

ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO PENAL A LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988 EN MATERIA DE ESTUPEFACIENTES

ALFONSO SERRANO GÓMEZ*

Por L.O. 2/1992, de 23 de diciembre, se modifica el Código Penal para adaptar el mismo a la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, ratificada por España el 3 de julio de 1990. Se agregan los números 8.º, 9.º y 10.º del art. 344 bis a), se da nueva redacción al art. 344 bis e) y se incorporan cinco nuevos arts. 345 bis g) a 344 bis k).

I. SUPUESTOS DE AGRAVACIÓN QUE SE INCORPORAN AL ART. 344 BIS A)

- a) Número 8: «Cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas»¹.

Se introduce una nueva forma de agravación confusa, ya que el sujeto, además de pertenecer a una organización dedicada al tráfico de estupefacientes, ha de pertenecer a otra organización criminal, sea cual fuere. Supone inseguridad jurídica en cuanto que normalmente habrá dificultades de poder demostrar esa situación; a veces será necesario esperar a que se confirme por sentencia, lo que paralizaría el procedimiento si se quiere aplicar esta agravación. No es necesario que entre uno y otros delitos haya conexión. De otra

* Profesor de Derecho Penal y Criminología (UNED).

¹ El legislador español va más lejos que la Convención de Viena. Esta en su art. 3.5, b) recoge: «La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas». El legislador español prescinde de la referencia a «internacionales», ampliándolas a cualquier tipo de organización. Las Naciones Unidas parecen inclinarse por organizaciones internacionales como pueden ser el terrorismo, tráfico de armas, etc.

parte, no se justifica la elevación de la pena en grado, pues si concurriera la agravante de reincidencia sólo llevaría a imponer la pena en grado medio o máximo. Estamos ante un supuesto de peligrosidad que eleva la pena, lo que es injustificable, pues la pena debe estar en función de la culpabilidad, mientras que para la peligrosidad están las medidas de seguridad.

- b) Número 9: «Cuando el culpable participare en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito».

Estamos en otros supuestos de agravación impreciso que pone en peligro la seguridad jurídica. Hay que entender que las «actividades ilícitas» ajenas al delito de tráfico de estupefacientes se ven facilitadas por la ejecución de éste.

Habrà que entender que el sujeto con la comisión del delito relacionado con los estupefacientes consigue una mayor facilidad para llevar a cabo «otras actividades ilícitas». Pensemos, por ejemplo, que se utilizan los estupefacientes con los que se ha traficado, para organizar o fomentar la prostitución. Sin embargo, la referencia a «otras actividades ilícitas» puede interpretarse que no tienen porqué ser penalmente relevantes, lo que extendería en exceso este tipo penal; por ello habrá que ceñir las actividades ilícitas a las penalmente relevantes.

El texto de este número 9 se toma literalmente de la Convención de Viena de 1988².

- c) Número 10: «Cuando los hechos descritos en el art. 344 fueren realizados mediante menores de 16 años o utilizándolos».

Como en los dos supuestos anteriores, la redacción sigue siendo poco afortunada. Hay que entender que se refiere a la utilización de menores de 16 años como medio para ejecutar las conductas previstas en el art. 344. Se busca a éstos porque su conducta es impune, al quedar fuera del Código Penal.

El texto de la Convención de Viena, en el que se inspira el legislador español, es: «La victimización o utilización de menores de edad». Este texto es más claro que el que se incorpora al Código Penal³.

² Convención de Viena, de 20 de diciembre de 1988, art. 3.5,c).

³ La Convención de Viena de 1988, en su art. 3.5,f) deja un amplio margen a los países en cuanto a la forma de interpretar lo que ha de entenderse por «victimización» de los menores. En cuanto a la edad entiendo que no se refiere a la penal, aunque algunos países sigan este criterio, como sucede en España, que por ser a los 16 años, hay que considerarla válida a efectos de victimización; sin embargo, la coincidencia de ambos criterios –edad y victimización– donde la edad penal es muy baja, como sucede, por ejemplo, en Arabia Saudí (7 años) Bahamas (7), Bangla Desh (12), Barbados (7), Israel (12), Japón (14), Reino Unido (10), etc., no es válido, pues la victimización ha de mantenerse a una edad superior a la penal, ya que la

La Ley 8 abril 1967, art. 29, dispone que para el internamiento gubernativo de los toxicómanos en establecimientos adecuados, a efectos de observación y, en su caso, de tratamiento, regirán las mismas normas que para los enfermos mentales en general, y que, además de las personas y funcionarios a que se refieren dichas normas, el internamiento podrá ser instado directamente por funcionarios del Servicio de Control de Estupefacientes. Las medidas de seguridad establecidas por la LPRS 1970 no son aplicables más que a los que sean peligrosos, es decir, a aquéllos de quienes se pueda esperar con un alto grado de razonable probabilidad que cometerán en el futuro algún delito⁴.

