

**JUAN CORDOBA RODA**

**Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Barcelona.**

**El delito de tráfico de drogas**

## I

Exponer la regulación del tráfico de drogas en el Derecho Penal supone abordar una materia compleja bajo distintos puntos de vista y sobre la que se ha producido una amplísima bibliografía. Las razones que han conducido a la punición de los actos de tráfico son sobradamente conocidas: la ingestión habitual de la droga produce graves quebrantos para la salud, con la peculiaridad, además, de que la capacidad inhibitoria frente a su consumo puede hallarse con frecuencia considerablemente aminorada, ya por la falta de madurez del sujeto, ya por la dependencia determinada por la iniciación en el consumo de la droga.

Frente a la intervención del Derecho Penal se han opuesto, sin embargo, varias observaciones. En primer lugar, la intolerable situación que supone el que se castigue el tráfico de drogas de escasa significación para la salud y que, en cambio, se omita toda reacción frente al tráfico de otras sustancias mucho más perjudiciales y socialmente difundidas, cuales son el alcohol y el tabaco. En segundo lugar, que el consumo de drogas expresa la existencia de una cultura en una sociedad de estructuras injustas. En tercer lugar, que la persecución penal de las drogas es contraproducente, por la razón de que genera la comisión de delitos destinados a lograr la obtención de droga por parte de los

adictos. Por último se aduce la observación de que el hombre es dueño de su propia salud.

Aún a conciencia de la existencia de diversos y encontrados puntos de vista sobre la cuestión de si debe intervenir el Derecho Penal ante el tráfico de drogas, la política criminal comparada ha llegado a ciertos acuerdos básicos que cabe resumir según los términos siguientes: el consumidor no debe ser castigado, sino tratado, y el traficante debe ser castigado. El Derecho Penal español reacciona frente al tráfico de drogas a través de dos caminos distintos: a) la creación del delito contra la salud pública del art. 344 del C.P.; b) la previsión de los supuestos de peligrosidad correspondientes a los números séptimo y octavo del art. 2 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, correspondientes a los “toxicómanos” y a “los que promuevan o realicen el ilícito tráfico, fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos, y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos abiertos o no al público, en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegalmente posean las sustancias indicadas”.

Dado el marco elegido para la presente exposición, limitaré mi estudio a la primera de las dos referidas vías.

## II

El bien jurídico tutelado por el artículo 344 lo es la *salud pública*. Así se desprende sin lugar a dudas de la interpretación de dicho precepto en relación a la rúbrica de la Sección y, aunque como dato de una significación obviamente inferior, de lo expresado en la

exposición de motivos de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en la que encuentra su origen la redacción del vigente artículo 344 (1).

Si la salud equivale al estado normal de las funciones orgánicas e intelectuales del individuo (2), deberemos entender que tanto el aspecto *somático* como el *psíquico* integran el objeto de tutela del presente artículo. En consideración a las funciones del Derecho Penal, deberá, asimismo, exigirse, para que el delito descrito en dicho artículo pueda ser apreciado, el que los ataques o lesiones a uno u otro aspecto de la salud alcancen una *cierta importancia*. Si la sustancia objeto del tráfico no es apta para producir perturbación alguna de la salud o lo es únicamente para ocasionar menoscabos insignificantes a dicho bien, deberá rechazarse la aplicación del artículo 344.

La salud protegida por el presente artículo, al igual que la tutelada por los restantes artículos de la presente Sección, no lo es la *individual*, sino *colectiva*. En cuanto se lleve a cabo una acción de tráfico de drogas o estupefacientes, o de promoción o facilitación de dichas sustancias, que no esté dirigida a su consumo en concreto por una persona individualizada, deberá entenderse cumplida la exigencia de haber sido la salud de la *colectividad* la atacada. Sobre ello

---

(1) El apartado 3 de la exposición de motivos de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre sobre reforma del Código Penal, alude, como primer motivo de la nueva redacción dada al artículo 344, a "la ratificación por España en 3 de septiembre de 1966 del Convenio único de 30 de marzo de 1961, elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas". La Ley 8 abril 1967, núm. 17/67, sobre *estupefacientes*, cuya finalidad era la actualización de la legislación española tras la ratificación del referido Convenio, declara: "Es la salud física y mental de la población la razón profunda determinante de toda acción pública sobre los estupefacientes".

(2) Cfr. la voz "salud" en el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, Salvat, Barcelona, 1972, p. 960.

nos remitimos a lo que más adelante se expondrá. La referida exigencia concerniente a la nota de *colectiva* que debe caracterizar a la salud, aparece expresada frecuentemente en la jurisprudencia, tal como resulta entre otras sentencias de las de 11 de marzo de 1954, 10 de diciembre de 1966 y 4 de julio de 1967 (3).

