

03/03/2017 15:01:35 | TRAFICO DE DROGAS

El narcotráfico en la legislación penal española

Carlos Jaime Gómez Pozueta

Letrado de la Administración de Justicia (Juzgado de primera instancia e instrucción nº 1 de Torrelavega, Cantabria)

Resumen: El autor analiza la regulación que realiza nuestro Código Penal del delito de tráfico de drogas: su tipificación, el bien jurídico protegido, el objeto y los grados de ejecución. Como advierte, lo que la legislación española castiga no es el consumo de las mismas si no su tráfico. Ante el silencio del legislador sobre el concepto de tráfico, es la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que viene a integrar al ordenamiento jurídico en tal laguna.

SUMARIO:

I. TIPIFICACIÓN

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

III. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA Y LA CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA.

IV. OBJETO DE DELITO: DROGAS Y EL TRÁFICO DE LAS MISMAS

V. LOS GRADOS O MODOS IMPERFECTOS DE EJECUCIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

VI. EL CONSUMO COMPARTIDO

I. TIPIFICACIÓN

El Título XVIII del Código Penal de 1995 regula los Delitos contra la Seguridad Colectiva y, entre ellos, en su capítulo III regula los Delitos contra la Salud Pública, dimanantes del propio artículo 43 de la Constitución Española regulador, a su vez, del derecho a la Salud y de la obligación de los poderes públicos de tutelar la misma.

Dentro de los delitos contra la Salud Pública, los artículos 368 a 378 tipifican los delitos relacionados con drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

El tipo básico del delito viene descrito en el artículo 368 del Código Penal de 1995 y lo define así:

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

La misma pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple se impondrán a quienes fabriquen, transporte, distribuyan, comercialicen o posean equipos materiales o sustancias a sabiendas de que se utilizarán en cultivo, producción o fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para estos fines.

En el caso de los delitos de tráfico de drogas no es sólo punible la comisión si no también se castigará la provocación, conspiración y proposición de cometer tales delitos.

Artículo 373 del Código Penal de 1995:

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores.

Además del tipo básico, existe un tipo agravado que se producirá si el tipo básico se comete perteneciendo a banda ilícita, este delito conlleva penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si son sustancias que causan grave daño a la salud, o de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

Artículo 369 bis del Código Pena :

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

Atendidas las reglas establecidas en el 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.

Junto a ambos tipos básico y agravado, existen circunstancias modificativas de la responsabilidad penal agravantes del tipo básico que conforme al artículo 369 obligan a imponer la pena en su grado superior y multa del cuádruplo, son las siguientes:

Cuando el culpable fuere autoridad funcionario público, facultativo, docente trabajador social o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, oficio o profesión.

Cuando se participare en otras actividades organizadas.

Cuando se llevase a cabo en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

Cuando se cometiesen en la persona de menores, disminuidos psíquicos o personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación.

Si la cantidad resultase de notoria importancia.

Si la sustancia hubiese sido manipulada, adulterada o mezclada suponiendo un aumento del posible daño para la salud.

Si se comete en centros docentes, militares, penitenciarios, de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades.

Cuando el culpable haga uso de la violencia o exhiba armas para la comisión delictiva.

Igualmente se da agrava la pena del artículo 368 en el artículo 370

Artículo 370 del Código Penal:

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369. <http://noticias.juridicas.com/bitmaps/sp.gif>
<http://noticias.juridicas.com/bitmaps/sp.gif>

3.º 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 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

Además la agravación de la pena por reincidencia se computa aún cuando la pena anteriormente impuesta que lleva a considerar reincidente al culpable fuese de un tribunal extranjero.

Artículo 375 del Código Penal:

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.

Existe también la posibilidad de atenuación de la pena a imponer en los delitos de Tráfico de drogas prevista en el artículo 376

Artículo 376 del Código Penal:

En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de

deshabitación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es claro que el bien jurídico protegido por el precepto que castiga este delito es la salud pública consagrada como derecho constitucional en el artículo 43 de la Constitución Española ya que debido a los efectos que estas sustancias provocan sobre el organismo y a que se pueden provocar en una serie indeterminada de individuos puede ser gravemente lesionada.

