos penales vigentes en el derecho español”, *RMF*, núm. 11, 2003.

- LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- LEGANÉS, S / ORTOLA, ME.: *Criminología. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LEORY, B.: “International drug policy: challenges and perspectives”, en *Global Drug Policy: Building a new framework*, Contributions to the Lisbon International Symposium on Global Drug Policy, 2003.
- LEVINE, HG.: “The Secret of Worldwide Drug Prohibition The Varieties and Uses of Drug Prohibition.”, *The Independent Review*, V.VII, número 2, 2002.
- LEZA CERRO, JC.: “Cannabis. Farmacología” en *Drogodependencias. Farmacología, Patología, Psicología, Legislación*, Panamericana, Madrid, 2001.
- “Cannabis (II). Dependencia” en *Drogodependencias. Farmacología, Patología, Psicología, Legislación*, Panamericana, Madrid, 2001.
- LIAÑO FONSECA - HERRERO, M.: “Límites y Garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, *La Ley*, 7 de diciembre del 2004.
- LIÑAN CLEMENTE, A.: *Mercado Mundial y Ordenamiento Penal. Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta s.a, Madrid, 1996.
- LIZASOAIN HERNÁNDEZ, I / MORO SÁNCHEZ, MA / LORENZO, P.: “Cocaína: aspectos farmacológicos” en *Monografía cocaína. Adicciones*. FRANCISCO PASCUAL, MERITXELL TORRES, AMADOR CALAFAT, vol., 13, 2001.
- LIZASOAIN HERNÁNDEZ, I / MORO SÁNCHEZ, MA / MARTÍN DEL MORAL, M.: *Drogodependencias. Farmacología, Patología, Psicología, Legislación*, Panamericana, Madrid, 2001
- LIZASOAIN HERNÁNDEZ, I / LORENZO FERNÁNDEZ, P.: “Anfetaminas”, en *Drogodependencias. Farmacología. Patología. Psicología. Legislación*, Panamericana, Madrid, 2001.
- LLAMAS FERNÁNDEZ, M / GORDILLO LUQUE, JM.: *Medios técnicos de vigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, CGPJ, Madrid, 2007.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “El agente encubierto”, *La Ley*, núm. 4778, 1999.
- “Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado” en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001.
- *Comentarios a la legislación penal*, T. VI, vol. I, 2003.
- LÓPEZ ORTEGA, JJ.: *La admisibilidad de los medios de investigación basados en registros informáticos*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 2002.
- LÓPEZ PEREGRIN, MC.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LÓPEZ RÍOS, F / GÓMEZ MARTÍN, S.: “Una aproximación a la construcción social del problema de las drogodependencias” en *Drogas y adicciones en la sociedad actual*, Universidad de Almería, 2006.
- LORENZO FERNÁNDEZ, P / BOBES GARCÍA, J.: “Drogas de diseño. Otras feniletilaminas. Opiáceos. Otros” en *Drogodependencias. Farmacología. Patología. Psicología. Legislación*, Panamericana, Madrid, 2001.
- LORENZO SALGADO, JM.: *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, 1978.
- “Reforma de 1983 y tráfico de drogas” en *La problemática de la droga en España: análisis y propuestas político criminales*, Edersa, Madrid, 1986.
- LUENGO MARTÍN, MA et al.: *La prevención del consumo de drogas y la conducta antisocial en la escuela: Análisis y evaluación de un programa*, Universidad de Santiago de Compostela, 1999.
- LUMPE, L / MEEK, S / NAYLOR, RT.: “Introducción al tráfico de armas “en *Tráfico*

