



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Consultas

DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta nº 5/1985, de 12 de junio, *un supuesto del artículo 344, párrafo segundo, del Código Penal: la difusión de drogas en establecimientos penitenciarios*

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Art. 344.2 CP 73

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

LO 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. único.128, que modifica la redacción del art. 369.1 CP 1995, dando una nueva redacción a la agravante en la circunstancia 7ª.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

SSTS nº 527/1998, de 15 de abril, 68/2001, de 29 de enero, 291/2009, de 17 de marzo, 142/2010, de 25 de febrero, 257/2015, de 6 de mayo.

SSTS nº 784/2007, de 2 de octubre, 81/2014, de 13 de febrero y 279/2015, de 11 de mayo.

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Circular nº 2/2005, de 31 de marzo, *sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas*.

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La Consulta defiende que la mera introducción de la droga en un centro penitenciario basta para realizar el supuesto típico de la figura agravada del art. 344.2 CP 73, porque el fundamento de su incriminación radica en el

riesgo abstracto de difusión que genera.

La jurisprudencia se aparta del criterio de la Fiscalía para exigir, por el contrario, que el peligro de difusión interna sea concreto, no abstracto, pues considera que de lo contrario se lesionaría el principio de lesividad y la proporcionalidad de la pena. Esta interpretación introduce dos restricciones importantes a la aplicación del tipo especial cualificado: no es apreciable en los casos en que se entrega una pequeña cantidad de droga para el consumo de un interno determinado (SSTS nº 527/1998, de 15 de abril, 68/2001, de 29 de enero, 291/2009, de 17 de marzo, 142/2010, de 25 de febrero, 257/2015, de 6 de mayo). Tampoco cuando la droga es interceptada por los funcionarios del centro antes de que llegue a su destinatario (SSTS nº 784/2007, de 2 de octubre, 81/2014, de 13 de febrero y 279/2015, de 11 de mayo).

La reforma operada en el art. 369.1 CP 95 –trasunto del art. 344.2 CP 73– por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha cambiado la descripción típica la agravante, que ya no consiste en *difundir* la droga, sino en cometer el delito contra la salud pública *en el centro o en sus proximidades*. La Circular nº 2/2005 entendió que la reforma legal ponía fin al debate, pues la agravación pasaba a tener un fundamento meramente locativo o espacial, aunque sin descartar la finalidad de favorecimiento del consumo en el interior del centro.

La jurisprudencia, sin embargo, no ha modificado su línea interpretativa, que sigue siendo restrictiva y basada en la apreciación de un riesgo concreto de difusión interna (SSTS nº 291/2009, de 17 de marzo y 257/2015, de 6 de mayo).

FICHA ELABORADA POR: Fiscalía General del Estado. Secretaría Técnica.

TEXTO DE LA CONSULTA

CONSULTA NUM. 5/1985

UN SUPUESTO DEL ARTÍCULO 344, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CODIGO PENAL: LA DIFUSIÓN DE DROGAS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

I

Consulta V.I. el siguiente hecho extraído de sentencia dictada por una Audiencia Provincial: Una persona logró introducir determinada cantidad de hachís en un Centro penitenciario con destino directo a un hermano que allí cumplía condena, indicándose además en el relato fáctico no constar probado que dicha droga tuviera previsto otro destino que el consumo personal del propio interno al que iba dirigida. La sentencia en cuestión no aceptó la tesis del Ministerio Fiscal, gules había sostenido que concurría la agravante específica prevista en el párrafo segundo del artículo 344 del Código Penal (difusión de drogas en Establecimientos penitenciarios); razón de esta discrepancia estaba en la falta de prueba suficiente de que el hachís tuviera como destino su distribución entre la población reclusa, y esta distribución, agrega la sentencia, es siempre necesaria, porque si difundir equivale a repartir entre varios no puede equipararse ni gramatical ni finalísticamente con la mera introducción de la droga en un Centro penitenciario para el consumo personal de un solo interno.

