

EL TRAFICO ILEGAL DE DROGAS EN EL CODIGO PENAL

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor de Derecho Penal y Criminología de la U.N.E.D.

EL tema del consumo y tráfico ilegal de estupefacientes en España (*), que cada vez es más grave, ha llevado a diversas modificaciones de esta materia en el Código Penal; la última en marzo de 1988.

El artículo 344, que suavizó las penas en la reforma de que fue objeto en 1983, en marzo de 1988 es objeto de nueva modificación aunque su contenido se amplía en otros artículos que se incorporan al Código Penal.

(*) *La actualidad del tema se justifica incluso en la producción científica, escasa hasta hace tan sólo cuatro o cinco años. Por cuestiones de actualidad y espacio únicamente vamos a citar trabajos de los dos últimos años. Véase: BERISTAIN IPIÑA, Legislación penal sobre el tráfico de drogas en España, en La droga en la sociedad actual, 1986; Pro y contra de la legalización de las drogas en Actualidad penal, 1987, páginas 37 ss. BOIX REIG y otros, Problemática jurídica y psicosocial de las drogas, 1987, BUENO ARUS, Las drogas y el Derecho penal español en La Ley, 1986, 4, 1198 y ss. CUESTA ARZAMENDI y otros, en Cuadernos del Inst. Vasco de Criminología, núm. 1, 1987; de los mismos, El marco normativo de las drogas en España, en RGLJ, núm. 3, 1987, páginas 367 y ss.; Las drogas en el Derecho penal internacional, en Cuadernos de Extensión Universitaria, núm. 15, 1987; El control del toxicómano, en idem. GARRIDO, LESTACHE LOPEZ, BELMONTE, Aspectos jurídicos de la disciplina toxicológica en Actualidad Penal, 1987, páginas 2257 y ss. LEO, La toxicodependencia de los jóvenes, en Poder y Control núm 2, 1987. DIEZ RIPOLLES, La política sobre las*

drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente, en Anuario, 1987, páginas 388 y ss. GARCIA PABLOS; Bases para una política criminal de la droga, en La problemática de la droga en España; JIMENEZ VILLAREJO, En torno a la penalización del consumo y posesión de drogas ilegales, en Rev. Fac. Der. Univ. Complutense, núm. 11, monográfico, 1986, páginas 409 y ss. LLORENS BORRAS, La droga y su problemática actual, 1986, PRIETO RODRIGUEZ, El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, 1986. REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de estupefacientes, 1987, RODRIGUEZ RAMOS, Iniciación al consumo de drogas, en La problemática de la droga en España, 1986, SERRANO GOMEZ, El costo del delito y sus víctimas en España, 1987, páginas 148 y ss. STAMPA BRAUN, Medidas legislativas contra la criminalidad organizada, en Drogas: aspectos jurídicos y médico-legales, 1986. TORO MARZAL, La imputabilidad del heroinómano, en Drogas: aspectos jurídicos y médico-legales, 1986. VIVES ANTON, Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes, en Problemática jurídica y psicosocial de las drogas, 1987.

I. Proyecto de reforma del Código Penal.

El proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas (1), amplía notablemente el número de artículos dedicados a esta materia además del art. 344, que viene a mantener el contenido del párrafo primero del mismo número al que sustituye, salvo algunas leves modificaciones en su redacción y la agravación de las penas. Se incorporan los arts. 344 bis, a) a 344 bis, c), que amplían el contenido del antiguo 344. El art. 344 bis d) establece unas directrices al Tribunal para determinar la cuantía de la pena de multa; el art. 344 bis e) recoge consideraciones especiales sobre el comiso de vehículos, buques, aeronaves y otros bienes y efectos que hayan servido de instrumento para la comisión de estos delitos. Por otra parte, se incorpora un nuevo art., el 93 bis, que se ocupa de supuestos especiales de remisión condicional para los que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas. Finalmente se introduce un nuevo artículo, el 546 bis g), en el que se castiga al que con

conocimiento de alguno de los delitos regulados en los arts. 344 a 344 bis, b), recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo.

En su tramitación parlamentaria (2) el art. 344 no sufrió más cambio que la incorporación "o productos", con lo que se pretende abarcar algunos supuestos que podrían prestarse a confusión dentro de las materias reguladas. De las cuatro enmiendas presentadas en el Congreso a este artículo la 2 (grupo vasco), pedía, de una parte, la reducción de las penas privativas de libertad, a lo que se opuso la mayoría de la ponencia por entender que ello iría contra las razones que justificaban el proyecto; la núm. 20 (PDP), por el contrario, pedía penas más severas, que igualmente fue rechazada y la misma suerte corrió al mantenerse en el Senado.

