

La condición del sujeto activo como agravante de primer grado en el delito de tráfico de drogas (Código Penal Español)*

*The condition of the active subject as first-class
aggravating factor in the drug trafficking
(Spanish Criminal Code)*

Germán Guillén López**

Israel Alvarado Martínez***

RESUMEN

El presente artículo aborda el modelo legislativo español para sancionar el delito de tráfico de drogas. Se analizan los elementos que concurren cuando el culpable de estas conductas es una autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador que obre en ejercicio de su encargo, profesión u oficio al momento de realizar este delito. Al respecto, se estudiarán los argumentos que fundamentan –en lo dogmático y jurisprudencial– esta agravante, en la que el legislador penal encuentra un plus de desvalor de acción y por ello les confiere un mayor reproche punitivo.

PALABRAS CLAVE: *Agravante, tráfico, drogas, autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente, educador, encargo, profesión, oficio.*

ABSTRACT

First, this paper reviews the Spanish legislative model to sanction drug trafficking. It also analyzes the elements that come together when the guilty of these demeanors is an authority, public official, social worker or teacher. To finish, it will study the arguments that support –from the dogmatic and jurisprudential point of view– this aggravating factor.

KEY WORDS: *Aggravating factor, trafficking, drugs, authority, public official, social worker, teacher, profession, trade.*

* Recibido: 8 de mayo de 2014. Aceptado: 16 de junio de 2014.

** Profesor-investigador en la Universidad de Sonora (UNISON), México (germangl@sociales.uson.mx).

*** Consejero integrante del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, México (israel.alvarado@inacipe.gob.mx).

La voluntad nacional es la ley suprema de la República, y en todos los temas dentro de los límites de sus facultades constitucionales debe ser fielmente obedecido por el servidor público.

M. VAN BUREN

Sumario

1. Consideraciones previas
2. Aproximación a las agravantes de primer grado en delitos de tráfico de drogas
3. La condición del sujeto activo como agravante de primer grado en el artículo 369.1.1ª del Código Penal Español (CPE)
4. Conclusiones

1. Consideraciones previas

Para los coautores del presente trabajo representa una gran oportunidad el compartir ideas en la prestigiada *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla y, en particular, para este número especial de nombre *Criminología y su relación con otras ciencias*. En este sentido, nos resultó oportuno comunicar, por primera vez de forma pública, un trabajo jurídico-penal de derecho comparado que aborda la agravación de la sanción penal del sujeto activo que, por su condición de autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador, y que obrase en ejercicio de su encargo, profesión u oficio, aproveche sus circunstancias particulares para difundir —de cualquier manera— drogas ilícitas.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, como es por la mayoría de las personas conocido, la distribución ilícita de drogas representa un grave problema socioeconómico, político, de seguridad pública y de sanidad para la comunidad nacional e internacional. Los estudios y estadísticas que existen sobre este tema reflejan los efectos nocivos del comercio mundial de las drogas prohibidas, así como el constante incremento de la criminalidad periférica con la que de manera directa se le vincula.¹

Con independencia de lo señalado en el párrafo anterior, más allá de los debates abolicionistas —que centran sus energías en la desregulación penal de

¹ Véase ALVARADO MARTÍNEZ, ISRAEL y GUILLÉN LÓPEZ, GERMÁN. "The Regulation of Drug. The Securitization of the Drugs War and the Threat to Due Process", *A War That Can't Be Won: Binational Perspectives on the War on Drugs*, Arizona, The University of Arizona Press, 2013, pp. 101 y ss.

algunas sustancias prohibidas, en particular la marihuana— continúa vigente el modelo prohibicionista que sanciona todas las actividades y comportamientos vinculados con el tráfico de sustancias ilícitas.²

En términos generales, la técnica legislativa para sancionar estas conductas en los códigos penales se puede dividir en las dos que se describen en la numeración siguiente:

- 1) Modelo casuístico: en el que el legislador, en una secuencia de artículos —por separado—, va sancionando en un numeral independiente cada una de las conductas vinculadas con la distribución ilícita de drogas.
- 2) Fórmula general: en la que mediante el empleo de frases integradoras se busca sancionar todos los comportamientos vinculados con el universo del tráfico ilícito de drogas.

Por lo que toca al modelo establecido en el Código Penal Español (en adelante CPE), es notorio que el legislador se decidió por un modelo que mediante fórmulas generales sanciona cualquier acto de difusión ilícita de sustancias.³ Tal afirmación se desprende de la lectura del tipo básico que tipifica —en territorio español— el delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 368 CPE y que a la letra se transcribe de forma parcial a continuación: “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 [...]”.⁴

En otro sentido, el artículo 368 CPE no sólo regula los verbos rectores del tipo básico; también incluye las correspondientes penalidades y circunstancias específicas que reducen la pena. Fuera de los umbrales de dicho numeral, en los márgenes del artículo 369 CPE, se localizan las agravantes de primer grado para los comportamientos vinculados con la difusión ilícita de drogas, estupefacientes y psicotrópicos; mientras que en el artículo 370 CPE se pueden apreciar las agravantes de segundo grado.

² Véase GUILLÉN LÓPEZ, GERMÁN. “Discusión político-criminal en torno al tráfico de drogas”, *Revista Estudios en Derecho y Gobierno*, Bogotá, 2009, pp. 11 y ss.

³ El objeto material de este delito lo conforman los conceptos de drogas, estupefacientes y psicotrópicos establecidos en el precitado numeral —susceptibles de causar mayor o menor daño a la salud pública—, los que —necesariamente— para poder entenderse exigen una remisión a las normas internacionales que los regulan. Específicamente, los convenios internacionales suscritos o ratificados por España.

⁴ Código Penal Español, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Edición actualizada al 25 de julio de 2014. *Boletín Oficial del Estado* (BOE).