La colectividad, constitutiva del titular de la salud, no debe entenderse concretada a la población del Estado Español. Con independencia, pues, de que el conjunto de personas a las que como eventuales consumidores esté destinada la droga o estupefaciente, pertenezcan a España o a un Estado distinto, deberá entenderse atacada la salud pública como objeto de la tutela del artículo 344. No cabrá, por lo tanto, argumentar el que en el territorio español se han llevado a cabo unos actos de tráfico —vgr. de transporte— de drogas o estupefacientes cuyos destinatarios se encuentran en su totalidad situados en un lugar geográficamente muy alejado del fijado por las fronteras del Estado Español, para rechazar la aplicación del tipo del artículo 344. Recogen la interpretación expuesta las sentencias de 10 de diciembre 1966, 13 enero 1968 y 2 julio 1970.

De la redacción del artículo 344 y de las exposiciones de motivos de las Leyes 44/1971, de 15 de noviembre, y 17/1967, de 8 de abril, se desprende que dicho precepto tutela, aunque en un rango inferior al de la salud pública constitutiva del bien jurídico, el derecho del Estado de intervenir los actos de producción y tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes.

---

(3) Torío López, *Problemas político-criminales en materia de drogadicción*, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de Drogas tóxicas o estupefacientes*, Universidad de Valencia, 1977, pp. 502 y ss.

### III

1. El objeto material de los varios actos incriminados por el artículo 344 aparece expresado bajo los términos de “drogas tóxicas o estupefacientes”.

A. Considerables son las dificultades que la interpretación de estos términos plantea.

a) En primer lugar, suscita la de si uno y otro extremo —“drogas tóxicas” y “estupefacientes”— constituyen dos objetos distintos y diferenciados o de si ambos integran una determinada clase de sustancias de la que los “estupefacientes” representarían a lo sumo una especie del género común “drogas” (4). La cuestión planteada adquiere especial trascendencia por el hecho de que al prescribir un conjunto de preceptos de naturaleza no penal —cfr. la Ley de 8 abril 1967, núm. 17/67— que ciertas sustancias merecen la consideración de “estupefacientes”, cabría pensar en que una tal prescripción determine el ámbito de los “estupefacientes” del artículo 344 del Código Penal, *aunque no* el de las “drogas tóxicas” a las que el propio precepto penal hace referencia. De acogerse tal interpretación deberían incluirse entre los objetos materiales del tipo del artículo 344 aquellas sustancias que, no obstante no estar comprendidas dentro del ámbito de los estupefacientes, ostentan la cualidad de *droga tóxica*. Con ello quedaría, evidentemente, abierta la posibilidad de incluir sustancias tales como el alcohol y el tabaco en el tipo del artículo 344.

b) En segundo lugar, se plantea la cuestión de si la noción de estupefacientes formulada por la Ley 8

---

(4) Fernández Albor, *Reflexiones Criminológicas y Jurídicas sobre las drogas*, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de Drogas tóxicas o estupefacientes*, cit., pp. 186 y s.

abril 1967, número 17/67, en su artículo segundo, *determina*, o no, el alcance de la noción de los “estupefacientes” integrantes del objeto material de las acciones castigadas por el artículo 344 del Código Penal; esto es, el interrogante de si la noción establecida por la referida Ley de 1967 *vincula*, o no, la interpretación del artículo 344 del Código Penal, de forma tal que una vez exista constancia de la inclusión de la respectiva sustancia en el ámbito correspondiente a aquella noción, *deba* entenderse que dicha sustancia constituye un *estupefaciente* a los efectos del artículo 344 del Código Penal.

En la doctrina se ha defendido tanto una como otra postura. Así, Rodríguez Devesa entiende que “estupefacientes” a los efectos del artículo 344 del Código Penal lo son las sustancias comprendidas en las listas I, II, y IV que figuran a continuación del Convenio único de 1961, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional con arreglo a dicho Convenio, más las que se declaren expresamente tales dentro de España, en virtud de lo establecido por el artículo 2º de la Ley de 8 de abril de 1967 (5); es decir, que la noción de “estupefacientes” del artículo 344 resulta de lo prescrito por la indicada Ley de 1967. Beristain considera, en cambio, que, en atención a la autonomía del Derecho Penal, la expresión “drogas tóxicas o estupefacientes” del artículo 344 del Código Penal debe ser interpretada conforme al significado correspondiente a dichos términos en el Código Penal con independencia de las nociones formuladas por otros sectores del ordenamiento jurídico (6).

---

(5) Rodríguez Devesa, *Parte Especial*, p. 947.

(6) Beristain, *Dimensiones históricas, económica y política de las drogas en la Criminología crítica*, en *Delitos contra la salud pública*.