La solución acogida en la resolución judicial no la considera quien consulta acertada por varias razones. En

primer lugar, porque la introducción de una cierta cantidad de droga en un Centro penitenciario crea inevitablemente el riesgo de su reparto o distribución entre varios, es decir, de su difusión en sentido gramatical, riesgo que, naturalmente, no se oculta al introductor. En segundo término, porque el verbo difundir del párrafo segundo del artículo 344, no puede ser objeto de una interpretación separada del párrafo primero en el que se definen los tipos delictivos que luego se agravan en el inciso segundo; de ahí que la expresión difundir signifique una nueva forma de aludir a los comportamientos comprendidos en los verbos promovieren, favorecieren y facilitaren el consumo de drogas, a través, naturalmente, de las formas comisivas que se concretan, una de las cuales —el tráfico— se extiende también a las transmisiones gratuitas. La consecuencia que extrae, es que como el vocablo difundir —utilizado para configurar la tipicidad agravatoria— en relación con el favorecimiento, facilitación o promoción del consumo de drogas en Centros penitenciarios, no entraña ninguna nueva exigencia que haya de añadirse a las que se expresan con el uso de aquellos otros verbos, debe entenderse perfeccionada la tipicidad agravatoria con el mero hecho de que se introduzca ilegalmente cualquier género de drogas prohibidas en un Centro penitenciario.

II

La cuestión planteada puede concretarse todavía más del siguiente modo: si la acción de introducir ilegalmente sustancias estupefacientes o psicotrópicas en un Centro penitenciario con fines de tráfico es suficiente para integrar el término legal de difusión; así, esta expresión se erige en elemento constitutivo de la agravante específica del párrafo segundo del artículo 344, que, en lo que aquí interesa, dispone que «se impondrán las penas superiores en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se difundan en establecimientos penitenciarios».

Como ya recogíamos en los antecedentes, para el Tribunal sentenciador no basta con la introducción de la droga en el establecimiento penitenciario y su entrega a una persona, sino que es imprescindible su distribución entre la población reclusa, porque gramaticalmente difundir significa repartir entre varios. Al contrario, el Fiscal que formula la Consulta entiende que basta con la introducción. De un lado, afirma, porque en ese acto se crea ya el riesgo de su posterior distribución, y de otro, porque el verbo difundir del párrafo segundo del artículo 344 al estar relacionado con los empleados en el párrafo primero (promover, favorecer, facilitar) no comporta una nueva exigencia o requisito.

Una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la de 11 de marzo de 1985, se ha ocupado del tema, aunque sólo lo haya sido *obiter dicta*, pues es lo cierto que no fue objeto directo del recurso de casación. En lo que aquí interesa el hecho era este: una persona lanzó desde el exterior, por encima del muro de un Centro penitenciario, una bolsa conteniendo una cantidad no determinada de hachís, que fue a caer en el patio del referido establecimiento, de donde fue recogida por internos del mismo, a los que en registro efectuado poco después les fue ocupada una barrita de tal sustancia con peso de dos gramos. Tanto la realización del hecho como el pronunciamiento de instancia y la interposición del originario recurso, tuvieron lugar con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983; la pena impuesta fue de seis meses y un día de prisión y multa de 20.000 pesetas. El Tribunal Supremo da lugar parcialmente al recurso de casación y condena a seis meses y un día de prisión, sin multa, al ponderar la actual normativa, y en particular, el párrafo segundo del

artículo 344, y declara que en el hecho «es susceptible de apreciarse el condicionamiento agravatorio» de difundir la droga en establecimiento penitenciario.

Es claro que en el supuesto de esta sentencia el ánimo inmediato del inculpado era únicamente introducir la droga

en el recinto penitenciario, y que la posible recogida por los internos y su eventual difusión sólo estaban previstas como posibles por el introductor.