2. Aproximación a las agravantes de primer grado en delitos de tráfico de drogas

Con relación al artículo 368 CPE, el artículo 369 —como ya se mencionó— contiene diversas modalidades agravadas de primer grado, que tienen como elemento común la realización de una conducta subsumible en el tipo básico del artículo 368 CPE.⁵ Por tal motivo, para que estos tipos sean de aplicación resulta necesario, en principio, que haya quedado acreditada la existencia de todos los requisitos típicos, tanto objetivos como subjetivos, de alguna conducta subsumible en el artículo 368.⁶

Profundizando sobre lo señalado en el párrafo precedente, en el artículo 369 CPE se sancionan de manera especial conductas específicas de difusión ilícita de drogas en las que el legislador encuentra un plus de desvalor de acción o de resultado y por ello les confiere un mayor reproche punitivo.⁷ Para que tales comportamientos agravados en primer grado⁸ sean aplicables es necesario, en principio,

⁵ Véase NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL y GUILLÉN LÓPEZ, GERMÁN. "Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal", *Revista Penal*, España, núm. 22, 2008, pp. 80 y ss.

⁶ GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los Arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del cp; y tratamientos jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 1999, p.11.

⁷ Se tiene claro que desvalor de acción y desvalor de resultado son de similar importancia en la composición de la antijuridicidad, ya que ambos están unidos y que no puede imaginárselos separados. Por lo que se aprecia sobran la discusión sobre la prioridad entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado y, por tanto, entre norma de determinación y norma de valoración. Se entiende que, por intereses político-criminales, el legislador, al momento de redactar los tipos penales, puede resaltar más la importancia de uno u otro tipo de desvalor. Parece que en el Código Penal de 1995 se tiende a dar más relevancia al desvalor de acción, haciendo destacar la peligrosidad de la acción en sí misma considerada, por el hecho de contravenir determinadas normas o reglamentos de carácter extrapenal, condenando la simple desobediencia a la norma, sin que sea necesaria la concurrencia de algún tipo de peligro concreto para el bien jurídico tutelado. Ejemplo perfecto de ello son los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas.

En otro sentido, haciendo referencia a las circunstancias agravantes genéricas del Código Penal de 1995 destaca la simplificación que se ha producido en el catálogo de las mismas con respecto al texto punitivo anterior, limitándose a ocho supuestos agravatorios, lo que significa una reducción a la mitad y la desaparición de determinadas agravantes que, o bien encontraban escaso fundamento dogmático o suponían una reiteración de circunstancias contempladas en otros números. En otros supuestos, lo que se ha dado es una reformulación y fusión de las anteriores existentes, porque en cierta manera algunas de las antiguas fórmulas continúan subsistiendo. De este catálogo, ahora más reducido de circunstancias, un escaso número de ellas va a ser de aplicación al delito de tráfico de drogas tóxicas, unas veces por ser incompatibles con la naturaleza del injusto y otras por haber sido establecidas como cualificaciones específicas en el artículo 369 del Código Penal. Aun así, las que pueden concurrir y concurrirán serán de apreciación obligatoria, dado que el Código ha optado por mantener este criterio tradicional en lugar de una fórmula que permitiera su apreciación potestativa por el juez, a modo de indicaciones o recomendaciones. Cfr. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, EVA MARÍA. "El delito de tráfico de drogas: las causas de justificación y las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal", en MORILLAS CUEVAS, LORENZO (coord.). *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 255.

⁸ Así los denominan, entre otros: LUZÓN PEÑA, JOSÉ MARÍA. *Compendio de derecho penal. Parte especial*, 11a. ed., Dykinson, Madrid, 2003, pp. 229 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS. "La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, núm. ix, 1999, p. 98.

que se haya confirmado la existencia de todos los requisitos típicos —tanto objetivos como subjetivos— de alguna de las acciones señaladas por el artículo 368 CPE.⁹ Salvo el caso de un tipo agravado que, como se verá en el desarrollo de este estudio, circunscribe su operatividad a la ejecución de alguno de los comportamientos que en él se prescriben.

En el precepto se señalan penas privativas de libertad y multas superiores en grado —hasta cuatro veces más— a las contempladas en el tipo básico del delito de tráfico de drogas según concorra alguna de las circunstancias establecidas.¹⁰ Este aumento en la punibilidad se debe a que los tipos especialmente agravados se proyectan como una forma específica de ataque al bien jurídicamente protegido, en el cual la agresión es considerada más intensa con respecto a la prevista normativamente en el tipo genérico.¹¹ La decisión de imponer una pena superior en estos supuestos obedece a las circunstancias del culpable y al hecho de que, por su trascendencia potencial sobre el interés protegido, se justifica —en opinión del legislador— un incremento en el reproche penal.¹²

Se ha comentado que las conductas agravadas por el artículo 369 CPE desglosan elementos de diverso tenor,¹³ pluralidad que impide, en un primer momen-

⁹ Cfr. GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II...*, cit., p. 11.

¹⁰ En el tipo básico, por sí mismo, ya se establece un amplio margen en la extensión de la punibilidad. Aun así, el artículo 369 del Código Penal aumenta en grado y multa la punibilidad. Parece que los principios de proporcionalidad, seguridad y taxatividad —por los que tanto ha luchado el derecho penal— se olvidan cuando se trata de enfrentar a los delitos de tráfico de drogas; se disparan las punibilidades, se abusa de conceptos indeterminados y se renuncia a una auténtica individualización de las reacciones punitivas. Véase QUINTERO OLIVARES, GONZALO. "Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública", *Delitos contra la salud pública. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, XXI, 1993, p. 71; DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "Características de la actual política criminal española en materia de drogas ilícitas", *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Titant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 63.

¹¹ Véase PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO. *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, 2a. ed., Aranzadi, Pamplona, enero de 1993, p. 344, quien aprecia que estas hipótesis por razones de justicia requieren una agravación de la pena. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO. "El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [Arts. 344 y 344 bis a) del Código Penal]", *Comentarios a la legislación penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, p. 81.

