

DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y PROBLEMAS EN TORNO A SU PRUEBA EN ESPAÑA

Virginia Pardo Iranzo⁵⁰

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El tráfico de drogas constituye desde hace tiempo una de las grandes preocupaciones de muchos países. Se trata, sin duda, de un grave problema a nivel tanto social como económico y también, sin duda, político: desde el consumidor que tiene que delinquir para poder seguir consumiendo hasta el blanqueo de dinero, pasando por la dramática situación de familias desestructuradas, son realidades directamente vinculadas con el narcotráfico.

El Observatorio Europeo sobre Drogas⁵¹, en su “Informe Europeo sobre Drogas” de 2016 destaca los

riesgos para la salud de los productos de alta potencia, la continua aparición de nuevas sustancias, los cambios en las pautas del consumo de drogas, las amenazas que suponen los mercados de drogas por internet y el incremento del aumento de muertes por sobredosis. Entre los aspectos destacados en el informe podríamos mencionar los siguientes:

1. El regreso de la MDMA (vendida a menudo como “éxtasis”).
2. La aparición de nuevas drogas que producen nuevos daños.
3. El aumento de las muertes por sobredosis.
4. Los problemas relacionados con los estimulantes son cada vez más visibles.
5. La preocupación por el aumento del consumo de cannabis y su potencia, así como la demanda de tratamiento⁵².

Los distintos países intentan luchar contra esta realidad con las armas que tienen en su mano. Una de ellas, quizás de las primeras, sea la tipificación en el Código Penal de determinadas conductas como delictivas y la atribución de una pena anudada a la comisión del delito. A un breve recorrido histórico de la evolución normativa española al respecto dedicamos las siguientes líneas.

⁵⁰ Catedrática de Derecho Procesal - Universidad de Valencia (España)

Artículo publicado en *Jurista Editores*, Lima, 2018. Atahuaman y Reina (Coordinadores)

⁵¹ El observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) fue creado en 1993 y tienen con la finalidad de ofrecer una información objetiva, fiable y comparable sobre las drogas y las toxicomanías. En general:

1. Hace un seguimiento del problema de las drogas (incluidas las tendencias emergentes) en Europa.
2. Hace un seguimiento de las soluciones aplicadas a los problemas relacionados con las drogas.

3. Ofrece información sobre las mejores prácticas en los países de la UE y les anima a comunicárselas.

4. Evalúa los riesgos de las nuevas sustancias psicotrópicas.

5. Lleva un sistema de alerta rápida de las nuevas sustancias psicotrópicas.

6. Desarrolla herramientas e instrumentos que facilitan a los países miembros el control y la evaluación de sus políticas nacionales y a la Comisión el control y la evaluación de las políticas de la UE. https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/emcdda_es

⁵²http://www.emcdda.europa.eu/system/files/attachments/2625/Highlights_EDR2016_ES_Final.pdf

En España, fue el Código Penal de 1944 el que, por primera vez, hace referencia a las drogas tóxicas, prohibiendo la elaboración, venta o comercialización por quienes carecían de autorización para ello y el suministro por quien sí estaba autorizado pero lo hacía infringiendo la normativa correspondiente. Con todo, y probablemente como consecuencia de los compromisos adquiridos por España a nivel internacional, fue la Ley 44/1971 de reforma del Código Penal la que fija cambios esenciales en el modelo de política criminal en materia de tráfico de drogas y ello porque, en primer lugar, y por primera vez, las conductas relativas a las sustancias estupefacientes constituyen un tipo autónomo. Además, se incluyen también por primera vez algunos subtipos agravados y se incorpora el reconocimiento de las resoluciones de tribunales extranjeros a efectos de la agravante de reincidencia. Finalmente, se permite, en atención a las circunstancias del culpable y del hecho, aplicar la pena inferior o superior en grado⁵³.

El Código Penal de 1973 introduce también algunas modificaciones en la

materia -como el incremento de determinadas penas-, y sus posteriores reformas van avanzando en la política criminal al respecto. Con todo, es la Ley Orgánica 1/1988, de reforma del Código Penal la que marca un hito importante. Como su propio nombre indica, la citada ley modifica la ley sustantiva penal en materia de tráfico de drogas. Se trató de una ley prohibicionista que elevó las penas así como incrementó las conductas tipificadas.