II. DISPOSICIONES COMUNES A LA PENA DE MULTA

Para todos los supuestos de penas de multa el art. 344 bis d) establece unas normas generales al disponer: «Para la determinación de la cuantía de las multas que se impusieran en aplicación de los arts. 344 a 344 bis c), y 344 bis g) a 344 bis j), el Tribunal atenderá preferentemente al valor económico final del producto o, en su caso, al de la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener».

Del texto de este artículo se desprende que la multa puede llegar a basarse en presupuestos tan imprecisos como los beneficios que el sujeto pudiera haber obtenido en la venta, donde juegan factores tan aleatorios como la pureza de la droga, precio en el tráfico ilegal, etc.

III. COMISO

Dispone el art. 344 bis e): «1.º A no ser que pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el art. 344 bis g), los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los arts. 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

relación de estos jóvenes con el mundo de estupefacientes influirá en su comportamiento de su vida posterior.

⁴ Vid. LPRS, 1970, art. 2.º, número 8.º.

2.º A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar, asimismo, que mientras sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3.º Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado».

El comiso es aquí más extenso que el previsto en el art. 48 del Código Penal, pues comprende toda clase de bienes o efectos que se hayan utilizado para la comisión de estos delitos, así como las ganancias obtenidas⁵. De otra parte, en el art. 48 se determina como consecuencia de la imposición de una pena por delito o falta. Sin embargo, aquí se prevé un comiso preventivo que tiene lugar desde el momento en que son aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde las primeras diligencias, incluso se puede utilizar por la policía judicial mientras se sustancia el procedimiento; todo esto resulta excesivo, y lleva a inseguridad jurídica, pues a veces los presuntos autores pueden no ser condenados.

En la línea de desprotección de los perjudicados por el delito que sigue el legislador español⁶, se mantiene el número 3.º, pues la adjudicación que se hace al Estado impide, como establece el art. 48, que el producto de la venta de los bienes decomisados, cuando sean de lícito comercio, se aplicará a cubrir las responsabilidades del penado.

IV. ACTOS PREPARATORIOS

Como ya se indicó, la LO 8/1992, de 23 de diciembre, a fin de adaptar la legislación española a la Convención de Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre

⁵ La Consulta número 2/1986, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre Ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal, prevé que durante la instrucción de los procedimientos penales, en base a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del art. 338 de la LECrim., se les concede la facultad de decidir sobre la destrucción de estupefacientes y psicotrópicos, siempre que se garanticen los derechos del inculpado y el buen fin del proceso penal. Vid. art. 31 Ley 8 de abril de 1967 e Instrucción, número 9/1991, de 26 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, en Memoria F.G.E., 1992, págs. 1.027 y ss.

⁶ Vid. art. 122 Proyecto Código Penal de 1992.

de 1988, ratificada por España el 3 de julio de 1990, agrega los números 8.º, 9.º y 10.º al art. 344 bis a), da nueva redacción al art. 345 bis e) e incorpora cinco nuevos artículos, desde el 344 bis g) al 344 bis k).

- a) Lo comete el delito «el que fabricare, transportare, distribuyere, comerciare o tuviese en su poder los equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo convenio o en otros futuros Convenios o convenciones, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines» (art. 344 bis g).

Se adapta así el Código Penal a lo dispuesto en el art. 3 c) ii), del Convenio de Viena⁷. El Preámbulo de la Ley hace referencia a los denominados «precursores», en lugar de actos preparatorios.

En realidad, estas figuras se encontraban ya tipificadas en el art. 344 del Código Penal, pues podían perseguirse como tentativa de los tipos que allí se recogen.

Los actos preparatorios del art. 344 bis g) hay que referirlos concretamente a lo recogido en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988⁸, así como las ampliaciones que se puedan hacer al citado Convenio u otros futuros, siempre que sean ratificados por España. No obstante, será posible castigar otros actos preparatorios de los que se recojan en los cuadros I y II indicados, mediante tentativa del art. 344.