¹² Si bien la necesaria proporción del injusto y la pena es una exigencia que va dirigida al legislador, la decisión final sobre la cuantía de la pena —para cada caso en particular— es función del arbitrio judicial, que deberá tener en cuenta las circunstancias del culpable y del hecho. Véase CÓRDOBA RODA, JUAN. "El delito de tráfico de drogas", *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1981, t. IV, p. 33; CORREA AGUADO, TERESA. "Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, España, Segunda Época, núm. 5, 2000, p. 250.

¹³ La técnica legislativa utilizada para la redacción del artículo 369 del Código Penal es muy dispar: en determinados supuestos el elemento que configura el tipo agravado es la particular situación de peligro para el bien jurídico a partir del lugar de realización de la conducta básica; en otros, la agravación se determina a raíz de la especial apreciación que merece el sujeto activo; también depende de la potencial lesividad del objeto material. En algunos casos se agrava la conducta en atención a ciertos perjudicados; en otros, por maniobrar dentro de estructuras organizativas —que obstaculizan la persecución delictiva por parte de las autoridades— y que por ello suponen una mayor potencialidad difusora de sustancias tóxicas por las redes de distribución con que operan (cfr. LORENZO

to, delimitar un fundamento único para todas las agravaciones incluidas en el subtipo agravado.¹⁴ Por tal razón, se hace ineludible identificar dicho interés de manera individualizada. Es decir, junto a la puesta en peligro del bien jurídico salud pública, se debe localizar la pretensión de cada una de las circunstancias previstas en ese precepto; sólo así se puede alcanzar un marco referencial que ayude a comprender por qué la concurrencia de estas hipótesis delictivas provoca un incremento tanto en el injusto como en su correspondiente marco punitivo agravado.¹⁵

3. La condición del sujeto activo como agravante de primer grado en el artículo 369.1.1ª del Código Penal español (CPE)

La circunstancia agravatoria 1ª del artículo 369.1 CPE tiene correspondencia con el supuesto 8 contemplado en la redacción original de este artículo en el CPE de 1995. Con la reforma se incluyen dos novedades en esta fracción: se trastoca el orden de los sujetos citados, al enunciar el concepto “funcionario” en segundo lugar —y no en tercero—, y se suple la locución “obrase con abuso de su profesión, oficio o cargo” por la de “obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”. Esta modificación, interpretada desde la propia literalidad del precepto, sin lugar a dudas, es inadmisibile. Por lo que se recomienda que al momento de interpretar la agravación, los órganos judiciales reproduzcan el sentido propugnado por la redacción original del artículo 369 CPE de 1995, la cual demandaba “el abuso” de la profesión, oficio o cargo.¹⁶ Al no requerir

SALGADO, JOSÉ MARÍA. *Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos*, Coruña, 1999, p. 434). Una de las mayores críticas que ha recibido por la doctrina esta nomenclatura de agravantes es el hecho de equiparar supuestos de distinta entidad. Aluden que hubiera sido preferible establecer criterios que permitieran una mayor discriminación en la punibilidad. Véase, en este sentido, Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *Los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 66 y 67; LORENZO SALGADO, JOSÉ MARÍA. “Reforma de 1983 y tráfico de drogas”, *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDESA, Madrid, 1986, p. 51. Autores como CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., “Delitos contra la salud pública. Subtipos agravados”, *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de formación*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, núm. 1, 1994-1995, pp. 683 y ss., consideran que esta pluralidad de circunstancias genera situaciones concretas de injusticia, toda vez que hechos de distinta gravedad reciben la misma respuesta penal.

¹⁴ Véase la clasificación que presenta MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal. Parte especial*, 13a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 636 y ss. También la división presentada por DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS. “La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal”, *op. cit.*, pp. 98 y 99; CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, en COBO DEL ROSAL, MANUEL (dir.). *Curso de derecho penal español. Parte especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 163 y ss.

¹⁵ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *Salud pública y drogas tóxicas*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2002, p. 139.

¹⁶ Esta fracción tiene sus antecedentes en una de las circunstancias agravatorias introducidas en el tipo básico del artículo 344 (Código Penal anterior [CPA]), que incluía la de que los actos referidos en el mismo “fueren realizados por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión”. La reforma operada a consecuencia de la LO 1/1988, de 24 de marzo, aumentó el número y la cualidad de los implicados, en el artículo 344 bis a), núm. 7, al

la nueva redacción la exigencia del “abuso”, el texto se presta a confusiones, pues no se percibe diferencia entre esta agravación y el supuesto prescrito en el artículo 372 CPE, conformado con la comisión del delito en el ejercicio del cargo para la imposición de penas de inhabilitación especial o inhabilitación absoluta a los supuestos contemplados en la agravación.¹⁷ Por lo demás, el nuevo artícu-

contemplar, además de aquéllos, a las personas que tuvieren condición de “autoridad, trabajador social, docente o educador”, omitiendo sin embargo el hecho de que además de ostentar dicha condición se aprovechara de la misma para cometer el delito (véase el estudio de las modificaciones introducidas por la LO 1/1988, de 24 de marzo, de DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. “Los delitos relativos a las drogas tóxicas...”, *op. cit.*, pp. 51 y ss.). Tal omisión o laguna — fuertemente criticada por la doctrina— fue sostenida por la reforma de 1992, hasta que fue resuelta con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que contemplaba esta agravante en su artículo 369, 8°. Sin embargo, durante esa época —a pesar de aquella omisión— una interpretación estricta y no extensiva del artículo, coherente con los principios de culpabilidad —que presiden la normativa del derecho penal—, venía requiriendo para la aplicación de la pena agravada la presencia en el supuesto enjuiciado de cuando menos alguna vinculación o conexión entre la conducta típica y la profesión (véase SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2000, p. 217). Si bien con la LO 15/2003 la previsión contenida en el 1.1 del artículo 369 del Código Penal se corresponde, prácticamente en su integridad, con la del anterior artículo 369, 8°, del Código Penal. En esta ocasión, sin embargo, se sustituyó la expresión “con abuso de su profesión, oficio o cargo” por la más ajustada “en el ejercicio” de tales funciones (véase VALLE MUNIZ, JOSÉ MANUEL y MORALES GARCÍA, OSCAR. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 4a. ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 1380). Esta nueva redacción no resulta provechosa, pues implica un error ya cometido con la LO 1/1988 y resuelto posteriormente con el Código Penal de 1995. La agravación no puede conformarse únicamente por la circunstancia personal del autor (*v. gr.*, funcionario) ni con una responsabilidad por el cargo (que esté ejerciendo sus funciones), ya que al seguir con esta interpretación se vulneraría el principio de culpabilidad. El incremento del injusto ha de proceder del aprovechamiento o abuso de la profesión o del cargo. El mismo razonamiento se induce de la Convención de Viena de 1988, que en su artículo 3.5 e), al señalar a las circunstancias que deben tenerse en consideración para agravar la responsabilidad, se refiere a “el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo”.

