

Luis Fernando Rey Huidobro

Fiscal
Doctor en Derecho

EL DELITO DE TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES

Su inserción en el ordenamiento penal español

Prólogo de
MIGUEL POLAINO NAVARRETE



BOSCH, Casa Editorial, S.A. - Comte d'Urgell, 51 bis - BARCELONA

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	xv
<i>Introducción</i>	1
CAPÍTULO I: <i>La acción</i>	5
I. Determinaciones previas	7
II. La posesión y el uso de estupefacientes	10
1. Teorías a favor de su punición	10
2. Teorías en contra de su punición	13
A. Argumentos de índole constitucional	14
A.1. El principio de igualdad	14
A.2. El derecho a la libertad	14
B. Teoría de la confusión del Derecho con la moral	15
C. Argumentos de índole internacional	17
D. Razones de política criminal	18
3. La tenencia de drogas tóxicas o estupefacientes en nuestro Ordenamiento jurídico	19
A. Antes de la reforma del Código penal de junio de 1983	19
B. Después de la reforma del Código penal de junio de 1983	23
4. El consumo de drogas en grupo	27
5. La necesaria consideración del consumo en pú- blico de estupefacientes como una falta del li- bro III del Código penal	30

III.	El cultivo y la fabricación	32
IV.	El tráfico: Conductas que lo integran	34
	1. Almacenamiento y depósito	35
	2. Transporte, importación, exportación y tránsito	36
	3. Enajenación y correlativa adquisición de la sustancia estupefaciente	38
	4. La donación	41
	A. Teorías que sostienen su descriminalización	41
	B. Teorías que sostienen su tipicidad	43
	C. Toma de postura: la necesidad de una adecuada interpretación de la donación en este delito	44
	5. El comportamiento del pequeño traficante-consumidor	47
V.	Acciones no contempladas en el tipo del artículo 344 del Código penal	50
	1. Los actos de propaganda a favor del uso de la droga	50
	2. La mediación en el tráfico	52
	3. La facilitación de locales o el consentimiento de su destino para el tráfico ilícito de estupefacientes	54
VI.	La forma omisiva de conducta: La omisión impropia o comisión por omisión	55
VII.	El objeto material de la acción	59
	1. Determinaciones previas	59
	2. Diversas acepciones del término droga	60
	A. Concepción vulgar	60
	B. Concepción médica	60
	C. Concepción farmacológica	60
	D. Concepción fenomenológica	61
	E. Concepción legal	61
	3. Teorías acerca de la definición legal del objeto material	62
	A. Teoría de la aplicación directa de las listas de sustancias contenidas en los Convenios Internacionales	62
	B. Teoría de la susceptibilidad de perturbación de la salud	63

C.	Teoría de la diversificación de drogas y estupefacientes	64
D.	Teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial	64
E.	Conclusión: Teoría de la definición rígida o por elencos de sustancias	66
4.	Doctrina jurisprudencial	69
5.	El problema de la constitucionalidad de las órdenes ministeriales que actualizan las listas de las sustancias	71
6.	Crítica a la terminología utilizada por el legislador para designar el objeto material	72
7.	Distinción de categorías de drogas	74
8.	Las sustancias decomisadas como cuerpo del delito: su posible destrucción	80
CAPÍTULO II: <i>Tipicidad</i>		83
I.	Estructura legal del tipo del artículo 344 del Código penal como delito de peligro	85
II.	Tipo delictivo de mera conducta	91
III.	Técnica legislativa empleada en la descripción típica	92
1.	Teoría de la unidad del daño	93
2.	Teoría del concurso de normas	93
3.	Teoría de las conductas alternativas	94
IV.	Determinación del sentido del término típico «ilegal»	94
1.	Significación dogmática	94
2.	El término «ilegal» en la jurisprudencia criminal	98
V.	La autorización administrativa para llevar a cabo los actos del artículo 344 del Código penal	100
VI.	Sujetos activo y pasivo de la conducta típica	102
1.	Sujeto activo	102
2.	Sujeto pasivo	104
CAPÍTULO III: <i>Antijuricidad</i>		107
I.	Configuración subjetiva del tipo de injusto	109
1.	Exigencia de un elemento subjetivo del injusto	109
A.	Antes de la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983	110
B.	Después de la reforma de 25 de junio de 1983	111

2.	Problemática de la prueba del elemento subjetivo del tipo de injusto	113
A.	Planteamiento doctrinal	113
B.	Consideración jurisprudencial	116
II.	El bien jurídico protegido	119
1.	Determinaciones previas	119
2.	Libertad individual del consumidor e interés público del Estado en el control de estupefacientes	120
A.	La libertad del consumidor	120
B.	El interés del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes	122
3.	Delito pluriofensivo	123
4.	La salud pública	126
A.	Concepto penal de salud	127
B.	Su extensión a la salud individual	129
C.	Importancia de la moderna definición de salud en la punición del delito de tráfico ilícito de drogas	131
D.	Relevancia constitucional de la salud pública	132
5.	Estimación jurisprudencial del bien jurídico protegido	135
6.	Consideraciones personales sobre el objeto jurídico protegido	137
A.	Delimitación conceptual	137
B.	Consideraciones político-criminales	140
III.	Las causas de justificación	142
1.	Introducción	142
2.	El consentimiento del ofendido	143
3.	El estado de necesidad	144
4.	El cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo	148
CAPÍTULO IV: <i>La culpabilidad</i>		151
I.	Delimitación normativa del juicio de reproche de la culpabilidad	153
II.	La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad	153
III.	Realización dolosa del tipo de injusto	156
IV.	Causas de inimputabilidad	159
1.	La toxicomanía como enfermedad mental	159