El Código Penal de 1995 continua en parte por las líneas trazadas por la regulación que le precedía aunque introduce algunas novedades, como el castigo de los actos preparatorios punibles (art. 377). La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica por primera vez el actual Código Penal en materia de tráfico ilícito de drogas, permitiendo en determinados supuestos, por ejemplo, enajenar los bienes decomisados aunque la sentencia no sea firme. La última modificación hasta el momento en la materia se produjo por Ley Orgánica 5/2010 de modificación del Código Penal⁵⁴. A la regulación vigente en la

⁵³ Cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., "Política criminal española en materia de tráfico ilícito de drogas", en *Tráfico de drogas y delincuencia conexas*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 172-173.

⁵⁴ Cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., "Política criminal española en materia de tráfico ilícito...", , pp. 173 y ss.

actualidad dedicamos el siguiente apartado.

También la Unión Europea lleva años trabajando para atajar esta lacra social. En diciembre de 2012 el Consejo aprobó la estrategia de la UE en materia de Lucha contra la Droga para los años 2013 a 2020 (Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de diciembre de 2012).

En el ámbito jurídico es de destacar la elaboración de una Decisión marco (2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004; DOUE de 11 de noviembre de 2004) relativa al establecimiento de normas mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. También la Directiva 2014/42/UE del Parlamento y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DOUE de 29 de abril de 2014). Así, por ejemplo, en caso de tráfico de drogas serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como las ganancias que se hayan obtenido con esa actividad ilícita (véase el artículo 374 del Código Penal).

II. SOBRE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

El actual Capítulo III, del Título XVII (De los Delitos contra la seguridad colectiva), del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal español, es el dedicado a los Delitos contra la salud pública.

La salud pública como bien jurídico protegido es una cuestión no exenta

de polémica en la doctrina y jurisprudencia. Desde posiciones que unen a la salud pública otro bien jurídico, el de “sanidad pública” hasta quienes defienden que el calificativo de “pública” unido a “salud” no añade más que el hecho de incidir en que se trate de delitos que suponen un peligro para la colectividad –aunque propiamente se tutela la salud individual-, o aquellas otras posiciones que conciben la salud pública como la suma de saludes individuales⁵⁵.

Dentro de su articulado (arts. 359 a 378 CP) se recogen diferentes conductas que pueden poner en riesgo la salud pública como, por ejemplo, envenenar o adulterar con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables. Este hecho delictivo, contenido en el art. 365 CP, tiene aparejada una pena de prisión de dos a seis años.

Es dentro de este mismo Capítulo donde se regulan los delitos relativos a las drogas tóxicas y a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En general, hay un tipo básico, unas figuras agravadas y conductas precursoras.

1. EL TIPO BÁSICO

El tipo básico viene fijado en el artículo 368 CP, siendo conductas punibles una variedad amplia de

⁵⁵ EXPÓSITO LÓPEZ, A., “El delito de tráfico de drogas”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012.

comportamientos: actos de cultivo, elaboración o tráfico o cualquier acto que favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal de drogas, así como la posesión de sustancias con esos fines:

“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo el valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y medio y multa del tanto al duplo en los demás casos” (art. 368 párrafo primero CP).

Sobre el precepto, es importante precisar varios aspectos:

1. Como hemos indicado, el bien jurídico protegido es la salud pública por lo que quedarían excluidos del tipo los supuestos en los que la cantidad del producto tóxico es tan escasa que su uso, elaboración o posesión no pone en peligro dicho bien⁵⁶.

2. Aunque el tipo está concebido en términos muy elásticos, en el caso de

posesión, la que está castigada es la posesión para traficar pero no el autoconsumo. Para determinar si la finalidad es autoconsumo o no “es preciso acudir a la prueba indiciaria... mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas... Hemos dicho con reiteración que puede inducirse el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unida a otras circunstancias, como podían ser la modalidad de la posesión, el lugar en que se encuentra la droga, la existencia de material o instrumentos adecuados al fin de traficar, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada por el mismo al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor” (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005). Así, por ejemplo, con relación a la cocaína se ha fijado el consumo medio diario en 1,5 gramos (Instituto Nacional de Toxicología y acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 19 de octubre de 2001).