El nuevo art. 344 bis a) amplía los supuestos de agravación previstos en el párrafo segundo del anterior art. 344, en la redacción que se le dio en 1983, estableciendo también la pena superior en grado. Las modificaciones que sufre en relación con el proyecto son: en el núm. 1.º se introducen "o disminuidos psíquicos" más "o difundan", así como el término "productos" en los núms. 4.º y 6.º; en el 7.º "trabajador social", mientras que el 5.º varía notablemente en su redacción, que en el proyecto era: "cuando hubieren sido adulteradas, incrementando el posible daño a la salud". De las enmiendas del Congreso cabe destacar: la 21 (PDP), que pedía elevar las penas del artículo anterior en su grado máximo y en la 22 introducir en el núm. 1.º "centros culturales y religiosos". La incorporación de "disminuidos físicos" y "disfrutan" obedecen a las enm. 18 (g. socialista) y 7 (Mardones), también en la 37 (Minoría Catalana) se pedía incluir la referencia a difusión. La 38 (Minoría Catalana) trataba de incluir en el núm. 4.º la conducta de facilitar las drogas a personas ya rehabilitadas o deshabitadas. Las enmiendas del PDP mantenidas en el Senado fueron igualmente desestimadas; y la misma suerte corrió la enmienda 12 (CDS) que pedía la inclusión en el núm. 7.º al "trabajador social", que más tarde sería incluida.

En el art. 344 bis, b) se incorpora con respecto del proyecto en el apartado a) la frase final "abiertos al público" en base a la enmienda 18 (g. socialista), y en el b) "o clausura de los establecimientos abiertos al público", también en base a la misma. No prospera ninguna de las de otros grupos parlamentarios.

Las únicas modificaciones del art. 344 bis, c) en relación al proyecto fueron dos, una la

introducción en el párrafo primero de "trabajador social", rechazándose en principio la enmienda 3 (grupo vasco) que lo pedía, pero incluyéndose más tarde; la otra en el párrafo segundo, que incorpora a los "Veterinarios" entre los facultativos, en virtud de la enmienda 23 (grupo socialista) en el Senado.

El art. 344 bis e) mantiene la misma redacción original del proyecto en la enmienda 24 (PDP) se pedía introducir en la primera línea, entre las palabras "A no ser que" y "pertenecan a un tercero", el advertido "realmente". En la enmienda 30 (IU-EC) se pide la sustitución del párrafo segundo por otros dos referentes al comiso, siendo el contenido del segundo el siguiente: "A tal efecto la autoridad judicial ordenará una investigación de los bienes y relaciones económicas del reo, de sus familiares y otras personas físicas y jurídicas de cuyo patrimonio pueda el reo disponer en todo o en parte, ya sea directa ya indirectamente".

Tampoco el art. 346 bis) sufre ninguna modificación respecto del proyecto que, salvo las referencias necesarias, viene a tener el mismo contenido que el párrafo último del antiguo art. 344.

II. Tipos básicos

La Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, da nueva redacción al art. 344, e incorpora los arts. 344 bis a), 344 bis b), 344 bis c), 344 bis d), 344 bis e), 344 bis f), 93 bis y 546 bis f), pasando el art. 344 bis a constituir el 344 ter.

Se castiga en el art. 344 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" (3).

Se distinguen dos supuestos, según que se trate de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y las que no tienen tales consecuencias.

a) Sustancias o productos que causen grave daño a la salud.

Castiga la Ley 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 tratase de sustancias o productos que causen grave daño a la salud (art. 344).

Hay una diferencia en la Ley entre actos de cultivo, elaboración o tráfico destinado al consumo ilegal de drogas, de una parte; de otra, cualquier forma de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como la tenencia con los mismos fines.

Estos delitos solamente pueden cometerse mediante actos de cultivo elaboración o tráfico, siempre que persigan la promoción el favorecimiento o faciliten el consumo ilegal. (4). Promover equivale a ofrecer los productos tóxicos referidos, incluyendo la venta, mientras que favorecer o facilitar son conductas de cooperación tanto para el consumidor como para el promovedor.

No existe ningún concepto sobre lo que ha de entenderse por drogas que causen grave daño a la salud, lo que se entiende por drogas duras, por lo que la única solución es recurrir a la jurisprudencia (5).

b) Sustancias que no causen grave daño a la salud.

Habrà que entender por estas sustancias, las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que no causen grave daño a la salud. El art. 344 castiga las conductas antes expuestas "en los demás casos", es decir, cuando no ocasionen grave daño a la salud.

Tampoco aquí hay un catálogo que recoja cuales son estas drogas (blandas), por lo que igualmente hay que recurrir a las resoluciones del Tribunal Supremo (6).

Formas imperfectas de ejecución.

Al tratarse de un delito de mera actividad, resultan difíciles las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, son imaginables tanto la frustración como la tentativa, que sin duda pueden darse en alguna ocasión. En este sentido se pronuncia parte de la doctrina (7), e incluso la propia jurisprudencia admite tal posibilidad (8), aunque generalmente la niega (9).

Tenencia.