- de Armas. El mercado negro mundial de armas ligeras*, Intermon Oxfan, Barcelona, 2004.
- LUZÓN CANOVAS, M.: “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 3, 2011.
- LUZÓN CUESTA, JM.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000.
- *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2003.
 - *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2008.
- LUZÓN PEÑA, M.: “Tráfico y consumo de drogas”, en *la Reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Edisa, Madrid, 1982.
- LLEBOT MARCH, S / GUAL SOLE, A.: *Toxicomanías, cara y cruz de las drogas*, Morales i Torres, Barcelona, 2004.
- LLERA SÚAREZ BÁRCENA, E.: *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- LLOPIS LLÁCER, JJ.: “Dependencia, Intoxicación aguda y síndrome de abstinencia por cocaína” en *Monografía cocaína. Adicciones*. FRANCISCO PASCUAL, MERITXELL TORRES, AMADOR CALAFAT, vol.13, 2001.
- LLOSCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena conforme al CP de 1995, 4ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- LLORENS BORRÁS, JA.: *La droga y su problemática actual*, Acervo, Barcelona, 1986.
- MAERTENS, F / DE ANDRÉS, AP.: “David contra Goliath. El combate contra el narcotráfico”, FRIDE, 2009.
- MAGALDI PATERNOSTRO, MJ.: “Art.372”, “Art.373”, “Art.374”, “Art.375”, “Art.376”, “Art.377” y “Art.378” en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MAGRO SERVET, V.: “El concepto de notoria importancia como subtipo agravado del delito de tráfico de drogas”, en *Poder Judicial*, núm. 34, 1994.
- MAGRO SERVET, V / SOLAZ SOLAZ, E.: *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución, expulsión*, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2010.
- MANJÓN - CABEZA OLMEDA, A.: “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des) protección de menores e incapaces”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LVI, 2003.
- “Agravaciones del tráfico de drogas en la LO 15 / 2003”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 12, 2005.
- MANZANOS BILBAO, C.: “Apuntes sobre la reconstrucción del problema de la droga” en *Los agentes sociales ante las drogas*, Dykinson, Madrid, 1998.
- MAPELI CAFFARENA, B / TERRADILLOS BASOCO, JM.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 2005, p. 115.
- MAQUEDA ABREU, ML.: “Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas”, *Diario La Ley*, núm. 4624, 1988.
- MARAVALL, J et al.: *El papel de la familia en la prevención de las drogodependencias*, CEAPA, Madrid, 2006.
- MARCH CERDÁ, MX.: “Criterios y elementos metodológicos para la evaluación de programas de prevención de las drogodependencias”, *Pedagogía social: Revista*

- universitaria*, núm. 1, 1998.
- MARENCO, A.: “L’evoluzione internazionale delle Triadi cinesi secondo il paradigma criminológico”, Cesnur, 2003.
- MARTÍ DE VESES, MC.: “El Derecho Internacional Público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes”, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Universidad de Valencia, 1977.
- MARTÍN, E.: “De los objetivos de la prevención a la prevención por objetivos” en *Drogodependencias*, Servicio de publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 1995.
- MARTÍN DEL MORAL, M / LORENZO FERNÁNDEZ, P.: “Conceptos fundamentales en drogodependencias” en *Drogodependencias. Farmacología. Patología Psicológica. Legislación*, Editorial Panamericana, Madrid, 2001.
- “Fundamentos biopsicosociales de las drogodependencias. Prevención y tratamiento” en *Drogodependencias. Farmacología. Patología. Psicología. Legislación*, Panamericana, Madrid, 2009.
- MARTÍN MORALES, R.: “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2004.
- MARTÍN OSTOS, J.: “Poder Judicial, función jurisdiccional y Secretario Judicial”, *Revista de Justicia*, núm. 1, 1990.
- MARTÍNEZ HIGUERAS, IM *et al.*: *Actuar es posible. Medios de comunicación y drogodependencias*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, 2000.
- MARTÍNEZ RUIZ, J.: “La protección de testigos y peritos en causa criminales” en *Estudios jurídico - penales y político - criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003.
- *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Bosch, Barcelona, 2004.
- MATHEIU, H / NIÑO, C.: “Introducción. Aspectos de la situación actual de las drogas ilegales y propuestas de reformas” en *De la represión a la regulación. Propuestas para reformar las políticas contra las drogas*, Friedrich Ebert Stiftung, 2013.
- MAYNTZ, R.: *Sociología de la organización*, 5ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- MCALLISTER, WB.: *Drug Diplomacy in the Twentieth Century*, NuevaYork: Routledge, 2004.
- MEDINA ARIZA, JJ.: “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado” en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- MÉLENDEZ SÁNCHEZ, LF.: *Consideraciones criminológicas en materia de narcotráfico*, Dykinson, Madrid, 1989.
- MENDOZA BUERGO, B.: “Delitos contra la salud pública” en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Volumen II*, Ceura, Madrid, 1998.
- MIGUEL ZARAGOZA, J.: “La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen”, *Suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1676, 1992.
- MIR PUIG, S.: *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal. Parte General Volumen I*, de HH Jescheck, Bosch, Barcelona, 1981.
- *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Tecfoto, Barcelona, 1996.
- *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998.
- *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Reppertor, Barcelona, 2010.
- *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 2011.