2.	La drogadicción como causa de trastorno transitorio de la mente	163
3.	Apreciación de la imputabilidad: La prueba pericial	168
V.	Causas de inculpabilidad	172
1.	El error	172
A.	Introducción	172
B.	Error de tipo	173
C.	Error de prohibición	175
2.	El miedo insuperable	176
CAPÍTULO V: <i>Circunstancias modificativas y tipos cualificados</i>		179
I.	Sistemática legal	181
II.	Circunstancias atenuantes	181
III.	Tipos cualificados por la concurrencia de circunstancias agravantes contenidas en el artículo 344 del Código penal	182
1.	Agravantes por el lugar: los centros docentes, las unidades militares y los establecimientos penitenciarios	183
2.	La difusión de las drogas entre menores de 18 años	185
3.	La cantidad de notoria importancia	186
4.	La pertenencia del culpable a una organización que tenga como finalidad difundir los estupefacientes	188
5.	La realización de los actos típicos por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión	191
6.	Las cualificaciones del párrafo cuarto del artículo 344: la extrema gravedad, el establecimiento público y los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada al tráfico	194
CAPÍTULO VI: <i>Iter Criminis. Autoría y participación. Concursos de delitos y de leyes</i>		199
I.	Iter Criminis	201
1.	Grados imperfectos de ejecución	201
2.	Delito imposible por inexistencia de objeto material	207
II.	Autoría y participación	209

1.	Planteamiento	209
2.	Examen de las principales singularidades	210
	A. La conspiración	210
	B. Autoría directa	212
	C. Fuerza o inducción	213
	D. Cooperación necesaria en relación con la complicidad y el encubrimiento	215
	E. Autoría mediata	217
	F. Concurso de personas en los actos de trá- fico de estupefacientes que integran una con- ducta permanente	220
	G. El agente provocador	220
III.	Concurso de delitos	228
	1. Concurso con otros delitos	228
	A. Especial consideración del concurso con el resultado muerte o lesiones del consumidor	230
	A.1. Aplicación del artículo 348 del Código penal exclusivamente a la muerte ocasionada a título de dolo eventual como consecuencia de las conductas del artículo 344 del Código penal	230
	A.2. Diversas hipótesis que cabe distinguir	234
	a) Resultado imputable a título de dolo	234
	a') Dolo eventual	235
	b') Dolo directo	235
	b) Resultado imputable a título de culpa	237
	c) Resultado fortuito o imputable al comportamiento exclusivo de la víctima	238
	A.3. La relación de causalidad como condición necesaria para llevar a cabo la imputación	238
	2. La problemática del delito continuado	240
	3. Concurso de leyes	242
	A. Código penal	242
	B. Legislación penal especial: El contrabando de estupefacientes	244
	B.1. Evolución de los antecedentes legislativos	244
	B.2. Confluencia del delito de contrabando de estupefacientes con el artículo 344 del Código penal	248
	a) Propuestas de soluciones doctrinales	252

a')	Teoría que considera jerárquicamente superior el Código penal .	252
b')	Teoría del concurso de delitos .	253
c')	Teoría del concurso de leyes .	253
d')	Postura de la Fiscalía General del Estado	255
b)	Criterio jurisprudencial	256
c)	Toma de posición personal	259
CAPÍTULO VII: <i>Sanciones penales</i>		265
I.	La pena	267
1.	Determinación de la pena en el ordenamiento vigente	267
2.	Posición de la propuesta de anteproyecto de Código penal de 1983 en cuanto a las penas	275
3.	Aplicación de la ley penal en el espacio y en el tiempo	276
A.	Cuestiones de Derecho penal internacional	276
A.1.	El principio universal o de garantía de bienes jurídicos	276
A.2.	La extradición	280
A.3.	La reincidencia internacional	282
B.	Jurisdicción y competencia territorial en el ámbito interno	283
C.	Problemas de aplicación temporal	286
II.	Medidas de seguridad	292
1.	Planteamiento	292
2.	Medidas contenidas en el Código penal aplicables a los toxicómanos	292
3.	Legislación de peligrosidad y rehabilitación social	296
A.	El toxicómano. Concepto y acepciones	296
B.	La consideración de la toxicomanía como un estado de peligrosidad predelictual	300
C.	Medidas señaladas en la ley	303
D.	Perfiles de inconstitucionalidad de las medidas	304
E.	La necesidad de extraer al toxicómano del ámbito del Derecho penal	308
F.	Medidas adecuadas: el tratamiento	309
G.	El problema de la terapia obligatoria	312

4.	Medidas de seguridad para el toxicómano, previstas en el Anteproyecto de Código penal de 1983 .	315
5.	El traficante	317
	A. Supuesto legal de peligrosidad	317
	B. La previsión de medidas inadecuadas	321
	C. Confluencia de penas y medidas de seguridad en la persona del traficante: análisis crítico .	323