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, ésta ha entendido siempre, o, al menos, en la inmensa mayoría de sentencias dictadas, que la noción de “drogas tóxicas o estupefacientes” del artículo 344 del Código Penal resulta lisa y llanamente de lo establecido por la Ley de 8 abril 1967 en su artículo 2º. Cfr. entre otras, las sentencias de 23 septiembre 1968, 17 marzo 1975 y 4 junio 1975.

B. Por nuestra parte entendemos que para determinar el significado de los términos “drogas tóxicas o estupefacientes” es preciso aplicar los procedimientos propios de la interpretación de la Ley Penal; a saber: la averiguación del significado correspondiente a los términos del precepto en el lenguaje vulgar y en el penal; y la consideración del bien jurídico tutelado por el tipo.

La circunstancia de que una Ley distinta al Código Penal defina el alcance del término “estupefacientes”, y el que esta palabra aparezca utilizada tanto en aquella Ley como en el Código Penal, no significa el que la referida definición *determine* el significado del término empleado por el Código Penal, máxime, cuando la propia Ley de 8 abril 1967, comprensiva de la referida definición, declara en su artículo 2º que la consideración de determinadas sustancias como estupefacientes se formula “a los efectos de la presente ley”.

a) En un sentido vulgar la “droga” aparece definida por el Diccionario de la Real Academia Española como “nombre genérico de ciertas sustancias minerales, vegetales o animales que se emplean en la medicina, en la industria o en las bellas artes”. En el lenguaje *médico, criminológico y penal a nivel internacional* ha

---

*Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, en Universidad de Valencia, 1977, pp. 57 y ss.



merecido, a su vez, amplia difusión la definición ofrecida por la Organización Mundial de la Salud, conforme a la cual droga lo es “toda sustancia natural o sintética, capaz de producir, en dosis variables, los fenómenos de dependencia psicológica o de dependencia orgánica”.

La noción de *droga* del lenguaje *vulgar*, primeramente referida, no parece apropiada para determinar el significado correspondiente al término “droga” del artículo 344 del Código Penal, por la razón de que, aparte de no incluir las materias de índole sintética, omite toda referencia a los fenómenos de dependencia que definen los efectos peculiares de las sustancias que en la actualidad reciben la denominación de *droga*.

En cuanto al término “estupefacientes”, observemos que bajo este término se hace referencia a aquellas drogas que en dosis altas conducen a un estado de adormecimiento intenso de las facultades físicas y morales, así como a aquellas que tienen la propiedad de apaciguar el dolor físico y moral (7).

b) El artículo 344 del Código Penal al utilizar los términos “drogas tóxicas o estupefacientes”, lo hace en un contexto dotado de una historia y a la vista de una regulación en la que la referida terminología aparece de uno u otro modo profusamente utilizada. Por lo que al primer aspecto atañe, recuérdese que el Código Penal de 1928 que inicia la especial consideración de las drogas tóxicas y estupefacientes, al separarlas de las restantes sustancias nocivas a la salud, disponía en el párrafo último del artículo 558 una especial agravación “cuando el tráfico ilícito sea de *drogas tóxicas o estupefacientes*”, introduciendo con ello

---

(7) Martínez Burgos, *Las drogas ante la Ley*, León, 1973, p. 111.

una expresión idéntica a la que aparece en el Código vigente. De esta suerte el Código de 1928 completó la legislación contra los estupefacientes iniciada por la Real Orden de 27 febrero y Real Decreto de 31 julio de 1918 y continuada por la Real Orden de 22 abril 1920, Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 19 enero 1927 y Reales Decretos-Leyes de 30 abril y de 13 noviembre de 1928, según ha estudiado Beltrán Ballester (8). Y por lo que al segundo aspecto de los antes destacados concierne, obsérvese que como resulta de la propia exposición de motivos de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que dió nueva redacción al artículo 344, la reforma de dicho precepto tuvo a la vista la suscripción y ratificación por España del Convenio único de 30 de marzo de 1961, elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas y que condujo a la promulgación de la Ley de 8 de abril de 1967, número 17/1967, cuyo artículo segundo contiene una prolija definición del término “estupefacientes”.

c) En la medida en la que la salud pública constituye el bien tutelado por el artículo 344, deberá exigirse para que una sustancia merezca la consideración de *droga tóxica o estupefaciente* a los efectos de dicho artículo, el que la sustancia objeto de las acciones de tráfico, promoción o facilitamiento, sea idónea para lesionar de forma significativa la salud. Conforme ya destacamos al principio del presente comentario —supra I—, procede rechazar la aplicación del artículo 344 si la sustancia no es apta para producir perturbación alguna de la salud o lo es únicamente para ocasionar menoscabos insignificantes de dicho bien.

---

(8) Beltrán Ballester, *El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española*, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes*, Universidad de Valencia, 1977, pp. 46 y ss.

C. De la aplicación de los criterios hasta aquí expuestos, que no son sino los propios de toda exégesis de la ley penal, se desprenden una serie de consecuencias de cuyo conjunto resulta la interpretación de los términos legales "drogas tóxicas o estupefacientes".