¹⁷ Es relevante advertir que con la LO 15/2003, la agravación y el artículo 372 del Código Penal poseen idéntica esfera de aplicación, lo que —en determinado momento— llevaría a la posibilidad de aplicarlos simultáneamente a todos los casos de actuación en ejercicio del cargo, no siendo necesario que se verifique una conducta de abuso. Lo que paradójicamente implicaría que con menor desvalor de acción —ejercicio del cargo, pero sin abusar del mismo— sobrevendría no sólo la inhabilitación, sino que además se sumaría la sanción prevista por la agravante. Idéntica situación sucede en la legislación mexicana: la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996, en su artículo 5, fracción I, omite la referencia al abuso del ejercicio del cargo para efectos de agravar la conducta: “Artículo 5. Las penas a que se refiere el artículo anterior se aumentarán hasta en una mitad, cuando: I. Se trate de cualquier servidor público que participe en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada. Además, se impondrán a dicho servidor público, destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos [...]”. En este sentido, ya nos hemos manifestado al señalar que “[...] se debe considerar excesiva la agravación por ese solo hecho, ya que no se trata de una calificativa derivada de la lesión de un bien jurídico distinto al que se protege con el tipo base, ni el desvalor de la acción derivada de una calidad de garante por parte del activo, ya que no se exige que el servidor público tenga una estrecha relación con el bien jurídico tutelado en el tipo, ni mucho menos la obligación de salvaguardarlo, lo que motivaría, verdaderamente, un aumento en las punibilidades. Piénsese que el sólo hecho de ser servidor público es motivo suficiente para agravar el delito, sin que tan sólo se exija que cometa el delito en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, lo que haría comprensible y legítimo el incremento en las punibilidades. A pesar de que el CPE adolecía de los mismos errores de considerar al servidor público como sujeto activo susceptible de incrementar la punibilidad por el solo hecho de contar con esa calidad, presentaba una redacción más apegada a los fines que posiblemente pretendía el Ejecutivo de sancionarlos más severamente por su vinculación con el o los bienes jurídicos que lesionaría, así, se refería al «servidor público encargado de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos», redacción que si bien es cierto restringía las conductas de los sujetos por las calidades

lo 369.1.1^a CPE encierra los mismos contenidos que su antecesor. A efectos de la agravación, continúa siendo culpable aquel sujeto que es responsable de la comisión del delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 368 CPE.¹⁸ Quedando excluidas de esta concepción aquellas personas que no hayan ejecutado el comportamiento delictivo que sanciona esta norma. Lo anterior quiere decir que cuando esta agravación alude al concepto “culpable”, se ha de interpretar que hace alusión —exclusiva— al autor del tipo básico del delito de tráfico de drogas. Asimismo, puede referirse —según sea la postura seguida— al autor directo, mediato o coautor, si se defiende el concepto restrictivo de autor en este ámbito; o incluso al cooperador necesario e inductor, si se postula por lo unitario o extensivo.¹⁹

Por otro lado, el merecimiento de una sanción punitiva mayor en estos supuestos, desde un primer momento, se justifica por el incremento en el desvalor de la acción, dado que, cuando los delitos relacionados con el tráfico de drogas son protagonizados por las personas referidas dentro de la fracción en análisis, se presta atención al beneficio ilícito que éstas han pretendido conseguir a través de su encargo, profesión u oficio,²⁰ labores que por su propia naturaleza les faci-

específicas, vinculaba más el desvalor de la acción con la calificativa agravada de la punibilidad”. Véase ALVARADO MARTÍNEZ, ISRAEL. *Análisis a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, Porrúa-Inacipe, México, 2004, p. 104.

¹⁸ Véase DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *Los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, cit., p. 74.

¹⁹ Cfr. GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II...*, cit., p. 212, quien además comenta que la toma de posición sobre el concepto de autor tendrá —evidentemente— diversas consecuencias prácticas:

1) Si por culpable se concibe todo individuo que sea penalmente responsable de un delito de tráfico de drogas con independencia de su grado de participación personal, podría proyectarse asignar la pena superior a la prevista en el tipo básico tanto al autor como al cómplice.

2) Si, por el contrario, se estima que en este precepto únicamente se apunta al autor, al inductor y al cooperador necesario, el cómplice seguirá las reglas generales de la participación, y en virtud del artículo 63 del Código Penal, en relación con el artículo 29, se castigará con la pena inferior al autor. Para la primera posibilidad interpretativa, este precepto equipararía punitivamente al autor y al cómplice, fragmentándose la regla general de que los tipos de la parte especial, si no se derogan expresamente, van referidos a autores de delitos consumados (artículo 64 del Código Penal). No se aprecia que esta fracción del artículo 369 del Código Penal intente derogar esta regla general, por lo que inicialmente este precepto debe ir referido al responsable a título de autor.

3) En la improbable hipótesis de calificar una conducta de complicidad al tipo básico, y dicho sujeto haya favorecido la realización del delito precisamente abusando de su condición de autoridad, funcionario, facultativo, trabajador social, docente o educador, no parece que se le pueda hacer responsable del artículo 369.1^o, pese a revestir su conducta un especial desvalor; todo lo más que se podría hacer es recurrir a la agravante genérica de prevailecimiento del carácter público del culpable del artículo 22.7 del Código Penal.