Pero no debe de ser menos cierto que también el orden público queda protegido por el tipo penal, voluntariamente o no, pues el consumo de drogas, bien por su efecto desinhibidor bien por el estado alterado de la conciencia que provocan, está detrás de la comisión de diversos delitos de especial desaprobación social como ha ocurrido en recientes casos de violaciones en grupo, conductores kamikaze en autopistas, ajustes de cuentas.....

Pero además el tráfico de drogas puede llegar a tener un efecto pernicioso para la sociedad a la que puede llegar a privar de partes sustanciales de generaciones enteras, como ocurrió en la China del opio, en décadas recientes con la heroína, o puede ocurrir en un plazo breve de tiempo con parte de la generación consumidora de las nuevas drogas de síntesis cuando las enfermedades mentales que como efecto secundario pueden producir por su consumo continuado afloran y arrasan a un gran número de personas y pongan en riesgo al Sistema Nacional de Salud y a la propia Tesorería General de la Seguridad Social, amén de lo más grave, perjudiquen posiblemente la salud y desarrollo personal a un número sensible de personas.

III. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA Y LA CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA.

EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo desarrolló este principio en virtud del cual la conducta sería atípica cuando la cantidad objeto del tráfico sea tan reducida e insignificante que resulte inocua para el organismo porque no le llegue a producir efecto nocivo alguno, ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional declara que al tratarse éste de un delito de peligro y sobre un peligro abstracto tal principio no es jurídicamente aplicable pues basta el tráfico de estas sustancias, sea la cantidad que sea, para que nazca la comisión del delito.

LA CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA.

En el polo opuesto al principio de insignificancia se sitúa la cantidad de notoria importancia, concepto jurídico indeterminado que sirve para agravar el delito, como hemos dicho más arriba, y que el Tribunal Supremo se ha ocupado de concretar estableciendo en su acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 19 de noviembre de 2001 que se fija la notoria importancia de la cantidad de droga, estupefacientes o sustancia psicotrópica en las 500 dosis propias del consumo diario de cada sustancia según lo establecido por el Instituto Nacional de Toxicología, por ejemplo, 240 gramos de éxtasis o 90 gramos de anfetaminas.

IV. OBJETO DE DELITO: DROGAS Y EL TRÁFICO DE LAS MISMAS

Cuando la legislación penal habla de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no da una definición exacta de tales conceptos que hoy por hoy debemos de buscarla en el Derecho internacional conformado por los tratados internacionales sobre la materia suscritos por el Reino de

España, de tal modo que el Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961 aporta como definición de estupefacientes la de todas aquellas sustancias curativas que se emplean indebidamente generando toxicomanía, tal es el caso de el Cannabis, cocaína, heroína metadona, morfina u opio y en los anexos a tal convenio se enumera la lista concreta de tales sustancias con encaje en la definición de estupefacientes.

El Convenio Internacional sobre Psicotrópicos de Viena de 1971 define al psicotrópico como el que produce trastorno de la función motora, del juicio o del estado de ánimo al actuar sobre el sistema nervioso central.

Tal es el caso del LSD, éxtasis, GHB, o de las Anfetaminas y sus derivados.