Como en el apartado anterior ya se ha manifestado, la calificación de una sustancia como droga tóxica o estupefaciente, a los efectos del artículo 344 del Código Penal, requiere: a) el cumplimiento de los elementos definidores de la significación de dichos términos del texto legal; y b) el cumplimiento, asimismo, de las exigencias resultantes del bien jurídico tutelado.

a) El primero de estos dos requisitos encierra, por su parte, dos aspectos. En primer lugar, el de que la respectiva sustancia constituya una droga tóxica o estupefaciente según el significado que, como más apropiado a dichos términos, hubiere adquirido difusión en el lenguaje que existía al promulgarse la Ley de 1971 que dió nueva redacción al artículo 344 del Código Penal.

En su virtud entendemos que el término *droga* debe ser interpretado como equivalente a sustancia natural o sintética capaz de producir, en dosis variables, los fenómenos de dependencia psicológica u orgánica. Y que *estupefacientes* lo son aquellas drogas que en dosis altas conducen a un estado de adormecimiento intenso de las facultades físicas y morales, así como aquellas que tienen la propiedad de apaciguar el dolor físico y moral —cfr. supra B)a)—.

Una segunda exigencia se desprende de la observación de que el vigente artículo 344 del Código Penal se promulgó en un contexto en el que, aparte de existir un lenguaje no jurídico en el que habían adquirido difusión las nociones de drogas y estupefacientes últi-

mamente referidas, estaba vigente una normativa —nos referimos al Convenio único de 30 de marzo— de 1961 —modificado por el Protocolo de 25 de marzo de 1972, ratificado por Instrumento de 15 de diciembre de 1976 y a la ley de 8 de abril de 1967— que contenía una definición prolija de los *estupefacientes* y que representó el principal motivo de la nueva redacción dada al artículo 344.

Con posterioridad a entonces se han dictado, además, una serie de disposiciones en las que se han incluido otras sustancias en las listas anexas al Convenio o se ha dado nueva redacción a dichas listas: Ordenes de 31 de julio de 1967, 31 de diciembre de 1971, 12 de agosto de 1974, 5 de febrero de 1975, 26 de febrero de 1975 y 18 de junio de 1975. Es preciso, asimismo, atender al Convenio de 26 de junio de 1936 para la supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, ratificado por Instrumento de 8 de mayo de 1970, el Protocolo de París de 19 de noviembre de 1948, sobre fiscalización internacional de drogas sintéticas, firmado por España el 26 de septiembre de 1955 (Ministerio de Asuntos Exteriores, Boletín Oficial de 10 de marzo de 1956) —abrogado—, el Convenio de 21 de febrero de 1971 sobre sustancias psicotrópicas, ratificado por España por Instrumento de 2 de febrero de 1973 y el Anexo publicado en el B.O.E. de 13 de octubre de 1976.

A la vista de todo ello debe concluirse que la calificación de una sustancia como droga tóxica o estupefaciente a los efectos del artículo 344 del Código Penal requiere, no sólo el cumplimiento de los elementos definidores del significado correspondiente a los indicados términos según antes se expuso, sino, además, el que la sustancia merezca la consideración de droga *tóxica* o *estupefaciente* en alguna de las modalidades previstas en los preceptos integrantes de la referida

normativa de naturaleza no penal. El estimar que ello no resulta preciso, es decir, el entender que una sustancia puede ser reputada droga tóxica o estupefaciente según el artículo 344 del Código Penal aunque no constituya una droga tóxica o estupefaciente según la indicada normativa, supondría el desatender el contexto en el que el artículo 344 fue promulgado, con la consecuencia de atribuir a los jueces la carga de adoptar unos criterios decisorios que, por su naturaleza y complejidad, les hubieran debido ser proporcionados por el legislador.

La formulación de la precedente exigencia no supone el entender que la noción de drogas o estupefacientes formulada por los referidos preceptos de naturaleza no penal determine o vincule la interpretación de los términos “drogas tóxicas o estupefacientes” del artículo 344. El que una sustancia constituya una droga o un estupefaciente conforme a los indicados preceptos de naturaleza no penal, resulta ciertamente —por las razones antes invocadas— *necesario*, pero *no suficiente*, para calificar a aquélla como *droga tóxica o estupefaciente* a los efectos del artículo 344 del Código Penal. Para una tal calificación resulta, además, precisa la observancia de los requisitos que resultan del bien jurídico tutelado, según los términos que seguidamente se exponen.

b) En aplicación de los criterios interpretativos antes expuestos se requiere el que, aparte de cumplir la respectiva sustancia los elementos antes estudiados resultantes de la significación correspondiente a los términos legales “drogas tóxicas y estupefacientes”, sea aquella idónea para producir una significativa perturbación de la salud —cfr., entre otras, las sentencias de 10 diciembre 1966, 4 julio 1967 y 16 diciembre 1968

(9)—. Es preciso, pues, que la *concreta sustancia* objeto del tráfico, promoción o facilitamiento, sea apta para ocasionar el referido efecto. Insuficiente será el que la clase a la que la sustancia pertenece, aparezca incluida en el elenco de aquellas materias que ostentan la cualidad de drogas o estupefacientes según los referidos preceptos de naturaleza no penal.

