

**UAEH**

**“EL DELITO DE  
TRÁFICO  
DE DROGAS:  
SUPUESTOS DE  
ATIPICIDAD”**

**“THE CRIME OF DRUG  
TRAFFICKING:  
ASSUMPTIONS OF  
ATYPICALITY”**

**Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado**

**Presentado por:**

**D<sup>a</sup> Lorena Pérez Iglesias**

**Dirigido por:**

**Dra. D<sup>a</sup> Raquel Roso Cañadillas**

**Alcalá de Henares, a 12 de febrero de 2018**

## **RESUMEN**

Los aspectos extrapenales son aquellas circunstancias estrechamente relacionadas con el delito de tráfico de drogas, sin ser el delito en sí mismo. El trabajo se centra en el análisis exhaustivo de los siguientes aspectos: circulación o entrega vigilada y agente infiltrado, como técnicas especiales de investigación por parte de la policía para la averiguación del delito; delito de tráfico de precursores y decomiso, el primero como delito autónomo de actos preparatorios y el segundo como pena accesoria en los delitos de tráfico; autoconsumo y autocultivo, como situaciones de impunidad penal, pero objeto de sanción administrativa cuando se realizan en la vía pública. Los resultados que arroja esta investigación son muy dispares, desde la supresión de algunos preceptos innecesarios hasta la indispensable mejora en la redacción de otros.

## **PALABRAS CLAVE**

Agente infiltrado; aspectos extrapenales; autoconsumo; autocultivo; decomiso; entrega vigilada; sanciones administrativas; tráfico de drogas; tráfico de precursores.

## **ABSTRACT**

The extrapenal aspects are circumstances closely related to drug traffic offence, without being the offence in itself. The job focuses in the exhaustive analysis of the next aspects: circulation or supervised delivery and undercover agent, like special investigative techniques by the police for the investigation of offense; precursors trafficking offence and confiscation, the first one as a separate offense of preparatory acts and the second one as a situation additional penalty for trafficking offences; consumption and self-cultivation, as a situation of impunity offence, but subject to administrative sanction when they are performed on the street. The results of this investigation are very different, from the elimination of unnecessary precepts to the necessary improvement in other's drafting.

## **KEY WORDS**

Undercover agent; extrapenal aspects; consumption; self-cultivation; confiscation; supervised delivery; administrative sanctions; drug traffic offence; precursor trafficking.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>pág. 4</b>
<b>I. ENTREGA VIGILADA Y AGENTE INFILTRADO .....</b>	<b>pág.6</b>
<b>A. LA ENTREGA VIGILADA</b>	
<b>B. EL AGENTE INFILTRADO</b>	
<b>II. AUTOCONSUMO Y AUTOCULTIVO.....</b>	<b>pág. 21</b>
<b>III. TRÁFICO DE PRECURSORES Y COMISO.....</b>	<b>pág. 30</b>
<b>A. EL TRÁFICO DE PRECURSORES</b>	
<b>B. EL COMISO</b>	
<b>IV. SANCIONES ADMINISTRATIVAS.....</b>	<b>pág. 41</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>pág. 46</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>pág. 55</b>
<b>ANEXO JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>pág. 58</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Máster tiene como objeto el estudio y análisis de los aspectos extrapenales, es decir, aquellas circunstancias que se encuentran fuera del delito de tráfico de drogas, pero están estrechamente relacionadas con el mismo.

El delito de tráfico de drogas es de los más cometidos en nuestro país, pero poco se investiga sobre las circunstancias que lo rodean, esto es, si ha existido una entrega vigilada o que objetos pueden ser decomisados y con que fin. Considero que siempre nos centramos en observar lo más sencillo y evidente de los delitos, sin pensar en todas aquellas cuestiones que están a su alrededor. En síntesis, he elegido estudiar este tema por ser atípico y centrarse en los aspectos que rodean un delito. Dicho de otro modo, tengo más curiosidad e interés por conocer lo que hay más allá del propio delito de tráfico de drogas.

Mi intención al investigar sobre esta materia es aprender lo que desconozco sobre el delito de tráfico de drogas, aquello que es extrapenal, no porque no se regula en el código, sino porque se encuentra más allá del delito, pero, al mismo tiempo, es fundamental para la lucha contra la criminalidad organizada dedicada al tráfico ilícito de sustancias.

Pues bien, adecuándome al espacio permitido y a la información que he podido recabar, he estructurado el contenido del trabajo en cuatro partes.

En el primer capítulo analizo las figuras de la entrega vigilada y el agente infiltrado. Estos mecanismos policiales están recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son de uso excepcional y complejos en su desarrollo. Además, examino el concepto, la competencia, la forma y la jurisprudencia de estas dos herramientas. También comparo las legislaciones existentes en los ámbitos nacional, supranacional e internacional, para conocer así como se llevan a cabo las operaciones contra bandas criminales en las que participan varios Estados.

En el segundo capítulo estudio el autoconsumo y el autocultivo, dos situaciones que no están reguladas en las leyes y muy usadas en la actualidad. Destaco la impunidad de ambas y examino la vasta jurisprudencia sobre la materia, desde el autoconsumo compartido hasta la reciente novedad del Tribunal Supremo sobre las asociaciones de consumo de droga; concretamente, examino de manera muy detallada

la sentencia del Tribunal Supremo que ha puesto fin a la aplicación, por analogía, de la jurisprudencia del autoconsumo compartido para los supuestos de asociaciones pro droga.

En el tercer capítulo desarrollo el delito del tráfico de precursores y el comiso. Ambos están regulados en el Código Penal, tienen una dudosa redacción y se puede considerar que son innecesarios, puesto que se pueden encajar en otros preceptos legales. Además, estudio el concepto, el objeto y la jurisprudencia. También he dedicado unos párrafos al análisis de las legislaciones europea e internacional, ya que la colaboración entre Estados es muy importante en la lucha contra las bandas organizadas.

En el cuarto capítulo examino las sanciones administrativas relacionadas con el tráfico de drogas, es decir, analizo la estrecha relación que existe entre el Derecho administrativo y el Derecho penal. También contemplo la Ley de Seguridad Ciudadana y su nueva redacción, puesto que afecta a las sanciones administrativas relacionadas con las sustancias ilícitas. En última instancia, he examinado cuales han sido los resultados obtenidos tras la aplicación de la LSC.

En último lugar enumero mis propias conclusiones y algunas de otros autores con las que estoy de acuerdo.

## I. ENTREGA VIGILADA Y AGENTE INFILTRADO

Para comenzar el estudio de estas herramientas policiales debemos mencionar los artículos 126 de la Constitución Española<sup>1</sup> y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>2</sup>. Ambos artículos establecen las funciones de la policía judicial y su modo de proceder. Tanto la entrega vigilada como el agente infiltrado, reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son prácticas habituales en la lucha contra el tráfico ilegal de drogas.

### A. LA ENTREGA VIGILADA

La circulación o entrega vigilada, recogida en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es un mecanismo excepcional de investigación policial. En cuanto al concepto, cabe decir que dicha herramienta policial permite que envíos sospechosos de contener drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, circulen por territorio nacional o salgan o entren en él sin ser interceptados por la autoridad competente o los agentes de policía. Además de las sustancias mencionadas anteriormente, pueden ser objeto de circulación o entrega vigilada los equipos, materiales y sustancias relativos al delito de tráfico de precursores (artículo 371 del Código Penal). La finalidad perseguida mediante la utilización de este mecanismo es identificar a los sujetos involucrados en la comisión del tráfico ilícito, es decir, el propósito es obtener pruebas de los partícipes en el mismo. También se ayudará a las autoridades extranjeras que persigan los mismos fines (artículo 263 bis apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Respecto a la autoridad competente para acordar esta medida, existen tres entes autorizados: el Juez de Instrucción competente, el Ministerio Fiscal y los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial (centrales o provinciales), incluyendo sus mandos superiores. Esta triple competencia queda recogida en el artículo 263 bis apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por un lado, debemos destacar el

---

<sup>1</sup> La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

<sup>2</sup> 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.

hecho de que se faculte a órganos ajenos al poder judicial para autorizar la circulación o entrega vigilada. Esta circunstancia ha sido y es muy criticada puesto que se permite que una autoridad administrativa acuerde un mecanismo que lleva consigo cierta manipulación del control judicial. Por otro lado, también resulta llamativo el segundo párrafo del artículo 263 bis 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual se permite que los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial (centrales o provinciales), incluyendo sus mandos superiores, acuerden la circulación o entrega vigilada sin dar cuenta de ello a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal. Este desconocimiento está condicionado, es decir, si existe procedimiento judicial abierto, sí deben dar cuenta de las autorizaciones acordadas respecto a la circulación y entrega vigilada. Por tanto, podemos decir que el hecho de que funcionarios administrativos puedan acordar este mecanismo y, además, puedan hacerlo en desconocimiento de las autoridades judiciales da lugar a un “cierto control judicial difuso”<sup>3</sup>. En último lugar, debemos mencionar la obligación que se impone al juez de dar traslado al Juzgado Decano de su jurisdicción, de las copias que autoricen la circulación o entrega vigilada: pero, lo más curioso, es que dicha obligación solo se exige al juez, y no a las autoridades orgánicas de la Policía Judicial, a sus superiores administrativos, ni al Ministerio Fiscal. En conclusión, existe un control y registro más estricto sobre los jueces que sobre el resto de entes competentes.

Al hilo de lo expuesto sobre el órgano competente debemos decir que surgen discrepancias, problemas, a la hora de determinar qué juez debe conocer la materia. Concretamente, el debate se plantea para el caso de que la intervención y la solicitud de la entrega vigilada se realice en un partido judicial diferente al de donde se ha de realizar la entrega, es decir, surge la duda de saber si es competente el juzgado que autoriza la entrega vigilada o, por el contrario, es competente el juzgado del lugar de destino del paquete sospechoso. Esta compleja y discutida cuestión es la que vamos a examinar a continuación.

Existen dos corrientes del Tribunal Supremo para resolver el conflicto planteado, antes de estudiarlas detenidamente debemos mencionar dos preceptos que están estrechamente relacionados con las mismas: el artículo 24.1 de la Constitución Española y el artículo 15.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

---

3 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español Parte Especial*, 1996, pág. 797.

El primer criterio que vamos a exponer consiste en determinar que la competencia corresponde al juez que autoriza la entrega vigilada y realiza las primeras diligencias. Este criterio encuentra su base en el artículo 18.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A pesar de ello, esta corriente jurisprudencial genera arbitrariedad en la determinación del juez competente; ello es debido a la forma aleatoria de determinación, pues el hecho de adoptar la entrega vigilada, por el motivo que sea, hace competente al juzgado. Esta situación colisiona con el consagrado artículo 24 de nuestra Constitución, pues privaría de seguridad jurídica la determinación del juez ordinario. Además, esta corriente colisiona también con el precepto 15.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque cuando se adquiere pleno conocimiento del contenido del paquete es cuando llega a su destino, es decir, es en ese momento cuando existen pruebas materiales del delito. Al hilo de lo expuesto debemos mencionar dos autos que mantienen esta corriente jurisprudencial: Auto de 17 de septiembre de 1999, número de recurso 1870/1999, y Auto de 8 de marzo de 2001, número de recurso 3580/2000, entre otros. Para mostrar de manera más precisa el argumento principal vamos a destacar el siguiente párrafo, en el que se resume la base jurídica de dicha corriente:

“Cuando hay una entrega vigilada de un paquete postal con una intervención primera de un Juzgado que ya ha detectado la droga e inicia las correspondientes diligencias penales, y con intervención de otro Juzgado posterior, por estar el destinatario domiciliado en partido judicial diferente y ser este último quien recibe a los detenidos y realiza la apertura del paquete (arts. 579 y ss. LECrim.) con nuevas actuaciones penales, ha de entenderse competente para la instrucción de la causa al Juzgado que primero actuó, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 18.2º de la citada Ley procesal, tal y como se acordó en Autos de esta Sala de 6 de febrero de 1.998 y 17 de septiembre de 1.999 en casos similares al ahora examinado (auto 8 de marzo de 2001)”.

Respecto al segundo criterio decir que se fundamenta en que es competente el juzgado del lugar de destino del paquete sospechoso. El Auto base de esta corriente es de fecha 8 de noviembre de 2000, número de recurso 2500/2000, y sus argumentos principales son los siguientes:

“a) El artículo 263 bis LECrim. establece que la autorización para la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas no es competencia exclusiva del "Juez de Instrucción competente" (argumento que también se utiliza en el auto de inhibición del Juzgado de Granadilla de Abona), sino que igualmente puede ser acordada por el Ministerio Fiscal, así como por los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial y sus mandos superiores, añadiendo el número tercero, párrafo segundo, del precepto citado, que cuando sean los Jefes referidos "darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal" acerca de las autorizaciones otorgadas y sólo si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente, de donde se sigue que el argumento esgrimido sólo sería válido cuando la autorización sea acordada por los Jueces de Instrucción, pues en los otros supuestos

no existirían diligencias judiciales abiertas previas y el Juzgado de Instrucción del lugar de destino carecería del elemento de conexión básico fundamento de la inhibición. Como señala el auto de esta Sala de 23/6/00, mantener el criterio del Juzgado últimamente citado implicaría introducir una dosis de aleatoriedad que privaría de seguridad a la determinación del Juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 C.E.), a expensas de la iniciativa de la Policía Judicial; b) desde el punto de vista funcional, en rigor, las diligencias de instrucción sólo pueden ser efectivas una vez que llegado a su destino el envoltorio, se adquiere pleno conocimiento de su contenido y por ello de las pruebas materiales del delito, donde además resulta identificado el destinatario del mismo (artículo 15 LECrim.), de donde se sigue la improcedencia de aceptar sin más como aprehensión relevante la del paquete en el lugar donde meramente es interceptado sobre la base de la existencia de sospechas acerca de su contenido; y c) porque igualmente la facilidad en el desarrollo de la instrucción, criterio también funcional, aconseja anudar la misma al lugar donde tiene su residencia, aun meramente ocasional, el imputado destinatario de la mercancía”.

Por tanto, la confrontación entre la primera corriente y los artículos 24.1 y 15.1, así como el hecho de que sea más fácil la instrucción cuando el juzgado y la residencia del imputado se encuentran en el mismo partido judicial, han dado lugar a que la competencia, finalmente, la ostente el juzgado del punto de destino del paquete sospechoso. Esta corriente es la más reciente, que unida al principio de ubicuidad (que desarrollaremos más adelante), se ha convertido en la doctrina jurisprudencial más repetida en los últimos años; ejemplo de ello son los siguientes Autos de fecha 7 de abril de 2010, número de recurso 20744/2009, y 26 de enero de 2017, número de recurso 20799/2016<sup>4</sup>.