- MOLINA MANSILLA, MC.: *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Bosch, Barcelona, 2009.
- “Comentario a las Leyes Orgánicas 1 / 2015 y 2 / 2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Los aspectos más destacables de la reforma” en *Guía práctica sobre la reforma del Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 / 2015 y 2 / 2015, de 30 de marzo*, Sepin, Madrid, 2015.
- MOLINA PEREZ, T.: “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 93, 2005.
- “La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XL, 2007.
 - “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, Real Centro Universitario “Escorial María - Cristina”, Madrid, 2011.
- MOLZAHN, C / RÍOS, V / SHIRK, DA.: “Drug Violence in México. Data and Analysis Through 2011”, Special Report, *Tans - Border Institute*, 2012.
- MONCADA BUENO, S.: “Factores de riesgo y protección en el consumo de drogas” en *Prevención de las drogodependencias: Análisis y propuestas de actuación*, PND, Madrid, 1997.
- MONTAÑES PARDO, MA.: *La intervención de las comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- MONTERO AROCA, J.: *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MONTERO LA RUBIA, FJ.: *Delitos contra la salud pública*, Bosch, Barcelona, 2007.
- MONTÓN REDONDO, A et al.: *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal*, 8ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- MONTÓN REDONDO, A / BARONA VILAR, S et al.: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 9ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- MONTOYA, MD.: *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal penal*, 2ª edición, Ad – hoc, Buenos Aires, 2001.
- MORA MORA, LP.: “La prueba como derecho fundamental” en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, Colex, 2006.
- MORENO CATENA, V.: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal” *Poder Judicial*, número especial 2 (Justicia Penal), 1987.
- “Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial”, *Revista del Poder Judicial*, número especial VIII (Seguridad ciudadana), 1989.
 - “Los agentes encubiertos en España”, *Otrosí*, núm. 10, 1999
 - “La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español” en *La delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
 - *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MORENO CATENA, V et al.: *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1997.
- MORENO CATENA, V / COQUILLAT VICENTE, A et al.: *El proceso penal*, V. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- MORILLAS CUEVA, L.: *Estudios jurídico - penales y político - criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003.
- *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad*, Dykinson, Madrid, 2008.

- MOUZELIS, N.: *Organización y burocracia. Un análisis de las teorías modernas sobre organizaciones sociales*, ediciones Península, 3ª edición, Barcelona, 1991.
- MUERZA ESPARZA, J / DE LA OLIVA SANTOS, A *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, Ceura, Madrid, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F.: “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” en *La Reforma Penal de 1983*, Bosch, Barcelona, 1983.
- *La Reforma penal de 1983. Parte Especial*, Destino, Madrid, 1983.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, USE, Sevilla, 1985.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
 - “Drogas y Derecho Penal” en *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
 - “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
 - “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho?””, *Revista Penal*, núm. 6, 2000.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
 - *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
 - *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ RIVAS, MJ *et al.*: *Factores de riesgo en drogodependencias: Consumo de drogas en adolescentes*, Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense, Madrid, 2000.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El Agente Provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- “Responsabilidad penal del drogodependiente”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J / Díez Ripollés, JL (dir.) *et al.*: *Las drogas en la delincuencia: su tratamiento en la administración de justicia*, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, Sección de Málaga, 2002.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J / NAVARRO SOTO, S.: “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001.
- MUSCO, E.: “Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia problemas y perspectivas”, *Revista Penal*, número 2, 1998.
- NACIONES UNIDAS, *Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe preparado por la Secretaria*, Naciones Unidas, Nueva York, 1981.
- *VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente*, Milán, 1985, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 1986.
 - *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe preparado por la Secretaria*, Naciones Unidas, Nueva York, 1991.
 - *Informe del Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 28 de abril a 5 de mayo de 1995*.