Igualmente es determinante el grado de pureza: “A mayor pureza menor cantidad para incidir en la notoriedad o en la tenencia para el tráfico” (STS de 15 de

⁵⁶ MARTÍNEZ PARDO, V., *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Edisofer, 2013, p. 17.

abril de 1999). Y también el hecho de que se lleve solo una sustancia o una variedad de ellas: “La Sala tiene en cuenta y valora otros datos como son la propia variedad de sustancias intervenidas y la existencia de una balanza de precisión...” (STS de 17 de febrero de 2009).

3. Tampoco integra el tipo el consumo compartido: “La valoración social de los actos de consumo compartido de drogas entre adictos, siempre con carácter gratuito, es la misma que pudieran tener los actos de consumo que estas personas pudieran realizar aisladamente” (STS de 27 de enero de 1995).

4. Finalmente, la jurisprudencia también considera atípica la conducta de quien, con el fin de aliviar el síndrome de abstinencia de un familiar, le facilita una pequeña cantidad de droga. STS de 21 de octubre de 2002: “aunque en la extensiva tipificación del delito de tráfico de drogas... se hallan comprendidas las actividades de donación de estupefacientes y de posesión de tales sustancias con vistas a una transmisión gratuita de las mismas, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado carentes de antijuridicidad y atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o

allegados de cantidades mínimas de drogas tóxicas con finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen”.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 368 recoge un subtipo atenuado: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

Para que pueda aplicarse el subtipo atenuado es necesario que concurren las circunstancias en él recogidas:

1. En primer lugar, la escasa entidad del hecho: concurre cuando, tratándose de hechos que encajan en la conducta descrita por el precepto, están muy alejados de constituir un peligro grave y cierto para el objeto de tutela⁵⁷.

En este sentido, por ejemplo, la STS de 17 de julio de 2012 entiende que “el único acto de venta que consta es el de dos papelines de cocaína, una con 0,411 gramos, sin determinación de riqueza y otra de 0,213 gramos, de una riqueza del 38%, y por otro lado, que la cantidad de

⁵⁷ MARTÍNEZ PARDO, V., *Los delitos de tráfico de drogas...*, cit., p. 166.

hachís y de marihuana estaría dentro de los límites de lo que puede acumular un consumidor para sí.

Tiene razón el recurrente al poner de relieve que el acto de venta en el que fue sorprendido tuvo por objeto una mínima cantidad de cocaína, ya que ni siquiera se conoce el *quantum* de la sustancia de una de las dosis, y el de la otra se ajusta al estándar de uso del consumo diario. Por tanto, este aspecto de los hechos probados podría considerarse de “escasa entidad” a los efectos del precepto citado”.

2. Circunstancias personales del culpable: “cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no solo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor...” (STS de 16 de noviembre de 2011).

2. TIPOS AGRAVADOS

En cuanto a las figuras agravadas, vienen recogidas en los artículos 369, 369 bis y 370 CP:

En el caso del artículo 369 CP, se impondrá la pena superior en grado cuando concurra alguna de las circunstancias recogidas en el propio precepto:

“1ª. El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

2ª. El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

3ª. Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos

4ª. Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

5ª. Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

6ª. Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o

con otras, incrementando el posible daño a la salud.

7ª. Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.

8ª. El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”.

Si observamos el precepto nos damos cuenta que las distintas circunstancias que suponen la agravación del tipo tienen naturaleza diversa. Así, en ocasiones, se tiene en cuenta la condición del sujeto activo del delito: “la *ratio legis* de la agravación... no puede ser otra que la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de las drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria... la mayor pena impuesta a un hecho en atención a la condición del sujeto pasivo debe responder a un plus en el desvalor del hecho o en el de la conducta, en atención al mayor contenido de la antijuridicidad de la acción, en cuanto se acreciente el potencial dañoso o de riesgo del hecho o a una vulneración de especiales deberes del sujeto y que incrementen la

reprochabilidad de su comportamiento” (STS de 11 de octubre de 1994).