En último lugar, respecto a estas cuestiones de competencia debidas a las entregas vigiladas, debemos decir que el Tribunal Constitucional ha sentenciado que la determinación de los jueces competentes no es un ámbito que les incumba, sino que es una materia que corresponde a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y que, además, ya existen pautas para saber qué juez debe conocer un supuesto. Por lo tanto, el mencionado tribunal, ha decidido no decantarse sobre esta materia, recordando simplemente las directrices que se deben seguir para determinar el juez ordinario<sup>5</sup>.

Respecto a la teoría de la ubicuidad, mencionada en párrafos anteriores, debemos decir que fue adoptada mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del año 2005, según la cual: *"El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa"*.

---

<sup>4</sup> ALCOLADO CHICO, *La entrega vigilada*, 2015, págs. 173-183.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pág. 184.

Según esta teoría todos los juzgados en cuyo territorio se haya producido algún elemento del tipo, están cualificados para ser competentes, dándole prioridad al que primero conoce de la causa.

En conclusión, la reciente jurisprudencia del Supremo ha sentado las bases, respecto de las cuestiones de competencia, declarando competente al juzgado del lugar de destino del paquete sospechoso, no solo por esta razón, sino también por ser el domicilio del posible imputado, así como por ser el lugar donde se procede a la apertura del paquete y se conoce ciertamente su contenido.

Los apartados 1 y 3 del artículo analizado (263 bis) determinan el contenido y la forma de la circulación o entrega vigilada. En primer lugar, respecto al contenido, hay que señalar que la resolución que autorice esta medida debe estar motivada, esto es, no debe ser una decisión adoptada arbitrariamente por los entes competentes para ello. Además, debe especificarse de manera concreta “el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate”. En cuanto a la forma podemos destacar la necesidad que exige la adopción de esta disposición, dicho de otro modo, la circulación o entrega vigilada es una herramienta que se acordará cuando sea necesaria para investigar y descubrir organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito. Por tanto, no es aceptable el uso de este mecanismo para actividades dedicadas al tráfico de drogas de poca envergadura ni para casos en los que se conozca la identidad de los autores del delito. También la ley exige que el recurso de este mecanismo sea otorgado caso por caso, evitando conceder autorizaciones de modo genérico. En conclusión, la autorización que acuerde la circulación o entrega vigilada será motivada, necesaria e individualizada.

El correo postal está regulado en el último párrafo del artículo 263 bis, permitiendo “la interceptación y apertura” de los paquetes sospechosos de contener droga. Debido a la complejidad de esta actuación, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha recogido, bajo el nombre “*De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*”, en el capítulo III del Título VIII del Libro II como se debe proceder, la utilización de la información obtenida, etc.

Este mecanismo consiste en sustituir la droga y dejar que el paquete postal continúe su curso. De este modo, la policía conoce al destinatario de aquella, pudiendo investigar más a fondo a partir de esta medida o deteniendo al sujeto que

recoge el paquete con droga. Pero es menester mencionar el derecho fundamental recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española: el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales. Podemos decir que existe un conflicto entre la intervención postal y el derecho fundamental. Este conflicto queda resuelto por la jurisprudencia, como veremos más adelante. Además, también se puede considerar vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar, recogido en el artículo 18.1 del mencionado cuerpo legal. Este derecho supone “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción, conocimiento e intervención de otras personas y de los poderes públicos<sup>6</sup>”. En último lugar, hay que señalar que el artículo estudiado obliga a respetar “en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley”; en otras palabras, cuando exista una intervención postal se permite no citar al interesado para la apertura de la correspondencia postal.

En último lugar examinaremos la jurisprudencia existente sobre la circulación o entrega vigilada. El Tribunal Supremo define la entrega vigilada como “la operación en la que, teniendo localizada la sustancia, antes de intervenirla, se permite continúe su camino policialmente controlada, hasta que se efectúe su entrega, con objeto de identificar y detener a los destinatarios” (FJ tercero)<sup>7</sup>. En dicha sentencia, se distingue entre la entrega vigilada y el simple seguimiento de sospechosos. Ahora bien, la cuestión más importante que resuelve la jurisprudencia versa sobre las intervenciones postales y telegráficas. En el año 1995, la Sala de lo Penal llega al siguiente acuerdo: “los paquetes postales debían ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que contuvieran mensajes personales de índole confidencial” (FJ segundo)<sup>8</sup>. Actualmente, este acuerdo está superado por la reiterada jurisprudencia que establece las siguientes pautas:

“a) Se distingue el envío postal y la correspondencia postal, limitando a esta última la protección constitucional, [...] b) Quedan excluidas de la protección constitucional “aquellos objetos que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual” [...] c) Tampoco quedarían protegidos legalmente las comunicaciones abiertas y ello sucede “cuando es legalmente obligatoria una declaración

---

<sup>6</sup> NÚÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 61, 2008, pág. 115.

<sup>7</sup> STS 675/2004 de 14 de enero.

<sup>8</sup> STS 5909/2014 de 12 de noviembre.

externa de contenido, o cuando su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia... que no puede contener correspondencia...”<sup>9</sup>.

En síntesis, los paquetes postales que se incluyan dentro de la definición de correspondencia postal, gozarán de protección constitucional (artículo 18.3); mientras que el resto de los mismos serán envíos postales, esto es, pueden ser objeto de intervención judicial.

Una vez analizada la técnica de la circulación o entrega vigilada a nivel nacional, debemos detenernos en su ámbito europeo e internacional, pues actualmente nos encontramos en un mundo globalizado en el que el tráfico ilegal no tiene frontera. De modo que la Unión Europea y los organismos internacionales desempeñan un papel muy importante, exhortando a que los Estados cooperen en esta lucha.

Los tratados internacionales no hacen especiales referencias al procedimiento de la entrega vigilada, dejándolo así en manos de los Estados para que lo regulen en sus ordenamientos internos. De hecho, el primer tratado en el que aparece recogido el procedimiento de entrega vigilada es en la Convención de Viena de 1988, a pesar de existir tratados anteriores dedicados a la lucha contra el tráfico de drogas: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971.

La Convención de Viena define la entrega vigilada en su artículo 1 como *"la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o 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 mas 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 el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención"* y en su artículo 11 desarrolla su contenido de manera escueta pero clara. Estos artículos suponen un gran avance para la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes, pues permiten que sustancias ilegales circulen por varios países bajo la supervisión de las autoridades competentes, con la finalidad de lograr identificar a las personas que dirigen las redes del narcotráfico. Con este tratado se busca una

---

<sup>9</sup> *Ídem.*

mayor cooperación internacional para luchar contra el tráfico de drogas. En este sentido, el artículo 1 define como estado de tránsito *"al Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias"*. Por tanto, la Convención de Viena es la primera regulación internacional que pretende luchar contra el tráfico de drogas valiéndose de la cooperación entre los estados<sup>10</sup>.

Más adelante, en el año 1991, España firmó el Protocolo de Adhesión al Acuerdo de Schengen. El artículo 73 del mencionado acuerdo es el que regula la entrega vigilada y dispone que de acuerdo a las normas internas de cada estado, las partes contratantes se comprometan a permitir las entregas vigiladas; también dispone que *"cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizado a intervenir"*.

Para finalizar, vamos a señalar los últimos convenios relacionados con el estudio de la materia que nos ocupa; de un lado, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, de otro lado, el Convenio de Asistencia Jurídica en materia penal.

En cuanto al primer convenio, de 15 de noviembre de 2000, hay que decir que es de ámbito internacional y desarrolla con más precisión lo que contenía el Convenio de Viena. El artículo 20 explica la técnica de la entrega vigilada a nivel internacional, partiendo siempre de la premisa de no vulnerar el derecho interno del estado parte y, además, invita a los estados a que cooperen entre ellos para luchar contra el tráfico de drogas, mediante acuerdos bilaterales o multilaterales.

En cuanto al segundo convenio, de 29 de mayo de 2000, hay que decir que es a nivel europeo y que define la entrega vigilada en su artículo 12. Este convenio busca la colaboración entre los Estados Miembros de la Unión Europea, dicho de otro modo, *"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 extradición"*.

---

<sup>10</sup> ALCOLADO CHICO, *La entrega vigilada*, 2015, págs. 194-197.

En resumen, la legislación que se aplica en estos casos no es solo una, pues la legislación internacional y la legislación interna se complementan, no pueden ir por separado. Por ello, los convenios buscan que los Estados cooperen y colaboren en la lucha contra el tráfico de drogas, pero para lograrlo deben conciliar las legislaciones, internas e internacionales, consiguiendo así una correcta aplicación de las entregas vigiladas: "*Los tratados internacionales no hacen mayores especificaciones acerca de los presupuestos y requisitos que deben cumplirse para la habilitación de un procedimiento especial de entrega vigilada por lo que han dejado a los Estados la facultad de legislar internamente sobre estos aspectos, en este sentido una revisión general de los textos normativos de la materia en los países que han legislado sobre entregas vigiladas, permite reconocer que las exigencias legales para la procedencia de dicha técnica especial de investigación toman en cuenta factores de legitimidad, oportunidad, seguridad y eficacia*"<sup>11</sup>.

## B. EL AGENTE INFILTRADO

El agente infiltrado está regulado en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y consiste en "autorizar a funcionarios de la Policía Judicial [...] a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos". Dicho de otro modo, el agente infiltrado es un funcionario de la policía judicial que utiliza una identidad diferente para poder moverse dentro de una organización criminal. Ahora bien, es necesario distinguir la figura objeto de estudio de otras similares como por ejemplo el agente provocador, el confidente y el arrepentido o colaborador con la justicia. El agente provocador es aquel que origina la comisión de un delito, es decir, estaríamos ante un delito provocado; el confidente es aquel que otorga información a cambio de ciertas ventajas; y el arrepentido es aquel, que tras dejar de cometer actos delictivos, ayuda y colabora con la justicia<sup>12</sup>. En síntesis, el agente infiltrado es una medida recogida legalmente que consiste en infiltrar a un policía judicial en un grupo de delincuencia organizada, pero su finalidad no es provocar la comisión de un delito ni simplemente dispensar información. La Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras

---

<sup>11</sup> ALCOLADO CHICO, *La entrega vigilada*, 2015, pág. 191.

<sup>12</sup> MOLINA PÉREZ: *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 42, 2009, págs. 155-161.

actividades ilícitas graves determina el fin que se persigue cuando dice que “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”. En conclusión, la infiltración policial busca acabar con la criminalidad organizada desde dentro, es decir, conocer el entramado de la banda criminal y así poner fin a su actividad delictiva. Podríamos decir que la policía judicial pretende ir un paso por delante de la banda organizada, ya que cuenta con información directa de sus movimientos.

Podemos distinguir dos supuestos en los que actúa el agente infiltrado: actuación policial e infiltración policial. Por un lado, la actuación responde al supuesto en el que el hecho delictivo ya está consumado y el agente busca, únicamente, descubrir el delito; y por otro lado, la infiltración supone que el agente interactúe con los miembros de la organización. En ninguno de los dos casos el agente provoca el delito, simplemente y mediante las funciones que le otorga las leyes, investiga los movimientos de la organización para poder desarticularla. En algunos casos la actividad delictiva es anterior y en otros posterior, pero el objetivo de la infiltración siempre es frustrar y hacerles fracasar en sus intenciones delictivas para poder poner fin a la organización criminal<sup>13</sup>.

Los entes competentes para autorizar esta medida son "el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez". Esto supone que, en definitiva, es el Juez de Instrucción quien permite la actuación. A diferencia de la circulación o entrega vigilada, los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial y sus mandos superiores no están facultados para autorizar la infiltración de un agente de la policía judicial. Para concretar más en la competencia del juez de instrucción cabe señalar que:

“Habrá de ser el Juez de Instrucción del lugar donde esté operando la organización criminal si ésta no tiene carácter internacional o no opera en más de un territorio dentro de la nación. Pero atendiendo a las características de una organización criminal, y a la competencia que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a la Audiencia Nacional, aunque la Ley no lo diga, entendemos que la autorización habrá de otorgarla el Juez Central de Instrucción”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> *Ídem*

<sup>14</sup> MOLINA PÉREZ, *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 42, 2009, pág. 163.

Respecto a la forma y contenido, la ley determina que el agente infiltrado actuará tanto en las entregas vigiladas (art. 263 bis) como en las organizaciones criminales. La resolución que autorice la infiltración será motivada y, en ella, aparecerá el verdadero nombre del agente y la nueva identidad con la que actuará en el caso. Al igual que en la entrega vigilada, se tendrá en cuenta, a la hora de autorizar la infiltración, la necesidad de la misma a los fines de la investigación. El Ministerio del Interior será quien otorgue la identidad supuesta por un plazo de seis meses prorrogables. Los agentes infiltrados, siempre que se acuerde en una resolución motivada, podrán mantener dicha identidad en el momento de testificar en el proceso; ha que decir también que “ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto” (artículo 282 bis apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además, la resolución deberá ser reservada y constar fuera de las actuaciones; sobre esta circunstancia no se precisa nada más, pero debemos destacar la siguiente conclusión:

“Respecto a esta exigencia nada más preceptúa la ley, y se plantea el problema de dónde y cómo debe hacerse. Ante este silencio puede entenderse o bien que corresponde al propio Juez Instructor custodiarlas en un archivo que quedará bajo su propia custodia, o bien que, puesto que el artículo 6.b, del Reglamento del Secretariado de 29 de abril de 1988, preceptúa que la conservación de los datos documentados de la verdadera personalidad del testigo protegido corresponde al Secretario Judicial mientras esté vigente esa medida, sea el Secretario Judicial al que corresponda conservar y custodiar la resolución por la que se acuerde tal medida. Nosotros optamos por esta última solución, al igual que sucede con los testigos protegidos, de forma que la pieza separada quede bajo custodia del Secretario Judicial y “fuera de las actuaciones” como preceptúa la propia Ley”<sup>15</sup>.

En último lugar, la información que obtenga el agente encubierto deberá ponerse en conocimiento del juez que autorizó la medida en el menor tiempo posible; dicha información se aportará al proceso y después será valorada por el juez competente para ello.

El apartado 3 del artículo analizado determina que cuando el agente infiltrado pueda afectar a derechos fundamentales con sus actuaciones “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”. Ahora bien, no se precisa a partir de que momento pueden verse vulnerados los derechos fundamentales del investigado. La infiltración policial se puede dividir en dos etapas: la primera consiste en la toma de contacto del agente infiltrado con la

---

<sup>15</sup> MOLINA PÉREZ: *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 42, 2009, pág. 164.

organización criminal; y la segunda se basa en las tareas propias de la investigación, es decir, conseguir información de los actos delictivos. Existen opiniones que consideran que pueden vulnerarse los derechos fundamentales desde el momento en el que el agente infiltrado crea vínculos de confianza con los otros sujetos, mientras que otras opiniones defienden que la lucha contra las organizaciones criminales legitima la intromisión del Estado en los derechos fundamentales, siempre que dicha intromisión sea necesaria socialmente y proporcionada. Siguiendo esta línea argumentativa es menester señalar los posibles derechos fundamentales que se pueden ver afectados: la Constitución establece límites a la función del Estado y garantiza la comunicación y el establecimiento de relaciones de confianza entre los ciudadanos sin intervención del Estado; el Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio; y en último lugar el especial derecho de todo ciudadano a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable si se considera pasivo en la actividad jurisdiccional penal<sup>16</sup>.