Se castiga en el Código Penal, a quienes posean drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como para promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal (art. 344). De este texto se desprende que la simple tenencia para el consumo no es delito, como no lo es el autoconsumo (10). Sin embargo, la dificultad estará en deslindar la cantidad que

puede estimarse para el consumo y la destinada al tráfico, pues con demasiada frecuencia el drogadicto a su vez es traficante, ya que con los beneficios del tráfico consigue adquirir las dosis que precisa para su propio consumo. La solución es difícil y habrá que estar a cada caso concreto (11).

Donación.

No hay duda que quien hace una donación a otra persona de estupefacientes, por escasa que sea la cantidad, comete un delito, ya que su conducta facilita el consumo (12). No cometerá delito el beneficiario de la donación si la recibe para su consumo, siempre, claro está, que sea en pequeñas cantidades, pues delinquiría igualmente si la cantidad recibida la dona a su vez a un tercero o vende todo o parte. Es indiferente que el beneficiario sea consumidor habitual o no, ni que sea drogadicto. La permuta también es punible (13).

III. Tipos agravados.

a) De primer grado.

Conforme al art. 344 bis a): "Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior":

1.º *"Cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos o se introduzcan o difundan en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares o en establecimientos penitenciarios."*

Tal vez hubiera sido suficiente con la referencia a menores de dieciocho años, por tratarse de edades frecuentes de iniciación, por lo que debió haberse suprimido la referencia a establecimientos y unidades militares o en establecimientos penitenciarios, debiendo mantenerse el resto de este número primero.

2.º *"Cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos"*.

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. La agravación solamente comprende a las conductas ilícitas llevadas a cabo por los responsables (gerente, administrador, etc.) o empleados de los mismos, no a terceros que puedan efectuar los hechos en el interior de dichos establecimientos. Hay que entender de otra parte, que los hechos han de llevarse a cabo mientras que el local permanezca abierto al público, no en el horario en que se encuentre cerrado a los posibles usuarios.

3.º *"Siempre que fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior"*.

El Tribunal Supremo viene consolidando la postura mantenida por la Circular de la F.T.S., 1/1984, sobre las cantidades que se han de considerar de notoria importancia (14), que son: Un Kgr. para el "hachis", tres para la "griffa"; 120 gramos para el aceite de hachis; 125 para la cocaína, y 50 para la heroína. El fundamento es que con esas cantidades se consiguen doscientas dosis de tipo standard; por esta razón la cantidad de notoria importancia en los psicotrópicos es aquella que puede producir doscientas dosis (15).

Las cantidades de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas hay que entenderlas, a efectos de la valoración por el Tribunal en cada caso, a productos puros, pues su peso no ha de considerarse teniendo en cuenta su mezcla con otras sustancias que no tengan tal condición. Si un alijo de tres kilos de supuesta cocaína, solamente contiene 100 gramos de cocaína pura, la cantidad a tener en cuenta será esta, por lo que no resultará la cantidad incautada de notoria importancia, pues, por lo menos tenía que haber llegado a los 125 gramos (16).

4.º *"Cuando las citadas sustancias o productos se facilitan a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación"*.

Este supuesto de agravación debía referirse solamente a los casos en que tales sustancias o productos se facilitasen a dichas personas en los centros de deshabitación o rehabilitación. Es cierto que una persona en esas fases tiene gran facilidad para volver a la droga y echar por tierra el camino recuperado. Por otra parte, con mucha frecuencia se tropezará con problemas de prueba, pues quien facilita la droga ha de conocer que el sujeto pasivo se encuentra en período de deshabitación o rehabilitación, no siendo suficiente con la mera sospecha.

5.º "Cuando las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud".

A veces la adulteración de los productos o su mezcla pueden llevar incluso hasta la muerte, por lo que en ocasiones estaremos ante un concurso de delitos.

6.º "Cuando el culpable pertenezca a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional".

Se aprecia el afán del legislador por abarcar todas las posibilidades, de ahí que se inserten las frases "incluso de carácter transitorio" y "aun de modo ocasional". La agravación, por otra parte, incluye a cualquiera que pertenezca a dichas organizaciones aunque no tengan ninguna capacidad de decisión; por esta razón desaparece la referencia que se hacía en el párrafo cuarto del anterior Art. 344 a los "jefes, administradores o encargados de una organización..." que ahora se recoge en el art. 344 bis, b). De todos modos hubiera sido preferible el texto siguiente: "Cuando el culpable pertenezca a una organización que tuviere como finalidad la realización de cualquiera de las conductas previstas en el artículo anterior", ya que es más completo y abarca mayor número de supuestos (17).

7.º "Cuando el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador".