- *Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada*, marzo de 1999.
 - *Informe del décimo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de 10 a 17 de abril de 2000*, Viena.
 - *Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.
 - *Informe sobre Desarrollo Humano 2005*, PNUD, Ediciones Mundi- Prensa, Madrid, 2005.
 - *X Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 10 a 17 de abril del 2010*, Viena, Publicaciones de las Naciones Unidas, New York, 2010.
- NAVALPOTRO BALLESTEROS, T.: “Los derechos individuales frente a la videovigilancia pública: una necesaria medida retrospectiva a la Sentencia Peck del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 135, 2007.
- NAVARRO, J / RODRÍGUEZ, E.: *La incidencia de las drogas en el mundo laboral*, Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2001.
- NEUMAN, E.: *Droga y criminología*, Siglo XXI, México, 1984.
- *Legalización de las drogas*, 2ª edición, Desalma, Buenos Aires, 1997.
 - “El modelo neoliberal y la legalización de las drogas”, en *SERTA: In memoriam de Alexandri Baratta*, CISE / Universidad de Salamanca, 2004.
- NUÑEZ DE CEPEDA, H.: *Código Penal de 1932*, Litografía e Imprenta Roel, La Coruña, 1932.
- NUÑEZ PAZ, MA / GUILLÉN LÓPEZ, G.: “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas” en *ADPCP*, Vol. LXI, 2008.
- OBREGÓN GARCÍA, A.: “La eximente de estado de intoxicación plena por consumo de alcohol y otras drogas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, número extraordinario núm. 1, 2000.
- OED, *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000-2008*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2000.
- *Encuesta 2007- 2008 sobre el consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011.
 - *Informe 2011*, PNSD, 2011.
- OEDT, *a European perspective on responding to blood borne infections among injecting drug users, A Short Briefing Paper*, EMCDDA, Lisbon, 2005.
- “El problema de la drogodependencia en Europa”, *Informe anual 2011*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.
 - *Informe 2011, Situación y tendencias de los problemas de drogas en España*, DGPNSD, Madrid, 2011.
 - *Informe 2013, Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España*, DGPNSD, Madrid, 2013.
 - *Encuesta domiciliaria sobre alcohol y drogas en España 2011- 2012*, PNSD, 2013.
- OIEA, *Base de datos (ITBD) sobre tráfico no autorizado*, 2013.
- OMS, *16º Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia*, nº 407, Ginebra, 1969.
- *20º Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia*, nº 551, Ginebra, 1974.
 - *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Ministerio de Sanidad y Consumo de

- España, Madrid 2008.
- ONU, *Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos*, Nueva York, 9 al 20 de julio del 2001, Naciones Unidas, Nueva York, 2001.
- OOMEN, J.: “Hablemos del cannabis. Alternativas europeas en políticas de drogas: El papel de los ciudadanos”, *Coalición Europea por Políticas de Drogas Justas y Eficaces*, 2006.
- ORTELLS RAMOS, M.: “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1996.
- “Problemas de contenido y delimitación de la fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral) en *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997.
 - Protección de testigos y peritos, en *Jornadas denominadas “La Justicia Penal en el siglo XXI”* celebradas en Valladolid entre el 25 a 29 de noviembre de 1998.
- ORTS BERENGUER, E / VIVES ANTÓN, TS *et al.*: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- OTERO GÓZALEZ, P.: *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- PADILLA ALBA, *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, Comares, Granada, 2001.
- PACHECO, JF.: *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo II, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1867.
- PALOMARES, A.: “La promoción de la salud en la infancia: Factores en el diseño de programas”, *Revista Española de Terapia del Comportamiento*, núm. 8, 1990.
- PALOMO DEL ARCO, A.: “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal” en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001.
- PASCUAL PASTOR, F.: “Aproximación histórica a la cocaína. De la coca a la cocaína” en *Monografía cocaína*, Adicciones, Francisco Pascual, Meritxell Torres, Amador Calafat editores, Vol. 13, 2001.
- PASCUAL PUERTA, A.: “Nuevos retos en prevención comunitaria”, *Revista de la asociación Proyecto Hombre*, núm. 67, 2008.
- PAZ RUBIO, JM *et all.*: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999.
- PENADO ABILLEIRA, M.: “Repercusiones penales de las drogas alucinógenas”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 21, Madrid, 2011.
- PENTZ, MA.: “Prevention aime at individul: An integrative transactional perspective”, *Addictions. A compre - hensive guidebook*, Oxford University Press, Nueva York, 1999.
- PÉREZ ALONSO, EJ.: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998.
- PÉREZ PINEDA, B / GARCIA BLÁZQUEZ, M.: *Manual de Medicina Legal para profesionales del derecho*, Comares, Granada, 1990.
- PÉREZ PÉREZ, H / RUBIO, C / MARTÍN, RE.: “Toxicología de las drogas de síntesis”, *Revista de Toxicología*, núm. 3, 2003.
- PERRY, CL / KELDER, SH.: “Models for effective prevention”, *Journal of Adolescent Health*, 13, 1999.