Al hilo de lo mencionado, debemos referirnos a las consecuencias que tendría la vulneración de los derechos fundamentales de los miembros de la organización. Los efectos son: *“uno para el proceso, como es la nulidad de la diligencia practicada por la policía, derivándose así mismo, la nulidad de cualquiera otra que provenga de la primera, tal y como manifiesta el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el segundo es la responsabilidad criminal de los agentes que lo favorecieron”*<sup>17</sup>.

La ley (apartado 4 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) define la delincuencia organizada y señala un *numerus clausus* de delitos; “se considerará 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 siguiente: [...] k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal”. Por tanto, la herramienta policial, consistente en la infiltración de un agente, sólo se autorizará cuando estemos ante una banda organizada que se dedique a la comisión de los delitos que aparecen en la lista.

---

<sup>16</sup> NÚÑEZ PAZ, / GUILLÉN LÓPEZ: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2008, tomo 61, págs. 130-135.

<sup>17</sup> ALCOLADO CHICO, *La entrega vigilada*, 2015, pág. 146.

Una cuestión de especial importancia es la responsabilidad y eficacia que se deriva de la infiltración de un agente en una banda organizada o entrega vigilada. El apartado 5 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concluye que el agente encubierto no responderá criminalmente de aquellas actuaciones que sean necesarias para la investigación, guarden proporcionalidad con la finalidad perseguida y no sean provocación al delito. Por el contrario, en caso de querer proceder penalmente contra el policía infiltrado, será el juez competente para conocer la causa quien resolverá la cuestión, tras requerir el informe que autorizaba la identidad supuesta.

La finalidad principal de la infiltración de un agente es la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Por tanto, se pretende descubrir actividades delictivas anteriores, delitos ya consumados. El comportamiento del agente encubierto será lícito siempre que se encuentre dentro de los deberes de su cargo y del ejercicio de sus funciones. En resumen, si se consiguen las consecuencias mencionadas anteriormente, es decir, las deseadas utilizando este medio de investigación, estaremos ante una eficacia normal<sup>18</sup>.

En cambio, puede darse una eficacia anormal, esto es, efectos que impiden que se alcance el objetivo perseguido. El agente encubierto con el fin de detener al delincuente acaba induciendo al mismo a cometerlo. Cuando ocurre esto estamos ante un acto de investigación ilícito (inexistente) puesto que el hecho delictivo ha sido creado por la propia policía judicial. El Tribunal Supremo afirma que el delito provocado es “penalmente irrelevante, procesalmente inexistente, y, por ello, impune”<sup>19</sup>, para ambos sujetos; de un lado el agente provocador y de otro el sujeto provocado. Ahora bien, debemos matizar dicha impunidad a la hora de cometer un delito. En primer lugar, el agente encubierto que provoca el delito puede actuar de forma abusiva o cumpliendo sus funciones. Determinar ante que situación, de las dos posibles, nos encontramos dependerá del caso concreto así como del delito cometido. La jurisprudencia opta por la impunidad en los delitos de resultado, mientras que con los delitos de peligro abstracto y consumación anticipada existen dudas. En conclusión, cuando un agente infiltrado induce a la comisión de un delito de tráfico de drogas es responsable criminalmente, ya que pone en peligro el bien protegido por la

---

<sup>18</sup> MOLINA PÉREZ: *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 42, 2009, pág. 166.

<sup>19</sup> *Ibidem* pág. 170.

norma penal, la salud pública. Además, el artículo 373 del Código Penal sanciona la provocación para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372 del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, y a pesar de que la finalidad perseguida por la policía sea diferente a la de traficar con drogas, no existe impunidad para ellos<sup>20</sup>.

La jurisprudencia que versa sobre esta materia se centra en diferenciar la actuación propia de un agente infiltrado de la de un agente provocador. En primer lugar destacaremos la definición de delito provocado:

“El delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas ( STS núm. 1344/1994, de 21 junio (RJ 1994, 5215) (FJ tercero)”<sup>21</sup>.

Pero no basta con conocer la definición, puesto que la línea que separa al agente encubierto del agente provocador es muy confusa. Por ello, la doctrina jurisprudencial señala los elementos del delito provocado, así como la distinción entre ambas situaciones:

“El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

El delito provocado se integra por tres elementos: a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción.

Como se afirma en la STS 571/2008 (RJ 2008, 8073), el delito provocado es una rechazable e inadmisibles actividad policial que traspasa los límites de la legalidad.

Ciertamente, en teoría es clara la diferenciación entre el delito provocado instigado por la policía, y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida reduciéndose la actividad del agente policial a comprobar tal delito.

En la práctica pueden darse situaciones ambiguas, a resolver en cada caso con el estudio de las circunstancias concretas (FJ cuarto)”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> MOLINA PÉREZ: *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 42, 2009, pág. 166-173.

<sup>21</sup> STS 2961/2014 de 13 de mayo.

<sup>22</sup> *Ídem*.

En síntesis, para disipar las dudas de si existe o no delito provocado en un caso concreto se ha de atender tanto a las circunstancias del mismo, como a las acciones realizadas por el agente encubierto. Pero lo que no se puede permitir es la comisión de un delito por parte de la policía; dicho de otro modo, en la comisión de un delito provocado no se tiene en cuenta la finalidad lícita que persigue la policía judicial, sino que prima la circunstancia de que traspasan los límites de la legalidad y se pone en riesgo la salud pública.

Tras analizar la situación nacional respecto a la técnica del agente infiltrado o encubierto, vamos a ver cuál es el panorama supranacional e internacional. Los tratados y convenios, al igual que ocurría con el mecanismo de la circulación o entrega vigilada, deciden que lo primordial es que la técnica del agente infiltrado la regulen los ordenamientos internos de los Estados. Por lo tanto, solo esbozan algunas cuestiones para dar cobertura a las regulaciones internas.

En la esfera internacional, encontramos el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, según el cual los Estados pueden utilizar la técnica de las operaciones encubiertas, siempre que se respeten los principios fundamentales de dicho Estado. Nos hallamos ante el mismo artículo que el que recoge la circulación o entrega vigilada. Por tanto, los organismos internacionales pretenden animar a que los Estados colaboren y cooperen entre ellos en la lucha contra la delincuencia organizada; y, para ello, les dota de técnicas especiales para combatir, como son la circulación o entrega vigilada y el agente encubierto o infiltrado.

En el ámbito europeo, destacaremos los artículos 14, 15 y 16 del Convenio de Asistencia Jurídica en materia penal. En síntesis los artículos destacados disponen que entre los Estados miembros de la Unión Europea pueden *“convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas)*. Dicho de otro modo, un Estado miembro puede solicitar a otro este tipo de colaboración encubierta, pero siempre respetando el Derecho interno. Los artículos 15 y 16 versan sobre las responsabilidades penales y civiles de dichos agentes infiltrados.

## II. AUTOCONSUMO Y AUTOCULTIVO

El autoconsumo y el autocultivo son dos situaciones que no están reguladas en las normas penales, es decir, para definir ambos conceptos debemos acudir a la doctrina y la jurisprudencia. Pero ambas circunstancias están estrechamente relacionadas, puesto que son supuestos de impunidad penal debido a que no estamos ante conductas tipificadas en la ley.

Por un lado, hay que destacar el artículo 368 del Código Penal, que castiga los actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como promover, favorecer o facilitar el consumo. Por otro lado, hay que señalar que el autoconsumo está estrechamente relacionado con la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Por todo ello, podemos deducir que la tenencia para el consumo propio, el autoconsumo, es una práctica impune puesto que existe la tenencia de droga pero no como conducta tipificada en la ley. El problema que se plantea es delimitar qué es autoconsumo y qué no lo es; para ello se atiende a las circunstancias del caso concreto y a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo<sup>23</sup>.

Para comenzar debemos señalar las tres circunstancias que analizan los tribunales a la hora de delimitar si estamos ante un supuesto de autoconsumo o de tráfico de drogas: las circunstancias relativas a la droga, al poseedor y a la intervención.

En primer lugar, en cuanto a la droga intervenida hay que decir que hay que atender a los siguientes criterios: cantidad, pureza, variedad y presentación. Respecto a la cantidad influyen diversos factores pero el más importante de todos es el del tipo de droga consumida. La jurisprudencia del Supremo establece las siguientes cantidades: hachís → hasta 50 gramos es autoconsumo; cocaína → hasta 10 gramos es autoconsumo; y heroína → hasta 5 gramos es autoconsumo. Dichas cantidades no son jurisprudencia unánime, puesto que las circunstancias del caso concreto hacen variar las decisiones del Tribunal Supremo. De modo que cantidades inferiores a las mencionadas han sido calificadas como tráfico y viceversa. La pureza es un criterio relativo, es decir, se ciernen diversas teorías sobre ella, dándole mucha importancia en algunos casos y ninguna en otros; pero podemos concluir que si el individuo posee

---

<sup>23</sup> SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal Parte Especial*, 2011, pág. 714.

parte de la droga con una elevada pureza y otra parte muy adulterada, se presume tráfico de drogas. Sobre la variedad hay que decir que la pluralidad de drogas presupone el tráfico, aunque hay excepciones en la aplicación de este indicio. En último lugar, la presentación de la droga significa que si el individuo se dedica al tráfico llevará la droga en pequeñas dosis, pero este criterio no es relevante puesto que es un muy subjetivo.

En segundo lugar, respecto a las circunstancias relativas al poseedor de la droga caben señalar las siguientes cualidades: condición de drogodependiente, politoxicómano, consumidor habitual o no consumidor; situación económica del sujeto; ocultación de la droga a las autoridades; utilización de falsa identidad; presunción de realizar actos de tráfico; y falta de credibilidad o contradicciones. Todas estas cualidades determinan si estamos ante un sujeto traficante y/o consumidor.

En último lugar, sobre la intervención de la droga hay que destacar la tenencia de instrumentos o material bien para la elaboración y distribución de la droga o bien para el consumo propio; intervención de cantidades inusuales de dinero; y lugar y momento de la incautación de la droga. En este grupo de circunstancias encontramos la relevancia del caso concreto, dicho de otro modo, las condiciones que rodean el decomiso de la droga y qué hacen que el tribunal decida si estamos ante un supuesto de tráfico de drogas o de consumo propio<sup>24</sup>.

Otro punto de especial importancia respecto al autoconsumo es la donación. El sujeto que done a otro una cantidad de droga, ya sea pequeña o grande, incurre en delito de tráfico de drogas. Mientras que si la donación es en pequeña cantidad y a una persona adicta, estamos ante una conducta impune. La diferencia entre ambos supuestos es que en el primero de ellos el donante, según la jurisprudencia, facilita el consumo ilegal y en el segundo caso no ocurre eso<sup>25</sup>.

Siguiendo esta línea argumentativa tenemos que hablar del consumo compartido o colectivo. Respecto a ello, podemos distinguir dos situaciones: consumo colectivo entre adultos y en la intimidad; y consumo en grupo cuando no todos son adictos o iniciados. En el primer caso, no se comete un delito de tráfico de drogas

---

<sup>24</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 1, 1999.

<sup>25</sup> SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO, *DPPE*, 2011, pág. 715.

puesto que no existe peligro para el bien jurídico protegido, es decir, la salud pública. En el segundo caso, tampoco se cometería delito siempre que se trate de drogas blandas y de individuos mayores de edad<sup>26</sup>. En último lugar, una cuestión relacionada con la materia es el consumo compartido en la vía pública, pero sobre este supuesto hablaremos más adelante, cuando examinemos las sanciones administrativas.

La jurisprudencia del autoconsumo es muy vasta, puesto que debe abordar muy diversos conceptos. Primeramente examinaremos los requisitos que establece el Tribunal Supremo sobre el autoconsumo compartido:

“Y, ciertamente, en los últimos años esta Sala ha venido desarrollando una doctrina que amplía la falta de punición de la tenencia para autoconsumo individual a algunos otros supuestos de *autoconsumo en grupo*, ante la frecuencia de casos en que particularmente los jóvenes se reúnen para compartir la droga que han adquirido con el dinero de todos. Supuesto de *impunidad excepcional* que excluye su aplicación cuando el grupo no es pequeño, o se trata de un número indeterminado de personas, cuando los componentes de ese grupo no quedan identificados, y cuando el consumo no se realiza en un local cerrado y determinado.

Y así, esta Sala ha venido generalmente exigiendo, para reputar atípica la conducta consistente en el consumo conjunto de droga por diversas personas como circunstancias que deben concurrir para estimar el consumo compartido las siguientes:

- a) Los consumidores que se agrupan han 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 ejemplarizante 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 consumista ha de venir referida a un *pequeño núcleo* de drogodependientes, como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia 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 adquiridas (FJ cuarto)<sup>27</sup>.

En síntesis, sabemos que el autoconsumo individual es una conducta impune, pues no encaja en el tipo penal, pero en los últimos años abunda la práctica del autoconsumo en grupo. Por ello, el tribunal adoptó el criterio jurisprudencial mencionado: para que una situación de autoconsumo compartido sea impune deben concurrir en ella todas las circunstancias anteriores. También cabe decir que la interpretación que debe darse a cada criterio será en sentido amplio, es decir, no se puede atender al sentido literal del concepto. Además, hay muchas sentencias que establecen que debemos entender por adictos, lugar cerrado, etc.

---

<sup>26</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *DPPE*, 1996, págs. 801 y 802.

<sup>27</sup> STS 1417/2010 de 9 de febrero.

Siguiendo esta línea argumentativa debemos examinar el caso del autoconsumo compartido en las asociaciones de consumidores de droga. Hasta el momento, el consumo en asociaciones de este tipo era una conducta impune, puesto que se aplicaba la doctrina señalada anteriormente sobre el autoconsumo compartido. Pero recientemente, el Tribunal Supremo ha condenado a pena de prisión a los responsables de la Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo Ebers:

“La Audiencia Provincial de Vizcaya les había absuelto al entender que los hechos que se les imputaban carecían de relevancia penal, al estar comprendidos en la doctrina del autoconsumo compartido establecida por el Supremo desde hace años. Los magistrados del Alto Tribunal, en cambio, entienden que este tipo de agrupaciones, con estatutos, cuotas de socios y una vocación de estabilidad desbordan la filosofía de aquella doctrina, prevista para grupos cerrados de amigos que esporádicamente se juntan para consumir”<sup>28</sup>.