Situados en un plano teórico la difusión a que se refiere el artículo 344, párrafo segundo, puede ser considerada en dos sentidos distintos: como presupuesto esencial del tipo agravado o como requisito accidental. La necesidad de difusión aparecerá como *condictio iuris* de la agravante si se entiende tal término en su sentido más común, por lo que, en tal caso, si verdaderamente falta la distribución no procederá la imposición de una mayor penalidad. Entendida la efectiva difusión como elemento accesorio de la modalidad agravada, la introducción no complementada con la distribución por evento ajeno a la voluntad del imputado, debe ajustarse a la estructura delictiva cualificada. En la tesitura de optar no tiene por qué ser determinativa en todo caso de la mayor intensidad de la penalidad, porque lo condicionante no es el acto recepticio y plural de la difusión, sino que, en ocasiones, bastará la introducción con vocación de distribución, aunque la difusión, gramaticalmente entendida no haya tenido lugar. Esto es así porque lo que sucede normalmente es que la introducción vaya dirigida a una persona determinada o simplemente determinable y actúe como medio necesario para la difusión.

No desconocemos, sin embargo, que en su literalidad estricta el párrafo segundo del artículo 344 exige que las drogas se difundan en un determinado lugar. Mas tampoco debe olvidarse que por tratarse de lugares o establecimientos cerrados y de acceso reglamentado la introducción o entrada de estupefacientes en ellos es un acto necesariamente previo a la entrega a terceros, y como una introducción abstracta no es fácilmente imaginable, debe partirse de que la introducción ilegal o clandestina cumple el requisito de la difusión hayan o no llegado a estar las sustancias introducidas a disposición de intermediarios o de consumidores.

En apoyo de la tesis de que el artículo 344, párrafo segundo, no requiere que las sustancias estupefacientes o psicotrópicas introducidas hayan sido difundidas pueden agregarse otras razones:

— En primer lugar, que si se considera elemento esencial no la introducción, sino sólo la difusión material directamente realizada por el introductor, el supuesto agravado carecería de verdadera aplicación para la conducta que la ley tiene en cuenta, la del introductor, porque no es verosímil que éste, siendo persona ajena al establecimiento sea también distribuidor; y de acertarse que la introducción simple no legitima la agravante para el introductor, aquella circunstancia sólo podría extenderse a los receptores de la droga que después la difunden en el establecimiento, solución que sin duda no constituye el fundamento de la agravación.

— En segundo término, que la naturaleza de delito de peligro abstracto para el tráfico de estupefacientes del artículo 344 justifica en todos los casos de su párrafo segundo un plus de penalidad, pues del propio modo que en él se define un tipo de consumación anticipada que debe entenderse plenamente realizado con la ejecución de actos que tiendan a vulnerar el bien jurídico que protege, es también evidente que la introducción

de drogas acompañada de un *animus diffundendi*, en cuanto conducta instrumental necesaria para la efectiva difusión, representará también una anticipación de la perfección del tipo cualificado.

— Por último, como lo protegido en la norma es el lugar en que la acción se realiza dada la pluralidad de personas posibles destinatarias de la droga que allí existen, el hecho de la introducción al crear ya un riesgo desencadenará la aplicación de la agravante con independencia de que se haya producido o no la acción de difusión.

En conclusión, ante el término difundir o difusión utilizado en el párrafo segundo del artículo 344 son posibles estas diversas actitudes: entender que es imprescindible la entrega de la droga para su uso o consumo a diversos destinatarios; pensar que es suficiente con que se pongan a disposición de una persona las sustancias estupefacientes, o estimar que basta con su introducción, siendo accesorio el posterior reparto o difusión efectiva. Pero si toda entrada de droga en estos Establecimientos crea el riesgo de un posible tráfico dentro de los mismos, la introducción satisface el presupuesto agravatorio de la difusión que establece el párrafo segundo del artículo 344. Por esta razón, en tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo no resuelva expresa y satisfactoriamente el tema en otro sentido, el Ministerio Fiscal en el momento de formular los escritos de calificación o cuando se le notifiquen las sentencias dictadas sobre esta materia, deberá entender, a los efectos, oportunos, que la introducción de la droga en los Centros, Establecimientos o Unidades que en el precepto se especifican, es suficiente para integrar el tipo agravado del artículo 344, párrafo segundo del Código Penal.

Madrid, 12 de junio de 1985.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