- PETTERSON, PL *et al.*: “Evaluating comprehensive community drug risk reduction interventions. Design challenges and recomendations”, *Evaluation Review*,16, 1992.
- PHILIP DE ANDRÉS, A.: “El crimen organizado, el tráfico de drogas y el terrorismo: el nuevo talón de Aquiles de África Occidental”, Fride, 2008.
- PNSD, *heroína. Informe nº 5 de la Comisión Clínica*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009.
- *Drogas de síntesis en España: Patrones y tendencias de adquisición y consumo*, Ministerio de sanidad, política social e igualdad, 1997.
 - *Estrategia Nacional sobre Drogas (2000 - 2008)*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2000.
 - *Memoria 2000*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001.
 - *Encuesta Estatal sobre Salud y Drogas entre los Internos en Prisión (ESDID)*, Unidad de Sistemas de Información y Documentación de la DGPNSD, 2006.
 - *Guía sobre drogas*, Ministerio de Sanidad y Consumo, publicada por la Delegación del Gobierno para el PNSD, 2007.
 - *Plan de Acción sobre Drogas (2009 - 2012)*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009.
 - *Estrategia Nacional sobre Drogas (2009 - 2016)*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2009.
 - *Intervención sobre Drogas en Centros Penitenciarios*, DGPNSD, 2009.
 - *Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Estudiantes de Enseñanzas Secundarias (ESTUDES) 1994 - 2010*, Delegación del Gobierno para el PNSD, Madrid, 2010.
 - *Encuesta Estatal sobre Salud y Drogas entre los Internos en Prisión (ESDID)*, Unidad de Sistemas de Información y Documentación de la DGPNSD, 2011.
 - *Memoria 20012*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012.
 - *Informe Nacional 2012 (datos del 2011) al OEDT por el Punto Focal Nacional Reitox*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012.
 - *ESTUDES 2013*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2013.
- PONS DíEZ, J / BERJANO PEIRATS, E.: *El consumo abusivo del alcohol en la adolescencia: un modelo explicativo desde la psicología social*, PND - Caja Madrid, 1999.
- PRIETO RODRÍGUEZ, JL.: *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal - español*, Bosch, Barcelona, 1986.
- PROCHASKA, JO / PROCHASKA, JM.: “Modelo transteórico de cambio para conductas adictivas” en *Recaída y prevención de recaídas. Tratamientos psicológicos en drogodependencias*, Ediciones en Neurociencias, Sitges, 1993.
- POZA CISNEROS, M.: “Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico - práctico de los arts. 80 a 94 del CP” en *Problemas específicos de la aplicación del Cp*, Manuales de formación continuada, 4, Madrid, 1999
- POZO CUEVAS, F.: *Drogas y control social: representaciones sociales y tratamiento penal de las drogas*, Centro de estudios andaluces, Consejería de la presidencia, Sevilla, 2009.
- PUENTE SEGURA, L.: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, La Ley, Madrid, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, JJ.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1987.

- “La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (Notas a la LO 8 / 1992, de 23 de diciembre)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 96, 1993.
 - *Derecho penal español. Parte especial, 3ª edición*, Bosch, Barcelona, 1996.
 - “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5 / 1999 de 14 de enero” en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, 1999.
 - *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2008.
 - *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINTANO RIPOLLES, A.: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo” en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de derecho de Palma de Mallorca, 1986.
- *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G / MORALES PRATS, F/ VALLE MUÑIZ, JM.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- QUINTANAR DÍEZ, M.: *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Edersa, Madrid, 1996.
- RAFAEL HUESO, CJ.: “Intervenciones corporales en los delitos contra la libertad sexual. Prueba pericial médica sin consentimiento del imputado”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 8, 2002.
- RAMOS ATANCE, JA / FERNÁNDEZ RUÍZ, J.: “Cannabinoides: propiedades químicas y aspectos metabólicos”, en *Monografía cannabis, Adicciones*, Vol. 12, suplemento 2, Editores JULIO BOBBES y AMADOR CALAFAT, Madrid, 2000.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición, 2001.
- RECIO ADRADOS, JL.: *Papel de la familia, los compañeros y la escuela en el abuso de drogas*, Cruz Roja Española, Madrid.
- REDONDO HERMIDA, A.: “El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 45, 2008.
- REEG, A.: “El papel del derecho penal en materia de estupefacientes. Una vista general de las posibles vías a seguir” en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Tomo II, UNED, Madrid, 1989.
- REKALDE, A.: “Drogas: Debate público y representación social”, 2003.
- REQUEJO CONDE, C.: “Consideraciones jurídico - penales sobre el concepto de cantidad de notoria importancia y conductas de extrema gravedad en el delito de tráfico de anfetaminas”, *Actualidad Penal*, Semana del 1 al 7 de febrero de 1999.
- RESA NESTARES, C.: “Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.
- REUTER, P / TRAUTMANN, F (eds.): “A Report on Global Illicit Drug Markets 1998 - 2007”, *Comisión Europea*, 2009.
- REY HUIDOBRO, LF.: *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, 1987.
- “El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los supuestos de dudosa tipicidad”, *Actualidad Penal*, núm. 34, 1994.
 - “La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas”, *La Ley*, número 2, 1996.
 - “Las entregas vigiladas de drogas: el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento

- Criminal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 2, 1999.
- *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
 - “La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5 / 2010, de 22 de junio, en materia de tráfico”, *Aranzadi doctrinal*, núm. 8, 2010.
- RIERA, A.: *La Organizazatsja. Mafía rusa, mafia roja*, Arcopress, Córdoba, 2008.
- RIFÁ SOLER, JM.: “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999.
- RIOS, JA / ESPINA, A y BARATAS, MA.: *La prevención de las drogodependencias en la familia*, Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 1997.
- RIVES SEVA, AP.: *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JM.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1975.
- *Derecho penal español. Parte especial*, 9ª edición, Gráficas Carása, Madrid, 1983.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JM / SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: “El agente encubierto y la entrega vigilada (Comentarios a la LO 5 / 1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal)”, 1999.
- RODRÍGUEZ FLOREZ, MA.: “Desafíos que enfrenta y la propuesta de legalización del cannabis” en *TIPS*, núm. 17, 2013.
- RODRÍGUEZ LAINZ, JL.: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, 2002.
- RODRÍGUEZ MOURULLO.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de derecho penal (Parte especial)*, Trivium, Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L (dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A (coord.) et al.: *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2011.
- ROMANÍ, O.: “Políticas de drogas: prevención, participación, y reducción del daño”, *Salud Colectiva*, Vol. 4, núm. 3, 2008.
- ROOM, R. et al.: *Cannabis Policy. Moving beyond stalemate*, Oxford University Press and Beckley Foundation Press, 2010.
- ROVIRA DEL CANTO, H.: “Las nuevas pruebas telemáticas y digitales. Especialidades de la prueba en delitos cometidos por internet” en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, I, 2003, Madrid.
- ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la 6ª edición alemana, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 1998. (Trad. De Bustos Ramírez y Yáñez Pérez).
- “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
 - “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Revista de Estudios de la justicia*, núm.7, 2006.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L / GÓNZALEZ AGUDELO, G.: “El factor tecnológico de la expansión del crimen organizado. ¿Menores en riesgo?”, en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.

- SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, JE.: *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código Penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta Clásica Española, Madrid.
- SÁNCHEZ AVILÉS, C.: *El régimen internacional frente al problema mundial de las drogas. Evolución, políticas alternativas y resistencia al cambio*, Trans - Border Institute (TBI), University of San Diego, 2012.
- SÁNCHEZ BAUTE, A.: “César Gaviria: 'La alternativa real es descriminalizar'”, *El Espectador*, 11 de abril de 2012.
- Santos despenalizaría drogas, si lo acepta resto del mundo”, *El Espectador*, 28 de enero de 2012.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.
- “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7 / y 15 / 2003”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005.
- *Comentario al Código Penal*, Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 2011.
- SÁNCHEZ MARTOS, J.: “Los medios de comunicación social ante el fenómeno de la drogodependencia”, *Estudios de Juventud*, número 40, 1997.
- SÁNCHEZ NUÑEZ, T.: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en la investigación penal*, Cuadernos de derecho judicial, núm. 2, CGPJ, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ TOMÁS, JM.: *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002.
- SANSÓ - RUBERT, D.: “La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno” en *UNISCI Discussion Papers*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 9, 2005.
- SANTAMARIA, I.: “Intervenciones corporales” en *La prueba en el proceso penal*, Revista general del derecho, Valencia, 2000.
- SCHIOLER, P.: “Estrategias de prevención de los problemas de origen ético en los Estados miembros de la Comunidad Europea”, *Revista Española de drogodependencias*, núm. 16, 1991.
- SCHNEIDER, JJ.: “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 3, 1993.
- SECADES VILLA, R et al.: *Estrategias de intervención en el ámbito familiar. Guía para promover la implicación y la participación de la familia en los programas preventivos*, Diputación de Barcelona, 2011.
- SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Informe epidemiológico sobre mortalidad en instituciones penitenciarias 2013*, Ministerio del Interior, 2014.
- SEOANE SPIEGELBERG, JL.: “Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas”, *Actualidad Penal*, núm. 32, 1996.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. (Evolución, Normativa, Doctrinal y Jurisprudencial)*, La Ley, Madrid, 2000.
- “Nada nuevo bajo el sol” en *ABC*, de 26 de abril de 2004.
- SERRANO GÓNZALEZ DE MURILLO, JL.: “Comentario a las circunstancias agravantes 8ª, 9ª y 10ª del artículo 344 bis a) del Código Penal” en *Comentarios a la legislación penal, tomo XVII, Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Edersa, Madrid, 1996.
- SERRANO GÓMEZ, A. : *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