El anterior art. 344 solamente comprendía a facultativos y funcionarios públicos, que si intervenían con "abuso de su profesión" se les imponía la pena superior en grado, y, además, inhabilitación especial. Ahora no es necesario que intervengan en abuso de su profesión, lo que parece excesivo, como igualmente resulta la inclusión del "trabajador social, docente y educador" máxime cuando tampoco se especifica que los actos los cometan en el ejercicio de sus funciones. A ninguno de los comprendidos en este número debía extenderse la agravación cuando actuaran como particulares. Por trabajador social hay que entender "asistente social", mientras que los docentes y educadores no importa que lo sean de centros públicos o privados; no obstante, habrá que excluir, por lo menos, a los que teniendo la titulación suficiente no ejerzan su profesión, por estar en el paro, no encontrar trabajo, funcionario en situación de excedencia, etc.

b) Tipos agravados de segundo grado.

Se recogen estos tipos agravados en el art. 344 bis b); que dispone:

"Los Tribunales impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior cuando las conductas definidas en el mismo fueren de extrema gravedad, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones mencionadas en su número 6.º" (Párrafo primero, inciso primero).

En este párrafo primero se prevén dos supuestos:

Conductas de extrema gravedad. Si para determinar lo que ha de entenderse por "notoria importancia de la cantidad" en el art. 344 bis a), 3.º, para elevar en grado la pena prevista en el art. 344, el Tribunal Supremo tiene unas directrices: resulta más difícil concretar lo que haya de entenderse por "extrema gravedad", que queda al arbitrio del Tribunal. Hay supuestos claros, como alijos de gran envergadura, pero no cuando se trate de delimitar entre "notoria importancia" y "extrema gravedad".

Jefes, administradores o encargados de organizaciones que tuvieran por finalidad difundir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Solamente abarca el tráfico y cualquier otro modo de difusión mediante actos de promover, favorecer o facilitar; no comprende, por el contrario, los actos de elaboración y cultivo, con lo que el legislador aquí parece haberse olvidado de esos supuestos, si se tiene en cuenta la extensión que ha pretendido dar al tráfico ilegal de drogas, pues hay que comenzar por atajar las conductas iniciales como son el cultivo y elaboración, no importando que, por ahora, España no sea un país productor de algunas materias primas como opio, coca, cannabis, aunque sí lo sea de otras estupefacientes o psicotrópicas.

Por jefe habrá que entender el que tiene el mando de la empresa, sea a título de dueño (puede ser un colectivo), o como gerente de ella. Administrador abarca, a mi juicio, lo mismo a los que de modo efectivo llevan la Administración de la empresa en todas o algunas 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 la organización, aunque sea parcialmente, está consagrada. Encargado es un término muy amplio, bajo el que deben caer

todos los que no siendo jefes, ni administradores, asuman una función directiva, a cualquier nivel, en la organización, sin que sea preciso sean "encargados" de la totalidad, sino basta lleven la dirección y control de un grupo dentro de ella.

IV. Penas.

A. Privativas de libertad y multa.

1) Sustancias o productos que causen grave daño a la salud.

a) Para los supuestos básicos, previstos en el art. 344, las penas son de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

b) Para los supuestos cualificados de primer grado, previstos en el art. 344 bis a), se elevan en grado las penas previstas en el artículo anterior, con lo que la pena sería de prisión mayor en su grado medio a reclusión menor en grado mínimo; la multa se extendería hasta 150 millones de pesetas.

c) En los supuestos de cualificación de segundo grado la pena sería de reclusión menor en su grado medio a reclusión mayor en grado mínimo; el límite máximo de la multa sería de 225 millones de pesetas (17 bis).

2) Sustancias o productos que no causen grave daño a la salud.

a) Para los puestos básicos del art. 344, las penas son arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas.

b) En los supuestos cualificados segundo grado, previstos en el art. 344 bis b), las penas se elevan un grado respecto de las previstas en el art. 344 bis a) con lo que serían prisión menor en su grado máximo a prisión mayor en su grado medio; el límite máximo de la multa es el de 75 millones de pesetas.

c) En los supuestos de cualificación de segundo grado, la pena es de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor en su grado medio; la multa se eleva, en su límite máximo, a 112,5 millones de pesetas.

En principio se resuelve la duda que presentaba el artículo 344, en su redacción de 1983, referente a su párrafo cuarto, respecto de si

la pena en tales supuestos debía de ser superior en uno o dos grados a la prevista en su párrafo primero para los tipos básicos (18). De todos modos, creo que en aquel texto había que interpretar que la pena de este párrafo sólo podía ser la superior en grado a la establecida para los tipos básicos, pues hacía referencia a lo siguiente: "además de imponer la pena superior en grado", mientras que ahora se especifica de modo concreto que las penas previstas en el art. 344 bis b) se refieren a las "superiores en grado a las señaladas en el art. anterior", es decir al art. 344 bis a), mientras que este artículo establece las penas superiores en grado respecto del art. 344.

Se aprecia la preocupación del legislador por endurecer las penas, que en algunos casos superan las previstas para el delito de homicidio, ya que la privación de libertad puede llegar a 23 años y cuatro meses. La multa también es muy elevada, ya que puede llegar hasta 225 millones de pesetas. Sin embargo, todas estas medidas son insuficientes, sin una adecuada política criminal de lucha y prevención de esta delincuencia, amén del comiso previsto en el art. 344 bis e). Sin embargo la pena de multa no suele ser efectiva, unas veces, la mayoría, porque los condenados son declarados insolventes, por carecer de recursos o por tenerlos a nombre de terceros; por otra parte el párrafo último del art. 91 del Código Penal que no permite imponer responsabilidad subsidiaria por impago para las penas superiores a seis años de privación de libertad. Lleva a que no compense hacer efectiva la misma. También hay que tener en cuenta que las penas previstas ahora para el tráfico ilegal de estupefacientes con frecuencia serán superiores a los seis años de privación de libertad, ya que nuestro sistema es bastante severo en esta materia a nivel internacional (19).

Con respecto a la pena de multa hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 344 bis d), en cuanto recoge normas generales sobre todos los supuestos de la pena de multa previstos en los artículos 344 a 344 bis c), al disponer: "Para la determinación de la cuantía de las multas que se impusieran en aplicación de los artículos anteriores, 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".

El contenido del artículo reseñado más arriba pone de manifiesto que la pena de multa puede basarse en presupuestos tan imprecisos como los beneficios que el sujeto pudiera haber obtenido en la venta donde juegan factores tan

dispares como la pureza de la droga, precio del tráfico, que está en función del consumidor, etc.

B. Inhabilitación.

a) Inhabilitación especial.

Dispone el párrafo primero del artículo 344 bis c) que "Si los hechos a que se refieren los artículos 344 y 344 bis a) fueren realizados por facultativo, funcionario, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial".

El párrafo segundo de este mismo artículo especifica quiénes son facultativos respecto a la aplicación de esta pena, e incluye a "los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes".

Entran en el Código Penal como facultativos los veterinarios y también los psicólogos. Si los primeros pueden tener justificación, porque de una y otra forma tienen relación con sustancias estupefacientes, para aplicarlas a los animales, no parece razonable que a los psicólogos se les considere como facultativos pues aunque pueden tener relación con los drogodependientes, no se pueden incluir con carácter general.

b) Inhabilitación absoluta.

Conforme al inciso segundo del párrafo primero del artículo 344 bis c) "se impondrá la pena de inhabilitación absoluta cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma".

El texto derogado era más correcto, pues cuando se refería a los actos realizados por facultativo o funcionario público, necesariamente debían cometer los hechos "con abuso de su profesión". No debe imponerse la inhabilitación, ni a unos ni a otros, cuando actúen como simples particulares

Comiso.

El legislador pretende que la nueva regulación del tráfico ilegal de estupefacientes tenga los mayores efectos de prevención general, tanto es así que establece un sistema de comiso más extenso que el previsto en el artículo 48 del Código Penal, pues comprende toda clase de bienes o efectos que hayan sido utilizados para la comisión de estos delitos, así como también cualquier tipo de ganancias obtenidas (20). A este respecto dispone el artículo 344 bis e):

"A no ser que pertenezca a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias".

V. Medidas.

Conforme al art. 344 bis b) cuando se trate de "... los jefes, administradores o encargados de las organizaciones mencionadas en su número 6.º. En este último caso, así como cuando concorra el supuesto previsto en el número dos del artículo anterior, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes: a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público. b) Suspensión de las actividades de la organización o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo de seis meses a tres años. c) Prohibición a la misma de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años".

Estas medidas son de tipo administrativo, ya que no encajan dentro de la escala general de las penas del Código Penal, ni tampoco entre las medidas de seguridad. Sin embargo, han de observarse pues lo contrario daría lugar a un delito de quebrantamiento de condena.

VI. Reincidencia internacional.

El nuevo art. 344 bis f) prácticamente tiene el mismo contenido que el párrafo último del antiguo artículo 344, y dispone que "Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza a los previstos en los artículos 344 a 344 bis c), producirán ante los Tribunales españoles los mismos efectos que las de éstos, en orden a lo que establece el número 15 del artículo 10 del presente Código".

Igual que sucede en los delitos relativos a la prostitución, del art. 452 bis f), donde tiene idénticos efectos la reincidencia internacional,

el problema es el mismo, y no es otro que la dificultad de tener registros internacionales que ofrezcan garantía, por lo que es un azar que los tribunales puedan encontrar tales antecedentes por condenas en otros países.

OTROS SUPUESTOS.

Ya se apuntó como la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas incorporó también el artículo 93 bis, sobre revisión condicional de drogodependientes, y el artículo 546 bis f) en materia de receptación en el tráfico ilegal de drogas.

A. LA RECEPTACION EN EL TRAFICO ILEGAL DE DROGAS.

Se castiga al "que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo". (Art. 546 bis f), párrafo primero).