4) Dado que en el ámbito de la complicidad manda el principio de accesoriadad limitada de la participación, si se acepta que el cómplice puede responder por el tipo agravado, únicamente sería necesario que el autor efectuara un hecho típicamente antijurídico. No resultando obligada la culpabilidad —*stricto sensu*— del autor para que el partícipe pueda ser responsable penalmente (pp. 212 y 213).

²⁰ Véase ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., p. 192. Véase, también, los comentarios al respecto de BOIX REIG, JAVIER. “La reforma penal en relación con la problemática de la droga”, *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Palma de Mallorca, Serie de Ensayos-9, 1986, pp. 46 y ss.

litan —de manera significativa— la comisión de estos delitos.²¹ Por lo tanto, en los casos en los que cualquiera de los sujetos señalados por el artículo 369.1.1ª CPE lleve a cabo conductas de tráfico de drogas sin aprovechar o abusar de su encargo, profesión u oficio, la agravación no será aplicada, pues en estas hipótesis se interpreta que el ejecutor del comportamiento criminal es un ciudadano más.²²

Lo que preocupa al legislador en estos supuestos es el hecho de que determinados sujetos, en quienes la sociedad ha depositado su confianza para que desarrollen importantes funciones en beneficio de la comunidad,²³ se aprovechen de su condición para perpetrar —con mayor facilidad y trascendencia— la difusión ilegal de drogas.²⁴ De ahí su interés por prever en la norma penal una agravación especial para ellos. Es claro que lo anterior es el fundamento de la agravación de la pena, debido al grado de vulnerabilidad en que la población se encuentra con respecto a las actuaciones ilegales de estas personas.²⁵

En otro sentido, la enumeración que realiza el legislador en la fracción en comento —1ª del artículo 369.1 CPE— es cerrada y va referida únicamente a aquellos individuos que de forma expresa detentan alguna de las cualidades que en la misma se mencionan. El único elemento común entre estas condiciones particulares es la relación de contacto directo que, dado su cargo u oficio, tienen con personas susceptibles de ser perjudicadas en los delitos de tráfico de drogas (drogodependientes, menores de edad, incapacitados, etcétera).²⁶ Por ello, para una mejor comprensión de la agravación se hace necesaria la específica apreciación de cada una de ellas.

A) Autoridad y funcionario público

Para efectos penales, el actual artículo 24.1 CPE considera autoridad: “[...] al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado

²¹ Todo parece indicar que el elemento definitorio de este tipo agravado emana de la concurrencia de una condición específica en el sujeto activo: que desempeña una profesión, oficio o cargo que le concede mayores facilidades comisivas del delito o su impunidad. Véase PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO. *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, cit., p. 367.

²² Véase REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO. *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 247.

²³ Hay que tener en cuenta que estas personas tienen un cometido de relevancia social y, por lo tanto, una exigencia de ejemplaridad; si trafican con sustancias ilícitas, defraudan la confianza depositada en ellas por parte de la sociedad.

²⁴ Preocupación que también fue manifestada en la Convención de Viena (1988), la que de forma expresa, en el inciso e de su artículo 3.5, indica claramente que una circunstancia que reviste especial gravedad es: “El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo”.

²⁵ Véase VALLE MUNÍZ, JOSÉ MANUEL y MORALES GARCÍA, ÓSCAR. “Comentarios a la parte especial del derecho penal”, *op. cit.*, p. 1380; PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO. *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, cit., p. 367.

²⁶ Véase GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II...*, cit., pp. 210 y 211.

tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.²⁷ El mismo mandamiento jurídico, en su párrafo segundo, especifica que funcionario público es “todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.²⁸

El concepto autoridad es más sencillo de establecer —o delimitar—, pues no plantea los choques que con el derecho administrativo puede suscitar el concepto normativo de funcionario público,²⁹ en el cual la jurisprudencia ha participado de manera insistente en su construcción y delimitación. Atendiendo a la norma penal, se reputa autoridad al que por sí mismo, es decir, a título personal o bien como individuo de una corporación o tribunal, tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. En cambio, respecto al significado normativo de funcionario público, se dice que el artículo 24.1 CPE no ofrece su definición, sino que establece las precisiones a partir de las cuales se podrá obtener el concepto penal.

Estas notas que definen al funcionario en nuestra área son:

a) las vías de incorporación a la función pública o nombramiento de autoridad; para las vías de designación no interesan ni los requisitos de selección para el ingreso ni la categoría ni el sistema de retribuciones ni el estatuto legal o reglamentario al que le sujeten; b) el contenido de la actividad que se desarrolla: la participación en las funciones públicas o que tiendan al interés general o colectivo.³⁰

²⁷ Código Penal Español, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Edición actualizada al 25 de julio de 2014. *Boletín Oficial del Estado* (BOE).

²⁸ Los conceptos normativos de autoridad y funcionario público que vienen definidos en este precepto, “a los efectos penales”, deben ser asumidos para todos los artículos del Código Penal en los que se haga referencia a ellos, con independencia de que administrativamente no puedan ser estimados como tales, ya que es un concepto normativo penal que sólo posee vigencia en este ámbito del derecho (así, CATALÁN SENDER, JESÚS. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Bayer, Barcelona, 1999, pp. 38 y 39; ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *Salud pública y drogas tóxicas*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2002, p. 193). Además, tanto la doctrina como el propio Tribunal Supremo han sostenido que estos conceptos normativos no son tributarios formalmente del derecho administrativo en la medida en que estamos ante sectores del ordenamiento jurídico que persiguen distintos fines. Por tal motivo, los criterios reguladores del derecho administrativo no determinan al derecho penal hasta el grado de que el concepto “funcionario” sea más amplio para el derecho penal que para el administrativo. Cfr. GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II...*, cit., p. 213.

²⁹ Se les otorga la condición de autoridad dentro del Poder Judicial a los jueces y magistrados, así como a los secretarios judiciales (artículo 281.1 LOPJ); dentro del Poder Legislativo, a los diputados y senadores; a los miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y del Parlamento Europeo; en el área de la administración pública, en sus esferas estatal, autónoma y local, integradas en organigramas similares, el concepto de autoridad proviene de la potestad de mando conferida (SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...*, cit., p. 220). Aisladamente, se ha otorgado la condición de autoridad a jueces de paz, fiscales, decanos de facultades, alcaldes pedáneos y concejales.

³⁰ Cfr. GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II...*, cit., p. 214. En otro sentido, esta agravación de

En alusión a estos conceptos normativos, vale la pena resaltar que si bien la redacción del artículo 369.1.1ª CPE sólo hace mención del que “obrase en el ejercicio de su encargo”, y no “con abuso” como antes lo preveía la redacción típica, tal circunstancia no impide que se siga estimando que el fundamento de la sanción continúe siendo el mismo que antes de entrar en vigor la LO 15/2003, esto es, que el funcionario se beneficie de su condición al realizar el acto de tráfico de drogas.³¹ Por esta razón, para que pueda solicitarse una pena superior en grado en el supuesto que prevé el artículo 369.1 CPE es necesaria la concurrencia o conexión entre la conducta ilícita de tráfico de drogas prevista en el artículo 368 CPE y el ejercicio del cargo desempeñado.³²

Por el contrario, en los casos en que el funcionario público o autoridad, sin abusar de su encargo, ejecuten actos de difusión ilícita de drogas, y por si este dato le sirviera para agenciar algún beneficio —mejor precio o calidad— hace saber al vendedor su condición de funcionario público, sería aplicable el delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 368 CPE con la sanción ahí establecida en su mitad superior, al concurrir la agravante del artículo 22.7ª CPE (prevalecerse del carácter público).³³ Por último, cuando el funcionario o autoridad efectúe actos

obrar en ejercicio del cargo público trae a colación la agravante genérica del artículo 22.7ª del Código Penal, es decir: “prevalecerse del carácter público que tenga el culpable”. Algún autor estima que para que se dé esta circunstancia es necesaria la participación de tres elementos: 1) la condición de funcionario público o de encargado de un servicio público; 2) el abuso de poderes o deberes inherentes a tal cualidad, y 3) la finalidad de recurrir a las ventajas del encargo para ejecutar el delito más fácilmente y con menor peligro. “Esta circunstancia es inherente a los delitos de funcionarios públicos, por lo que no puede apreciarse en ellos”. Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, 6a. ed., PPU, Barcelona, 2002, p. 613.

Si bien el Código Penal parece distinguir con nitidez los conceptos normativos “autoridad” y “funcionario”, la verdad es que no resulta una tarea sencilla. Para mayor comprensión de los contornos que delimitan estas figuras véase QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP. “El concepto penal de funcionario público”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 27, 1985, pp. 477-507; COBO DEL ROSAL, MANUEL. “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal español. Sobre el concepto funcionario público a efectos penales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, núm. 212, 1962, pp. 213-255; VALEJUE ÁLVAREZ, I. “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, pp. 435-498.

³¹ Véase, en este sentido, VALLE MUNÍZ, JOSÉ MANUEL y MORALES GARCÍA, ÓSCAR, “Comentarios a la parte especial del derecho penal”, *op. cit.*, p. 1380. Aunque, como ya se comentó, puede haber un criterio que diste de tal apreciación y que estime que en estos casos lo aplicable sería la pena dispuesta en el artículo 372 del Código Penal.

³² En este punto es necesario matizar que si bien los grupos organizados dedicados al tráfico de drogas se extienden a base de sobornos, incorporando a sus filas a personas con puestos claves (policías, miembros de los cuerpos de seguridad, funcionarios de prisiones, de correos, de juzgados, agentes de aduanas), estas prácticas no estarían sancionadas por el presente precepto, pero sí dentro del marco de la cooperación necesaria. Lo que se sanciona en el artículo 369.1.1ª del Código Penal es a quienes, abusando de su cargo —y quebrantando la confianza depositada en los mismos por la sociedad—, ejecuten actos de difusión ilegal de drogas.

³³ Así, puede interpretarse que cuando un funcionario público ejecute un acto de difusión ilegal de drogas con abuso de su encargo, es decir beneficiándose de su condición, sólo le será aplicable la fracción 1ª del artículo 369.1 del Código Penal, y no le será posible sancionar con la circunstancia agravante genérica 22.7ª. Pero en los casos en los que el funcionario o autoridad no abuse de su encargo al momento de ejecutar sus actos de tráfico de drogas, se deberá aplicar la pena prevista para el tipo básico de tráfico de drogas (artículo 368 del Código Penal) con la agravación genérica que se destina para estas hipótesis. Recuérdese que en estos casos lo que sanciona la agravante

de difusión ilícita de estupefacientes en el ejercicio de su cargo, de la forma que se prevé en el artículo 372 CPE, es decir, mientras está en funciones, le será aplicable lo previsto en tal precepto.³⁴ Así se considera debido a que anteriormente el legislador sí distinguía en el antiguo artículo 369.8 CPE (actual 369.1) el hecho de cometer la conducta en abuso de su encargo y ejecutar el delito mientras se está en el ejercicio del mismo.³⁵ De esta manera, no será necesario que, en los supuestos en que el funcionario o autoridad lleve a cabo un acto de tráfico de drogas, éstos se encuentren en ejercicio de su encargo para que se les sancione dentro de los parámetros establecidos por el artículo 369.1.1ª, considerándose los supuestos en que el comportamiento criminal se ejecuta fuera del horario laboral, en periodo de vacaciones o de fin de semana. La presente disquisición se hace porque de otra manera no tendría sentido la distinción normativa que pretende hacer el legislador entre los artículos 369.1.1ª y 372 CPE.³⁶

b) Facultativo

La referencia a la condición de facultativo que aparece en el artículo 369.1.1ª CPE hay que complementarla con la definición legislativa que está prescrita en el artículo 372 CPE,³⁷ la cual determina que entran dentro de esta circunstancia personal cualificativa del delito: médicos, psicólogos, personas con título sanitario, veterinario, farmacéutico y sus dependientes.³⁸ Se aclara que este concepto de

genérica —de tipo "sobresubjetivo"— es la naturaleza del abuso de superioridad y la traición a la confianza depositada por parte de la sociedad en los sujetos que detentan cargos públicos (véase el breve análisis jurisprudencial al respecto realizado por LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA *et al.* *Código Penal*, 8a. ed., Colex, Madrid, 2004, p. 94). Por último, hay que especificar que la agravación en estos supuestos no obedece a la mera concurrencia de la circunstancia laboral o condición del sujeto, sino que es necesario que se aproveche de una u otra forma de su encargo para perpetrar con mayor facilidad un delito de tráfico de drogas, ya que si no se comprendiera de esta manera se vulneraría el principio de culpabilidad.

³⁴ El artículo 372 del Código Penal no es un tipo agravado en sí, realmente viene a ser una regla aplicable, entre otros, a los supuestos contemplados dentro del artículo 369.1.1ª. Dentro de sus postulados se instituye una regla penológica que afecta a los casos del subtipo agravado, que es materia de análisis en el presente apartado. Es decir, no se podría estimar una agravación en sentido estricto. En él se establecen penas de inhabilitación especial para cargo público y absoluta para cualquier modalidad típica sancionable como delito contra la salud pública, cuando concurran en las personas que los efectúan determinadas circunstancias. Para la mejor comprensión de este precepto véanse, entre otros, SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...*, cit., p. 299; GALLEGOS SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II...*, cit., pp. 269 y ss.

³⁵ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., p. 195. En contra, GALLEGOS SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II...*, cit., p. 222, quien interpreta que el anterior artículo 369.8 del Código Penal (actual artículo 369.1.1ª) lleva aparejada la comisión del ilícito en el ejercicio de su encargo, oficio o profesión.

³⁶ Véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI. "Agravaciones del tráfico de drogas en la LO 15/2003", *La ley penal*, núm. 12, 2004, pp. 12-14.

³⁷ Véase SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL. *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, Madrid, 2002, p. 127.

³⁸ Desde hace tiempo se venía exigiendo la necesaria delimitación del término facultativo (TORO MARZAL, ALEJANDRO DEL.

facultativo es el que habrá de ser aplicado para los delitos de tráfico de drogas y no el previsto en el artículo 222 CPE, que lo concreta para los delitos relativos a la suposición de parto y a la alteración de la paternidad.³⁹ Por otra parte, respecto del primer precepto, no parece acertada la inserción en tal concepto de los psicólogos, profesionistas sin capacidad laboral para expedir o recetar drogas.⁴⁰

Dentro del concepto normativo de facultativo que se ha adoptado (artículo 372 CPE), se entiende que la expresión “título sanitario” incluye dentro de sus márgenes no sólo a los médicos, sino también a los ayudantes técnicos sanitarios, comadronas y cualquier otro título que habilite para una profesión de aquel ramo sanitario.⁴¹ Además, tal condición de facultativo —que puede venir acompañada de la de funcionario público—, pese a ser una cualidad personal, no supone un estatus propio e indisoluble en el individuo, perdiéndose al actuar fuera de la función profesional sanitaria. Lo que significa que entre la conducta típica y esta función tiene que mediar —necesariamente— alguna relación.

El artículo 372 CPE incluye en el seno de la concepción normativa de facultativo a la profesión de veterinario, intentando evitar que los que ejercen tal profesión, debido a su particular preparación y por el hecho de estar facultados para recetar y despachar determinadas sustancias —algunas susceptibles del consumo humano y de efectos en el comportamiento—, accedan a la comisión de un acto de tráfico de drogas.⁴²

Para finalizar, resulta obvio que cuando en el término de facultativo se incluye al farmacéutico y sus dependientes, se refiere exclusivamente a los trabajadores de las farmacias, tengan o no título sanitario. De esta manera se causa un agravio comparativo entre el castigo expreso de estos sujetos y aquellos otros no profesionales de la sanidad que materialmente realizan trabajos en establecimientos médicos, específicamente cuando faciliten sustancias sin la correspondiente receta o no ajustándose debidamente a la misma.⁴³

“Tráfico de drogas”, *RJC*, Barcelona, año LXXIX, 1980, p. 111). Es evidente, con respecto a la locución de facultativo, que el legislador no quiere dejar dudas interpretativas, pues ha especificado en la propia norma penal quiénes detentan tal condición en el artículo 372 del Código Penal. Véase REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO. *El delito de tráfico de drogas...*, cit., p. 191.

³⁹ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., p. 196.

⁴⁰ En este sentido, REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO. *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, cit., p. 248.

⁴¹ Las prescripciones indebidas de sustancias ilegales por parte de estas personas han sido comunes dentro del país, bien sea por negligencia en algunos casos, o por ignorancia en otros —que en sí son extraños al concepto que comentamos—, bien por evidente malicia, que son los verdaderamente punibles con base en tal normativa. *Idem*.

⁴² Véase REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, *El delito de tráfico de drogas...*, cit., p. 191.

⁴³ Véase ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., p. 197; SOTO NIETO, FRANCISCO. *El delito de tráfico de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, Trivium, Madrid, 1989, p. 150.

c) *Trabajador social*

La expresión trabajador social es equivalente, en opinión de algunos autores, a la de asistente social,⁴⁴ puesto que esta cualidad incluye a aquellas personas que tienen el cometido de ayudar o auxiliar socialmente a ciertos sujetos que así lo requieren, *v. gr.*, menores de edad abandonados, reclusos, víctimas de violencia de género, etcétera. Al no existir al respecto definición normativa alguna, habrá que considerar como tal a aquel sujeto con documento oficial universitario que realiza las labores propias de esta profesión.