En otras, se atiende a la especial vulnerabilidad de los destinatarios de la sustancia (menores de 18 años, disminuidos psíquicos...), al lugar de comisión de los hechos (centros docentes, unidades militares...) o al medio empleado (por ejemplo, con violencia).

Por su parte, el artículo 369 *bis* agrava la pena en caso de que los delincuentes pertenezcan a organizaciones criminales, refiriéndose, además, a los supuestos en los que una persona jurídica es responsable de los delitos:

“Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos

anteriores, se les impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Para terminar con las figuras agravadas, el artículo 370 CP recoge tres circunstancias que determinan que se imponga la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368: “Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1º. Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2º. Se trate de los jefes, administradores o encargados de las

organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del artículo 369.

3ª. Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2º y 3º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito”.

3. TRÁFICO DE PRECURSORES

Finalmente, es el siguiente artículo, el 371, el que castiga las conductas de precursores: “1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder 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 que se incluyan en futuros Convenios de la misma naturaleza, 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, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de 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 del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2”.

Según ha indicado el TS “se considera precursor toda materia que sirve de manera específica y esencial para la fabricación de un producto químico determinado. Se incorpora a la molécula de droga (producto final) y entra a formar parte de la estructura molecular final de la sustancia. Los precursores son utilizados como reactivos, disolventes o catalizadores en los distintos procesos químicos necesarios para la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (STS de 27 de septiembre de 2011). Algunos ejemplos son: la edefrina, la ergometrina, el piperonal, el abhídrico acético, el ácido fenilacético, el tolueno, el ácido sulfúrico o el ácido clorhídrico.

III. LA PRUEBA RELATIVA AL TRÁFICO DE DROGAS: CUESTIONES CONTROVERTIDAS

No por obvio debe dejar de decirse que cuando hablamos de delitos de tráfico de drogas o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, elemento esencial para poder condenar es determinar que, efectivamente, la sustancia en cuestión tiene esta naturaleza. Además, y así lo hemos visto en el apartado anterior, la cantidad de droga incautada y la pureza de la misma son circunstancias que determinan o pueden determinar, en

mayor o menor medida, la pena a imponer. En definitiva, en los delitos contra la salud pública la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia intervenida es pieza fundamental; es un elemento del tipo y, como tal, objeto de prueba. Pero, además, y en tanto es una prueba de cargo, corresponde a la acusación aportarla al acto del juicio oral. Resta advertir que las deficiencias probatorias en que se incurra siguen los criterios rectores de la carga de la prueba en el proceso penal y gravitan sobre la acusación.

A este extremo vamos a dedicar precisamente este apartado y ello porque, en 2002, hubo una importante reforma procesal en España que modificó el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –relativo a la prueba de la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes- y que tiene consecuencias importantes en el proceso⁵⁸.

Según el número 2 del citado precepto: “El informe pericial podrá ser prestado sólo por un perito.

En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias

estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

1. NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: BREVE REFERENCIA AL PROCESO PENAL ESPAÑOL

El ordenamiento jurídico español regula varios procedimientos penales – unos ordinarios y otros especiales- a través de los cuales se enjuician los distintos hechos delictivos. Aunque tal vez lo más lógico sería que existiera un único proceso ordinario y uno o varios especiales, lo cierto es que la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula, en atención a la pena, dos procedimientos de carácter ordinario: el llamado Procedimiento por delitos graves –también conocido como Procedimiento Ordinario- que es el adecuado cuando el delito está castigado con pena privativa de libertad superior a 9 años y el Procedimiento Abreviado para el caso de que ésta sea inferior a esa cifra. Además, existen varios procesos especiales como, por ejemplo, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado), el Proceso de menores (LO 5/2000, de 12 de enero,

diversos procesos pero su estudio excedería, con mucho, un estudio de estas características.