Penas: Según recoge el art. 344 bis g), las conductas del tipo básico serán castigadas con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Estas penas resultan injustas al no hacerse distinción en cuanto que los actos preparatorios persigan un delito relacionado con sustancias o productos que causen grave daño a la salud o que no lo causen, como se distingue en el

⁷ Dispone el art. 3, c), II), de la Convención de Viena: «La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I el cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para tales fines».

⁸ Se recogen en el cuadro I: Acido lisérgico. Efedrina. Ergometrina. Ergotamina. 1-fenil-2-propanona. Seudoefedrina. Las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible. En el cuadro II. Acetona. Acido antranílico. Acido fenilacético. Anhídrido acético. Eter etílico. Piperidina. Las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

art. 344 del Código Penal. Resulta así que un acto preparatorio que se castiga con pena de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas, si se persigue un delito de los que no causen grave daño a la salud, es más grave que la que corresponde al autor final del delito para los supuestos del art. 344, que sería arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de quinientas mil a cincuenta millones de pesetas.

- b) Según dispone el art. 344 bis j), «se impondrán las penas privativas de libertad en su grado máximo a las personas que pertenecieran a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones. En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial y las demás medidas previstas en el art. 344 bis b)».

V. ENCUBRIMIENTO

El mundo del tráfico ilegal de estupefacientes mueve enormes cantidades de dinero. Uno de sus problemas es legalizarlo, por lo que si se consigue poner trabas a los innumerables procedimientos que se utilizan para el criminológicamente denominado «blanqueo de dinero»⁹, se da un paso importante en la lucha contra esta forma de criminalidad. El blanqueo se puede llevar a cabo de múltiples formas, como inversiones en el sector inmobiliario, compra de billetes de lotería premiados, declarar en negocios mayores beneficios de los obtenidos, compra de divisas, envíos de fondos a paraísos fiscales, invertir en títulos-valores, compraventas simuladas de metales preciosos, supervalorar la compra de productos, etc.¹⁰.

V.1. Favorecimiento real

- a') Lo comete «el que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en

⁹ El Proyecto de Código Penal de 30 de diciembre de 1991 (última versión dedicaba el capítulo XVI del título XII, Libro I, a «la receptación y blanqueo de dinero». Esta referencia ya no se recoge en el Proyecto de 1992. El Código Penal de Andorra de 1990 dedica sus arts. 145 a 147 al blanqueo de dinero o de valores.

¹⁰ Véase: PANIZO GONZÁLEZ y MARTÍNEZ PÉREZ DE LOS MOZOS, *Blanqueo de fondos de origen ilegal*, Dirección General de la Policía, 1991.

los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes» (art. 344 bis h, 1)¹¹.

Las conductas anteriores van encaminadas a auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos de delito. Se trata de una forma de encubrimiento especial. En cuanto a la diferencia con la recepción del art. 546 bis f), hay que entender que estaremos en este caso cuando el encubridor se beneficie del delito, y en el 344 bis h) cuando no obtenga beneficio, lo que resulta difícil de aceptar, pues todo el que se dedica al blanqueo lo hace para obtener un beneficio. Debe derogarse el art. 546 bis f), que nunca debió ser incorporado al Código Penal.

La referencia que se hace a «realizar un acto de participación en tales delitos», que se presta a equívoco, hay que entender que lo que se persigue es encubrir, pues continúa diciendo el texto: «con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes».

b') También es encubridor «el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos» (art. 344 bis h, 2)¹².

Se detallan aquí una serie de supuestos en los que se pretende completar las formas de encubrimiento, descendiendo a situaciones de difícil precisión, que siguen en la línea poco afortunada del resto de la figuras de encubrimiento que se recogen en el artículo. De otra parte, la referencia que se hace en su inciso final a «un acto de participación en los mismos», hay que entender, como ya se dijo para lo previsto en el número 1, que la participación ha de tener como finalidad el encubrimiento, auxiliando a los autores para que se aprovechen de los efectos del delito.

¹¹ Dispone el art. 3.1, b), i), de la Convención de Viena de 1988: «La conversión o la transferencia de bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones».

¹² «La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos». Convención de Viena de 1988, (art. 3.1, b,ii).

V.2. *Favorecimiento personal*

Se recoge esta forma especial de encubrimiento, al castigarse a quien ayude «a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones» (art. 344 bis h, 1).