En este punto debemos centrarnos en el estudio de la sentencia que ha modificado, radicalmente, la doctrina jurisprudencial que se venía aplicando en los casos de asociaciones pro droga.

Para comenzar el estudio de estas asociaciones debemos decir que no están reguladas a nivel estatal, es más, los intentos autonómicos por regularlas han sido infructíferos (Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis, en Cataluña). Ello se debe a que no es competencia de las Comunidades Autónomas, sino que estamos ante una materia de carácter estatal<sup>29</sup>. Este vacío legal y el derecho fundamental de asociación (artículo 22 de la Constitución Española), han servido de base para que proliferen este tipo de asociaciones en España.

La alegalidad en la que se encontraban este tipo de asociaciones ha generado que la jurisprudencia resolviera los problemas aplicando la doctrina del autoconsumo compartido, detallada en los párrafos anteriores. Así resolvió la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictando sentencia absolutoria respecto de los cinco miembros de la Asociación de Estudios y Usuarios de Cáñamo. Esta asociación cultivaba cannabis para atender las necesidades de sus socios. El Ministerio Fiscal, que no cree que fuera de aplicación al supuesto el autoconsumo compartido, recurrió en casación la sentencia ante el Tribunal Supremo.

---

<sup>28</sup> VÁZQUEZ, *Golpe del Tribunal Supremo a las asociaciones pro cannabis* (en línea), <http://www.elmundo.es/espana/2015/07/09/559d7121ca4741a4338b4594.html> (consulta 30 de diciembre de 2017).

<sup>29</sup> MARACO, MANUEL, *El Constitucional rechaza que las Comunidades Autónomas legalicen la actividad de los clubes de cannabis* (en línea), <http://www.elmundo.es/espana/2017/12/21/5a3baa8ee5fdeae2108b4592.html> (consulta 30 de diciembre de 2017).

En primer lugar, los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo hablan del ánimo de lucro; la sentencia de la Audiencia Provincial destaca, otorgándole mucha importancia, que la asociación carece de ánimo de lucro. Pero lo que defiende el Ministerio Fiscal, y avala el Tribunal Supremo, es que el ánimo de lucro no es requisito del delito recogido en el artículo 368 del Código Penal. Por lo tanto, la falta de fines lucrativos no implica que no exista delito de tráfico de drogas (FJ tercero).

En segundo lugar, el Tribunal Supremo determina en su Fundamento Jurídico noveno que *“La filosofía que inspira la doctrina sobre atipicidad del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando. “Compra conjunta” o “bolsa común” son quizás, como se dijo, denominaciones más precisas”*. De este modo, queda asentado que las asociaciones pro droga no están amparadas por la doctrina del autoconsumo compartido.

En tercer lugar, los Fundamentos Jurídicos décimo y undécimo son los motivos por los que no puede considerarse autoconsumo compartido el supuesto planteado. Concretamente, lo que hace que no sea de aplicación la doctrina mencionada es *“la magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores”*. Dicho de otro modo, la asociación no puede garantizar que sus socios, posteriormente, no distribuyan la droga obtenida; ello genera que el bien jurídico que se protege, la salud pública, pueda ser vulnerado. Además, la sentencia menciona los requisitos que son necesarios para apreciar la atipicidad en este tipo de asociaciones: *“el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, el carácter cerrado del círculo, sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva a ese consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta, los hábitos de consumo en recinto cerrado”*.

En resumen, el Tribunal Supremo decide que *“en el supuesto ahora analizado*

*un reducido núcleo de personas organiza, y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo,... y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores -aunque sean también consumidores- frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente”.*

Por todo lo antedicho, el primer motivo expuesto por el Ministerio Fiscal se estima y el Tribunal Supremo, consecuentemente, dicta una segunda sentencia: *“que debemos condenar y condenamos a los acusados IAOZ, JIDI y CMH como autores de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y con la apreciación de un error vencible de prohibición a las penas a cada uno de ellos de OCHO MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y MULTA DE CINCO MIL EUROS (5. 000 €) CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA en caso de impago DE VEINTE DÍAS”.*

En último lugar, debemos decir que la sentencia estudiada cuenta con votos particulares de algunos Magistrados, discrepando de la decisión de la mayoría en el fallo de la sentencia. Estos Magistrados creen que se debería mantener la absolución de los condenados<sup>30</sup>.

Otro concepto relevante en esta materia son los mínimos psicoactivos. La dosis mínima psicoactiva es aquella cantidad de droga necesaria para producir sus efectos sobre el organismo. La relevancia de dichas dosis la encontramos en que dependiendo de ellas estaríamos ante conductas atípicas o no; dicho de otro modo, si el sujeto porta una cantidad inferior a la dosis psicoactiva, no pone en peligro el bien jurídico protegido por el Código Penal, mientras que si la dosis es superior a la señalada, sí existe riesgo para la salud pública. Sobre la jurisprudencia de este concepto cabe destacar el siguiente párrafo:

“En definitiva ante las dificultades técnicas que las cantidades de mínima significación generan, esta Sala ha entendido que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CP y ha adoptado la posición dogmática de definir el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de

---

<sup>30</sup> STS 4178/2015 de 7 de septiembre.

consideraciones teleológica y ha llegado a la conclusión de que solo se debería considerar droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 CP, aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios. Por tal razón ha tomado como referencia los cálculos del principio activo de cada droga respaldados por el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2.003, de tal manera que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, y ha venido aplicando de forma mayoritaria, la teoría de los mínimos psicoactivos en multitud de sentencias que constituyen un cuerpo muy sólido de doctrina legal y ha sido ratificada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2.005, en el sentido siguiente "continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca un informe legal o se adopte otro criterio o alternativa" (FJ primero)<sup>31</sup>.

También es menester destacar, siguiendo esta línea argumentativa, los principios de insignificancia y de lesividad de los bienes jurídicos protegidos. Por un lado, el principio de insignificancia se aplica "cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo (FJ primero)"<sup>32</sup>. Por otro lado, el principio de lesividad comprende que las acciones que sean inadecuadas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico, en este caso la salud pública, no serán sancionadas<sup>33</sup>. En síntesis, ambos principios junto al cuadro de dosis mínimas psicoactivas generan jurisprudencia sobre el autoconsumo; dicha jurisprudencia consiste en que aquellos sujetos que trafiquen con cantidades de droga que sean inferiores a las dosis mínimas psicoactivas, no estarán incurriendo en el tipo penal del artículo 368, puesto que no se pondría en peligro la salud pública.

En último lugar, debemos mencionar la gran relevancia que tiene la pureza de la droga en conjunción con lo mencionado anteriormente. A la hora de juzgar un caso concreto de tráfico de drogas, la cantidad de droga que se tiene en cuenta es la pura, dicho de otro modo, la cantidad que no está adulterada. Para ver la importancia que tienen los tres condicionantes (insignificancia, lesividad y pureza) debemos destacar el siguiente párrafo:

"En el caso concreto que ahora se juzga, el envoltorio vendido por el acusado contiene 0,405 gramos de cocaína, con una riqueza del 12,4%. Por consiguiente, la cantidad de cocaína vendida por el acusado se cifra en 50,22 miligramos, casi en el límite de los 50 miligramos que se fija como mínima cantidad psicoactiva subsumible en la norma penal. Sin embargo, como en estos casos las pericias fijan un margen de error en torno al 5% del índice de riqueza, este índice ha de operar también aquí, aunque se haya omitido el dato en el dictamen. Ello significa que el porcentaje de riqueza a computar es del 11,78% y no del

---

<sup>31</sup> STS 7291/2008 de 16 de diciembre.

<sup>32</sup> *Ídem*.

<sup>33</sup> *Ídem*.

12,4%. Y como la aplicación de ese porcentaje determina que la cantidad de cocaína vendida son realmente 47,70 y no 50,22 miligramos, es claro que la operación de tráfico se halla por debajo del mínimo de toxicidad que fija la jurisprudencia de esta Sala (FJ primero)<sup>34</sup>.

En el caso concreto de la sentencia, el tribunal falla que estamos ante una conducta atípica y por lo tanto se debe absolver al sujeto. Es un ejemplo muy preciso sobre la importancia que tienen los criterios jurisprudenciales que hemos señalado anteriormente.

Para finalizar la exposición del autoconsumo debemos destacar un párrafo que resume toda la jurisprudencia de la materia:

“Este Tribunal de casación tiene establecido como criterio consolidado que solo deberá considerarse droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 C. penal , aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que le son propios. Y esto, en función de la cantidad de principio activo registrada en concreto y de la capacidad del producto para incidir negativamente en la salud de un eventual afectado. En aquellos casos en los que la cantidad de principio activo apreciable en la única sustancia transmitida sea tan insignificante que no alcance las dosis mínimas psicoactivas, según han sido establecidas con criterios científicos por el Instituto de Toxicología, no será apreciable la existencia de un riesgo para el bien jurídico (FJ primero)”<sup>35</sup>.

El cultivo lo podemos definir como “una actividad neutra o extrapenal que solo alcanzará relevancia penal cuando su finalidad esté vinculada a la recolección de drogas destinadas al tráfico ilícito”<sup>36</sup>. Partiendo de esta definición podemos decir que el sujeto que cultive droga para su propio consumo (autocultivo) no está incurriendo en un delito penal, puesto que la finalidad no es el tráfico ilícito.

El artículo 368 del Código Penal sanciona tanto actos de tráfico como de cultivo, pero resulta muy complejo demostrar qué actos de cultivo están destinados a un tráfico futuro y, por tanto, sancionables penalmente. Además, el hecho de que el autoconsumo de droga sea una conducta impune, conlleva a que actos de autocultivo para el propio consumo también sean impunes<sup>37</sup>. Es necesario destacar también que el tribunal no puede atender únicamente a la cantidad de droga cultivada, ni tampoco considerar que nos encontremos ante un delito de tráfico de drogas cuando dicha cantidad es superior a la determinada por la jurisprudencia para el autoconsumo<sup>38</sup>.

En síntesis, el fin del artículo 368 del Código Penal es sancionar el tráfico de drogas en cualquiera de sus variedades, ya sea a través del cultivo, favorecimiento, o

---

<sup>34</sup> STS (Sala de lo Penal) de 10 de junio de 2014 (RJ 2014\3408).

<sup>35</sup> *Ídem*.

<sup>36</sup> NÚÑEZ PAZ, / GUILLÉN LÓPEZ: *Revista Penal*, nº 22, 2008, pág. 92.

<sup>37</sup> SAP Jaén 31/2008 de 24 de septiembre.

<sup>38</sup> SAP Valladolid 1387/2011 de 5 de diciembre.

tráfico en sí mismo. Por ello, los tribunales no pueden fallar a favor de la existencia de tráfico en casos de autocultivo, puesto que la conducta no es subsumible en el tipo penal.

### III. TRÁFICO DE PRECURSORES Y COMISO

Ambas figuras están recogidas en el Código Penal. El tráfico de precursores (art. 371) es un delito poco enjuiciado por los tribunales y de dudosa redacción, como veremos más adelante. El comiso (art. 374) es una pena accesoria que implica la pérdida de los efectos e instrumentos generados por los delitos de tráfico de drogas (art. 368 a 372), es decir, es un comiso específico para dichos delitos.

#### A. EL TRÁFICO DE PRECURSORES

El delito de tráfico de precursores, recogido en el artículo 371 del Código Penal, sanciona “la fabricación, el transporte, la distribución, la comercialización o la tenencia de equipos, materiales o de las sustancias idóneas para el ilícito cultivo, producción o fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”<sup>39</sup>. Además, dicha conducta está condicionada a que el sujeto sepa que las sustancias con las que negocia están destinadas a la producción y tráfico de drogas. Por tanto, la simple tenencia de las mismas no encaja dentro de la conducta típica estudiada y, por ello, carece de relevancia penal.

En primer lugar, debemos señalar que este artículo sanciona actos preparatorios del delito de tráfico de drogas (368 CP), existiendo cierta lejanía entre el bien jurídico protegido, la salud pública, y la conducta típica. Por tanto, nos encontramos ante un delito que castiga la realización de conductas comisivas, no ante un delito de resultado. En síntesis, el delito de tráfico de precursores supone un “adelantamiento de la barrera de protección penal de un bien jurídico colectivo”<sup>40</sup> lo que acarrea ciertos problemas a la hora de aplicar eficazmente el artículo 371 del CP: posible vulneración de los principios de lesividad y ofensividad, además de las dificultades que genera probar la vulneración del bien jurídico<sup>41</sup>.

En segundo lugar, hay que destacar la remisión a la normativa internacional y futura que se produce en el tipo penal estudiado. El artículo 371 determina que se debe acudir al “cuadro I y cuadro II de la convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y

---

<sup>39</sup> CORDOBA RODA et alii, Comentarios al Código Penal Parte Especial, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1660.

<sup>40</sup> SUÁREZ LÓPEZ: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, nº5, pág. 8.

<sup>41</sup> *Ibidem* págs. 8-10.

sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España”, para conocer qué sustancias son objeto de delito. Además, existe una remisión a futuros Convenios, pero en ningún caso se menciona normativa interna que regule la materia. Por tanto, nos encontramos ante un normal penal en blanco que genera indeterminación del tipo delictivo. Todo ello puede influir negativamente en los principios de legalidad y seguridad jurídica. Hay que mencionar, en último lugar, el hecho de que algunas sustancias pueden usarse como precursores y no estar recogidas en el convenio mencionado, dando lugar a una situación en la que no se puede ir contra los sujetos que las usen para tráfico ilícito<sup>42</sup>.

En tercer lugar, el objeto del delito son los equipos, materiales o sustancias enumeradas en el convenio mencionado anteriormente. Las sustancias, como ya sabemos, quedan definidas en los cuadros de dicho Convenio, pero los equipos y materiales son un concepto muy amplio e indeterminado que no ha sido aclarado por la normativa internacional ni nacional<sup>43</sup>.

El apartado segundo del precepto establece dos subtipos agravados: de un lado, el de pertenencia a una organización, y de otro lado, el de ostentar un cargo de responsabilidad en dicha organización. En el primer caso, se impondrá la pena en su mitad superior, es decir, prisión de cuatro años y seis meses a seis años y multa del cuádruplo al séxtuplo; mientras que en el segundo supuesto, la pena será la superior en grado, esto es, prisión de seis a nueve años y multa del séxtuplo al nóuplo<sup>44</sup>.

La jurisprudencia del tráfico de precursores no es muy vasta, puesto que la interpretación y aplicación del precepto 371 del CP presenta bastantes problemas. Por ello, encontramos pocas sentencias que castiguen por este delito<sup>45</sup>.

En primer lugar, tras examinar las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, debemos señalar que el tráfico de precursores es un delito de actividad que requiere la existencia de requisitos objetivo, normativo y material. Por tanto, en el supuesto concreto el objeto debe ser alguna de las sustancias enumeradas en el tipo

---

<sup>42</sup> SUÁREZ LÓPEZ: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, nº5, págs. 11 y 12.

<sup>43</sup> SUÁREZ LÓPEZ: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, nº5, pág. 13.

<sup>44</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *DPPE*, 1996, pág. 816.

<sup>45</sup> SUÁREZ LÓPEZ, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, nº5 pág. 2.

penal, dichas sustancias tienen que usarse para la producción o fabricación de drogas y el sujeto debe conocer el destino final de las mismas (tráfico ilícito). Como ya hemos dicho esto implica la tipificación como delito autónomo de los actos preparatorios del tráfico de drogas (FJ tercero)<sup>46</sup>.

En segundo lugar, hablaremos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Respecto al adelantamiento de la barrera de protección penal debemos señalar que:

“No estamos, pues, ante un delito «de sospecha» porque la mera posesión, aun no autorizada, no es suficiente para la incriminación. Y como difícilmente se puede «saber» –no solamente sospechar– cuál va a ser el destino de una cosa sino cuándo dicho destino se lo va a dar quien la posee u otra persona con la que aquél está concertado, puede decirse que el delito descrito en la norma cuestionada es un tipo «de imperfecta realización», esto es, un tipo en que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de actos meramente preparatorios –inspirados por una determinada finalidad de su autor– que quedarían impunes de no ser por la previsión legal. La «ratio» del precepto no puede ser más clara: el legislador ha tipificado en este caso actos preparatorios, en relación con el cultivo y la 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 (FJ cuarto)”<sup>47</sup>.

Por tanto, es indiscutible que el artículo 371 del CP supone un aumento en el ámbito de intervención penal, dando lugar a que existan ciertos problemas a la hora de su aplicación. Como bien destaca el párrafo de la sentencia, la redacción del artículo pretende luchar contra el tráfico de precursores conciliando la normativa internacional con la interna, pero el legislador no concreta lo suficiente el tipo delictivo y genera los problemas señalados anteriormente en el trabajo.

Hay que exponer también, como curiosidad, que hay supuestos concretos en los que existe tráfico de precursores pero el tribunal acaba castigando por delito de tráfico de drogas. Ejemplo de este tipo de fallos es la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2002 (RJ 2002\5766), en la que fueron intervenidos productos químicos y disolventes, esto es, precursores necesarios para la elaboración de drogas y el acusado fue castigado por tráfico ilícito. Todo ello, afianza la idea de que el delito autónomo de tráfico de precursores es innecesario, puesto que la conducta delictiva se puede sancionar a través del artículo 368 del CP.

---

<sup>46</sup> SAP Barcelona 481/2015 de 23 de abril.

<sup>47</sup> STS 2915/2001 de 26 de marzo.

En último lugar, la jurisprudencia más reciente define precursor como: “toda materia que sirve de manera específica y esencial para la fabricación de un producto químico determinado. Se incorpora a la molécula de droga (producto final) y entra a formar parte de la estructura molecular final de la sustancia (FJ trigésimo octavo)”<sup>48</sup>.

Una vez definido el concepto destacaremos las diferentes categorías de sustancias:

“Se definen tres categorías de sustancias químicas catalogadas o sujetas a fiscalización, que se identifican con los mismos 1, 2 y 3 en función del grado de control a que ha de ser sometido el producto por parte de los órganos de inspección e investigación; en la "categoría 1" se incluyen sustancias químicas tales como la edefrina, la ergometrina, la ergotamina, el esosafrol, el piperonal, el safrol y la noroefedrina entre otras. En la "categoría 2" se incluyen el anhídrico acético, el ácido antranílico, el ácido fenilacético, la piperidina y el permanganato potásico entre otros. Por último en la "categoría 3" se incluyen la acetona, el éter etílico, el tolueno, el ácido sulfúrico y el ácido clorhídrico”<sup>49</sup>.

En síntesis, según la jurisprudencia del Supremo nos encontramos ante un delito de actividad, cuyo elemento objetivo implica que el sujeto, que actúa “a sabiendas”, tenga posesión de equipos, materiales o sustancias concretas destinadas al tráfico ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Por tanto, al igual que “la posesión de drogas es punible cuando va acompañada del propósito de difundirlas, la posesión de los precursores solo lo es cuando se tiene conciencia de que van a ser ilícitamente utilizados en el cultivo, la producción o fabricación de drogas” (FJ segundo)<sup>50</sup>.

Una vez examinado el panorama en el ámbito nacional queremos explorar el ámbito europeo e internacional para conocer la regulación del tráfico de precursores.

A nivel internacional, mencionamos una vez más la Convención de Viena, año 1988. Recoge en sus artículos 3 apartado 1 (“Delitos y sanciones”) y 12 (“Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas”) los modos y maneras de luchar contra la fabricación y distribución de precursores en los Estados que forman parte de las Naciones Unidas. De un lado, el artículo 3 apartado 1 pretende que todos los Estados Miembros tipifiquen como delito, en su derecho interno, el tráfico de precursores; y de otro lado, el artículo 12 proporciona herramientas a los Estados Miembros para la prevención del tráfico de precursores, como por ejemplo controlando a las empresas y personas que se dediquen a la fabricación o la distribución de tales sustancias.

---

<sup>48</sup> STS 9830/2012 de 27 de septiembre.

<sup>49</sup> *Ídem*.

<sup>50</sup> STS 1287/2013 de 18 de enero.

También debemos destacar que existen dos organismos internacionales que se dedican a la lucha contra el tráfico de drogas, desarrollando un papel fundamental en el delito de tráfico de precursores: la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (United Nations Office on Drugs and Crime /UNODC) y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE). Ambos han creado, junto a los Estados Miembros, el llamado PEN Online (Pre-Export Notification). Este sistema consiste en notificar de manera online la exportación o importación de precursores químicos, detallando la transacción que se va a llevar a cabo. Con ello se busca detener los envíos sospechosos antes de que lleguen a las personas que van a fabricar la droga. Al ser una técnica en línea hace que la respuesta sea mucho más rápida, acusando recibo y notificando la autorización para exportar o importar<sup>51</sup>.

Es menester mencionar también que la JIFE ha impulsado dos iniciativas: el Proyecto Prisma y el Proyecto Cohesión. El primero de ellos se dedica al control de las sustancias relacionadas con el tráfico de precursores de tipo anfetamínico y en funcionamiento desde el año 2003. El segundo proyecto se centra en el control de las sustancias relacionadas con la elaboración ilícita de heroína y cocaína y en funcionamiento desde el año 2006. Estos sistemas consiguen, una vez más, rapidez en las alertas de remesas sospechosas, pero siempre contando con la colaboración de los estados. Las alertas de ambos proyectos se hacen a través de Alertas Especiales y notificaciones automáticas a través del PICS, Sistema de Comunicación de Incidentes de Precursores de la JIFE<sup>52</sup>.

Además, la JIFE elabora anualmente un informe cuyo título es “Precursores y sustancias químicas frecuentemente utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas”. Del último estudio publicado, año 2016, queremos destacar las siguientes conclusiones que resumen de manera detallada la situación internacional en la que se encuentra el delito de tráfico de precursores:

“204. Dado que muchas incautaciones de precursores tienen una dimensión internacional que va más allá del país en que se efectuó la incautación, cualquier detalle sobre esta es importante, pues podría ser el punto de partida de una investigación sobre la fuente de la sustancia química y el método de desviación. Por lo tanto, se alienta a los Gobiernos a que

---

<sup>51</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *PEN Online (Pre-Export Notification)* (en línea), <https://www.unodc.org/unodc/en/global-it-products/pen.html> (consulta 2 de enero de 2018).

<sup>52</sup> Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *Proyectos Prisma y Cohesión* (en línea), [http://www.incb.org/incb/es/precursors/special\\_projects/Prism\\_and\\_Cohesion.html](http://www.incb.org/incb/es/precursors/special_projects/Prism_and_Cohesion.html) (consulta 2 de enero de 2018).

compartan toda la información que pueda dar lugar a la adopción de medidas prácticas a través del sistema PICS o de forma bilateral, en el marco del Proyecto Prisma y el Proyecto Cohesión.

215. El presente informe se centra especialmente en el componente de la fiscalización de precursores relativo a la aplicación coercitiva de la ley, que se torna cada vez más importante porque las desviaciones de precursores sujetos a fiscalización internacional del comercio internacional legítimo se detectan con mucha menos frecuencia que antes, las pautas del tráfico son más complejas, y a menudo entrañan desviaciones dentro de un mismo país para enviarlas seguidamente de contrabando a través de las fronteras internacionales, además de que los mercados lícitos de sustancias químicas son cada vez más diversos, lo cual se debe en no poca medida al aumento del comercio facilitado por Internet.

217. En consecuencia, es esencial adoptar una combinación equilibrada de medidas regulatorias y represivas. El equilibrio adecuado puede variar de un país a otro y depende de la sustancia de que se trate, pero la meta última de todas las medidas ha de ser impedir que los narcotraficantes obtengan los productos químicos que necesitan para fabricar las sustancias que se usan de forma indebida, y cooperar con ese fin.

218. Sin embargo, en la actualidad los precursores no suelen ser prioritarios para los organismos encargados de la aplicación de la ley. Hay mucha información que es fundamental y a la que no se presta atención o que se utiliza menos de lo debido, y la cooperación internacional en materia de aplicación coercitiva de la ley en lo que respecta a los precursores a menudo se ve obstaculizada por la compartimentación y la prolongada duración de los procedimientos de cooperación, o su inexistencia. Con demasiada frecuencia las incautaciones se consideran el resultado final de la intervención de los órganos encargados de la aplicación coercitiva de la ley. Asimismo, no se utilizan suficientemente los instrumentos disponibles, como las investigaciones de rastreo o las entregas vigiladas (controladas) para detectar y desarticular las fuentes de abastecimiento y los grupos delictivos responsables de la desviación.

221. En el artículo 12 de la Convención de 1988 y las resoluciones pertinentes se establece el marco fundamental de la cooperación internacional con miras a impedir que determinadas sustancias químicas lleguen a los laboratorios clandestinos y, posteriormente, que las drogas de fabricación ilícita y las nuevas sustancias psicoactivas lleguen a los mercados de consumo. Sobre esa base, la JIFE considera que la fiscalización de precursores es una forma eficaz de prevenir actividades ilícitas graves, aspecto al que los Gobiernos deberían asignar una prioridad mucho mayor. La JIFE invita a todos los Gobiernos a que cooperen y participen en las iniciativas de la Junta con ese fin<sup>53</sup>.

En resumen, la JIFE pretende que lo Estados otorguen al delito de tráfico de precursores la importancia que merece, pues es el origen del delito del tráfico de drogas. Por ello, anima a la colaboración internacional, compartiendo información, y poder prevenir así el tráfico de sustancias ilegales.

La regulación europea sobre el delito de tráfico de precursores se ha recogido en Reglamentos y Directivas, pero creemos conveniente destacar los siguientes: el Reglamento (CE) 273/2004, de 11 de febrero, sobre precursores de drogas (Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea); el Reglamento (CE)

---

<sup>53</sup> Junta Internacional de Fiscalización de estupefacientes, *Precursores y sustancias químicas frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 2016, [https://www.incb.org/documents/PRECURSORS/TECHNICAL\\_REPORTS/2016/PRE-AR\\_S\\_Ebook\\_r.pdf](https://www.incb.org/documents/PRECURSORS/TECHNICAL_REPORTS/2016/PRE-AR_S_Ebook_r.pdf)

111/2005, de 22 de diciembre de 2004, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países (Consejo de la Unión Europea); y el Reglamento (CE) 1277/2005, de 27 de julio, por el que se establecen normas de aplicación de los dos primeros (Comisión).

Todas las normas mencionadas son de carácter obligatorio, pues ordenan a los Estados las sanciones que se deben imponer, los medios para aplicar la normativa... Toda la normativa europea desemboca en la creación, a nivel nacional, de la Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas. En ella se recoge todo lo que disponen los Reglamentos europeos.

## B. EL COMISO

El artículo que regula el decomiso ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Para comenzar con el estudio del artículo 374 del Código Penal compararemos la redacción actual del precepto con la anterior. El primer cambio reseñable es el empleo de la palabra decomiso en vez de comiso. Este cambio se debe a la normativa europea, concretamente a la Directiva 2014/42/UE, de 3 abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Hay que señalar también que el nuevo artículo tiene menos reglas especiales de aplicación a los delitos de tráfico de drogas y, por ello, hace referencia al decomiso general regulado en los artículos 127 a 128 del Código Penal<sup>54</sup>.

Podemos definir el decomiso como una consecuencia accesoria que consiste en privar definitivamente al responsable del delito de todos los efectos, instrumentos y ganancias obtenidos a través de la comisión del mismo. Además, también serán objeto de comiso los bienes propiedad del responsable en caso de que no pueda hacerse efectivo en los bienes derivados del delito. Por tanto, el decomiso consiste en que el responsable de un delito, en este caso de tráfico de drogas, pierde la titularidad definitiva de todos los bienes, medios, instrumentos y ganancias adquiridas como consecuencia del hecho delictivo<sup>55</sup>. En cuanto al objeto del decomiso debemos señalar el siguiente párrafo:

---

<sup>54</sup> BRETONES ALCARAZ, *El decomiso del art. 374 CP, LO 1/2015, 30 de marzo* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10416-el-decomiso-del-art-374-cp-lo-1-2015-30-de-marzo/> (consulta 4 de enero de 2018).

<sup>55</sup> CÓRDOBA RODA, et alii, *Comentarios al Código Penal Parte Especial*, 2004 pág. 1667.

“Serán objeto de comiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371; los efectos que provengan del delito, así como los bienes, medios, instrumentos con que se haya preparado o ejecutado y las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Lo que simplificado en tres categorías: el objeto material del delito; los bienes, medios o instrumentos con los que haya preparado o ejecutado; y el producto o la ganancia provenientes del delito”<sup>56</sup>.

Una vez concretado el objeto del decomiso, analizaremos las dos normas especiales del nuevo artículo 374. La primera norma recoge la destrucción de las muestras que se hubieren conservado o la totalidad de lo incautado, mientras que la segunda norma regula el destino definitivo de los bienes decomisados. En cuanto a la primera cuestión hay que señalar que estamos ante una norma de carácter procesal, por lo que no entendemos que esté recogida en el Código Penal. En cuanto a la segunda regla debemos decir que es innecesaria, puesto que el apartado tres del artículo 127 octies del mismo cuerpo legal, establece también el destino de lo decomisado solo que con carácter general, es decir, no existen grandes diferencias entre lo dispuesto en el artículo 127 y la regulación específica de la norma examinada. Además, hay que destacar también que el propio artículo 374 hace remisión a los preceptos del comiso con carácter general. Por tanto, podemos concluir diciendo que el artículo 374 es prescindible, puesto que las normas especiales que contiene pueden ser reubicadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y/o en el propio Código Penal<sup>57</sup>.

Respecto a las clases de decomiso debemos señalar las siguientes: decomiso directo o basado en condena, decomiso por sustitución, decomiso ampliado, decomiso sin condena y decomiso de bienes de terceros. El decomiso directo es aquél que supone la pena accesoria por la comisión de un delito de tráfico de drogas, esto es, la pérdida de todas las ganancias, bienes, etc. derivados del mismo. El decomiso por sustitución se basa en la imposibilidad del decomiso de determinados bienes por circunstancias como el desvalor del bien, ganancia o efecto objeto de decomiso. En caso de que esto ocurra serán decomisados otros bienes del mismo valor. El decomiso ampliado consiste en decomisar bienes, efectos o ganancias que tienen su origen en otras actividades delictivas diferentes a la enjuiciada. Señalar también que serán objeto de comiso si no se acredita su origen lícito. El decomiso sin condena estriba en acordar el decomiso cuando no exista sentencia de condena pero sí proceso contradictorio que acredite el ilícito penal. Además, el propio Código Penal enumera

---

<sup>56</sup> LAMARCA PÉREZ, et alii, *Delitos y faltas*, 2013, pág. 644.

<sup>57</sup> AGUADO CORREA: *Estudios penales y criminológicos*, nº 33, 2013, págs. 274-283.

una serie de supuestos. Para finalizar, el decomiso de bienes de terceros implica del comiso de bienes transmitidos a terceros por el autor del delito de tráfico de drogas<sup>58</sup>.

En último lugar debemos indicar cuál es la finalidad del decomiso:

“Acabar con el blanqueo de las ganancias obtenidas con estos delitos, que normalmente se invierten en negocios legales, compra de inmuebles, etc. Sin embargo, la transformación jurídica de la titularidad y el respeto a los derechos de terceros no responsables del delito, así como las dificultades para probar que determinados bienes o negocios proceden de estas ganancias, dificultarán en gran manera la aplicación de este precepto”<sup>59</sup>.

En conclusión, el fundamento del decomiso en el delito de tráfico de drogas es impedir un enriquecimiento patrimonial mediante las ganancias, bienes y efectos obtenidos a través de la comisión del delito por el sujeto.

También es necesario mencionar la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Los fines que persigue la creación de este fondo son la realización de programas de prevención de las toxicomanías, la asistencia de drogodependientes, la inserción social y laboral de aquéllos, la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y el blanqueo de capitales procedentes de éste y, finalmente, la cooperación internacional en las referidas materias (artículo 2). Los destinatarios y beneficiarios de los recursos del fondo serán “los organismos, instituciones y personas jurídicas” que dispone el artículo 3 de dicha ley.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo el decomiso pertenece a una tercera clase de sanciones penales, las llamadas consecuencias accesorias. Por ello, guarda relación con las penas y el derecho sancionador. Además, el decomiso lo debe solicitar el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras y la resolución que lo acuerde debe ser motivada. Ahora bien, surgen problemas en la interpretación de los conceptos recogidos en los artículos del decomiso, principalmente a la hora de determinar el objeto<sup>60</sup>. En consecuencia, la jurisprudencia ha señalado que se debe entender por efectos, instrumentos y ganancias del delito:

---

<sup>58</sup> BRETONES ALCARAZ, *El decomiso del art. 374 CP, LO 1/2015, 30 de marzo* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10416-el-decomiso-del-art-374-cp-lo-1-2015-30-de-marzo/> (consulta 4 de enero de 2018).

<sup>59</sup> MUÑOZ CONDE, *DPPE*, 2010, págs. 689 y 690.

<sup>60</sup> STS 4579/2014 de 24 de junio.

“Por efectos se entiende, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.). [...] Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito. Por último, tanto el art. 127 como el art. 374, incluyen dentro del objeto del comiso las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito (FJ noveno)”<sup>61</sup>.

Por tanto, el decomiso pretende eliminar cualquier ventaja que el sujeto haya obtenido mediante la comisión del delito, ya sean ganancias, la propia droga o los medios para perpetrar el mismo.

Es menester también señalar un límite que existe en la aplicación del decomiso: bienes que pertenecen a terceros de buena fe. Por tanto, los bienes de terceros no responsables del delito no serán objeto de decomiso, pero “la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente (FJ único)”<sup>62</sup>.

Debemos indicar también que el Tribunal Supremo asumió una interpretación más amplia que permitiera el decomiso de bienes anteriores al hecho enjuiciado, esto es, decomisar el patrimonio del autor del delito de tráfico de drogas. Para que esto se produzca deben darse dos circunstancias: de un lado, procedencia ilegítima de esos bienes y de otro lado, respetar el principio acusatorio. Por tanto, se puede acordar el comiso de bienes anteriores al hecho enjuiciado cuando se pruebe que aquellos estén vinculados con hechos delictivos. Además, el hecho de decomisar bienes anteriores no puede vulnerar el principio acusatorio (FJ catorce)<sup>63</sup>.

También hay que mencionar, como dato curioso, que España es el país de la Unión Europea en el que más cocaína y hachís se decomisan. Así lo determina el Informe Europeo sobre Drogas del año 2016: “*España sigue siendo el país donde más cocaína se incautó en toda Europa, con 22 toneladas. Lo mismo ocurre con el hachís, el 66% de todo el cannabis de Europa se incautó en España*”<sup>64</sup>.

A nivel internacional debemos destacar dos convenios: la Convención de Viena de 1988 (artículo 5) y la Convención de las Naciones Unidas contra la

---

<sup>61</sup> *Ídem.*

<sup>62</sup> Auto núm. 829/2015, de 21 de mayo.

<sup>63</sup> STS 8067/2013 de 28 de junio.

<sup>64</sup> BAÑUELOS, *El 66% de todo el hachís de Europa se incautó en España* (en línea), [http://cadenaser.com/ser/2016/05/31/sociedad/1464696481\\_149356.html](http://cadenaser.com/ser/2016/05/31/sociedad/1464696481_149356.html) (consulta 5 de enero de 2018)

Delincuencia Organizada Transnacional (artículo 12). En ambos se define el decomiso como *“la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”*.

El desarrollo del decomiso, en ambas normas, es muy similar. Siempre partiendo del respeto al derecho interno, los estados podrán autorizar el decomiso y adoptarán las medidas necesarias para identificar, localizar e incautar cualquier bien objeto de decomiso. El desarrollo del decomiso es muy claro y exhaustivo, pues recoge con detalle todas las cuestiones que puede generar, como por ejemplo: *“cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo”*.

En el plano supranacional, la regulación se ha hecho mediante Decisiones y Decisiones Marco. Pero creemos que tiene mayor importancia señalar la Directiva 2014/42 UE, mencionada anteriormente, pues es el origen de las modificaciones que han sufrido en el año 2015 el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en nuestro país. La finalidad que persigue esta directiva es la de conceder medios para decomisar los productos del delito, en este caso del delito de tráfico de drogas. También incita a la cooperación entre estados de la Unión Europea para conseguir resultados más eficaces en el ámbito del comiso y hace una enumeración de los instrumentos necesarios para neutralizar el producto del delito (decomiso y embargo).

En síntesis, lo que se promueve es una mayor colaboración entre Estados, dotándolos de los medios necesarios y con las garantías suficientes para poder conseguir los instrumentos que se derivan del delito de tráfico de drogas, que son muy diversos.

#### IV. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

En primer lugar debemos exponer que las sanciones administrativas están recogidas en la Ley de Seguridad Ciudadana (LSC), modificada por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. En ella se recogen conductas que no son tipificadas como delito, pero atentan gravemente contra la seguridad ciudadana. Esto es, tipifica en el ámbito administrativo conductas que quedarían impunes tras la reforma del Código Penal<sup>65</sup>. Un ejemplo sería el autoconsumo o el autocultivo: si es para consumo propio es una situación atípica, mientras que si se produce en la vía pública es sancionable administrativamente.

Respecto a la materia que nos ocupa hay que decir que la nueva redacción de la ley recoge las mismas infracciones relacionadas con el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópica, y dos nuevas dirigidas a favorecerlo. Además, debemos mencionar que “se ha considerado oportuno sancionar comportamientos [...] que perturban la convivencia ciudadana o el pacífico disfrute de las vías y espacios públicos, todos ellos bienes jurídicos cuya protección forma parte de los fines de esta Ley por su colindancia con la seguridad ciudadana”<sup>66</sup>. Dicho de otro modo, se sancionan las conductas que consisten en el consumo de drogas en la vía pública, puesto que el fin primordial de la ley es proteger el buen disfrute de los lugares colectivos.

El artículo 36 de la LSC señala cuales son las infracciones graves, podemos señalar cuatro supuestos relacionados con la materia estudiada: el consumo o la simple tenencia de drogas tóxicas en sitios públicos, el traslado de personas para conseguir drogas, esto es, los llamados taxis de la droga, el cultivo en lugares visibles al público y la tolerancia o permisividad por parte del propietario del consumo o tráfico de sustancias ilícitas en locales públicos. La nueva redacción de la ley añade los supuestos de taxis de la droga y de plantación o cultivo.

En cuanto a las sanciones que se imponen cabe decir que están reguladas en el artículo 39 y han aumentado las cuantías con la nueva modificación: “las infracciones graves se sancionarán con multa de 601 a 30.000 euros”. En la antigua redacción de la

---

<sup>65</sup> GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, Las claves de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo) (en línea), <http://www.laley.es/Marketing/pdf/PD0000103315.pdf> (consulta 7 de enero de 2018).

<sup>66</sup> *Ídem*.

LSC, la multa se situaba entre 300 a 30.050 euros, siendo evidente el aumento de la cantidad más pequeña. Además, en ese mismo artículo y siendo también novedad en la nueva redacción, se señalan una serie de grados dentro de las diferentes sanciones pecuniarias: “para las infracciones graves, el grado mínimo comprenderá la multa de 601 a 10.400 euros; el grado medio, de 10.401 a 20.200, y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros”; la finalidad de esto es “garantizar la proporcionalidad”<sup>67</sup>. Hay que destacar también el artículo 40 que establece que las sanciones graves prescribirán a los dos años contados “desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza en vía administrativa la resolución por la que se impone la sanción”.

En este punto debemos mencionar también el artículo 33 de la LSC, "Graduación de las sanciones", pues nos encontramos con que la reincidencia de una infracción de la misma naturaleza "se sancionará con multa en grado medio". Dicho de otro modo, si cometes una infracción relacionada con las drogas y en un periodo de dos años, vuelves a cometer una infracción de la misma naturaleza, la multa incrementa su cuantía. En estos casos la multa pasa a ser de grado medio y su cuantía estaría en el rango de 10.401 a 20.200 euros.

En último lugar cabe señalar la disposición adicional transitoria quinta que versa sobre las sanciones administrativas a los menores de edad. Determina que podrán suspenderse las multas impuestas, en materia de consumo o tenencia de sustancias ilegales, a los menores de edad, siempre que los infractores accedan a tratamiento o a actividades de reeducación, dependiendo de lo que necesiten. Todo ello se regulará a través de reglamentos. Pero lo que nos resulta especialmente llamativo es que la opción de suspender las multas impuestas solo se otorga a los menores de edad, es decir, cuando ya eres mayor de edad solo tienes dos opciones: realizar el pago voluntario con reducción de la sanción o interponer recurso. No sabemos a que se debe esta diferenciación entre mayores y menores de edad, pero así queda recogido en la ley.

Por un lado, la jurisprudencia determina que el autoconsumo encaja dentro de la infracción administrativa del artículo 36.16 de la LSC. El Tribunal Supremo destaca que en ningún momento se excluye del precepto la tenencia de pequeñas cantidades para el consumo propio, con la intención de precisar el concepto

---

<sup>67</sup> *Ídem.*

indeterminado de “tenencia ilícita”. El Tribunal Constitucional aclara que “el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal da lugar a que no cualquier comportamiento ilícito constituya para aquél una conducta típica, siendo admisible que la ley configure como infracción administrativa una "tenencia ilícita" que no suponga en sí contravención de la Ley penal” (FJ cuarto)<sup>68</sup>. Esto implica que las sanciones administrativas complementan al Derecho penal, es decir, existen conductas que no son propias de un delito penal, pero tampoco pueden ser impunes. En ese punto intermedio se encuentran las infracciones administrativas. Por todo ello, el autoconsumo privado y personal es impune penal y administrativamente, mientras que es sancionable cuando supone una alteración del disfrute de los bienes públicos.

Hay que destacar también la importancia de la literalidad del precepto, es decir, no se puede sancionar por hechos que no se ajustan a la conducta infractora:

“De la interpretación gramatical del referido precepto legal, atendiendo también a la realidad social en la que nos hallamos, se concluye que no tiene por objeto sancionar la tenencia de dichas sustancias (en cantidades mínimas, sin relevancia penal) cuando tiene lugar en los espacios cerrados de titularidad particular en los que se desarrolla o se puede desarrollar la vida privada, como son el propio domicilio. O, como ha ocurrido en este supuesto, un vehículo de titularidad privada. El citado artículo 25.1 LO 1/1992 circunscribe la tipificación del hecho infractor a los medios de "transporte públicos", excluyendo los vehículos privados, como es el caso (FJ cuarto)”<sup>69</sup>.

Esto es, para sancionar mediante la LSC el consumo o la tenencia de drogas ilícitas, la conducta debe producirse en un espacio público. Siendo, por tanto, excluidas de la sanción todas aquellas situaciones que se produzcan en el ámbito privado del individuo.

En último lugar y como curiosidad podemos mencionar la trascendencia que tienen las sanciones administrativas en algunos casos, como por ejemplo el caso de un extranjero que solicita la nacionalidad española y tiene una sanción grave por tenencia de drogas en la vía pública. Dicha sanción da lugar a que no cumpla el requisito de “buena conducta cívica”, siendo desestimado el recurso de casación<sup>70</sup>.

Por otro lado, se quiere aludir a las sentencias que se refieren a la infracción administrativa recogida en el artículo 36.19 de la LSC. Dicho artículo sanciona la

---

<sup>68</sup> STS (Sala 3ª) 7529/1998 de 28 de septiembre.

<sup>69</sup> St. del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 89622/2013 de 17 de diciembre.

<sup>70</sup> STS (Sala 3ª) 2496/2012 de 28 de noviembre.

tolerancia o permisividad por parte de dueños de locales para el consumo de sustancias ilegales en los mismos. Es fundamental señalar que:

“Para cuya comisión no basta con que se acredite que determinados clientes portan en determinados momentos las sustancias prohibidas a que se refiere la norma, sino que lo que la norma exige, para poder atribuir y reprobar al propietario o administrador la responsabilidad imputada, es que se acredite su tolerancia al consumo de las sustancias descritas en la norma. Tolerancia implica primero conocimiento y posterior consentimiento, es decir, que conozca que se están consumiendo sustancias estupefacientes y que lo consienta, en definitiva, lo permita (FJ cuarto)”<sup>71</sup>.

Dicho de otro modo, es requisito indispensable que el dueño del local conozca y permita el consumo de drogas en el mismo. Si esto no se produce no estamos ante el supuesto recogido en la ley y, por tanto, no se puede imponer una sanción administrativa.

También podemos destacar el siguiente párrafo que habla sobre las pruebas testificales y la importancia de la denuncia:

“Por un lado, las manifestaciones de los empleados al servicio del titular del mencionado club carecen de la objetividad e imparcialidad que sí son reconocibles a los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, y, por otro, la ratificación del denunciante firmante de la denuncia era más que suficiente para dar veracidad y autenticidad al contenido de la denuncia, ya que en el acta correspondiente no se contienen opiniones o juicios de valor del denunciante, sino que los hechos que, de forma objetiva, se exponen en la misma integran la infracción que fue correctamente calificada por la Administración (FJ cuarto)”<sup>72</sup>.

En último lugar, hay que decir que no existe jurisprudencia sobre los nuevos supuestos de infracción administrativa, taxi de la droga y cultivo, pero sí podemos destacar que la policía, tras la entrada en vigor de la LSC, ha llevado a cabo macrooperaciones contra la red de “cundas” (taxis de la droga): *“se intervinieron, además, un total de 97 vehículos dedicados al traslado de consumidores hasta los puntos de venta del poblado. La mayoría de los automóviles eran propiedad de personas drogodependientes que, para costearse su dosis, cobraban a otros consumidores por transportarlos hasta la Cañada”*<sup>73</sup>.

Para finalizar el análisis de la LSC, y tras varios años vigente, queremos saber cuáles han sido los resultados de su aplicación:

---

<sup>71</sup> STSJ 204055/2014 de 26 de mayo.

<sup>72</sup> STSJ 136450/2015 de 30 de marzo.

<sup>73</sup> ALONSO, *Una macrooperación contra la red de “cundas” de Cañada Real se salda con 29 detenidos* (en línea), <http://www.elmundo.es/madrid/2017/01/27/588afb32268e3ee0728b4611.html> (consulta 7 de enero de 2018).

2015 (julio a diciembre)		<u>SANCIONES</u>		<u>CUANTÍA</u>	
		2015	2016	2015	2016
<b>2016</b> (enero a diciembre)	Artículos LSC				
	36.16	66.832	126.115	31.867.816	61.175.445
	36.17	40	160	23.435	74.016
	36.18	468	230	595.989	329.346
	36.19	58	81	44.535	82.540
<b>TOTAL</b>		<b>67.398</b>	<b>126.586</b>	<b>32.531.775</b>	<b>61.661.347</b>

Tras observar el cuadro podemos ver que, en un periodo de 18 meses, las sanciones que ha puesto el Estado ascienden a un total de 193.984; pero lo que asombra mucho más es la cuantía recaudada, situándose en la cantidad de 94.193.122 euros. Además, podemos observar que los números más elevados se encuentran en lo que respecta al artículo 36.16: *“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”*<sup>74</sup>.

Finalmente, debemos decir que esta Ley fue muy criticada cuando entró en vigor (se la conoce como Ley Mordaza) y seguramente, tras los resultados que arroja, continuará siendo una Ley muy polémica. De hecho, en septiembre del pasado año, se propuso una reforma por parte de dos partidos políticos, avanzando así hacia la derogación de la LSC.

<sup>74</sup> Ministerio del Interior, *Actuaciones en materia de Protección de la Seguridad Ciudadana*, 2016, <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2016>

## CONCLUSIONES

1. Respecto a la entrega vigilada y el agente infiltrado debemos concluir que son dos medios extraordinarios de investigación policial y su base parte del respeto a diversos principios. El sometimiento a estos implica el cumplimiento de las garantías de nuestro Derecho penal.

Los principios que deben regir el uso de estos mecanismos policiales son: legalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, confidencialidad y especialidad. La entrega vigilada y el agente infiltrado deben respetar las leyes, desde la Constitución Española hasta los tratados internacionales; además, su aplicación queda supeditada al interés público, pues este debe ser superior al interés privado; también hay que decir que se emplean como *ultima ratio*, como último recurso, cuando ya han sido agotados los medios de investigación menos lesivos para los derechos fundamentales; son autorizadas, necesariamente, por jueces competentes para ello; se aplican de manera excepcional y no de manera genérica; todas las actuaciones que conllevan estos mecanismos son confidenciales; y en último lugar, quienes llevan a cabo estas técnicas tiene que ser idóneos y especialistas en ello<sup>75</sup>.

Es cierto, pues ha quedado plasmado en el presente trabajo, que la entrega vigilada y el agente infiltrado son técnicas que ponen en riesgo los derechos fundamentales; pero, bajo mi punto de vista, estamos en un mundo globalizado en el que necesitamos estos medios para luchar contra el crimen organizado.

Todas las disciplinas avanzan, desde la tecnología hasta la medicina, pasando por la criminalidad organizada; los medios y métodos para delinquir son cada vez más modernos y más precisos, lo que conlleva que las técnicas para luchar contra ellos también progresen. Considero que estos avances deben ser paralelos y ello se consigue con la regulación de la entrega vigilada y el agente infiltrado, siempre respetando los principios y garantías procesales.

Además, nos encontramos en un mundo en el que los delitos, en este caso el de tráfico de drogas, ya no solo se comenten a escala nacional, sino también a niveles europeos e internacionales. Esta situación hace aún, si cabe, más inevitable las figuras

---

<sup>75</sup> ALCOLADO CHICO, *La entrega vigilada*, 2015, págs. 649-650.

del agente encubierto y de la entrega vigilada; por ello, las legislaciones europeas e internacionales invitan a los Estados a colaborar y cooperar, pues uniendo tratados, medios y fuerzas se puede combatir la criminalidad organizada.

La primera conclusión que quiero señalar, sobre la entrega vigilada de drogas, es el conflicto que existe entre dicha herramienta policial y determinados derechos fundamentales. Los derechos a la libertad de las comunicaciones y a la intimidad personal y familiar están garantizados por la Constitución Española. Entonces la cuestión que se plantea es si deben prevalecer los derechos individuales o la protección colectiva de la salud pública. Es un conflicto de intereses de difícil decisión, de un lado los derechos y garantías fundamentales que consagran nuestro país como un Estado social y democrático de Derecho; y de otro lado la salud pública como bien jurídico colectivo protegido penalmente. Es menester destacar que la entrega vigilada se emplea cuando es necesaria para los fines de la investigación, es decir, existen suficientes indicios de que estamos ante un delito de tráfico de drogas. Por tanto, a la hora de ponderar ambos intereses, debemos tener en cuenta que aunque se vulneren ciertos principios fundamentales, podemos estar ante un gran éxito en la lucha contra el tráfico ilícito. Por todo ello y bajo mi punto de vista, debe prevalecer la protección de la salud pública frente a los derechos individuales.

2. La segunda conclusión que puedo destacar es la compleja y extensa redacción del precepto 263 bis de la LECrim., en el que se regula la circulación y entrega vigilada. A pesar de ello, quedan muchas cuestiones prácticas sin regular como por ejemplo de dónde saldría la sustancia objeto de la entrega. Además, en mi opinión, se debe modificar la posibilidad de que un funcionario administrativo pueda acordar esta medida de carácter policial y de gran envergadura o el control que existe sobre los jueces y no sobre el resto de entes competentes para ello, puesto que todo esto puede generar ciertas manipulaciones al margen de la legalidad procesal.

En último lugar insisto en la importancia del éxito de la operación, dicho de otro modo, debería tenerse en cuenta si el empleo de esta herramienta policial tiene sus efectos positivos en la lucha contra la delincuencia organizada; y en caso de no ser así, buscar otra medida más adecuada y más eficaz. Para finalizar subrayar una frase que define perfectamente mi conclusión principal sobre la materia:

“A lo mejor ya va siendo hora de que se cambie el rumbo político-criminal y en lugar de una legalización encubierta del tráfico de drogas, en la que la Administración de Justicia incluso figure como provocadora del mismo, se pase a un paulatino control por parte del Estado, con todas las precauciones y reservas que se quieran, pero con el decidido propósito de ayudar de verdad al drogadicto y arruinarles el negocio a los que a su costa viven”<sup>76</sup>.

3. En cuanto a la figura del agente infiltrado hay que decir que nos encontramos también ante un mecanismo de uso excepcional e incompatible con los derechos fundamentales. De un lado exponer que este mecanismo se autoriza cuando esté constatada la gravedad de las actuaciones de la organización criminal; de otro lado mencionar de nuevo el conflicto que existe entre los intereses individuales y los colectivos.

En segundo lugar quiero comentar la relevancia que tiene el control judicial cuando existe una infiltración en una organización criminal; es indispensable que el juez tutele constante y sigilosamente el desarrollo de la infiltración, para evitar que el agente actúe con plena libertad en cuanto a la vulneración de derechos y para otorgar valor probatorio a las actuaciones llevadas a cabo por dicho agente. Sin embargo, resulta curioso que los entes competentes para autorizar esta medida sean no sólo los jueces sino también el Ministerio Fiscal, pues en caso de que este último autorice la medida será quien conozca la información que obtenga el agente encubierto, dando lugar a un posible desconocimiento por parte del juez. Por tanto, debería modificarse esta posibilidad para que el control judicial sea pleno y efectivo. Es más, esta posibilidad puede vulnerar los principios señalados anteriormente, pues es *“totalmente inaceptable que el Ministerio Fiscal pueda autorizar una infiltración policial, ya que, en nuestra opinión, tan solo la autorización judicial garantiza las exigencias de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad que deben exigirse para la adopción de una medida tan restrictiva de derechos fundamentales como la que nos ocupa”*<sup>77</sup>.

4. En cuanto a la redacción del artículo es necesario elogiar la delimitación del ámbito de aplicación de la figura, las buenas garantías que se ofrecen al agente infiltrado, así como la prohibición del agente provocador o de la provocación del delito:

---

<sup>76</sup> MUÑOZ CONDE, *DPPE*, 2010, págs. 692 y 693.

<sup>77</sup> CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 2017, pág. 532.

“Debemos felicitarnos por el hecho de que esté prohibida la figura del agente provocador o de la provocación al delito, tan cercanas en ocasiones a la del agente infiltrado, pues compartimos la idea de que esta situación no es admisible en un Estado de Derecho, que no puede recurrir a convertirse él mismo en un delincuente para conseguir atrapar a otros delincuentes, opinión que basamos no solo en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que hemos recogido en nuestro trabajo sino también en las opiniones doctrinales que, de la misma forma, compartimos”<sup>78</sup>.

También quiero precisar que lo relevante en estos casos es determinar si la figura del agente encubierto es idónea y si su resultado es positivo a pesar de las incompatibilidades con los derechos y principios fundamentales de nuestro Estado:

“Surgiendo en este punto tres cuestionamientos centrales: si el medio de investigación elegido es apto a la obtención del fin perseguido en la operación encubierta; si han sido previamente intentados los demás medios de investigación menos invasivos a las garantías constitucionales; y si las ventajas derivadas del fin público de preservación de la seguridad colectiva compensan los eventuales perjuicios provocados a los derechos que tienen que ser limitados. En cada caso, si puede ser contestadas positivamente las tres anteriores preguntas se tendrán por cumplidos los presupuestos para que sea viable jurídicamente una autorización para que pueda actuar el agente infiltrado”<sup>79</sup>.

En conclusión, el futuro de ambas figuras requiere una reglamentación más extensa y detallada, en la que no existan tantas ambigüedades. Respecto al conflicto de intereses solo queda decir que los derechos y garantías fundamentales no son absolutos, existiendo situaciones excepcionales en las que pueden verse afectados, como son el tráfico de drogas o el terrorismo. Por tanto, en ese contexto se justifica la vulneración de algunos derechos del ciudadano, puesto que es más necesario preservar la seguridad colectiva.

5. Además debemos señalar que, tras el estudio realizado, resulta palpable e imperiosa la necesidad de cooperación y colaboración entre Estados, europeos e internacionales:

“El tráfico de drogas y el lavado de activos son delitos que suelen estar vinculados al crimen organizado transnacional, razón por la cual su investigación y persecución requiere con frecuencia de la cooperación de otros Estados en cuyos territorios se haya cometido parte del delito o en los cuales existen evidencias, testigos, copartícipes, u otros antecedentes o vinculaciones, la experiencia en la investigación de estos delitos transnacionales depende de la eficacia de las normas sobre cooperación internacional”<sup>80</sup>.

6. La conclusión que puedo destacar acerca del autoconsumo y del autocultivo es que son situaciones muy claras de impunidad penal, pues el hecho de consumir nunca ha sido tipificado como delito. El problema que se plantea es delimitar qué es

---

<sup>78</sup> CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, n°2, 2017, pág. 532.

<sup>79</sup> CARDOSO PEREIRA, *Agente encubierto*, 2012.

<sup>80</sup> ALCOLADO CHICO, *La entrega vigilada*, 2015, pág. 651.

delito y qué autoconsumo o autocultivo; para ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece unos criterios, bajo mi punto de vista, muy buenos y precisos para diferenciar el consumo propio del tráfico ilícito cuando pueda existir cierta confusión.

Respecto a la donación, mi opinión es que no debería ser impune el hecho de que una persona done a otra que ya es adicta una pequeña cantidad de droga. No comprendo por qué la jurisprudencia considera que dicha conducta no es tráfico de drogas, pues parece que la norma penal no protege a la persona adicta. La salud pública es un bien jurídico colectivo que se debe garantizar a todos los ciudadanos y, quizá, en mayor medida a las personas que ya dependen del consumo de drogas. Dicho de otro modo, la donación a un adicto no debe considerarse tráfico de drogas porque sería una calificación muy desproporcionada, pero sí se podría sancionar al igual que se sancionan administrativamente conductas como el consumo de sustancias ilícitas en las vías públicas. En definitiva, no veo proporcional que se considere impune una conducta así por muy insignificante que pueda parecer.

7. La jurisprudencia del autoconsumo compartido es relativamente reciente puesto que esta práctica ha ido aumentando con el paso de los años. Por ello, el Tribunal Supremo ha desarrollado una concreta jurisprudencia, basada en una serie de requisitos que deben existir para encontrarnos ante un supuesto de impunidad. Ahora bien, existe un vacío legal en cuanto a las denominadas asociaciones para el consumo de drogas. Hasta el momento se consideraban conductas impunes pues se aplicaba la jurisprudencia del autoconsumo compartido. Pero el Tribunal Supremo ha sentenciado que estas conductas ya no son subsumibles en dicha jurisprudencia.

La reciente modificación que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo era necesaria. Los supuestos de autoconsumo compartido son muy diferentes a los locales pro cannabis; la principal diferencia entre ambas situaciones es que en los mencionados locales existe un riesgo real de comercializar la droga obtenida, mientras que en los casos de autoconsumo compartido ese riesgo es inexistente.

A pesar de haber estudiado detalladamente la sentencia y de la modificación que ha supuesto la misma, considero que esta materia sigue vagando en un limbo legal. Esta alegalidad no puede eternizarse, pues los Tribunales resuelven las controversias por analogía y posteriormente se retractan, como hemos analizado; si la sociedad evoluciona constantemente, dando lugar a situaciones nuevas, las leyes

deben evolucionar a su vez y regular esas nuevas situaciones. El Derecho Penal no puede estancarse, tiene que dar cobertura a nuevas realidades y nuevos contextos que surgen con el paso del tiempo, como han sido y son los locales pro cannabis.

8. En cuanto al delito de tráfico de precursores debo señalar varias cuestiones negativas: es un delito autónomo que castiga actos preparatorios, es una norma penal en blanco, supone un adelantamiento de la barrera de protección penal, es pésima la redacción del artículo y difícil interpretación del mismo. Hay que señalar respecto a la primera cuestión que los actos preparatorios se castigan sin necesidad de que exista un delito específico; el hecho de que sea una norma penal en blanco genera cierta inseguridad jurídica y vulnera el principio de legalidad; la tercera cuestión genera que no exista casi conexión entre la conducta típica y el bien jurídico protegido; por todo ello es muy difícil interpretar y aplicar el delito de precursores. En mi opinión, este artículo existe porque el legislador quiere asegurarse de castigar todas las conductas, por mínimas que sean, que favorezcan y participen en el consumo de drogas.

En conclusión, puedo decir que estamos ante un artículo innecesario pues los hechos tipificados en el artículo 371 del Código Penal pueden encajarse y castigarse por medio de actos preparatorios punibles (artículo 373 del CP).

En este punto es necesario mencionar las dos soluciones que existen respecto a esta cuestión: conservar el delito y mejorar su redacción o que desaparezca la figura del tráfico de precursores. Respecto a la primera idea quiero destacar que:

“Subsidiariamente, y para el caso de que, no obstante lo anterior, se quiera mantener la figura, creemos que de *lege ferenda* sería adecuado introducir las siguientes modificaciones: Primera. Establecer una remisión que contemple la normativa interna y, además, concrete con mayor precisión el convenio o convenios a los que ha de acudir para completar el supuesto de hecho –mejora en la técnica de la ley penal en blanco–.

Segunda. Precisar con mayor criterio los equipos o materiales que se consideran precursores a efectos de esta infracción, con lo que se conseguiría una mayor seguridad jurídica. En esta línea, abogamos por la elaboración de un catálogo exhaustivo de dichos objetos, al estilo de los cuadros I y II del Convenio de Viena.

Tercero. Reducir la pena, con el objeto de respetar el principio de proporcionalidad. Puesto que, en la actualidad, no es excesivamente adecuada la establecida en el art. 371 en comparación con las previstas para otros delitos e, incluso, con las del art. 368.

Cuarto. Destipificar en el art. 373 la provocación, conspiración y proposición para el tráfico de precursores, con el objeto de evitar una todavía mayor ampliación en el ámbito de intervención penal”<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> SUÁREZ LÓPEZ., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº5, 2003, págs. 15 y 16.

Dicho de otro modo, para conservar la figura del tráfico de precursores se deben modificar todas las cuestiones señaladas y así mejorar la redacción e interpretación del artículo.

9. Como conclusión final debemos mencionar, una vez más, la insistente necesidad interestatal de colaboración. El control sobre los precursores es clave en la lucha contra el tráfico de drogas, pues sin esos precursores no se llegaría al producto final. El problema de esta cuestión radica en la legalidad de esos precursores, pero no con fines de drogas. Para esta cooperación internacional se han creado sistemas en los que podemos comunicar las operaciones de precursores de manera inmediata, como por ejemplo el PEN ONLINE.

Los medios y modos de cooperar existen, simplemente todos los estados deben ponerlo en práctica. Para exponer mejor esta idea quiero destacar dos conclusiones:

“La cooperación interestatal podría llevarse a cabo a través de la creación de un organismo que coordinase de talleres o seminarios donde las autoridades responsables del control de los precursores aprendan técnicas de investigación e inspección, donde se revise y actualicen los aspectos legales, operativos, administrativos y estratégicos de los países, con el objetivo de mejorar la capacidad de investigación de los Estados para detectar, decomisar y confiscar los insumos utilizados en la fabricación de drogas ilícitas, intercambiando experiencias y técnicas conducentes a armonizar la cooperación entre las policías nacionales”<sup>82</sup>.

Es decir, si contamos con responsables especializados en el tráfico de precursores en los ámbitos nacionales, la lucha internacional contra este delito sería mucho más productiva.

“Conseguir la cooperación activa de los distintos Cuerpos de la Fuerzas de Seguridad y los funcionarios de Aduanas de los Estados, la creación de métodos ágiles a fin de no perder el material vigilado y conseguir el fin previsto de la entrega vigilada, que innumerables ocasiones se encuentra bloqueada por la burocracia y los celos entre los distintos órganos estatales implicados en la investigación. Existe una falta de coordinación o desconfianza entre las distintas agencias que se encargan de este procedimiento, lo que origina retrasos que afectan al logro de los objetivos pretendidos, se hace necesario mejorar la conexión entre las fuerzas de los Estados y agentes aduaneros para que trabajen coordinados”<sup>83</sup>.

La conclusión final es que si queremos luchar contra el tráfico de drogas debemos acudir a su comienzo: el delito de tráfico de precursores. Por lo tanto, mejorando la colaboración y coordinación entre estados, los resultados obtenidos arrojarían un resultado más efectivo.

---

<sup>82</sup> ALCOLADO CHICO, *La entrega vigilada*, 2015, pág. 654.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pág. 655.

10. La primera conclusión que quiero mencionar sobre el decomiso consiste en la gran importancia que tiene en delitos como el tráfico de drogas, pues su función primordial es impedir el enriquecimiento patrimonial del autor por cometer un delito.

En segundo lugar, hay que concluir que la nueva redacción del artículo 374 del Código Penal es innecesaria, puesto que las normas especiales no suponen una novedad; de un lado, la primera norma es de carácter procesal y no debería recogerse en el Código penal; y de otro lado, la segunda norma es redundante, puesto que ya aparece en el decomiso general, reflejado en los artículos 127 y ss. Del CP.

También hay que destacar, en mi opinión, los buenos fines que persigue el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, pues parece lo más justo que todas las ganancias que mueve el mundo del tráfico de sustancias ilegales acabe usándose para intentar erradicar y ayudar a las personas que se ven afectadas por ello.

Como conclusión final debemos señalar nuevamente, el alegato a la colaboración y cooperación europea e internacional. Pues como recoge la propia Directiva 2014/42/UE, los productos del delito que se decomisan son escasos en comparación con las estimaciones que se hacen acerca de esos productos. Por ello, la Unión Europea se esfuerza en dotar a los Estados Miembros de normas, y estas a su vez otorgan instrumentos y medios para luchar conjuntamente contra el tráfico de precursores.

11. En cuanto a la LSC quiero indicar que busca preservar el libre desarrollo de los derechos y libertades de los ciudadanos, además de garantizar la seguridad ciudadana como pilar básico de un Estado de Derecho. Partiendo de estas premisas, quiero destacar que me parece excesivo que se sancione la simple tenencia de drogas en la vía pública. Dicho de otro modo, me parece un poco desproporcionado que el simple hecho de portar drogas sin que se enseñen o se consuman en lugares colectivos sea objeto de infracción.

En cuanto a las últimas modificaciones señalar que considero poco acertado el aumento de la cuantía de las multas, mientras que me parece una modificación muy positiva la de establecer diferentes grados dentro de las infracciones administrativas.

Elogiar también las dos nuevas conductas objeto de sanción: el taxi de la droga y el cultivo en lugares públicos.

Como última conclusión es menester mencionar los resultados que ha arrojado, en estos pocos años, la LSC. Es evidente que el resultado más llamativo es la cuantía recaudada; no obstante, existen ciertas conductas que no son tipificadas penalmente, pero no se pueden consentir en un Estado Social y Democrático de Derecho, como por ejemplo el consumo de drogas en lugares públicos. Por lo tanto, considero que estamos ante un problema de forma y no de fondo, pues las sanciones administrativas son correctas pero no lo es tanto la cuantía de las mismas. Dicho de otro modo, en un periodo de un año y medio, las sanciones por consumir o tener drogas en lugares públicos han recaudado 93.043.261 euros. Señalar también que no entro a cuestionar si la LSC es un abuso o no, tampoco en decantarme a favor o en contra, simplemente considero que la cantidad recaudada es desorbitada.

Bajo mi punto de vista, estamos ante una ley que puede llegar a ser muy eficaz, pero debido a ciertos criterios (cuantitativos) pierde autoridad y pasa a convertirse en una ley simplemente recaudatoria, al menos en lo respectivo al tráfico de drogas.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, TERESA, “Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?” en: *Estudios penales y criminológicos*, nº 33, 2013.

- ALCOLADO CHICO, MARÍA TERESA, “**La entrega vigilada** y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales y la sociedad globalizada”. Tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2015.

- ALONSO, PAULA, Una macrooperación contra la red de “cundas” de Cañada Real se salda con 29 detenidos, en línea, <http://www.elmundo.es/madrid/2017/01/27/588afb32268e3ee0728b4611.html>, (consulta 7 de enero de 2018).

- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS, “Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 1, 1999.

- BAÑUELOS, JAVIER, El 66% de todo el hachís de Europa se incautó en España, en línea, [http://cadenaser.com/ser/2016/05/31/sociedad/1464696481\\_149356.html](http://cadenaser.com/ser/2016/05/31/sociedad/1464696481_149356.html), (consulta 5 de enero de 2018).

- BRETONES ALCARAZ, FRANCISCO JAVIER, *El decomiso del art. 374 CP, LO 1/2015, 30 de marzo*, en línea, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10416-el-decomiso-del-art-374-cp-lo-1-2015-30-de-marzo/> (consulta 4 de enero de 2018).

- CARDOSO PEREIRA, FLÁVIO, *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Tesis doctoral (s. p.), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012.

\*Las palabras resaltadas con negrita son las utilizadas en notas a pie.

- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, ADÁN, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, en **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 2017.

- CÓRDOBA RODA, JUAN et alii, **Comentarios al Código Penal Parte Especial**, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.

- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edición, Edit. Edisofer, Madrid, 2011.

- GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, Las claves de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo) (en línea), <http://www.laley.es/Marketing/pdf/PD0000103315.pdf> (consulta 31 de agosto de 2015).

- JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES, Precursores y sustancias químicas frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 2016, [https://www.incb.org/documents/PRECURSORS/TECHNICAL\\_REPORTS/2016/PR-E-AR\\_S\\_Ebook\\_r.pdf](https://www.incb.org/documents/PRECURSORS/TECHNICAL_REPORTS/2016/PR-E-AR_S_Ebook_r.pdf)

- JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES, Proyectos Prima y Cohesión, en línea, [http://www.incb.org/incb/es/precursors/special\\_projects/Prism\\_and\\_Cohesion.html](http://www.incb.org/incb/es/precursors/special_projects/Prism_and_Cohesion.html) (consulta 2 de enero de 2018).

- LAMARCA PÉREZ, CARMEN et alii, **Delitos y faltas**. La parte especial del Derecho penal, Edit. Colex, Madrid, 2013.

- MARACO, MANUEL, El Constitucional rechaza que las Comunidades Autónomas legalicen la actividad de los clubes de cannabis (en línea), <http://www.elmundo.es/espana/2017/12/21/5a3baa8ee5fdeae2108b4592.html> (consulta 30 de diciembre de 2017).

- MINISTERIO DEL INTERIOR, Actuaciones en materia de Protección de la Seguridad Ciudadana, 2016, en línea, <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2016>

- MOLINA PÉREZ, TERESA, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)”, en *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 42, 2009.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL y GUILLÉN LÓPEZ, GERMÁN, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 61, 2008.
- NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL y GUILLÉN LÓPEZ, GERMÁN, “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 22, 2008.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, PEN Online (Pre-Export Notification), en línea, <https://www.unodc.org/unodc/en/global-it-products/pen.html> (consulta 2 de enero de 2018).
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, Edit. José María Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1996.
- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO y SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, *Derecho Penal Parte Especial*, Edit. Dynkinson, Madrid, 2011.
- SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA, “El tráfico de precursores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 5, 2003.
- VÁZQUEZ, ÁNGELES, Golpe del Tribunal Supremo a las asociaciones pro cannabis, en línea, <http://www.elmundo.es/espana/2015/07/09/559d7121ca4741a4338b4594.html> (consulta 30 de diciembre de 2017).

## ANEXO JURISPRUDENCIAL

- STS (Sala de lo Penal) de 14 de enero de 2004 (RJ 2004\675).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014\5909).
- STS (Sala de lo Penal) de 13 de mayo de 2014 (RJ 2014\2961).
- STS (Sala de lo Penal) de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010\1417).
- STS (Sala de lo Penal) de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008\7291).
- STS (Sala de lo Penal) de 10 de junio de 2014 (RJ 2014\3408).
- STS (Sala de lo Penal) de 7 de septiembre de 2015 (RJ 2015\4178).
- St. de la AP de Jaén (Sección 2ª), de 24 de septiembre de 2007 (ARP 2008\31).
- St. de la AP de Valladolid (Sección 4ª), de 5 de diciembre de 2011 (ARP 2011\1387).
- St. de la AP de Barcelona (Sección 7ª), de 23 de abril de 2015 (ARP 2015\481).
- STS (Sala de lo Penal) de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001\2915).
- STS (Sala de lo Penal) de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9830).
- STS (Sala de lo Penal) de 18 de enero de 2013 (RJ 2013\1287).
- STS (Sala de lo Penal) de 24 de junio de 2014 (RJ 2014\4579).
- Auto (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 829/2015, de 21 de mayo.
- STS (Sala de lo Penal) de 28 de junio de 2013 (RJ 2013\8067).
- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7529).
- St. del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de diciembre de 2012 (RJ 2013\89622).

- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2496).

- St. del Tribunal Superior de Justicia, de 26 de mayo de 2014 (JUR 2014\204055).

- St. del Tribunal Superior de Justicia, de 30 de marzo de 2015 (JUR 2015\136450).