

35

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

4 S. PRÆTIDE ET PRO

Revista

Enero 2015

35

Revista Penal

Enero 2015



Penal

Revista Penal

Número 35

Sumario

Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

Sistemas penales comparados: Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

Bibliografía: por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

Fe de erratas del número 34 338



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo

Silvia Mendoza Calderón

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

Ficha Técnica

Autora: Silvia Mendoza Calderón

Adscripción institucional: Profª. Contratada Doctora de Derecho penal Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Title: Prohibited traffic of things in the European Union. Special consideration of drug trafficking crime as object of European Transnational Criminal Law.

Sumario: I. Consideraciones generales: el tráfico prohibido de cosas en la unión europea. II. las bases de un derecho penal europeo 1. El Espacio Europeo de Seguridad, Libertad y Justicia tras el Tratado de Lisboa 2. La problemática en torno a la armonización normativa en materia penal. III. el derecho penal de la unión europea como ejemplo del derecho penal transnacional. IV. el tráfico de drogas como objeto de la armonización penal de la unión europea 1. El tráfico de drogas como delito propio del Derecho penal transnacional 2. Disposiciones mínimas en materias de tráfico de drogas en la Unión Europea. a) Nueva definición de droga. b) Necesidad de intervención en este campo: uso desviado de sustancias destinadas a la fabricación de medicamentos. c) Libre circulación de mercancías en relación a las denominadas “drogas blandas”. 3. La aplicación del “ne bis in idem” como principio transnacional en el ámbito del tráfico de drogas en la Unión Europea. V. Conclusiones.

Resumen: Dentro del contexto del tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea, en la presente investigación se lleva a cabo un análisis de la armonización de la legislación penal de los Estados miembros en materia de tráfico de drogas. Esta forma de criminalidad, sobre todo cuando se desarrolla a través del crimen organizado, es propia de la “globalización” del siglo XXI que exigiría una regulación ligada a la aplicación del Derecho penal transnacional, como una manera eficaz de combatir este fenómeno en Europa.

Palabras clave: Tráfico de drogas. Derecho penal europeo. Derecho penal transnacional.

Abstract: Within the context of prohibited traffic of things in the European Union, in the present investigation is carried out an analysis about the harmonization of Criminal Law of the Member States relating to drug trafficking. This form of crime, especially when it is developed through of organized crime, is typical of the “globalization” of the XXI century, which would require a regulation linked to the application of Transnational Criminal Law, as an effective way to combat this phenomenon in Europe.

Keywords: Drug trafficking. European criminal law. Transnational criminal law.

Observaciones: Este trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación DER2012-31368 del Ministerio de Educación “Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional” de la Universidad de Salamanca.

Rec. 3-6-2014 **Fav.** 24-7-2014

I. CONSIDERACIONES GENERALES: EL TRÁFICO PROHIBIDO DE COSAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Conforme disponen los artículos 28 y 29 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se prohíben las restricciones a la importación y a la exportación entre los Estados miembros. No obstante, en caso de riesgo para la salud pública o para el medio ambiente, los Estados miembros pueden restringir la libre circulación de mercancías.

Según nos ha informado la prensa durante el año 2005, setenta y cinco millones de productos falsificados fueron detectados en las fronteras europeas, la mayoría proveniente de países como China. Se habría producido el contrabando de productos como bebidas alcohólicas adulteradas, preservativos defectuosos o enjuagues que causan la caída del cabello, o incluso actividades de falsificación de medicamentos¹.

De igual forma, se ha recogido que entre el periodo comprendido entre los años 2000 y 2010, unos 10.000 europeos habrían muerto por ataques con arma de fuego incentivando la Comisión europea aumentar la presión sobre los mercados criminales; salvaguardar el comercio lícito de armas de fuego para civiles; disminuir el número de armas que acaban en manos de criminales, y mejorar el sistema de inteligencia europeo. El principal obstáculo sería la divergencia entre las

políticas nacionales en cuanto a la legislación sobre armas de fuego, por lo que sería preciso delimitar un marco unitario con unas reglas comunes mínimas para sancionar a los criminales, que actúen como medidas disuasorias en todos los estados miembros, y eviten los vacíos legales que permiten la actividad de los traficantes. Otras de las áreas en las que la comisión reforzaría sus acciones sería la desviación de armas de fuego desde terceros países a la UE a través de rutas de contrabando².

Por otra parte, en materia de salud pública Europa lleva años luchando principalmente contra las drogas tradicionales, pero tiene enormes dificultades para combatir el fenómeno de las nuevas drogas. Se trataría de casos en los que se traficaría con sustancias legales, en la mayoría de los casos sintéticas, que provocan efectos muy similares a los de los estupefacientes clásicos. En algunos casos esos productos se presentarían como algo tan inocuo como aromas o sales de baño³.

El número de nuevas sustancias detectadas en la UE se habría triplicado entre 2009 y 2012 y los efectos que provocan en el consumidor son muy similares a los de estupefacientes como la cocaína, la heroína o el cannabis, pero no están fiscalizados y, por tanto, no se puede penalizar el acceso⁴. Una de estas sustancias, denominada 5-IT, ha causado la muerte de 24 personas en cuatro países comunitarios entre abril y agosto

1 Cfr. <http://www.dw.de/la-pirater%C3%ADa-y-el-contrabando-inundan-a-europa/a-2236193>, 11.11.2006, consultada en enero 2014.