Penas: Para los supuestos de encubrimiento doloso de los números 1 y 2, la pena es prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Como se apuntó al tratar de la pena en los actos preparatorios del art. 344 bis g), a veces puede ser superior a la de los propios autores del delito, como es el caso del encubrimiento en supuestos de sustancias que no causen grave daño a la salud del art. 344.

VI. SUPUESTOS DE IMPRUDENCIA

Junto a las formas dolosas anteriores se castigan también las conductas por negligencia o ignorancia inexcusables, la única diferencia es que la pena, como es lógico, es inferior.

Se castiga igualmente «si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusable».

La pena es arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas.

El legislador español ha ido demasiado lejos, pues se excede de la Convención de Viena, que no prevé las formas culposas.

Como vimos sucedía en los tipos cualificados de los actos preparatorios del art. 344 bis g), para el encubrimiento la pena se eleva igualmente según lo previsto en el art. 344 bis j). De esta agravación hay que excluir los supuestos de imprudencia, pues no es imaginable que alguien pueda estar integrado en una organización dedicada a comportamientos imprudentes.

VI. RECEPCIÓN

- a) Lo comete «el que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de alguno

de los delitos expresados en los artículos anteriores» (art. 344 bis i)¹³.

Estamos ante un supuesto de receptación especial, aunque no se hace referencia a que quien realiza tales comportamientos lo haga con fines lucrativos, aprovechándose para sí de los efectos de los mismos, requisito fundamental en el delito de receptación. No obstante, será difícil encontrar supuestos en los que no se persiga un fin lucrativo. Este artículo es una razón más para que se deje sin contenido el art. 546 f).

Penas: Prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Igual que vimos sucedía en supuestos anteriores, habrá situaciones en que la pena será superior para el receptor que para el autor, sobre todo cuando se trate de los supuestos previstos en el art. 344, para sustancias que no causen grave daño a la salud.

Hay que apuntar también que mientras en el art. 546 bis f) se pueden poner penas superiores en grado a los reos habituales de este delito, en las conductas del 344 bis h) sólo es posible agravar la pena si se aprecia delito continuado, salvo en los supuestos del art. 344 bis j).

- b) Como ya se ha recogido para casos anteriores, dispone el art. 344 bis j) que: «En los supuestos previstos en los arts. 344 bis g), 344 bis h) y 344 bis i) se impondrán las penas privativas de libertad en su grado máximo a las personas que pertenecieran a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones. En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial y las demás medidas previstas en el art. 344 bis b)».

VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL Y COSTAS PROCESALES

Dispone el nuevo art. 344 bis k) que: «En el caso de que los bienes del penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los arts. 344 a 344 bis j) no fueren bastantes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán

¹³ Dispone el art. 3.1, c), i), de la Convención de Viena de 1988: «La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos».

por el orden siguiente: 1.º La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios. 2.º La multa. 3.º Las costas del acusador particular y las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado sin preferencia entre los interesados».

El contenido de este nuevo artículo es prácticamente el mismo que el del art. 111 del Código Penal, la diferencia importante es que la multa pasa en aquel artículo al segundo lugar, mientras que en el art. 111 se encuentra al final. No tiene ninguna justificación el nuevo art. 544 bis k), pues resulta suficiente el art. 111. Esto pone de manifiesto el afán recaudatorio del Estado en detrimento de las víctimas y los perjudicados por el delito¹⁴.

El legislador comete a veces errores técnicos importantes, al no tener en cuenta en sus reformas penales todo el ordenamiento jurídico. En el número 3.º del nuevo art. 344 bis k) se hace referencia a las costas que corresponden a «la defensa del procesado». Si tenemos en cuenta que para que se dicte auto de procesamiento es necesario que el sujeto cometa un delito que tenga pena superior a 12 años¹⁵, resulta que en puridad de principios, el número 3.º del art. 344 bis k) sería aplicable en pocos casos, por lo que hubiera sido más correcto hacer referencia a «acusado» y «procesado».

¹⁴ En esta línea se pronuncia el art. 122 del Proyecto de Código Penal de 1992.

¹⁵ Después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por LO 7/1988, de 28 de dieiembre, por la que se incorpora el procedimiento abreviado, sólo cabe auto de procesamiento para penas superiores a 12 años, mediante tramitación de sumario; en los demás casos no existe tal auto, sino que se emplea la denominación de acusado para los presuntos culpables.