- SERRANO GÓMEZ, A / SERRANO MAÍLLO, A.: “La reforma de los delitos contra la Seguridad Vial”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 2008.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- SERRANO GÓMEZ, A / SERRANO MAÍLLO, A *et al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012.
- SERRANO BUTRAGEÑO, I.: “Comentario al art. 87 del CP” en *Código penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1999.
- SHINA, J.: “*The History and Development of the Leading International Drug Control Conventions*”, 2001, Informe preparado para el Comité Especial de Senado sobre Drogas ilegales, Biblioteca del Parlamento, Canadá.
- SILVIA SÁNCHEZ, JM.: *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, JM (dir.) / RAGUÉS I VALLÉS, R (coord.): *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006.
- *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, JM (dir.) / PASTOR MUÑOZ, N / FAHHOURI GÓMEZ, Y.: *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.
- SIPRI, *Sipri Yearbook 2013*, Estocolmo.
- SLAPAK, S / GRIGORAVICIUS, M.: “Consumo de drogas: la construcción de un problema social”, *Anuario de Investigaciones*, volumen XIV, Universidad de buenos Aires, 2006.
- SOTO NIETO, F.: *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, Trivium, Madrid, 1989.
- “Estudio básico del art. 344 del Código Penal” en *Delitos contra la salud pública*, CGPJ, Madrid, 1993.
- Intervenciones telefónicas. Alcance de la exigencia de motivación” en la *Ley, Tomo II*, 1996.
- SPAGNOLO, G.: *L'associazione di tipomafioso*, 5ª edición, Cedam, Padua, 1997.
- STAMPA BRAUN, JM.: “Medidas legislativas contra la criminalidad organizada” en *Drogas: aspectos jurídicos y médico - legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986.
- STOPPARD, M.: *Que son las drogas. Desde el alcohol, el tabaco hasta el éxtasis y la heroína*, Javier Vergara Editor, Barcelona, 2000.
- STRANGES, S.: *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, 1996.
- SUÁREZ LÓPEZ, JM.: “Aspectos dogmáticos y político - criminales en el tratamiento penal de la delincuencia organizada”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012.
- SÚAREZ - MIRA RODRÍGUEZ, C.: *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SUBIRANA, J.: “Cataluña quiere regular los clubes de cannabis”, *El Diario*, 24 de septiembre de 2013.
- TAMARIT SUMALLA, JM *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- TERRADILLOS BASOCO, J.: *Terrorismo y derecho (Comentarios a las Leyes Orgánicas 2 y 4 / 1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Tecnos, Madrid, 1988.
- THOUMI, F.: “La normatividad internacional sobre drogas como camisa de fuerza”, *Nueva Sociedad*, núm. 222, 2009.
- “Sueños de reforma de las políticas contra las drogas y del Régimen Internacional

- de Control de drogas”, Programa de Cooperación en Seguridad Regional, Friedrich Ebert Stiftung, *Policy Parper*, núm. 37, 2011.
- TNI, *Bolivia. Criminalización, Reformas a las leyes de drogas en América Latina.*
- *Brasil. Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil, Reformas a las leyes de drogas en América Latina.*
 - *Colombia. Panorama de las leyes, tendencias legislativas, y política de drogas en Colombia.*
 - *Chile. Panorama de las leyes y políticas de las drogas en Chile, Reformas a las leyes de drogas en América Latina.*
 - *México. Panorama de las leyes y políticas de las drogas en México, Reformas a las leyes de drogas en América Latina.*
 - *Paraguay. Panorama de las leyes de drogas y tendencias legislativas en Paraguay. Reformas a las leyes de drogas en América Latina.*
 - *Uruguay. Panorama de las leyes y políticas de las drogas en Uruguay, Reformas a las leyes de drogas en América Latina.*
 - *Venezuela. Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Venezuela, Reformas a las leyes de drogas en América Latina.*
 - *Cannabis Policy: Moving Beyond Stalemate*, Global Cannabis Commission de la Beckley Foundation, 2008.
- TOMÁS ESCOBAR, R.: *El crimen de la droga: tóxicos, depresores, estimulantes, drogadicción, narcotráfico, lavado de dinero, sida., mafias, geoestratégica, narcoterrorismo*, 2ª edición, Universidad de Buenos Aires, 1995.
- TOUZÉ, G / ROSSI, D.: “La construcción social del problema droga” y “Reducción de daños” en *Drogodependencia, abordajes múltiples*, Buenos Aires, 1998.
- ÚBEDA DE LOS COBOS, JJ.: *Videograbación y videoconferencia*, Cuadernos de derecho Judicial, núm. 2, 2007.
- UGT, *Drogodependencias y adicciones: Prevención en el ámbito laboral*, Comisión ejecutiva Confederal de UGT, Madrid, 2012.
- UNIÓN EUROPEA, *documento Enfopol, 161 / 1994.*
- UNITED NATIONS, *Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Done at Vienna on 20 December 1988*, New York, 1998. (E / CN. 7 / 590).
- UNODC, *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, 2004, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.
- *Violencia, crimen y tráfico ilegal de armas en Colombia*, 2006.
 - *“La globalización del Crimen”*, Informe de 14 de julio de 2010, Viena.
 - *Informe Mundial sobre las drogas del 2010*, Publicaciones de las Naciones Unidas, New York, 2010.
 - *Informe mundial sobre las drogas, 2012*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York, 2012.
 - *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencia adquirida*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.
 - *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica y el Caribe. Una evaluación de las amenazas*, Publicación de Naciones Unidas, Nueva York, 2012.
 - *Trata de personas: delincuencia organizada y venta multimillonaria de personas*, 2012.
 - *Global Report on Trafficking in persons*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.
 - *Un problema global. Las armas de fuego ilícitas como una amenaza para la seguridad global*, 2013.