La observación cobra particular importancia a la vista de la diversidad o heterogeneidad existente entre las sustancias incluidas en las listas de estupefacientes a las que hace referencia el Convenio Unico sobre estupefacientes, elaborado en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en la Sede de las Naciones Unidas del 24 de enero al 25 de marzo de 1961, y ratificado por Instrumento de 3 de febrero de 1966.

D. En cuanto a la cuestión de si la “cannabis indica” constituye, o no, una droga tóxica o estupefaciente a los efectos del artículo 344, observemos que la inmensa mayoría, cuando no la práctica totalidad, de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, estimatorias del presente tipo aparecen referidas a la indicada droga, sin que, en terminos generales, la jurisprudencia haya puesto en tela de juicio la aplicabilidad a un tal caso del artículo 344 del Código Penal.

En la doctrina española se han esgrimido dos razones para la inclusión de la referida sustancia entre las comprendidas en el artículo 344. En primer lugar, la de los perjuicios que la misma ocasiona; esto es, la de su idoneidad para lesionar la salud. Y, en segundo lugar, la de que la toma de la referida sustancia conduce, de modo prácticamente irreversible, a la de otras

---

(9) De interés Gisbert Calabuig, *Estupefacientes*, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, 1977, pp. 206 y ss.

drogas cuyos efectos perjudiciales para la salud son indiscutibles (10).

Por nuestra parte, entendemos que la solución de la cuestión planteada resulta de la aplicación a la presente materia de las consideraciones antes expuestas. En su virtud, observemos que aun cuando la referida sustancia cumpla el significado formal de los términos legales “drogas tóxicas o estupefacientes” —por constituir una droga y aparecer incluida en los elencos formulados por la normativa jurídico-administrativa—, resulta harto dudoso el que la misma observe la exigencia dimanada del bien jurídico tutelado conforme a la cual la respectiva sustancia debe ser idónea para producir importantes quebrantos de la salud. La solución de esta duda corresponde a las ciencias médicas y farmacéuticas en su referencia al hombre como individuo y ser social, en el bien entendido de que, de no conseguir la aplicación de dichos conocimientos la eliminación de la referida duda, no cabe entender, a los efectos de la estimación del artículo 344, que la referida sustancia sea perjudicial para la salud. Lo que no creemos es que la probabilidad, más o menos demostrada (11), de que el consumo de la “cannabis indica” conduzca al de otras drogas de efectos más intensos, esté en situación de ofrecer una suficiente base para atribuir a dicha sustancia el cumplimiento del requisito conforme al cual la misma debe ser idónea para ocasionar importantes quebrantos de la salud.

---

(10) Mato Reboredo, *La cannabis*, en *Delitos contra la salud pública*, cit., pp. 361 y ss.; Torío López, *Problemas político-criminales en materia de drogadicción*, en *Delitos contra la salud pública*, cit., pp. 507 y s.

(11) Baselga, *Los drogadictos*, Madrid, 1972, p. 46; Herrmann, *Drug abuse and its prevention in West Germany*, en *Revue Internationale de Droit Pénal, L'abus de drogues et sa prévention*, 1973, números 3 y 4, p. 245.

2.A. Las acciones que, en relación a las “drogas tóxicas o estupefacentes” el artículo 344 del Código Penal castiga, son las de “cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico en general” y cualquier otra promoción, favorecimiento o facilitación de su uso. Ninguna dificultad ofrece, en términos generales, la determinación del significado y alcance de los varios actos incriminados por el artículo 344. Observemos que es acto de “tráfico” cualquiera de los que se interponen entre el cultivo o elaboración de la droga y su consumo. Digamos también que el uso de la droga no puede sino equivaler a su consumo y que los actos referidos a éste comprenden toda acción de incitación, cooperación o ayuda al mismo.

B. Irrelevante resulta el que de los actos conminados por el artículo 344 sean uno o varios los cometidos por el sujeto. Para la aplicación del artículo 344 basta con que haya sido uno el perpetrado, sin que la circunstancia de que a éste se le sumen otros —de la misma o de distinta clase— multiplique el número de delitos —cfr. las sentencias de 3 diciembre 1960 y 18 junio 1969—. Irrelevante, asimismo, resulta, en atención a las razones expuestas al principio del presente comentario, el que los consumidores a los que esté destinada la droga lo sean quienes se encuentran en el territorio español o los que lo están en un lugar geográfico distinto al comprendido en el marco de nuestras fronteras. El transporte de la droga por territorio español es, pues, constitutivo de delito, aun cuando el lugar de destino se halle fuera de aquél.