Penas.

a) *Prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.*

b) *Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo (art. 546 bis f), párrafo segundo).*

c) *En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo (art. 546 bis f), párrafo tercero).*

d) *Finalmente, dispone el último párrafo del art. 546 bis f) que "serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el art. 344 bis e) del presente Código". (21).*

A este artículo 546 bis f) no le son de aplicación las disposiciones recogidas en los artículos anteriores del capítulo, es decir del 546 bis a) al 546 bis f). Esto lleva consigo que no se de la limitación establecida en el párrafo segundo

del art. 546 bis a), por lo que se prevén supuestos en los que al receptor se le impondrá más pena que al autor del delito; téngase en cuenta, que la pena prevista en el art. 344 para los casos en que las sustancias o productos no causen grave daño a la salud es de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas.

No es acertada la agravación de la pena en función a la habitualidad, por dos razones: a) hay una corriente jurisprudencial que la ha declarado anticonstitucional (22), y b) en todo caso se puede recurrir a la reincidencia.

B. LA REMISION CONDICIONAL EN LA DROGODEPENDENCIA.

Establece el art. 93 bis que:

"Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de dos años, que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas siempre que se den las siguientes circunstancias:

1.º Que se declare probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación.

2.º Que se certifique suficientemente, por centro o servicio debidamente acreditado u homologado, que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio.

3.º Que el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional. La autoridad judicial requerirá al condenado o a los centros o servicios que participen en su tratamiento de deshabitación lo necesario para comprobar el comienzo y la continuación del mismo, así como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar. La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, así como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de suspensión y acreditada la deshabitación del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. De lo contrario ordenará su cumplimiento".

Nos encontramos ante un supuesto privilegiado respecto de la regulación genérica prevista en el artículo 93 sobre la remisión condicional, pues el Juez o Tribunal puede aplicar los beneficios de la misma a los drogodependientes aunque no concurren las condiciones de este artículo. Dentro del contexto de la Ley de 24 de marzo de 1988, puede pensarse que esta forma de remisión condicional solamente sería de aplicación a los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas, al ser precisamente una ley que modifica el Código en esta materia; sin embargo, una vez incorporado este artículo a la sección correspondiente, ha de entenderse que es de aplicación a cualquier tipo de delito que se cometa por un drogodependiente, siempre que concurren los demás requisitos previstos en el artículo 93 bis.

No cabe duda que el referido artículo tendrá efectos criminógenos, pues para la primera vez que se condene a un drogodependiente, tiene muchas posibilidades de no ingresar en prisión siempre que la pena no exceda de dos años. Prácticamente la Ley les da una oportunidad para delinquir, pues aunque sea potestativo del Juez o Tribunal la concesión del beneficio, es normal que se la concedan si concurren los demás requisitos exigidos por la Ley. No obstante, teniendo en cuenta la gran cantidad de sujetos que delinquen por motivo de su dependencia a los estupefacientes (23) la escasez de centros de deshabituación y tratamiento, van a ser muchas las dificultades con las que ha de tropezar el juzgador cuando quieran aplicar a los drogodependientes la remisión condicional.

(1) BOC., Congreso, Serie A, núm. 44-1, 24-7-1987.

(2) BOC., Congreso, Serie A, 1988, núms. 44-3 a 44-6; Senado, Serie II, núm. 148 (b), 8-2-88.

(3) Por **cultivo** se entiende "El cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis (Convenio único de 1961, art. 1.º, I, II). El Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 entiende por **fabricación**, todos los procesos que permitan obtener sustancias psicotrópicas incluidas la refinación y transformación de sustancias psicotrópicas en otras sustancias psicotrópicas. El término incluye asimismo la elaboración de preparados distintos de los elaborados con receta en las farmacias (art. 1.º, I). Según el art. 15 de la Ley de 8 de abril de 1967 el término elaboración que emplea el Código Penal es más extenso que el de fabricación, ya que comprende la obtención de cualquier producto, mediante mezclas u otro tipo de combinación, que tenga propiedades de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (vid. Convenio único 1961, art. 1.º, I, n). El Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 define el **tráfico ilícito** como "la fabricación o el tráfico de sustancias psicotrópicas contrarios a las disposiciones del presente Convenio (vid. Convenio único 1961, art. 1.º, I, I; art. 15 Ley 8 de abril 1967). El Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena, de 21 de febrero 1971, ratificado por Instrumento de dos de febrero de 1973, entiende por sustancia psicotrópica "cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III y IV" (art. 1.º, e). Estas listas figuran como Anexo al Convenio; en la I, por ejemplo, figuran Psilocibina, LSD, LSD-25, etc.; en la II, Anfetamina,

Metanfetamina, etc.; en la III Amobarbital, Secobarbital, etc., y en la Lista IV, Barbitol, Metacualona, Pipradol, etc.

(4) Dispone el art. 22, de la Ley de 8 de abril de 1967 "no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente ley. Los estupefacientes deberán ser usados o consumidos precisamente para el objeto con que hayan sido suministrados por el Servicio o dispensados por las farmacias, considerándose prohibido cualquier cambio o consumo, aunque se lleve a cabo por la misma persona o entidad que haya obtenido legalmente los estupefacientes, a no ser que se obtenga, también reglamentariamente, la autorización o la prescripción necesaria para el nuevo uso o consumo".