- *Informe mundial de las drogas 2014*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York, 2014
- URBANO CASTRILLO, E.: “¿Irrelevancia penal del tráfico de drogas, en cantidad “insignificante”, *La Ley*, núm. 5403, 2001.
- VALLE MUÑIZ, JM / FERNÁNDEZ PALMA, R.: “Comentario al artículo 376 del Código Penal” en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- VALLE MUÑIZ, J.M / MORALES GARCÍA, O.: “Art. 372”, “Art. 374”, “Art. 375”, “Art. 377” y “Art. 378”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Cizur Menor, Navarra, 2005.
- VALLE MUÑIZ, JM / MORALES GARCÍA, O.: “Artículo 368”, “Artículo 369”, “Artículo 370” en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C.: “Algunas interrogantes sobre la eficacia de la política criminal española en materia de drogas”, *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C.: *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003.
- VEGA FUENTE, A.: “La prevención educativa en centros educativos” en *Drogodependencias. 4. Prevención*, Servicio de Publicaciones e Intercambio científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 1995
- “Las drogas y los medios de comunicación ¿prohibir o domesticar?” en *Enseñanza & Teaching: Revista interuniversitaria de didáctica*, núm. 2, 2004.
- VEGAS TORRES, J.: “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, *Tribunales de Justicia* núm. 8 - 9, 1997.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.: “El problema de la droga: ¿Legalización o represión?” en *CPC*, núm. 38, 1989.
- VELAYOS MARTÍNEZ, I.: “Protección de los testigos de cargo en el sistema del “Common Law”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1996.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “La última reforma del Código Penal en materia de drogas (novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992)”, *Revista General del Derecho*, núm. 583, 1993.
- VILA MUNTAL, MA.: “La identificación del delincuente” en *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- VILABOY LOIS, L / NOYA FERREIRO, L.: “La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal”, *Revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, 2000.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Trata de seres humanos y delincuencia organizada” en *Revista para el análisis del derecho (INDRET)*, núm.1, Barcelona, 2012.
- VIOLANTE, L.: *No es “la pioura”. 12 tesis sobre la mafia*, Anaya, Madrid, 1997.
- VIVAS AGÜERO, P.: “Globalización de la economía y / o mundialización del capital”, *Revista de Ciencias Económicas*, núm. 11, Lima, Marzo de 1999.
- VIVES ANTÓN, TS.: “Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, en *Aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1986.
- *Comentarios al Código Penal del 95*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTON, TS / BOIX REIG, J / ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VON HENTIG, H.: *El gánster*, Espasa - Calpe, Madrid, 1982.

YOUNGERS, C. / ROISIN, E.: *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy*, Lynne Rienner Publishers, 2005.

ZARAGOZA AGUADO, J.: “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas” en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000.

- “La cooperación judicial y el blanqueo de capitales”, Ponencia presentada en el Programa de Capacitación continua de jueces en materia de lavado de activos organizado por la Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD - OEA) en varios países latinoamericanos, 2002.

- “La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 19 / 1994 (RCL 1994, 3495). Las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de estas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías” en *Derecho y Proceso Penal*, núm. 7, 2002.

- *Los nuevos instrumentos y técnicas de la investigación judicial*, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 2003.

ZOJA, L.: *Drogas: Adicción e iniciación. La búsqueda moderna del ritual*, Paidós, Barcelona, 2003.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresa” en *Criminalidad organizada*, Universidad de Castilla - La Mancha, Almagro, 1999.

- “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal” en *Delincuencia organizada Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

- “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.

- *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