El fundamento de la elevación de la pena en los casos en que se presenta la cualidad de trabajador social reside en la facilidad para la realización del delito, que supone el ejercicio de una actividad comunitaria con una enorme trascendencia pública y social.⁴⁵ En relación con determinar qué sujeto incluye esta circunstancia, al no mencionar nada el precepto ni ningún otro concepto normativo, son dos las interpretaciones que pueden concurrir: que el sujeto activo haya alcanzado la titulación universitaria de diplomado en trabajo social, o que el sujeto activo despliegue actividades comunitarias de ese tipo, por ejemplo voluntariado civil o monitor de tiempo libre.⁴⁶

En relación con este punto, los que consideran necesaria la presencia de título autorizado —que en ningún supuesto es titulación académica— insisten que únicamente con tal concurrencia se puede justificar el plus de desvalor y la consecuente agravante para estos casos.⁴⁷ Otros, en cambio, manifiestan que es indiferente para estos supuestos la posesión de alguna autorización, siendo suficiente el reproche moral que se puede hacer a quien bajo el pretexto del voluntariado civil, pretende llevar a cabo algún comportamiento vinculado con la difusión ilegal de sustancias tóxicas.⁴⁸

d) *Docente o educador*

Dentro de esta expresión —que no posee definición normativa propia—, deberá tenerse como tales a cuantas personas ejerzan en el área de la docencia educa-

⁴⁴ Cfr. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO. *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, cit., p. 248.

⁴⁵ Así, GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO. *Los delitos de tráfico de drogas II...*, cit., p. 219.

⁴⁶ De esta segunda interpretación podría volverse a distinguir entre aquellas personas que estén facultadas por un título autorizado para el desarrollo de tales actividades, de aquellas en las que no sea preceptiva esa titulación. *Idem*.

⁴⁷ Véase ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., p. 197.

⁴⁸ En relación con estas posiciones, parece más acertada la primera de las mencionadas, pues atendiendo a la tipicidad de esta agravación, y conservando el criterio seguido respecto a la interpretación del artículo 369.1.1ª del Código Penal, se demanda que el sujeto obre con abuso de profesión, oficio o cargo, por lo que la condición de trabajador social ha de poderse estimar como profesión u oficio, lo que impide que se pueda apreciar como tal a la persona que no esté en posesión de dicha titulación universitaria.

tiva o sus labores específicas; o bien, aquellas comprometidas con la formación —integral— de alumnos en el rubro indicado, tanto si imparten enseñanza en centros públicos como privados.⁴⁹ Es decir, desde un ámbito general adquieren tal condición aquellos individuos que profesionalmente desempeñen actividades docentes o educativas.⁵⁰ Hay quien comprende que educador es el individuo que desarrolla —o perfecciona— las facultades intelectivas y morales del niño o joven, e interpreta que si bien el docente es el sujeto que se dedica a la instrucción, esta cualidad sólo la poseen aquellas personas que imparten enseñanzas en *centros docentes oficiales*.⁵¹

El fundamento de esta agravación radica, básicamente, en el mayor reproche penal que se le puede hacer al sujeto que aprovechando —y defraudando— la confianza social en él depositada, se sirve de ésta y de la actividad docente o educativa que desempeña para realizar, en condiciones altamente favorables —de difícil detección por parte de los órganos de control—, el ilícito de tráfico de drogas. A pesar de que se requiere que esta condición suponga una profesión u oficio, no es tan relevante en estos casos el régimen jurídico laboral del autor, como lo puede ser el desempeñar estas actividades con carácter profesional.

4. Conclusiones

En el artículo 369 CPE se sancionan de manera especial conductas específicas de difusión ilícita de drogas en las que el legislador encuentra un plus de desvalor de acción o de resultado, y por ello les confiere un mayor reproche punitivo.

El aumento en la punibilidad se debe a que los tipos especialmente agravados se proyectan como una forma específica de ataque al bien jurídicamente protegido, en el cual la agresión es considerada más intensa con respecto a la prevista normativamente en el tipo genérico.

Tal reproche penal se traduce normativamente en elementos típicos tales como calidades, tanto en los activos como en los pasivos. En ese sentido, por lo que hace a las calidades de los activos (el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el

⁴⁹ Véase SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...*, cit., pp. 222 y ss.

⁵⁰ De una manera más concreta concurren con esta cualidad las personas dedicadas a la docencia y educación vinculadas con la disposición adicional décima de la LO 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, es decir: maestros de secundaria; profesores técnicos de formación profesional; maestros que desempeñan sus funciones en la educación infantil y primaria; profesores de enseñanza secundaria que desarrollan sus funciones en la educación secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional; profesores técnicos de formación profesional que llevan a cabo sus funciones en la formación profesional específica.

⁵¹ Cfr. ROMERAL MORALEDA, ANTONIO y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL. *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993, p. 101.

ejercicio de su cargo, profesión u oficio [artículo 369.1.1ª]), el merecimiento de una sanción punitiva mayor en estos supuestos se justifica por el incremento en el desvalor de la acción derivado del beneficio ilícito que éstos han pretendido conseguir a través de su encargo, profesión u oficio, labores que por su propia naturaleza les facilitan –de manera significativa– la comisión de estos delitos.

El cambio de la circunstancia agravatoria “obrase con abuso de su profesión, oficio o cargo” por la de “obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio” no se debe interpretar desde la propia literalidad del precepto; lo que se aprecia como más adecuado es que, al momento de interpretar la agravación, los órganos judiciales reproduzcan el sentido propugnado por la redacción original del artículo 369 CPE de 1995, la cual exigía “el abuso” de la profesión, oficio o cargo.

Al no requerir la nueva redacción la exigencia del “abuso”, el texto puede generar confusiones, ya que no se aprecia diferencia entre esta agravación y el supuesto prescrito en el artículo 372 CPE, conformado con la comisión del delito en el ejercicio del cargo para la imposición de penas de inhabilitación especial o inhabilitación absoluta en los casos previstos en la agravación.

En los supuestos en los que cualquiera de los sujetos llevara a cabo conductas de tráfico de drogas sin aprovechar o abusar de su encargo, profesión u oficio, la agravación no deberá ser aplicada, pues en estas hipótesis se interpreta que el ejecutor del comportamiento criminal es un ciudadano más. ■