2 Cfr. <http://www.euroxpress.es/index.php/noticias/2013/10/22/europa-quiere-controlar-las-armas-de-fuego/> (22 de Oct. de 2013), consultada en fecha diciembre de 2013. Cfr. **REGLAMENTO (UE) N.º 258/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de marzo de 2012 por el que se aplica el artículo 10 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones**. En materia de **tráfico de armas**, el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2012 dispone que los Estados miembros, en cooperación con la Comisión, adoptarán las medidas adecuadas para establecer una cooperación directa y un intercambio de información entre las autoridades competentes, pudiendo incluirse: datos detallados sobre los exportadores a los que se deniegue la autorización; y datos sobre los destinatarios u otros actores implicados en actividades sospechosas y, cuando se disponga de ellas, las rutas utilizadas.

3 Cfr. EL PAÍS, en su edición de 13 de septiembre de 2013. Cfr. al respecto, **REGLAMENTO (UE) núm. 225/2011 DE LA COMISIÓN, de 7 de marzo de 2011, relativo a que modifica el Reglamento (CE) núm 1277/2005 de la Comisión por el que se establecen normas de aplicación para el Reglamento (CE) núm 273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre precursores de drogas, y para el Reglamento (CE) núm 111/2005 del Consejo, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países**.

4 Cfr. EL PAÍS, en su edición de 13 de septiembre de 2013. Se detalla que si prospera el cambio legal al que aspira la Comisión Europea, se podrán perseguir penalmente, al igual que las drogas legales, con un mínimo de 10 años de prisión para casos de crimen organizado, el más grave de los supuestos. Para tráfico a pequeña escala, las penas pueden llegar a tres años y, si la distribución es más cuantiosa, entre 5 y 10 años. Cfr. **Resumen ejecutivo del dictamen sobre la propuesta de Reglamento por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 273/2004 sobre precursores de droga y sobre la propuesta de Reglamento por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 111/2005 del Consejo, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países**. (2013/C 357/06), de 6 de diciembre de 2013.

de 2012, y otra que imita a la anfetamina —4-MA— ha generado una veintena más de fallecimientos entre los años 2010 y 2012. El consumo de estos productos puede provocar también psicosis, delirios, taquicardias, problemas psiquiátricos y transmisión del sida o de la hepatitis C⁵.

En la presente investigación, dentro de la concepción del tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea, se realizará un análisis de las principales aportaciones normativas en relación a la armonización de la legislación penal de los Estados miembros en materia de tráfico de drogas. Esta forma de criminalidad, sobre todo cuando se desarrolla a través de formas de crimen organizado, entroncaría con la denominada criminalidad propia de la “globalización” del siglo XXI que exige formas ligadas a la aplicación del *Derecho penal transnacional* como manera eficaz de combatir este fenómeno en Europa.

II. LAS BASES DE UN DERECHO PENAL EUROPEO

Como ha reconocido JUANES PECES en el año 1957 la única legislación en el ámbito de la cooperación jurídica penal se había canalizado a través del Consejo de Europa, hasta la *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 21 de septiembre 1989* (conocida como “sentencia del maíz griego”) donde el TJCE llegó a la conclusión de que, en orden a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, las normas sancionadoras comunitarias no eran suficientes, por lo que era preciso que las normas penales internacionales establecieran tipos penales para perseguir aquellas conductas que afectaren a la debida protección de los intereses financieros de la Unión Europea⁶.

A partir del *Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992*⁷ se introdujo el Tercer Pilar en materia de coope-

5 Cfr. EL PAÍS, en su edición de 13 de septiembre de 2013. En España, desde un punto de vista general este **uso desviado del medicamento**, sería aquel que no sería el adecuado conforme a las indicaciones previstas y a las dosis terapéuticas indicadas, pudiendo generarse diversos efectos secundarios, en muchos casos, bastante graves. Por ello, se habría distinguido entre su utilización en materia deportiva (sobre todo en gimnasios) y lo que se han denominado “uso recreativo de medicamentos” y “otros usos”. En lo referente a los **usos recreativos de medicamentos** el *Metilfenidato* sería un estimulante débil del sistema nervioso central (cuyo uso terapéutico se conectaría con el déficit de atención y con la narcolepsia) con efectos más destacados sobre las actividades mentales que sobre las motoras, por ello se utilizaría como estimulante para mantenerse alerta y mejorar el rendimiento; la *Codeína* y *Dextrometorfano* a altas dosis tendrían propiedades alucinógenas; la *Ketamina*, base de la droga Polvo K, sería un fármaco con propiedades anestésicas y analgésicas usado en veterinaria; el *Cloruro de etilo* que sería un spray anestésico muy usado en medicina deportiva cuyas propiedades estimulantes se conseguirían rociando el líquido en un tejido y aspirando el vapor (si se administrase de forma excesiva, genera alteraciones del comportamiento en forma de agresividad, así como arritmias, depresión del sistema nervioso, asfixia y convulsiones, que pueden llevar al coma e incluso a la muerte súbita.); y el *Salbutamol* sería un broncodilatador destinado a aumentar los efectos de la marihuana y el hachís. Finalmente, se han indicado como **otros usos desviados** la utilización del *Piracetam* que se usaría para cortar la droga; la utilización de *Corticoides* e *Hidroquinona*, que se demandaría para blanquear la piel o el uso del *Misoprostol*, utilizado normalmente para inducir el parto, como abortivo clandestino. Se ha recalcado que el uso indebido de este medicamento podría generar contracciones uterinas intensas, hemorragia uterina y aborto. Estos abortos tenderían a ser incompletos, dando lugar a complicaciones graves que a veces exigirían hospitalización y cirugía, y posiblemente, originasen infertilidad. