



Criminalidad organizada y tráfico de drogas

Nicolás García Rivas

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Castilla-La Mancha*

I. Introducción

La importancia que en los últimos años se concede en los países occidentales a la criminalidad organizada no halla exacta correspondencia en lo que se refiere a la concreción del significado de dicha expresión, ni tampoco ha recibido por parte del legislador penal un tratamiento lo suficientemente unificado como para ser objeto de análisis específico. Se trata más bien de un fenómeno perteneciente al mundo de la sociología criminal cuyo interés dogmático se esparce en distintos lugares del sistema y cuyo indudable calado político-criminal sirve para evaluar las convicciones democráticas de los legisladores de finales de siglo, tendentes a ofrecer una imagen de dureza frente al que a veces se ve acompañada de transformaciones indeseables del sistema jurídico penal, no sólo sustantivo, sino también procesal. Las garantías ceden ante la gravedad del problema, justificándose esta opción en aras de la salvaguarda social, rememorando —aunque sesgada— la vieja tradición de la razón de Estado.

Aunque debido a todo ello no es posible encontrar en la doctrina científica un acuerdo sobre las notas distintivas de la delincuencia organizada, creo conveniente recoger aquí la caracterización que realiza Fiandaca al respecto, exigiendo la confluencia de cuatro elementos, a saber: Dimensión organizativa, racionalidad empresarial de la “empresa criminal”, utilización de medios violentos, el recurso a la corrupción de las fuerzas políticas y/o de la policía. Sin embargo, ni siquiera con ello se abarcaría el fenómeno por entero, ya que existen modalidades de criminalidad organizada que nada tienen que ver con el afán de lucro y a las que no prestaremos atención aquí, pero existen; me refiero a todo el espectro de organizaciones clandestinas cuya actividad criminal está motivada por una finalidad política subversiva, siendo éste el lugar donde encajaría mejor todo lo concerniente al fenómeno terrorista, que en nuestro país sí ha recibido un tratamiento jurídico-penal específico. Tratándose, pues, de dos clases de delin-

cuencia de muy distinto cariz, no parece muy conveniente que el legislador procure unificar su tratamiento, tal y como propone el autor italiano, pues si bien la delincuencia organizada común tiende a resquebrajar el sistema democrático por ser consustancial a ella el recurso a la corrupción política, no lo es menos que su intención no pasa por sustituir el sistema vigente por otro distinto, sino que más bien procura dominar los aparatos de poder en beneficio propio.

En lo que se refiere a la criminalidad organizada de tipo común, cabe señalar que al predominar en ella su carácter de “empresa” criminal, resulta perfectamente lógica su identificación con el tráfico de drogas a gran escala, si bien debería matizarse dicha relación puesto que no se trata de su exclusiva actividad. La criminalidad no se organiza sólo para crear una red de venta de droga, sino que procura obtener un alto rendimiento económico mediante el intercambio de cualquier producto, ya sea la droga ya sea otro cualquiera cuyo comercio genere una importante plusvalía. En este sentido, hace algún tiempo que Arlacchi explicó las contradicciones a las que está sujeto el mercado ilegal de la droga y que se derivan fundamentalmente de la estructura de la oferta, porque presenta una falta de homogeneidad que no se observa en otros mercados. Analizando pormenorizadamente dicho mercado pueden hallarse una serie de puntos débiles que deben ser aprovechados de cara a una adecuada estrategia político-criminal. En primer lugar, el valor añadido es altísimo, entre otras causas porque los productores de la materia prima son en general campesinos paupérrimos (que no mejoran su condición por haber llevado su cultivo al área ilegal). El incremento de precio para el consumidor no se manifiesta en un incremento del precio de la materia prima, lo que obstaculiza la solidaridad del campesino con la organización que controla el mercado. En segundo lugar el mercado está controlado por pocas organizaciones, que se insertan en dos corrientes que provienen: una del sudeste asiático, controlado por un número relativamente pequeño de or-

ganizaciones criminales (oligopolio), pero no una sola, lo que dificultaría la intervención de los organismos internacionales.

Pero los puntos débiles más significativos tienen que ver con la imposibilidad de derivar hacia la inversión los enormes ingresos generados por la actividad ilícita. Ese exceso de liquidez provoca una necesidad imperiosa de entrar en contacto con el mercado financiero legal con el fin de aprovecharlo con el máximo beneficio. Es por ello imprescindible golpear a las organizaciones criminales en el punto de mayor debilidad: el blanqueo de dinero, porque la batalla está completamente perdida si nos dedicamos exclusivamente a perseguir cargamentos de heroína o cocaína por el mundo. Ahora bien, al tiempo que se incrementa la presencia de los grupos criminales dedicados al tráfico de drogas, aumenta igualmente el número de países susceptibles de convertirse en paraísos fiscales, opacos a la intervención del mercado financiero.

II. Estructura del tipo básico

En su aspecto individual, hay que entender por salud, con la mejor doctrina, tanto la ausencia de enfermedad como el mantenimiento de la integridad física¹. Pese a la amplitud con que el legislador español protege la salud individual, sobre todo desde la reforma de 1989, el bien jurídico protegido debe considerarse unitariamente, quedando delimitado —como afirma Berdugo— por la expresión “salud personal”, entendida como: “estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, esta-

do que, por otra parte, posibilita una concreta participación en el sistema social”². A su protección se dedican en nuestro Código preceptos en los que se ha valorado, tradicionalmente, la importancia del resultado lesivo y, a partir de la reforma de 1989, también los medios empleados por el autor³.

La referencia a la salud individual como interés protegido en los delitos contra la salud pública se observa en una facción minoritaria de la doctrina que conceptúa aquella como “suma de las saludes individuales”, advirtiéndose, sin embargo, que mientras en los delitos contra las personas se ataca la vida o la integridad corporal de sujetos pasivos individualizados, en los delitos contra la salud pública el ataque se dirige contra la colectividad, por no resultar genéricamente posible individualizar el ataque en una persona concreta⁴.

Sin embargo, esta forma de exponer el contenido del bien jurídico es rechazada en general por los autores, que suelen hacer hincapié en la naturaleza colectiva o supraindividual del interés protegido⁵. Pese a advertirse la dificultad de su definición⁶, no faltan autores que intentan una aproximación conceptual que pueda servir de referencia a la interpretación de los tipos; así, Boix la define como “nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos”⁷; por su parte, Petrini se refiere al “estado de efectivo bienestar físico, psíquico y social, que permite un desarrollo armónico de todas las funciones psico-físicas de los ciudadanos, incluidas aquellas categorías de sujetos que merecen particular protección, debido a que su situación de anormalidad o excepcionalidad los expone a un riesgo mayor de ver perturbado dicho estado de bienestar”⁸.

1. Cfr. BERDUGO, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 22.

2. Cfr. BERDUGO, *Delitos contra la salud personal: las lesiones*, en MUÑOZ CONDE (Coord.), *La reforma penal de 1989*, p. 78. Sobre el concepto de salud individual, vid. PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor*, Barcelona, 1991, p. 40 ss.; *La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992*, en ADPCP, 1993, p. 1061 ss.; Petrini, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milán, 1990, p. 17 ss.

3. Cfr. BERDUGO, *Delitos contra la salud personal*, p. 84 y ss.

4. RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, cit. p. 444 y ss.

5. En contra, PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor*, p. 46, por considerar que los bienes jurídicos colectivos se hallan por encima de los individuos, es decir, son independientes y no autónomos; de otra opinión, sin embargo, en *La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992*, en ADPCP, 1993, p. 1071, donde afirma que los bienes jurídicos colectivos encuentran en los individuales su “esencia y legitimación”. Para una visión crítica acerca de las posibilidades de proteger el bien jurídico colectivo, vid. BUSTOS, *Los bienes jurídicos colectivos*, en *Control Social y Sistema Penal*, p. 181 y ss. El autor dirige su crítica fundamentalmente contra los bienes jurídicos “institucionales”: administración de justicia, fe pública, etc.

6. Así MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9ª ed., p. 933. En el mismo sentido, GARCÍA-PABLOS, *Bases para una política criminal de la droga*, en *La problemática*, p. 372: “no es sino producto del pensamiento categorial, inevitablemente abstracto, simplificador y formalista, no siempre en condiciones de reflejar la complejidad y pluridimensionalidad de una realidad que se resiste a tales síntesis. Por ello, si profundizamos en el contenido real del concepto no podemos quedarnos en su simple dimensión médico-farmacológica, sino adentrarnos en las coordenadas histórico-culturales que subyacen al mismo.”

7. BOIX, en *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1994, p. 139, quien afirma que se ha superado la perspectiva estrictamente sanitaria del concepto de salud pública.

8. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, p. 29. RODRÍGUEZ RAMOS, *ibidem.*, alude como posibilidad a la independencia de la salud pública respecto a la salud individual, configurándose entonces “como el conjunto de condiciones objetivas que de-

Nos hallamos, pues, frente a bien supraindividual o colectivo y distinto de la salud de cada individuo, aunque ello no quiere decir, como advierte Rebollo Puig, que la salud individual sea irrelevante para la salud pública: el estado social en que ésta consiste puede verse alterado por las enfermedades de los individuos (especialmente, enfermedades contagiosas) y, además, la finalidad última de su mantenimiento es la concurrencia de unas condiciones generales que no perjudiquen la salud individual⁹. Ello explica la antigüedad del epígrafe "delitos contra la salud pública" en la codificación penal española, entroncando con la tradición latina (el Código Penal alemán desconoce estas especies delictivas como grupo autónomo) que lo concibe —ya en el siglo XIX— como un derecho social, constituyendo el paradigma de lo que se conoce como "peligro común"¹⁰. Conviene traer a colación, para concluir, las elocuentes palabras de Palazzo al caracterizar la salud pública como "interés difuso", que sería aquel "del que en última instancia es titular el individuo, porque frente a él se consume la eventual ofensa final, pero que sin embargo asume una autónoma consistencia socio-jurídica en cuanto existe una pluralidad indeterminada de sujetos titulares, de manera que la tutela penal se muestra necesaria para contrarrestar anticipadamente los efectos que producen comportamientos dotados de una capacidad lesiva —serial—"¹¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra especialmente inclinada a la aceptación de la naturaleza colectiva del bien jurídico, pues aunque ya existieran antiguos precedentes en tal sentido¹², la vigente problemática del tráfico de

drogas y la consiguiente penalización del daño a la salud individual, incluso cuando es querido por el afectado, acentúa esa inclinación favoreciendo la "abstracción" del bien jurídico como argumento legitimador de la conminación penal de dichas conductas. En este sentido pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1997 ("salud de indeterminados consumidores") 290/1994, de 9 de febrero ("salud general"), 1709/1993, de 2 de julio; 29 de mayo de 1993 ("bien social de la salud pública"). A ellas cabe añadir las resoluciones judiciales dictadas sobre el conocido y desgraciado "Caso de la colza" o del "Síndrome tóxico" (S.A.N. 20 may. 1989¹³ y STS 23 abr. 1992¹⁴), pues pese a que en ellas los tribunales no realizan pronunciamientos expresos sobre la naturaleza del bien jurídico¹⁵, a la hora de ponderar la responsabilidad de los procesados se alude constantemente a la "colectividad" como sujeto paciente de su crimen.

Por lo que se refiere a la **vinculación constitucional** de este bien jurídico, cabe situarla en conexión con el artículo 43 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la protección de la salud en su apartado 1.º, explicitando a continuación que "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas..."; a lo que debe añadirse el reconocimiento en el artículo 53 de la Constitución Española de los derechos de los consumidores y usuarios, que algunos consideran una formulación moderna de la antigua salud pública¹⁶ y que, en todo caso, hace referencia a la misma, como se desprende del tenor literal del precepto constitu-

fienden de posibles enfermedades a una pluralidad de personas", lo que circunscribe demasiado la salud pública al ámbito sanitario, en contra de la corriente actual que propende a su superación, como se ha dicho en el texto. Sobre la vertiente sanitaria, vid. SAINZ CANTERO, *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967, p. 13 y ss. BOIX, *Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código Penal (Propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas)*, en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977, p. 99 y ss. Y, últimamente, ARROYO, *El delito de propagación maliciosa de enfermedades y la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del S.I.D.A.*, ejemplar mecanografiado de la Conferencia pronunciada por el autor en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander en julio de 1993 (inédito, consultado por gentileza del autor). Sobre el bien jurídico "salud pública", vid. extensamente, ARENAS, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madrid, 1992, p. 11 y ss.

9. Cfr. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, Administración y Salud Pública*, Madrid, 1989, p. 23. En sentido similar, PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor*, p. 51 se refiere a la posibilidad de "fragmentar" el concepto mismo en una pluralidad de situaciones subjetivas.

10. Cfr. TORIO, *Problemas político criminales en materia de drogadicción*, en *Delitos contra la salud pública*, p. 504 y ss. con referencias a CARRARA y ANTOUSEI; GROSSO, C.F., *Diritto penale e tutela della salute*, en *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, p. 97 y ss. Vid, asimismo, CASABO, *El art. 348 del Código Penal*, en *Delitos contra la salud pública*, p. 115 y ss. donde alude a la inclusión en el Título V de la Parte I del Plan de Código Criminal de 1787 de un epígrafe titulado: "De los delitos contra la salud pública", que aparece tomado de FILANGIERI.

11. Cfr. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, en *L'Indice Penale*, 1992, p. 213.

12. PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor*, p. 45, se refiere a las SSTS de 27.10.1959 y 6.12.1930.

13. Recogida en *Actualidad Penal*, 1989, p. 1391 y ss.

14. Recogida íntegramente en *LA LEY*, 1992-3, p. 456 y ss.

15. Sólo al resolver el recurso de la Organización de Consumidores y Usuarios se hace referencia al derecho constitucional a la protección de la salud —art. 43.1— CE (p. 539) (lo cual parece lógico si se tiene en cuenta la envergadura de los sucesos, con miles de afectados).

16. Así RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios nocivos*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo V, Vol. 2º, p. 819.

cional aludido: "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

Como ulterior argumento que habla de la solidez de este bien jurídico merece señalarse la expresa consideración de la salud pública y de la **protección de los consumidores en el marco de la Unión Europea**. Si hasta no hace mucho la salud pública servía sobre todo de límite negativo a la libre circulación de personas¹⁷, en la actualidad, y tras la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea, se patentiza la tutela internacional de los intereses citados. En efecto, el Tratado dedica los Títulos X y XI a la salud pública y a la protección de los consumidores, respectivamente. El artículo 129.1 establece que "La Comunidad contribuirá a la consecución de un alto nivel de protección de la salud humana fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando la acción de los mismos. La acción de la Comunidad se encaminará a la prevención de las enfermedades, especialmente las más graves y ampliamente difundidas, incluida la toxicomanía...". Por su parte, el artículo 129 A expresa el compromiso de la Comunidad para alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores, a lo cual se anticipaba ya la Directiva del Consejo 87/357/CEE, sobre productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud y la seguridad de los consumidores¹⁸. Nos encontramos pues, ante un ulterior nivel de legitimación de la protección penal de la salud pública, que no per-

mite dudar de su autonomía respecto a la protección de la salud individual.

No resulta fácil concretar los intereses a los que el Estado otorga protección al sancionar penalmente una variada gama de conductas relativas a las drogas. Hace ya más de veinte años que Beristain puso el dedo en la llaga al resaltar que si en principio aparece la salud pública como objeto protegido, el alcance de los tipos hace sospechar que se pretende una tutela de más amplio calado: se protege la seguridad de la colectividad contra el riesgo que supone la expansión de una actividad —la adicción a las drogas— que potencialmente inclina al sujeto a cometer hechos delictivos¹⁹.

Sin perjuicio de ello, es constante la referencia a la salud pública como interés tutelado, quizá porque la intervención punitiva en este ámbito sólo adquiere legitimidad si va referida a un interés igualmente legítimo, y no a otros²⁰.

Y tomando como objeto protegido un bien jurídico de estas características, en el que es la salud de la colectividad y no la concreta salud del sujeto que recibe la droga lo que se pretende preservar²¹ es claro que, aparte de la lógica exclusión del consentimiento como causa de justificación de la lesión de la salud individual, se identifica la técnica de tipificación con el peligro que crea el amplio abanico de conductas a la salud de la colectividad. Estamos, pues, en el terreno del peligro dudándose, sin embargo, sobre la caracterización del mismo, aunque es predominante la opinión de que el legislador se ha servido aquí de un tipo de peligro abstracto, o de mera actividad peligrosa y no de un delito de pe-

17. Vid. arts. 48, 56 y 135 del Tratado CEE y la Directiva del Consejo de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (64/221/CEE). Sobre la normativa comunitaria, vid. REBOLLO PUIG, *op. cit.* p. 357 y ss.

18. La Directiva invoca el art. 100 del Tratado CEE y en su exposición de motivos alude a los obstáculos que la desigual normativa sobre el tema crea a la libre circulación de mercancías.

19. BERISTAIN, *Las drogas y su legislación en España*, en ADPCP, 1973, p. 51 y ss.; en el mismo sentido se expresa el autor en *Delitos de tráfico ilegal de drogas*, en Comentarios a la Legislación penal, Tomo V, Vol 2º, p. 753. Se hace eco de esa amplitud protectora, últimamente, DE LA CUESTA, *Drogas y política criminal en el Derecho penal europeo*, en *Delitos contra la salud pública*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 21. De la misma opinión, GARCÍA-PABLOS, *Bases para una política criminal de la droga*, en *La Problemática...*, p. 373: "Un análisis criminológico desmitifica la referencia a la salud pública. El tráfico de drogas lesiona o pone en peligro la salud pública, pero no sólo, también —y sobre todo— otros intereses sociales legítimos, de terceros como son la vida, la integridad, la libertad, el patrimonio, la seguridad, que se esconden detrás de esa ambigua y grandilocuente referencia a la salud pública." Por su parte BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, p. 276, con un claro sentido crítico, afirma: "No hay duda que en la prohibición de la droga está presente la preocupación por la salud pública. La droga, cualquiera que ella sea, pone en peligro la salud de quienes la consumen. Pero, a los ciudadanos no se les pueden imponer reglas represivas en relación a lo que pueden y no pueden consumir, pues ellos tienen disponibilidad sobre su salud". QUINTERO, *Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XXI, Madrid, 1993, p. 55 y ss.

20. Vid. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos, 1989, p. 44 y ss.; BACIGALUPO, *Problemas dogmáticos del delito de tráfico de drogas* (art. 344), en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, p. 101 y ss.; CARBONELL, *Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas*, en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, p. 338; TORIO, *Problemas político-criminales en materia de drogadicción*, en *Delitos contra la Salud Pública*. Valencia, 1977, p. 504 y ss. Ente la más reciente jurisprudencia: STS 290/1994, de 9 de febrero; STS 63/1994, de 17 de enero; STS 1236/1993, de 29 de mayo.

21. Pone el acento sobre esta cuestión BARBERO SANTOS, *El fenómeno de la droga en España. Aspectos penales*, en *Doctrina Penal*, nº 37, 1987, p. 13 y ss.

ligo concreto discutiéndose, sin embargo, si al peligro abstracto cabría añadirle la lesividad objetiva que conlleva su consideración de delito de peligro hipotético.

En efecto, una parte de la doctrina española, al analizar la figura que nos ocupa ya antes de la reforma de 1988 (que supuso una ampliación de la punibilidad y, en todo caso, el alejamiento de las conductas incluidas respecto al bien jurídico tutelado) afirmaba que estábamos ante un delito de peligro abstracto, "ni concreto, ni hipotético", decía Beristain, quien añadía: "Son delitos de peligro abstracto por la probabilidad de una puesta en peligro de la salud de los ciudadanos en cuanto posibles víctimas de futura drogodependencia..., y en cuanto la posible subsecuente pérdida de autodirección personal o la posible supresión del poder de inhibición en los actualmente drogodependientes (por paralelismo con la embriaguez), y también -aunque secundariamente- por la probabilidad de una puesta en peligro de la seguridad de los ciudadanos en cuanto posibles sujetos pasivos de posibles delitos futuros cometidos por los drogadictos (víctimas éstos, a su vez, de la drogodependencia)"²².

De acuerdo con el planteamiento tradicional, hablar de peligro abstracto significa que no debe comprobarse en el caso concreto la peligrosidad de la acción llevada a cabo, de manera que bastaría la comprobación sobre la toxicidad de la sustancia, de acuerdo con las tablas internacionales al uso, para afirmar sin más la existencia de la conducta típica. A estos parámetros reconduce la cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1993:

"...Dada la naturaleza del delito del artículo 344 y de acuerdo con la doctrina constante y reiterada de la Sala, se trata de una infracción que se proyecta en una activi-

dad unida a un peligro abstracto sin que, por consiguiente, sea necesario el acto de tráfico para que el delito se consuma. El final del *iter criminis* se produce, en este tipo de infracciones, con el propio peligro eventual que nace, sin más, de la existencia de las conductas típicas, situando el tráfico real o efectivo más allá del área penal de la consumación."

Aunque este pronunciamiento resulta un tanto singular y contrario a la evolución que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha imprimido a la interpretación del precepto, me interesa resaltar ahora que la confusión reinante en ese ámbito sobre la dogmática de los delitos de peligro, acudiendo a la ya antigua distinción entre peligro "expreso" y "presunto" (sin tener en cuenta que la moderna dogmática penal se refiere más propiamente a delitos de mera actividad peligrosa y a delitos de resultado de peligro), lleva a confundir totalmente las categorías de peligro abstracto y presunto, por un lado, y peligro concreto y afectación de la salud de un individuo²³, cuando en realidad la antigua denominación de delitos de peligro concreto ha sido sustituida hoy por la de delito de resultado de peligro, sin que éste deba ir referido a una persona determinada, sino a una generalidad indeterminada o "abstracta" (y con la posibilidad añadida de incluir algunas infracciones que se han calificado como de peligro abstracto y que al mismo tiempo son de resultado²⁴).

Conviene aclarar, no obstante, que la complejidad de que hace gala el artículo 368, incluyendo un conjunto de comportamientos muy diferentes entre sí, obliga a tratarlos separadamente. Así, aparecen en primer lugar conductas tan alejadas de la puesta en peligro efectiva del bien jurídico (como el cultivo de la sustancia), que bien podrían considerarse actos preparatorios del delito de peligro propiamente dicho; pasando después por

22. BERISTAIN, *Delitos de tráfico ilegal de drogas*, cit. p. 773 s. De la misma opinión: DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos relativos...*, cit., p. 62 (aunque referido a la regulación posterior a la reforma): "Es claramente un delito de simple actividad y de peligro abstracto". Por el contrario, abogaba en solitario por la naturaleza de delito de peligro concreto, antes de dicha reforma, BACIGALUPO, *Problemas dogmáticos...*, cit., p. 93: "Si el legislador hubiera querido conformarse con un peligro abstracto para el bien jurídico hubiera agotado la descripción en las acciones de cultivo, fabricación o tráfico que pueden considerarse en sí mismas peligrosas en relación al bien jurídico. Pero si ha vinculado estas acciones con ciertos resultados (promoción, favorecimiento, etc., del consumo ilegal), es porque ha querido incidir en un momento que está más allá del peligro general (abstracto) de la acción y, por tanto, en una zona más cercana a la lesión del bien jurídico. Esa zona más cercana no puede ser sino aquella en la que el peligro representado por la acción se concreta respecto del bien jurídico. Parece claro que entre la acción de cultivar, la de fabricar, la de traficar y la promoción, el facilitamiento y el favorecimiento hay una distancia diversa respecto de la lesión efectiva del bien jurídico y que tal diferencia refleja la diversidad que caracteriza al peligro abstracto frente al peligro concreto". Debe advertirse, sin embargo, que esta argumentación no es sostenible (si lo fuera en su día) con la regulación vigente en la mano.

23. En este sentido, STS de 10 de noviembre de 1993: "el peligro que representa la conducta del procesado, derivada de la posesión de siete papelinas de heroína, más la consumida, rebasa los límites del peligro concreto, para integrar el peligro abstracto que tipifica el tráfico de drogas, ya que la acción desarrollada por el acusado deja patente sus intenciones, pues si con su invitación al consumo no hace sino proyectar el peligro abstracto hacia un sujeto concreto, aquél subsiste en la posesión de otras siete papelinas". El Alto Tribunal da a entender aquí que el peligro concreto es "algo menos" que el peligro abstracto, sin comprender que un delito de resultado de peligro puede demandar un juicio de peligro abstracto, al excluirse las características personales de la víctima potencial.

24. Vid. en este sentido, BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, p. 490; BERISTAIN, *Delitos de tráfico ilegal de drogas*, p. 775.

otra conducta (la de elaboración) que se situaría a caballo entre la preparación y el comienzo de la ejecución, aunque más cercana a la primera. Es indudable que en estas fases no existe todavía un peligro efectivo para la salud pública, como lo es también que seguramente no cabe oponer objeción alguna al hecho de que el legislador conmine con pena la elaboración de sustancias nocivas, pues ahí es donde reside el núcleo empresarial del conocido "ciclo de la droga", de manera que seguramente no tendría sentido castigar al pequeño traficante dejando al verdadero "empresario de la droga". Pero siendo ello cierto, quizá lo conveniente hubiera sido llevar esas otras conductas a tipos diferentes, más que nada para no incitar a la confusión.

A su vez, entre las restantes conductas tipificadas en el precepto cabe diferenciar la posesión con finalidad de tráfico y las que se refieren a "promover, favorecer o facilitar" el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y éstas, a su vez, del tráfico propiamente dicho. En la primera, por definición, el autor del hecho no entra en contacto con el consumidor, quedando relegada su actividad a la disposición sobre la sustancia, a lo que se debe añadir una voluntad de traficar con ella. En este caso nos hallaríamos ante un delito de peligro abstracto o de mera actividad peligrosa, que lo es únicamente en tanto en cuanto exista una probabilidad real de tráfico. Por eso se exige de los tribunales que demuestren de forma razonable esa finalidad, lo que sólo es posible acudiendo a datos objetivos y, en concreto, a la cantidad de droga poseída.

Ahora bien, eso no significa que nos hallemos ante un delito de peligro presunto (presunción de peligro a partir de la mera comprobación de la tenencia de una cantidad determinada de sustancia), sino que, por el contrario, a la hora de realizar el juicio de peligro los jueces tienen en cuenta otros datos que coadyuvan a "concretar" el peligro o, si se prefiere, a la real demostración del ánimo de transmitirla. Entre esos datos destaca por encima de los demás la condición de drogadicto del sujeto y de quienes con él conviven. Así, entre la más reciente jurisprudencia, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1997, en la que se afirma:

"Es cierto que el Código Penal incluye entre las conductas prohibidas la de facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas y es indudable que el recurrente al tratar de pasar la papelina estaba facilitando su consumo por parte del destinatario, pero no se puede olvidar que, en este caso, el consumo se cierra en la persona del interno al que va destinada la papelina, que sería inmediato, sin que pueda afirmarse, por consiguiente, que exista peligro abstracto para la salud de indeterminados consumidores, no resultando afectada la salud pública, que es el bien especialmente protegido por esta figura delictiva, y

escapa, por consiguiente, de la órbita penal concretada en el artículo 344 del texto punitivo, al no incidir en el ámbito de protección de dicha norma."

De manera similar razona el Alto Tribunal en otras resoluciones de hace unos años: la 1219/1994, de 3 de junio y la 820/1994, de 18 de abril. Se contempla en la primera el caso de dos sujetos que adquieren droga para repartirla con otros siete, lo que podría llevar al fallo condenatorio, pues como afirma el Alto Tribunal:

"[en principio] este delito para nada... exige ni el ánimo de lucro ni el peligro concreto. Es una infracción de peligro abstracto y ese tal peligro puede afirmarse que se dio y, por tanto, que la infracción penal se consumó. Muestra de este criterio son las Sentencias 18 de marzo de 1980, 26 de octubre de 1991, 20 de junio de 1985, 26 de junio de 1985, 6 de abril de 1989, etc."

La condena subsiguiente se basaría, no ya en el peligro abstracto, sino en la presunción de peligro que se expresa en la ecuación "posesión de X cantidad de droga = ánimo de traficar". Sin embargo, el Alto Tribunal se decide por la introducción en la base del juicio de peligro de circunstancias pertenecientes al caso, proponiendo una solución bien distinta: "Cabe otra solución en razón a los datos concretos que quedan reseñados: cuantía, número de personas, circunstancias, amistad probada entre amigos, *no iniciación para nadie en el consumo, pues todos eran consumidores*, etc. Así la Sentencia 10 de febrero de 1994 y, con anterioridad, la de 25 de marzo de 1993. Esta línea jurisprudencial—continúa diciendo el T.S.—orienta la solución sobre la base de descartar el peligro, que es un elemento integrante necesariamente del delito". Obsérvese que la Sentencia da entrada en el juicio de peligro a circunstancias concurrentes en el caso, lo que descartaría radicalmente la denominación de delito de peligro abstracto (en el sentido tradicional), debiendo hablarse de delito de peligro concreto si es que por ello se entiende, como la mayoría de la doctrina, aquel que debe ser probado en cada caso, en atención a sus circunstancias; y debiendo resaltarse, por lo demás, que el dato fundamental para excluir el peligro es la condición de consumidores del círculo de sujetos a los que la droga iba dirigida. Nos encontraríamos así ante un supuesto en el que la situación de peligro brilla por su ausencia, valorándose la "dominabilidad" por parte del autor de la fuente de peligro; y todo ello en virtud de la aceptación de la salud pública como bien jurídico autónomo: si no existe peligro de propagación de la sustancia, afectando ésta únicamente a quienes legítimamente quieren dañar su salud, la conducta no es peligrosa ni, en consecuencia, punible. En este sentido, con claridad, se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 22 de enero de 1997:

“La pureza de la droga aprehendida fraccionada en un número de dosis determinado, no tiene relevancia para eliminar la tipicidad del hecho en relación al artículo 344 CP. En efecto, el tipo penal contenido en este artículo no protege la salud individual, sino la salud pública y, por lo tanto, lo decisivo es el peligro de la difusión que genera la acción. Éste, como es claro, no depende de la pureza de la droga, sino de la cantidad de dosis que pueden llegar a los consumidores.”²⁵

Otro supuesto que podríamos calificar de “límite” y que resulta especialmente indicado para determinar la naturaleza del precepto, es el de la donación, esto es, la entrega gratuita de droga, donde por definición se excluye el propósito lucrativo, que es otro de los “desvalores” inherentes a las conductas previstas en el artículo 368. El estado de opinión de la doctrina en relación con el texto legal vigente entre 1983 y 1988, en el que no encajaba bien dicha conducta²⁶, ha sido convenientemente resumido por Díez Ripollés²⁷ del siguiente modo:

- a) Quienes afirman que la invitación recíproca es atípica (Beristain, Arroyo, De la Cuesta).
- b) Quienes exigen que la invitación carezca de fines “mercadotécnicos” (Prieto Rodríguez, Fernández Albor, Rey Huidobro).
- c) Quienes consideran que toda donación es impune (Arroyo, García-Pablos)²⁸.

Ahora bien, uno de los efectos más sobresalientes de la reforma de 1988 fue la ampliación desmesurada del tipo²⁹, con la deliberada intención de incluir la donación³⁰, lo que a primera vista resolvería el problema sobre la tipicidad de esa conducta, que debería afirmarse siempre.

Por fortuna, sin embargo, nuestra jurisprudencia ha abierto con decisión una notable brecha en

los propósitos del legislador de 1988 (que no aparecen expresados en la Ley con la nitidez suficiente —dicho sea de paso—), dando entrada en su doctrina a consideraciones de índole teleológica, esto es, procediendo a comprobar el real menoscabo para la salud pública, siguiendo un razonamiento similar al esgrimido ya con relación a la conducta de tenencia predisuelta al tráfico, pero invocando ulteriormente otro tipo de argumentos que concretan aun en mayor medida el juicio de peligro.

Esta doctrina de los tribunales se abre paso ante la patente incongruencia que representa el castigo para quien facilita la droga a un consumidor habitual, con el loable propósito de evitar o paliar sus sufrimientos³¹; ahora bien, la argumentación del Tribunal Supremo no radica la impunidad en este móvil altruista, sino en la falta de peligrosidad de la conducta del autor. En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1997:

“En un caso como el presente, en el que un familiar o persona allegada proporciona una pequeña cantidad de droga con la exclusiva idea de destinarla al consumo propio del donatario y con la finalidad de evitarle los sufrimientos del síndrome de abstinencia, movida exclusivamente por un fin altruista, no puede llegarse a la construcción de un delito contra la salud pública, en cuanto que no existe un ánimo de traficar con la sustancia estupefaciente. La entrega de drogas en cantidad reducida en el marco de una relación interpersonal o de ordinaria convivencia reduce o casi elimina la posibilidad de la difusión de la droga o del peligro para un número indeterminado de personas y, desde la perspectiva de la antijuridicidad, no aparece el elemento tendencial o finalista, ni están presentes la nota de culpabilidad y el reproche social que la transmisión de drogas merece.”

25. Vid. asimismo, STS 1689/1993, de 2 de julio: “Aunque la figura del art. 368 constituye un tipo de peligro abstracto, no cabe confundirlo con un peligro presunto, pues ello vulneraría el derecho a la presunción de inocencia. Peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción. Mas si en el caso concreto puede excluirse que no hay peligro para la salud de otras personas, faltará el contenido de antijuridicidad del acto, por lo que no se da en él la adecuación del tipo. Y eso es lo que ocurre en el supuesto aquí enjuiciado, pues resulta evidente que el hecho de comprar la acusada 3 pajitas conteniendo cocaína, por encargo de una amiga y con la finalidad de consumo por parte de esta última, adicta a la citada droga, como la acusada, no genera el riesgo perceptible para la salud de aquella para quien se compró.”

26. Vid. DE LA CUESTA, *El marco normativo de las drogas en España*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1987, p. 390; EL MISMO, ¿Qué resuelve la reciente reforma del Código Penal en materia de drogas?, en Estudios penales en Homenaje a Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989, p. 224.

27. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas*, p. 59.

28. A los cuales habría que añadir la opinión rotundamente conforme de BARBERO SANTOS, *El fenómeno de la droga en España. Aspectos penales*, p. 15, y MUÑOZ CONDE, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 200.

29. Cfr. DE LA CUESTA, op. ult. cit., p. 396.

30. Cfr. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas*, p. 60.

31. TORIO se refiere muy críticamente a las elevadas sanciones que conllevan supuestos como la entrega de droga al toxicómano internado en prisión por parte de su esposa, en *Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas*, en Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, p. 943.

Vuelve aquí a introducirse en el juicio de peligro la circunstancia personal de que quien recibe la droga sea ya toxicómano, cuestión esta cuya relevancia debe ser matizada si tenemos en cuenta que el bien jurídico protegido no es la salud individual, sino la salud colectiva. Por ello, la cuestión determinante no debería radicar en la condición de drogadicto del sujeto, sino —como se dijo más arriba— en el factor de la “dominabilidad por parte del autor de la fuente de riesgo” que supone la entrega de droga, a lo que coadyuva de manera relevante el que la cantidad entregada sea precisamente la exigida para un solo acto de consumo, pues al no existir en este caso “excedentes”, los mismos no podrían ser objeto de ulterior tráfico o facilitación. Ello supondría tanto como despenalizar la entrega gratuita de droga cuando este acto se realiza en un “marco definido” que excluya completamente la posibilidad de su ulterior entrega a terceros.

Aunque, a primera vista, esta delimitación del ámbito típico del artículo 368 pudiera parecer exagerada, no lo es en absoluto. A ella apuntan recientes Sentencias del Tribunal Supremo en las que se alude a la ausencia de peligrosidad de la conducta sin hacer hincapié en la condición de toxicómano del receptor. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 1089/1994 de 27 de mayo, revisa la doctrina la más moderna de la Sala 2.^a del siguiente modo:

“En dichos pronunciamientos la Sala ha establecido que, en principio, toda acción de difusión o favorecimiento de consumo de drogas prohibidas es típica y sólo en casos excepcionales en los que las circunstancias de los mismos excluyen ya inicialmente toda posibilidad de peligro para la salud pública, cabe excluir la subsunción bajo el tipo del artículo 344 CP.

Fundamento de estas sentencias ha sido, expresado de una u otra manera, que cuando la entrega de la droga no supera la de una dosis que se consume por otro en el momento, dentro de un lugar cerrado, sin que el autor tenga en su poder mayor cantidad de droga, *el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido por el artículo 344 CP.*”

Toda esta serie de consideraciones vinculadas al caso, que caracterizan la más moderna doctrina del Alto Tribunal sobre el ámbito de aplicación del precepto que nos ocupa, ha llevado a los tribunales de nuestro país a referirse al mismo como delito de peligro hipotético o de peligro abstracto-concreto. Torio, creador de la primera denominación, se refirió en su día al artículo 344 VCP como

ejemplo de la misma, pero atendiendo únicamente a la peligrosidad real que para la salud de la persona tuviera la sustancia poseída o entregada: “Puesto que la conformación típica de lo injusto responde aquí a la técnica de los delitos de peligro —afirma Torio—, en principio no ejerce influjo alguno la hipotética *lesión efectiva de la salud de la colectividad*. Es, por el contrario, el *desvalor de acción*, su reprochabilidad objetivo general, la primera pauta a que para la medición de la pena ha de atender el Juez. Tal *desvalor de acción* guarda relación con la naturaleza de la sustancia, es decir, con su intrínseca peligrosidad”³². Por el contrario, los tribunales se refieren al carácter hipotético del peligro inherente al tipo del artículo 368, en virtud de otras circunstancias inherentes al caso y teniendo muy en cuenta el ámbito de relación en que la actividad se inscribe³³.

Conviene resaltar ahora las consecuencias dogmáticas de esta nueva orientación jurisprudencial que interpreta restrictivamente el tipo del artículo 368: aunque el precepto no lo exige expresamente, los tribunales introducen en los supuestos de “entrega gratuita de droga a otro” un requisito que se añade al de la peligrosidad *ex ante* de la conducta; incluye, propiamente hablando, un “resultado de peligro” para la salud pública, cuya concurrencia deberá valorarse en función de las circunstancias concretas presentes en el caso, las cuales entran a formar parte de la valoración inherente al juicio de peligro, que deberá tener en cuenta muy especialmente dos factores: 1. Si el receptor es toxicómano; 2. Si cabe excluir en ese momento la posibilidad de propagación de la droga a terceros. Cuando se dan conjuntamente ambos factores, los tribunales consideran la conducta atípica porque no existe en ese momento un resultado de peligro, una “aguda crisis” del bien jurídico protegido, en definitiva: la probabilidad de que la salud pública sufra un menoscabo como consecuencia de la acción del autor. Ahora bien, dicho juicio de peligro podría prescindir del primer requisito (la toxicomanía del receptor), si se pudiera mantener que la lesión del bien jurídico salud individual no supone al propio tiempo la puesta en peligro (o la “micro-lesión”) de la salud de la comunidad, por la existencia de una acción que inicia en el consumo de droga a alguien que hasta ese momento no había consumido o cuyo consumo era esporádico y no compulsivo (como el del toxicómano habitual).

Debe advertirse, en este sentido, que las alusiones realizadas continuamente por el Tribunal Su-

32. En contra de esta concepción y en referencia también a la regulación anterior a 1988, BERISTAIN, *Delitos de tráfico ilegal de drogas*, p. 773: “No de peligro concreto, ni hipotético, sino más bien un delito de peligro abstracto”.

33. Ya advertía sobre la necesidad de operar de este modo, FERNÁNDEZ ALBOR, Otra vez sobre la droga: ¿Qué resuelve la reciente reforma del artículo 344?, en AA.VV. *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, p. 19 s.

premo a la exigencia de que el consumo sea inmediato³⁴, para excluir de este modo cualquier riesgo de propagación de la sustancia tóxica, no supone en realidad algo distinto al "dominio" que el autor ejerce sobre el riesgo que él mismo crea (de manera "potencial"), lo que le obliga a concretar al máximo el objeto de su acción con el fin de que ésta recaiga sobre un sujeto concreto y no sobre otros ("indeterminados", dice el Tribunal Supremo).

Ahora bien, siguiendo al pie de la letra este razonamiento quedarían fuera el ámbito típico conductas sobre las que no parece conveniente asumir su licitud, pues parece que cuando el que efectúa la entrega tiene controlado a su destinatario sabiendo que es toxicómano y no exige contraprestación alguna o, incluso, sin saber que lo es o conociendo que no lo es realiza la misma acción entregando una sola dosis para ser consumida en su presencia, no existiría delito, aunque lo hiciera repetidamente. Es decir, llegaríamos a la conclusión de que cualquier donación, siempre que el donatario consuma la sustancia en ese momento, es impune³⁵; mientras que, por el contrario, cuando el suministrador exige una cantidad por la entrega de la droga, el hecho sí se considera punible, sean cuales fueren las circunstancias presentes en el caso. Esto último confirma que no se está protegiendo únicamente la salud pública, sino otros intereses que bien pudieran identificarse, con Beristain, en "la probabilidad de una puesta en peligro de la seguridad de los ciudadanos en cuanto posibles sujetos pasivos de posibles delitos futuros cometidos por los drogadictos (víctimas éstos, a su vez, de la drogodependencia)"³⁶, lo que nos llevaría a centrar el debate en la utilidad y la legitimidad del Derecho penal para proteger intereses de esa clase, teniendo muy en cuenta que la inmersión de la droga en el área de lo prohibido contribuye extraordinariamente a la elevación de la delincuencia a ella asociada, pues ese solo hecho incrementa de manera notable el precio de la sustancia, que es la causa de la comisión de delitos para su adquisición posterior.

En los últimos años, algunos autores han lanza-

do a la sociedad la propuesta de la despenalización del tráfico entre adultos "libres", pues —como afirma Díez Ripollés— "progresivamente se va afianzando la idea de que lo decisivo no es el daño directo a la salud, sino la pérdida de autonomía personal del consumidor"³⁷, siendo éste uno de los pilares de una nueva política despenalizadora³⁸. Pero no parece que la actual redacción del artículo 368 permita inclinar la política criminal sobre la droga en ese sentido: el Derecho penal es aquí, también, la barrera infranqueable de aquélla.

Sin embargo, en relación con el tema de la donación, quizá convenga apelar al criterio del menoscabo de la autonomía personal que supone la oferta de droga a quien no es consumidor, por la probabilidad de que esa dosis que se le ofrece suponga el inicio de un hábito posterior. De este modo, la donación impune quedaría circunscrita al ámbito de los ya iniciados, castigándose —por el contrario— las entregas a quienes no son consumidores de la sustancia (pero sin invocar el menoscabo a la salud pública, que no existe bajo las condiciones expresadas con anterioridad) y, naturalmente, a los menores de edad, en todo caso, en virtud de la falta de capacidad que en el mundo del Derecho se les asigna para decidir cuestiones relativas a su integridad física, como pone de relieve el tenor del artículo 156 del Código Penal.

Por lo que se refiere al supuesto de posesión para entrega posterior a otro, vendría a constituir una especie de "consumación anticipada", construida típicamente como un delito de mera actividad peligrosa³⁹, debiendo valorarse por tanto desde una perspectiva "ex ante" la potencialidad lesiva de la posesión, pero teniendo muy en cuenta el "dominio" que el sujeto pueda ejercer sobre el círculo de posibles compradores, de manera que si se posee porque se ha constituido una "bolsa común" entre varios sujetos para consumir posteriormente la sustancia por todos ellos (y por nadie más), el peligro de propagación quedaría erradicado, pudiendo hablarse en este caso, como hace el Tribunal Supremo, de tenencia para consumo compartido.

34. "Para descartar cualquier posibilidad de difusión pública de la droga [es necesario que] se constate que... el consumidor la tome voluntariamente en presencia del suministrador y de forma inmediata" —STS 1090/1994, de 27 de mayo, que cita otras anteriores—.

35. Opina lo contrario, esto es, que tras la reforma de 1988 se ha cerrado la polémica sobre la punibilidad de la donación, DE LA CUESTA, *Drogas y política criminal en el Derecho penal Europeo*, p. 22.

36. BERISTAIN, *Delitos de tráfico ilegal de drogas*, p. 773.

37. Díez RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas*, p. 127.

38. El Grupo de Estudios de Política Criminal, del que formo parte, asumió esta política criminal alternativa en su manifiesto de 1989, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Málaga, 1992. Para el análisis del "ambiente" despenalizador, vid. Díez RIPOLLÉS/LAURENZO COPELLO, *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Valencia, 1993, con más de quince trabajos de autores españoles y extranjeros.

39. En contra, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, p. 281, considerando que al exigirse la finalidad ya no podemos hablar de delito de peligro abstracto, añadiendo posteriormente que el peligro es concreto porque la sustancia debe ser tóxica en cada caso.

3. La agravante de organización (art. 369.6º)

Tal y como se explicaba al comienzo de este trabajo, la pertenencia del culpable a alguna organización dedicada a realizar alguna de las conductas previstas en el tipo básico (cualquiera que fuere aquélla) supone un incremento del desvalor de la conducta que es reconocido por el legislador asignándole una elevación de pena al sujeto. Ahora bien, comoquiera que el tenor literal del precepto se refiere no sólo a organizaciones criminales con raigambre, sino también a aquellas otras que fueren creadas de modo ocasional para realizar cualquiera de las referidas conductas, se produce una expansión del ámbito de aplicación de la agravante que no sólo tiene dudoso fundamento punitivo, sino que crea serios problemas de deslinde con casos de simple coautoría, definida por la colaboración de varias personas para la comisión de algún delito concreto o, lo que es lo mismo, se crea de modo ocasional para desaparecer a continuación, lo cual parece hallarse incluido en el tenor del artículo 369.6º, deshaciendo las reglas generales de participación previstas en los artículos 28 y siguientes del Código.

A este respecto, nuestro Tribunal Supremo ha venido exigiendo que la organización goce de cierta estabilidad y que exista en ella un grado de jerarquización suficiente como para poder tomar a la misma como referencia mediata de la comisión del hecho delictivo, es decir, más allá de la concreta infracción que se enjuicia; línea jurisprudencial que tiene su inicio con anterioridad a la reforma de 1988, en la que precisamente se amplió el sentido de la agravante que nos ocupa hasta abarcar los casos de "organización ocasional"⁴⁰. Si se observa con cierta perspectiva la cuestión, podría asegurarse que la introducción en el Código de una agravante de tal amplitud ha encontrado resistencia en la fase de aplicación judi-

cial, pues se ven los magistrados constreñidos a distinguir aquélla de las formas de participación convirtiendo con frecuencia la "ocasionalidad" a la que se refiere el legislador en "permanencia" y "estabilidad". Significativa es, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 25 de febrero de 1997, que afirma: "La organización, aunque sea transitoria, requiere como mínimo una estructura jerárquica y no una simple relación de participación acordada o convenida. La simple distribución de papeles es un elemento que se da en todo concurso de personas en el delito y que, por lo tanto, no es suficiente para configurar una organización". Asimismo, matizando aún más, la Sentencia del Tribunal Supremo 12 de noviembre de 1996, entiende que "el concepto de organización implica un programa de actuación, con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de las tareas a realizar, mediante el reparto de papeles a desempeñar, con lo que se prevén cambios o sustituciones entre todos los componentes del grupo. Mas en cambio no depende esa figura delictiva del mayor o menor número de personas que las integren, de reglas o estatutos preestablecidos, de siglas o normaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente". Sólo así se puede comprender que incluso un "clan familiar" reducido pueda considerarse "organización" a efectos penales (STS 18 dic. 1996)⁴¹.

De acuerdo con todo ello, puede afirmarse que sólo quedan fuera de la agravante aquellos comportamientos punibles en los que el acusado únicamente estableció contacto con la banda para la realización de un único delito, como ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo 21 de mayo de 1997, en la que se califica como "simple y ocasional concierto para la realización de una acción delictiva" concertar con una residente en Colombia para que le enviase al acusado una determinada cantidad de drogas⁴². Ahora bien, dicha colaboración no

40. Vid. STS 6.7.1990: "El concepto de organización que da lugar a una forma agravada del tráfico de drogas se diferencia de las formas corrientes de participación por el grado alcanzado por la acción destinada a la neutralización de la persecución estatal del delito. En diferentes sentencias, esta Sala ha sostenido que dicha característica puede tener muy diversos matices y que implica, en todo caso, un plan previamente concertado y dirigido, a veces, por personas que no participan necesariamente en los actos directos de comercio o difusión de la droga. Este elemento de la dirección concertada en manos de un grupo, la magnitud de la operación y un cierto grado de planificación de importante despliegue para neutralizar la acción del Estado se encuentra presente en este caso.

41. Esta Sentencia contiene un Voto Particular que contiene una sólida argumentación contra la expansión de la agravante que nos ocupa, haciendo hincapié en la necesidad de distinguir a efectos punitivos la pertenencia a una organización internacional con amplias ramificaciones en todo el mundo de la pertenencia a una simple banda que controla el barrio de la ciudad. "Las posibilidades agravatorias que ofrece el precepto —continúa diciendo— deben ser aplicadas con gran cautela y con sentido de la proporcionalidad, sin desviar las previsiones del precepto hacia supuestos en los que solamente existe un mínimo sustento organizativo entre el que recibe la droga al por menor y, en concierto con otros, la distribuye para su venta en la calle en forma de papelinhas (...). Si aplicamos el subtipo agravado a estos niveles (s.c. venta callejera) estamos desbordando las previsiones del propio legislador derivando la agravación hacia supuestos en los que nos encontramos ante la manifestación de un fenómeno de codelinencia o coparticipación delictiva que no puede ser confundido con la pertenencia a una organización."

42. En el mismo sentido, STS 7.12.1996, donde se enjuicia el caso Nécora, donde sí existía una organización en la exacta expresión del término, pero se admite que puedan aparecer colaboraciones más o menos esporádicas prestadas por personas ajenas a la organización" (F. Jco. 31º).

tiene por qué constituir un simple acto de complicidad, pues habida cuenta de la dificultad que ofrece el tipo del artículo 368 del Código Penal para admitir formas de participación secundaria como es ésta, difícilmente podría aplicarse el subtipo agravado. Se trata, por consiguiente, de alguno de esos sujetos de los escalones inferiores de la organización que pueden ser fácilmente intercambiables y cuya aportación a un único hecho delictivo no conlleva su inserción en el aparato organizativo.

A los efectos de limitar al máximo el campo de aplicación del subtipo agravado al que se viene haciendo referencia, quizá convendría llamar la atención sobre el hecho incuestionable de que el legislador está pensando en una estructura dotada de niveles de dirección claramente diferenciables de los restantes. Si así no fuera, carecería de sentido lo dispuesto en el artículo 370 del Código Penal, que establece una "hiperagravación" para los jefes, administradores o encargados de las organi-

zaciones o asociaciones mencionadas en el artículo anterior. En el Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 1996 se afirma con acierto que "ajustando la lectura de este artículo a criterios de proporcionalidad, exigidos por el propio principio de legalidad, el complejo organizativo tiene que tener tal entidad que en él aparezcan como escalones superiores los jefes, administradores o encargados. Es decir, cuando en el complejo criminal no es posible distinguir las escalas superiores de los simples distribuidores de base nos encontramos ante un fenómeno de coparticipación delictiva en el que la aportación de esfuerzos al propósito común genera únicamente supuestos de coautoría, complicidad o encubrimiento, sin atraer hacia sí una cualificación delictiva que, como hemos dicho, está reservada para estructuras criminales más organizadas y con un mayor volumen de medios materiales y apoyo logístico". ●