⁵⁸ Habría muchos más aspectos problemáticos respecto a la prueba en este tipo de delitos en los

reguladora de la responsabilidad penal de los menores) o los conocidos como juicios rápidos (creados por Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado).

Es preciso advertir que aunque al Procedimiento por delitos graves dedica la LECrim casi 500 artículos y a pesar de que en la ley procesal penal aparece como el procedimiento tipo -de manera que el resto de procesos se remiten a él en lo no regulado expresamente en ellos- verdaderamente su utilización actual, estadísticamente hablando, es residual, apareciendo el Procedimiento abreviado como el más usado.

Por otro lado, y como hemos visto los delitos contra la salud pública están regulados en el Capítulo III, del Título XVII, del Libro II del Código Penal. En los artículos que lo componen se establecen las diversas actividades que son delictivas señalándose la pena correspondiente para cada una de ellas. La mayoría de delitos ahí contenidos llevan aparejada una pena inferior a 9 años por lo que, mayoritariamente, los procesos por delitos contra la salud pública se

sustanciarán a través del procedimiento abreviado.

Y es precisamente en sede de procedimiento abreviado donde en 2002 el legislador introdujo como hemos visto una importante modificación en materia probatoria que alteró las reglas procesales del juego produciendo, a nuestro entender, una disminución de las garantías procesales del imputado.

2. EL CONTROVERTIDO ARTÍCULO 788.2 LECRIM Y LA RAZÓN DE SU INTRODUCCIÓN EN LA LEY PROCESAL

Como hemos ya indicado, el artículo 788.2 LECrim establece que “en el ámbito de este procedimiento (es decir, del abreviado) tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”. Si nos fijamos, lo que hace el precepto no es otra cosa que otorgar la *condición* de prueba documental a unos determinados informes periciales. Es decir, tomando como punto de partida la distinción entre peritaje científicamente

objetivo y peritaje de opinión⁵⁹, el legislador da un paso más: dice que los informes sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes - pertenecientes a la segunda clase-, *no son propiamente pericias sino más bien documentos*. Dicho de otro modo, el informe escrito del perito (es decir, el texto final en el que plasma el resultado del experimento) se convierte en documento.

La justificación “oficial” alude a la manera en que los mismos son realizados y también a los sujetos que los llevan a cabo: puesto que se hacen por organismos oficiales siguiendo unos determinados procedimientos científicos y con arreglo a unos protocolos no estamos propiamente ante una pericia (ante valoraciones) sino ante la documentación de una realidad objetiva.

A pesar de la explicación del legislador a nadie se le escapa que no se trataba solo de eso; realmente se pretendía

evitar que ciertos profesionales tuvieran que acudir a declarar a juicio puesto que de esta manera, por un lado, se eludían los perjuicios que se estaban causando a ese servicio público –al tener que acudir sus peritos constantemente a declarar a los juzgados-, pero además se evitaba que ante la incomparecencia del perito a la vista el juez debiera optar entre suspender el procedimiento o que dichos análisis dejaran de ser aptos para desvirtuar la presunción de inocencia. Con ese propósito, y como si nada ocurriese, se elimina de un plumazo el interrogatorio libre cruzado del o los peritos en el acto del juicio y con el probablemente, en muchas ocasiones, se difumina el derecho de defensa. El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de mayo de 2005, aludía a razones prácticas y de mera funcionalidad posiblemente discutibles desde criterios de estricta constitucionalidad⁶⁰.

⁵⁹ Los peritajes de opinión se dan cuando *debe valorarse* un hecho o una circunstancia realizándose un verdadero juicio, por ejemplo, el informe psicológico de una persona. En este peritaje hay un alto grado de valoración de manera que es factible –incluso previsible- que pedido un mismo informe a dos psicólogos distintos el resultado –el informe pericial- solo en parte sea coincidente.

En cambio, hay otro tipo de pericias en las que el grado de valoración es inferior. En el peritaje científico de lo que se trata es de *adquirir certeza* sobre unos determinados hechos a través de un *experimento* que estando bien realizado -se ha llegado a afirmar- solo debería dar lugar a un

resultado. Por ejemplo, comparar el ADN de dos personas para establecer la filiación.

⁶⁰ En este sentido señala la Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía sobre citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública que “en línea de principios, el ideal al que debe tenderse es el de citación de los peritos al acto del juicio oral, para la práctica de la prueba conforme a los principios de oralidad, intermediación y contradicción. Una adecuada organización de medios y una disponibilidad suficiente de personal en los laboratorios oficiales debiera permitir que el Ministerio Fiscal pudiera proponerlos para el acto

En definitiva, puede afirmarse que la reforma tiene una finalidad clara, empírica, que sin duda es alcanzada con la modificación del precepto: transformar el modo de practicar la prueba para evitar la declaración de los peritos en la vista. Con ello, amén de evitar los perjuicios a los que aludíamos hace un momento, se consigue de rebote eso que tan de moda esta en los últimos tiempos: la aceleración procesal. El problema es que convertir una prueba de carácter personal en real no tiene coste cero: aparte de la enorme importancia de eliminar el interrogatorio del perito, tiene otras implicaciones que probablemente no fueron ni tan siquiera consideradas por el legislador.

3. CONSECUENCIAS DE LA CONVERSIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN DOCUMENTAL

Empezamos en primer lugar por lo relativo a la práctica de la prueba:

Cuando el medio de prueba es la prueba pericial, la LECrim parte del interrogatorio del perito en el juicio oral como forma de practicarla. Así y según el art. 724 LECrim: “Los peritos que no hayan sido recusados serán examinados juntos cuando deban declarar sobre unos

mismos hechos y contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan”.

El art. 788.2 lo que hace es transformar absolutamente ese modo de practicar la prueba. Al otorgar el carácter de prueba documental nos remite al art. 726 LECrim que, respecto de la práctica de la prueba, señala que el juez “examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad”. O lo que es lo mismo, no hay propiamente práctica de la prueba, ya no es necesaria la presencia del perito en el acto del juicio para ratificar el informe, pero además los documentos no son ni siquiera leídos en el acto del juicio sino que esa lectura la realizará el juez en privado.

Por otro lado, y respecto de la impugnación del análisis, ésta tampoco va a significar la necesaria presencia de los peritos en la vista. En los casos de impugnación –ya sea al resultado o a la corrección de los protocolos y métodos utilizados- de alguna de las partes al informe la jurisprudencia apunta varias soluciones, en atención a los diversos supuestos posibles. Y así:

del juicio oral sin el temor de poder llegar a provocar colapsos o disfunciones, evitando el

riesgo de desvalorización del acto del juicio oral como fase central de todo el proceso penal.

1- Si la parte se limita a impugnar el informe sin articular razón suficiente, los peritos no comparecerán en juicio, pero ello no impedirá la valoración del análisis como prueba de cargo.

2- Si, en cambio, impugna el informe y propone la declaración del perito pero sin justificar esta última, el tribunal no la acordará y, de nuevo y a pesar de ello, el análisis podrá ser considerado prueba de cargo.

3- Si se solicita justificadamente la presencia de los peritos en juicio, y sería el tercer supuesto posible, el tribunal podrá acordarla *si la estima pertinente*, y entonces habrá que estarse al resultado de esa declaración.

4 – Finalmente, es posible que la parte impugne el informe y presente un contraanálisis. Si éste último también se realiza por un laboratorio oficial, ambos análisis serán examinados por el tribunal; si el contraanálisis se efectúa por laboratorio no oficial se necesitará la declaración del perito en el juicio.

Como puede observarse se exige un plus en la actividad del imputado. Antes de la reforma al acusado le bastaba cualquier comportamiento incompatible con esa discutible “aceptación tácita” para que compareciera el perito.

Además de los aspectos anteriores hay otros tres puntos que merecen ser destacados:

1. Recusación. Al producirse ese cambio legal deja de tener sentido el régimen de recusación de los peritos.

2. Apelación. Como se sabe en nuestro sistema la prueba en segunda instancia está limitada a los casos del art. 790.3 LECrim. A saber: 1. las que no pudieron ser propuestas en la 1ª instancia. 2. las que fueron propuestas e indebidamente denegadas –si se hizo protesta en su momento- y 3. las propuestas y admitidas que no pudieron practicarse por causa no imputable a la parte. Fuera de esos casos no es posible la prueba y el juez ha de resolver según la prueba practicada en la instancia que él no ha presenciado. Tratándose de las pruebas de naturaleza personal siempre ha sido puesto en tela de juicio el problema de la inmediación, problema que no se da con la prueba documental.

3. Casación. Finalmente y respecto del recurso de casación, tendremos que entender que estos informes son documento a efectos casacionales (artículo 849 LECrim: “Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 2. Cuando hay existido error en la apreciación de la prueba, basado en

documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”). Como sabemos el TS entiende que no debe otorgarse la condición de documentos a las pruebas de naturaleza personal aunque se hallen documentadas ej. las declaraciones de los testigos. Pero la atribución del carácter documental a este tipo de informes supone que también lo sean a efectos casacionales.

4. Valoración de la prueba: Otra de las cuestiones que emana de la “conversión” de este tipo de peritajes en documento, en el que queremos detenernos, es la de qué valor debe otorgarse a los mismos. Si la premisa fuera su objetividad no sería difícil concluir que las posibilidades de valoración judicial están ampliamente limitadas, a pesar de ser la libre valoración el sistema elegido por la ley procesal penal respecto de todos los medios de prueba (art. 741 LECrim). Si conjugamos “objetividad” con “oficialidad” es fácil deducir que “los informes emitidos por laboratorios oficiales si no son impugnados no pueden ser desconocidos por el juez” acercando al

órgano jurisdiccional al sistema de prueba tasada⁶¹. De hecho la jurisprudencia nos muestra una intensa aceptación acrítica por parte del juez de los resultados ofrecidos por el experto técnico⁶².

El problema –o uno de ellos- es que esa objetividad de la que se parte en el ámbito jurídico no es sinónimo ni de verdad absoluta ni de infalibilidad en el mundo de la ciencia, y partir de ella sin mayores cuestionamientos no puede considerarse sino una equivocación. Si lo anterior es cierto, y parece que lo es, ese deseo de aproximación al sistema de prueba legal ha de desvanecerse. Además de tomar los resultados con prudencia creemos que respecto de este tipo de pruebas “la regla debería ser: cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositado en una prueba, más rigurosos deberían ser los controles de realización de la misma”⁶³.

El sistema de valoración será el de la libre convicción del juez; realizada la valoración su resultado habrá de contenerse en la sentencia, es decir, la necesidad de motivar la resolución se da también cuando la decisión del juez se basa en prueba científica e, incluso,

⁶¹ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁶² HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Conocimiento científico y decisión judicial ¿cómo accede al

proceso y como puede valorarse por los jueces?, en *Jueces para la democracia*, 54.

⁶³ GASCÓN ABELLÁN, M., “Validez y valor de las pruebas científicas”, www.uv.es/CEFD/15/GASCON.pdf

aunque no existan dictámenes contradictorios aquella sigue –o debiera seguir- revelándose imprescindible.

tratamiento de documental, con las consecuencias que hemos visto en el trabajo.

IV. CONCLUSIÓN

La lucha contra el tráfico ilícitos de drogas y de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es objetivo prioritario de la política de muchos Estados. Entre otras medidas, como las de carácter social, están también las de carácter punitivo.

El Código Penal español regula varios tipos delictivos y las penas a imponer al condenado por la comisión de los mismos. Con todo, elemento fundamental para la existencia de delito es la determinación de la naturaleza de la sustancia incautada –que se trate de drogas ilegales, sustancias estupefacientes o psicotrópicas-. Junto con este aspecto, la determinación de la cantidad incautada y de la pureza, también condicionan o pueden condicionar la pena a imponer o, incluso, que llegue a imponerse –no habría delito si se entiende que la cantidad incautada era para consumo propio-.

Es precisamente en este aspecto donde se produce una importante modificación en la ley procesal española: los análisis sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes pasan de considerarse prueba pericial a tener el