(5) Considera el Tribunal Supremo que son sustancias que causan grave daño a la salud: la heroína (sents. 15 dic. 1983, 5 de marzo 1984, 20 oct. 1987, 18 ene. 1988); cocaína (sents. 11 nov. 1983, 24 mayo 1984, 15 feb. 1985, 23 marzo 1986, 16 feb. 1988); LSD (sents. 20 oct. 1983, 10 feb. 1984, 4 marzo 1988), este alucinógeno es un psicotrópico. Con respecto de éstos, la Consulta 12/85 a la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de que los psicotrópicos se incluyan entre las sustancias que causan grave daño a la salud, recoge en el párrafo último de su punto IV: "que si abstractamente todas las sustancias psicotrópicas incluidas en las Listas del Convenio de Viena de 1971 son nocivas para la salud, ante un hecho concreto de tráfico, y en trances de precisar si son productores además de un grave daño, se considera indispensable que, dado un preparado farmacéutico, a través de la actividad probatoria adecuada queden aclaradas las siguientes circunstancias: identificación exacta del producto, naturaleza de la sustancia psicotrópica que interviene en su composición, riqueza de sus principios activos, nocividad o riesgo para la salud de su uso extraterapéutico y acción farmacológica y efectos (dependencia física y potencial, dependencia psicológica)".

(6) Considera el Tribunal Supremo como sustancia que no causa grave daño a la salud el hachís. (Sents. 16 noviembre de 1983, 13 de julio 1984, 8 de febrero de 1985).

(7) Véase: REY HUIDOBRO, **El delito de tráfico de estupefacientes**, Barcelona, 1987, pág. 203 y ss.

(8) "Si bien no cabe rechazar a priori toda hipótesis de tráfico de estupefacientes en grado de frustración y tentativa", sólo sería admisible la tentativa "ello se ha condicionado siempre a que por el culpable no haya sido alcanzado siquiera la posesión de la sustancia". (Sent. 8 junio de 1986). La Sentencia de 20-1-1988 contempla el supuesto de un sujeto que intentaba pasar hachís a su hermano que se encontraba en prisión, siendo descubierto por los funcionarios al ser cacheado, en el recurso la defensa aludía que se trataba de un delito en grado de frustración; la Sentencia considera que no se da la agravante específica de difusión en establecimiento penitenciario, pues no se llegó a introducir en la prisión, tampoco fue un delito frustrado, sino consumado de tenencia ilícita de hachís por quien pretendía pasarlo a su hermano preso.

(9) "Difícil la presunción en grado imperfecto de ejecución del delito tipificado en el art. 344 del Código Penal" (Sentencias 26 abril 1986; 9 de diciembre 1986, 18 de noviembre 1987); se trata de un delito de consumación anticipada (Sentencia 16 de mayo 1985, 5 junio 1986, 10 febrero 1987); "los delitos de tráfico de drogas, como tendenciales, de resultado cortado o consumación anticipada, no admiten las formas imperfectas". (Sentencias 24 diciembre 1984, 12 marzo 1985, 12 de febrero 1987)

(10) Sentencia 18 de enero de 1988.

(11) Las Sentencias 21 nov. 1986 y 4 dic. 1987 estiman que hasta 50 gr. de "hachís" se considera como cantidad destinada a consumo; el resto estará destinado a venta "por exceder del consumo módico de un adicto a dicha droga". Sin embargo, hay que tener en cuenta que un consumidor no traficante puede llegar a adquirir cantidades muy superiores para su consumo, pues a mayor cantidad adquirida se consigue más barata; por otra parte, depende de la situación económica, además el adquirir cantidades importantes evita estar constantemente buscando a los vendedores, lo que es molesto, lleva notable pérdida de tiempo, desprestigio para personas más o menos honorables, etc. No parece acertado establecer cantidades concretas. Vid. Sentencias 21 de marzo 1988, 20 abril 1988.

(12) En este sentido el Tribunal Supremo: (Sentencias 8 de febrero 1984, 15 noviembre 1985, 24 noviembre 1986, 4 de marzo 1987).

(13) Sentencia de 18 enero de 1988.

(14) Se consideran cantidades de notoria importancia: un Kgr. de "hachis" (Sents. 8 octubre 1985; 20 octubre 1987; 28 noviembre 1987); por encima de 60 grs. de heroína pura (Sents. 2 octubre 1987; 29 enero 1988); 140 grs. de aceite de hachis (Sent. 5 febrero 1988); en torno a 200 dosis "cuando se trata de fármacos psicotrópicos". (Sents. 22 diciembre 1987; 15 febrero 1988).