C. Una importante cuestión que aquí se plantea, es la de si la tenencia de una droga tóxica o estupefaciente para el propio consumo, debe, o no, ser calificada como constitutiva del delito del artículo 344. Aun cuando dicho precepto incluye como modalidad



típica “la tenencia” de la referida sustancia *sin ulterior especificación* (12), entendemos, conforme al sentir de la jurisprudencia y de la doctrina en España, que dicha conducta no puede en modo alguno ser considerada como constitutiva del tipo previsto por el artículo 344. Varias son las razones que abogan de modo decisivo en pro de dicha solución. En primer lugar, la de que si lo que el artículo 344 castiga es un conjunto de acciones intermedias entre el cultivo y elaboración, asimismo típicos, por un lado, y el consumo, por otro, con el fin de proteger la salud pública, efectúándolo, además, dentro de una sección en la que se conminan una serie de conductas concernientes a sustancias nocivas para la salud, sin penar, en caso alguno, la ingestión de las referidas sustancias, resultaría contrario a la voluntad de la Ley el aplicar el artículo 344 a actos preparatorios del consumo de la droga llevados a cabo por el propio sujeto que la toma. En segundo lugar, cabe aducir el hecho de que si la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, dispuso la nueva redacción del artículo 344 a la vista de las directrices adoptadas por la política criminal en el plano internacional y una de ellas era y continúa siendo la de rechazar la aplicación de todo precepto punitivo a quien detente la droga para su posterior consumo, supondría contrariar los fines del precepto, como la propia jurisprudencia ha reconocido —sentencias de 31 octubre 1973, 7 diciembre 1973, 14 febrero 1974, 24 enero 1975, 2 mayo 1975 y 25 octubre 1975—, el aplicar el artículo 344 a los referidos casos de tenencia. Observemos, por último, que la regulación de otras figuras del Código Penal

---

(12) Es por ello por lo que Cobo del Rosal observa que es normativamente posible la punición del consumidor— *Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de Drogas Tóxicas o estupefacientes*, en *Delitos contra la salud pública*, cit., Valencia, 1977, p. 157.

ofrece un indudable apoyo lógico a la solución propuesta. Si, como Gimbernat ha señalado, el Código no castiga la tentativa y frustración de suicidio ni tampoco la automutilación —a no ser que ésta responda al fin de eximirse de un servicio público—, deberá, en buena lógica, rechazarse la punición de los actos de consumo de drogas tóxicas o estupefacientes (13), así como la de aquellas conductas previas a éste y directamente orientadas al mismo.

A la cuestión de si la tenencia de una droga tóxica o estupefaciente para el propio consumo, debe, o no, ser calificada como constitutiva del delito del artículo 344, procede, pues, responder de modo negativo en atención a las razones hasta aquí expuestas. En aplicación de las mismas debe, a nuestro juicio, aplicarse el mismo criterio de rechazar la estimación del tipo del artículo 344 en relación a aquellos actos que, sin ser de tenencia —v. gr., la elaboración y el transporte—, son llevados a cabo por el sujeto con el único y exclusivo fin de consumir la respectiva droga. De interés resulta al respecto la sentencia de 15 diciembre 1976.

D. La aplicación del artículo 344 en sus modalidades de *cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación y tráfico en general de drogas* tóxicas o estupefacientes, no requiere, porque así no resulta ni de la letra ni de la finalidad de la Ley, el que el consumo de la droga o estupefacientes se lleve a cabo. Más discutible resulta, en cambio, la cuestión de si los actos de promoción, favorecimiento y facilitación del uso de la droga requieren, o no, el consumo —“uso” equivale a consumo— de ella, pues

---

(13) Gimbernat Ordeig, *La reforma del Código Penal de noviembre de 1971*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, p. 50.

aun cuando por un criterio de homogeneidad en la interpretación del precepto parece que el interrogante debería ser resuelto en un sentido idéntico al anteriormente expuesto, la estructuración de aquellas conductas conduce a exigir el uso, es decir, el consumo de la droga o estupefaciente para la estimación de los referidos actos típicos.

E. En consideración al bien jurídico tutelado por el artículo 344 —supra II—, deberá rechazarse la aplicación de dicho precepto si la acción de tráfico de drogas o estupefacientes o de promoción o facilitación de dichas sustancias aparece exclusivamente dirigida al concreto consumo de ellas por una persona *individualizada*. En tal caso no cabrá entender cumplida la exigencia conforme a la cual debe ser la salud de la *colectividad* —el interés tutelado lo es la salud *pública*— lo atacado por la acción del sujeto. En dicha hipótesis la acción cometida se presentará como un acto de participación en una conducta atípica. En particular, deberá rechazarse la aplicación del presente artículo en relación al caso del propio consumidor que realiza actos de distribución de las características expuestas.

F. Dados los términos en los que aparece concebido el artículo 344, las acciones que resultan comprendidas en él son de una gravedad o desvalor muy heterogéneo. Baste a tal efecto observar que quedan sometidos a dicho tipo y, consiguientemente equiparados bajo el punto de vista de la pena, acciones tan diversas como la del sujeto habitualmente dedicado al tráfico de la droga en elevadas dosis o la de quien la introduce y difunde entre los escolares de los centros de enseñanza, por un lado, y la de la persona que de modo esporádico introduce en el país y transporta

una mínima cantidad de la referida sustancia (14). Dicho efecto de sometimiento a un mismo tipo y trato penal no está en situación de ser evitado ni por la aplicación de los criterios restrictivos que expusimos en los apartados precedentes, ni por la de las causas de atenuación y agravación previstas en los párrafos penúltimo y antepenúltimo del presente artículo.

3. La ejecución de los “actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general” debe llevarse a cabo, según el artículo 344, *ilegítimamente*. Una tal exigencia cuya explícita inclusión no resultaba en rigor necesaria, expresa la necesidad de que los referidos actos vulneren las normas jurídicas vigentes.

De interés resulta al respecto el artículo 15 de la Ley de 8 de abril de 1967, número 17/67, que declara: “constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma”.

La cuestión que la redacción del artículo 344 del Código Penal plantea, de si el término “ilegítimamente” debe entenderse referido tan sólo a la ejecución de los “actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general” o también a las conductas de promoción, fomento y facilitamiento del uso, no tiene mayor significación y alcance práctico, por la razón de que,

---

(14) Cfr. en la doctrina española Toró López, *ob. cit.*, p. 514. Y en la extranjera Herrmann, *Drug abuse and its prevention*, *ob. cit.*, números 3 y 4, p. 242.

aun cuando se resuelva el interrogante conforme al primero de los dos sentidos —por parecer más adecuado a la redacción del precepto—, la aplicación de los principios generales en materia de antijuricidad y justificación conducirá a excluir la existencia de delito si las conductas referidas en segundo lugar se llevan a cabo en conformidad a las normas jurídicas vigentes.

#### IV

1. Por aplicación del principio general conforme al cual el sujeto debe conocer la parte objetiva del respectivo tipo además de su significación antijurídica para incurrir en responsabilidad penal por éste, deberá descartarse la estimación del delito del artículo 344 en todos aquellos casos en los que el agente desconozca la concurrencia de cualquiera de los elementos de la referida parte objetiva o la indicada significación. Si el sujeto cree, v. gr., que el acto llevado a cabo es conforme a Derecho o que la sustancia objeto material de su conducta no es en absoluto tóxica, deberá descartarse la aplicación del artículo 344. Destacamos en particular esta exigencia concerniente al conocimiento de la parte objetiva del tipo, por la razón de que algunas de las sentencias dictadas en relación a la presente materia declaran que para la estimación del presente delito resulta innecesario el que el sujeto conociera el carácter nocivo a la salud de la sustancia objeto de su tráfico. Cfr. v. gr., la sentencia de 28 mayo 1957. Con mayor corrección se han pronunciado las sentencias de 22 febrero 1963 y 19 junio 1963.

Dada la naturaleza del tipo descrito en el artículo 344 y la propia configuración de éste como comprensivo de una serie de conductas dirigidas al consumo de las drogas tóxicas o estupefacientes, deberá rechazarse

la posibilidad de que pueda ser cometido por imprudencia. Cfr. la sentencia de 26 enero 1956.

2. En relación a la cuestión de si son admisibles las formas imperfectas de ejecución de las acciones castigadas por el artículo 344, la jurisprudencia en una serie de ocasiones —cfr. v. gr., la sentencia de 27 octubre de 1969— se ha pronunciado en sentido negativo invocando el que dicho precepto castiga tipos que se consuman por una mera actividad de tráfico. Aun cuando dicho juicio pueda ser válido para la mayoría de las modalidades comprendidas en el artículo 344, no cabe sino observar que algunos de los actos por él castigados al no constituir simples actividades de tráfico, sino requerir la producción de un resultado, admiten la posibilidad de dar lugar a formas imperfectas de ejecución. Me refiero, en concreto, a la elaboración y a la fabricación. Observemos también, que, de entender que la *promoción, favorecimiento y facilitamiento* del uso requieren el consumo de la droga o estupefaciente, deberá, asimismo, aceptarse la posibilidad de su imperfecta ejecución.