Sentado que sustancias son objeto del delito, procede ahora señalar que lo que la legislación española castiga no es el consumo de las mismas si no su tráfico, de nuevo la legislación guarda silencio sobre el concepto de tráfico y es la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que viene a integrar al ordenamiento jurídico en tal laguna, y en resumen, determina que la existencia de tráfico, concepto que la lengua castellana aplica al paso entre personas de algún objeto, se debe de inferir de hechos externos e indiciarios, no hay forma de acreditar de otra forma dicho tráfico, cuando se trasladan inmuebles queda una anotación registral, objetos lícitos una factura o acto traslativo, pero en el presente caso es difícil que quede un hecho indubitado acreditativo de tal tráfico o constitutivo del acto en sí, existiendo por tanto tráfico cuando, por ejemplo, la cantidad de dinero intervenida al sospechoso sea inusual o cuando se le incauta una cantidad de sustancias que supere ampliamente la dosis diaria normal de las mismas, o cuando se está en posesión de una cantidad de sustancia con un alto valor económico y sin embargo el poseedor carece de medios económicos conocidos de vida y sustento, o cuando se es consumidor meramente esporádico y se poseen sin embargo grandes cantidades de la sustancia ilícita, o cuando tras una vigilancia policial continuada y acreditada de los lugares sospechosos de compraventa de tales sustancias objeto del delito las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado acreditan racionalmente una serie de visitas al lugar de desconocidos sin orden o lógica temporal ni motivo aparente, por citar algunos entre otros.

En cualquier caso para acreditar jurídicamente la existencia del tráfico de sustancias ilícitas deberán existir y concurrir una pluralidad de indicios tales como los que hemos enumerado que, además, deberán de estar interrelacionados entre sí, que racionalmente arrojen la inferencia de el hecho del tráfico y que también se exprese de forma externa y lógica por los agentes o denunciantes la motivación interna que les lleva a tal convencimiento o inferencia.

Debe, por tanto, quedar descartado por tales hechos externos e indicios que se trata de una mera posesión de drogas o sustancias ilegales para el autoconsumo, pues éste es penalmente impune.

El consumo de drogas, no obstante, en el derecho comparado no es impune en todas las legislaciones ni en todos los casos, tipicidad que debería al menos estudiarse si es oportuna o no su implantación en nuestra legislación pues es lo cierto que el consumo supone la financiación del delito y de los delincuentes por tráfico de drogas y la causa única de la existencia de dicho tráfico.

A este respecto puede añadirse que para el Tribunal Supremo, consultada su jurisprudencia al respecto, se puede entender que no hay tráfico de drogas, si no mero consumo propio, cuando al sospechoso se le intervienen solamente las cantidades que el Instituto Nacional de Toxicología señala como las dosis propias de cada sustancia que un consumidor habitual necesitaría para cinco días.

V. LOS GRADOS O MODOS IMPERFECTOS DE EJECUCIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Aunque existe la posibilidad de ser cometidos en grado de tentativa, esto es extraordinario y difícil de ocurrir.

Por todas, cito la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 183/2013 de doce de marzo de dos mil trece, siendo ponente de la misma el Excelentísimo señor Don Cándido Conde-Pumpido que en su fundamento de derecho sexto recoge lo siguiente:

“La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitido por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto.

Y es que el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el artículo 368 del Código Penal de mil novecientos noventa y cinco, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de “promover”, “facilitar”, o “favorecer” el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.”

VI. EL CONSUMO COMPARTIDO

Esto es, cuando varias personas se asocian para consumir drogas entre sí, pues tal consumo venía siendo impune, al igual que el autoconsumo ordinario, siempre que, como determinaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los asociados fuesen un grupo cerrado y ya habituados a las sustancias a consumir de modo asociado, se hiciera en lugar cerrado sin participación ni distribución a terceras personas, el consumo fuese de cantidades insignificantes e inmediato sin almacenaje y entre personas determinadas.

Tal es el caso, por ejemplo, de los clubes de Cannabis, pero tal vez la realidad del funcionamiento de los locales de consumo conjunto de drogas pueda distar, como casi todo lo concerniente a un grupo de personas que puedan tener una situación de estado alterado de la conciencia fruto de encontrarse bajo los efectos del consumo de drogas, de tener el funcionamiento cabal y con los requisitos jurisprudenciales que la doctrina del Tribunal Supremo suponía y amparaba, por ello el Alto Tribunal ha comenzado a variar su doctrina considerando ahora que tal práctica de consumo asociado conjunto entraría dentro de alguno de los verbos generales que acabamos de citar más arriba, de “promover”, “facilitar” o “favorecer” el consumo de las sustancias enumeradas como ilegales en los convenios internacionales anteriormente referidos en el punto cuarto.