(15) Según está circular, que en su apartado b) se ocupa de las cantidades de notoria importancia se estima que son dosis diarias normales del consumidor: griffa entre 15 y 20 gr.; hachis, 5 gr., y aceite de hachis, 0'6 gr.; una dosis de heroína de tipo standard es de 0'25 gr., y de 1'5 gr. en la cocaína; las dosis de L.S.D. están comprendidas entre los 20 y 100 microgramos (un microgramo equivale a 0'000001 gramos), pudiendo ser suficiente 20 microgramos para producir efectos. Resulta excepcional la heroína que lleva un porcentaje de pureza del 85 por 100. Normalmente se vende mezclada o adulterada, igual que la cocaína; la pureza con que llega al consumidor solamente suele ser entre el 3 y el 5 por 100. El adicto más corriente necesita diariamente entre dos y cuatro dosis de 0'25 gramos. Sobre características del consumo de distintas drogas, su dosis terapéutica, vías de administración, consumidor —moderado y alto—, duración de los efectos y frecuencia usual, véase Anexo III de la referida circular 1/1984 de la F.T.S.

(16) "El grado de pureza de la cocaína no debe ser calculado sobre la cocaína base, sino sobre el clorhidrato de cocaína que exista en el producto" (Sent. 9 octubre 1987); 1,587 gr. con una riqueza de heroína base del 11'2 por 100 equivale a 177'8 gr. de "heroína químicamente pura". (Sent. 2 de febrero de 1988).

(17) La Circular 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre la interpretación del art. 344 del C.P., dedica su apartado c) a "la pertenencia a una organización que tenga por finalidad la difusión o tráfico de estupefacientes", y recoge en su párrafo cuarto: "para atribuir a una determinada persona la condición de miembro o participe de las actividades de esas organizaciones, será necesario partir muchas veces de la presunción de pertenencia. En la búsqueda de la presunción, como hechos integrantes de la misma o de que se poseen los estupefacientes **alie no nomine**, pueden, entre otros, mencionarse: la relación o contacto con otros para los que se acreditó la cualidad de partícipes, la cantidad y calidad de la droga ocupada (pues no es imaginable pensar, por ejemplo, que la posesión para el tráfico de heroína o cocaína sea producto de actos individuales y aislados) y también el dinero intervenido". Si esas presunciones a veces terminan demostrando que un sujeto forma parte de una organización, bien como miembro de base, o como perteneciente a los órganos de gestión, no faltarán ocasiones en que aun con esos indicios el sujeto no forma parte de ninguna organización. Teniendo en cuenta la agravación de la pena en estos casos, las presunciones

a veces pueden resultar peligrosas en la valoración de cada una de ellas; hay que tener mucho cuidado con los "motivos racionales de criminalidad" (Véase SERRANO GOMEZ, *El costo del delito*, ... op. cit.).

(17 bis) En cuanto a la pena de multa, varía según el criterio que se siga, en relación a que se eleve en uno o dos grados. Siguiendo la corriente jurisprudencial y la mayoría de la doctrina, para los supuestos cualificados de primer grado (art. 344 bis a), la multa sería de 100 a 150 millones para casos de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de 50 a 75 millones de pesetas en los demás casos. La superior en grado a la anterior, para los supuestos del art. 344 bis b), serían de 150 a 225 millones de pesetas y de 75 a 112,5 millones respectivamente.

Si se sigue el criterio doctrinal minoritario, representado por Rodríguez Devesa, el límite mínimo de la pena de multa sería siempre el mismo, es decir un millón de pesetas cuando la condena fuera por sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de 500.000 en los demás casos. Téngase en cuenta que el art. 76 del Código Penal al establecer los grados superiores de la pena de multa solamente hace referencia a incrementar la mitad de la cifra máxima, sin referirse para nada a la mínima salvo cuando sea para rebajar la pena en grado. Dispone dicho artículo: "**Los grados superior o inferior de la pena de multa, sea de cuantía fija o proporcional, se formarán, respectivamente, aumentando la mitad de su cifra máxima a la cantidad total señalada por la Ley, o reduciendo de su cifra mínima la mitad de esta última**".

(18) "En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuera parcialmente, a los fines del párrafo primero, los tribunales, además de imponer la pena superior en grado, podrán decretar alguna de las medidas siguientes..."

(19) En Estados Unidos hay un proyecto para imponer la pena de muerte en los supuestos en que muera alguna persona como consecuencia del consumo de estupefacientes.

(20) La Consulta núm. 2/1986, de la Fiscalía General del Estado, sobre Ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal, prevé que durante la instrucción de los procedimientos penales, en base a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del art. 338 de la LECrim., se les concede la facultad de decidir sobre la destrucción de estupefacientes y psicotrópicos, siempre que se garanticen los derechos del inculpaado y el buen fin del proceso penal.

(21) Las medidas del art. 344 bis e) se refieren al comiso.

(22) En este sentido sentencias de 12 y 24 de junio de 1984, 25 de abril y 26 de mayo de 1985, 8 de marzo de 1986, 8 y 20 de julio de 1987.

(23) SERRANO GOMEZ, *El costo del delito y sus víctimas en España*, 1988, pág. 148 y ss.