## V

1. El párrafo segundo del artículo 344 dispone que “el facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial”. Sujetos activos de la presente figura únicamente lo pueden ser aquellos sujetos que estando en posesión de un título de Facultad universitaria —una tal exigencia viene impuesta por el término “facultativo”—, se hallen autorizados por dicho título a la prescripción o despacho de “tóxicos o estupefacientes”. Tales facultativos lo son los médicos, los veterinarios y los farmacéuticos.

La acción típica que se consuma por la simple prescripción o despacho, debe llevarse a cabo con “abuso de su profesión”; es decir, con vulneración de las normas jurídicas reguladoras de las referidas acciones.

En atención a la naturaleza y funciones del Derecho Penal deberá condicionarse la estimación del requisito del *abuso de la profesión* a que la infracción cometida ostente una cierta gravedad o importancia, debiendo, en consecuencia, rechazarse la posibilidad de que las transgresiones de mínima entidad puedan motivar la aplicación del segundo párrafo del artículo 344.

Pese a que el segundo párrafo hable de “tóxicos o estupefacientes” omitiendo el término “drogas” que aparece en el primer párrafo del propio artículo, la expresión debe entenderse como equivalente a “drogas tóxicas o estupefacientes”, por la interpretación sistemática del segundo párrafo en relación al primero —cfr. Supra III, 1—.

2. El párrafo tercero dispone que “los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda”.

“Circunstancias del culpable y del hecho” lo son todos y cada uno de los elementos y características concurrentes en uno y otro. Dichas “circunstancias” no abarcan, como destaca la sentencia de 18 junio 1976, las comprendidas en los artículos 9, 10 y 11. Entre otras razones, porque, de ser así, se tomaría en consideración un mismo hecho para atribuirle un doble efecto de atenuación o agravación.

El efecto jurídico de la presente regla lo es la imposición de la pena inferior o superior en un grado. La “pena” debemos entender que lo es la establecida en

el párrafo primero del propio artículo; esto es, la de "prisión mayor y multa". Ello explica el que la sentencia de 18 febrero 1975 haya declarado que, de acordarse la rebaja de la pena, *no* puede el Tribunal atenuar la privativa de libertad y dejar de rebajar la de multa. La hipótesis inversa, correspondiente a la imposición de la pena superior en grado, no ha dado, sin embargo, lugar a una declaración análoga de la jurisprudencia.

La decisión de imponer la pena inferior o superior en un grado corresponde al arbitrio del Tribunal, sin que, en consecuencia, quepa jurídicamente impugnar la decisión de imponer la pena base o, por el contrario, la inferior o superior a aquélla.

De acordar los tribunales la aplicación de la pena inferior o superior en grado, *deben* preceptivamente atender a "las circunstancias del culpable y del hecho"; de forma tal que si dejan de tomar en consideración uno u otro extremo o recurren a consideraciones distintas, ha de entenderse vulnerado el párrafo tercero del artículo 344. De interés resulta aquí la sentencia de 28 mayo 1974 cuando declara: "siendo indudable que esta facultad de elevar o disminuir la pena no es absoluta e incondicional sino que se mediatiza y condiciona en una doble vertiente, la referida circunstancia y del culpable... supuesto habrá, excepcionales en que la revisión casacional proceda, cuando para elevar o degradar la pena no se hubiere ponderado ninguna circunstancia subjetiva y personal, ni objetiva del hecho, apareciendo como enteramente inmotivada y a puro arbitrio sin razón ni motivo fundamentador que justifique la agravación o disminución de la sanción..." (15).

---

(15) Saez Jiménez, *Problemas que plantea la aplicación del párrafo número tercero del artículo 344 del Código Penal*, en *Revista General*



Del párrafo tercero del artículo 344 en relación al primero del propio artículo resulta que el marco de la penalidad correspondiente a las modalidades descritas en dicho primer párrafo se corresponde a aquel que aparece comprendido entre un margen máximo de reclusión menor y multa —hasta veinte años de privación de libertad— y uno mínimo de prisión menor —que puede quedar reducida a seis meses y un día de privación de libertad—. La indeterminación de la penalidad es, pues, muy elevada. Si a ello añadimos el que la decisión no sólo de atenuar, lo que en cierto modo no motiva mayor preocupación, sino, además, la de agravar, se cede al arbitrio de los tribunales, el que los criterios de dicho arbitrio adolecen de vaguedad y el que el legislador se ha abstenido de tomar en consideración la gran diversidad de supuestos subsumibles en el artículo 344 —cfr. el caso del traficante profesional en una organización dedicada a la droga con el que ocasionalmente traslada una escasa dosis de ella—, no cabrá sino formular la más severa crítica contra la regulación del artículo 344 (16).

---

*de Legislación y Jurisprudencia*, 1974, p. 561; Fernández Albor, ob. cit., pp. 188 y ss.

(16) Cfr. Vives Antón, *Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes*, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Universidad de Valencia, 1977, pp. 553 y ss.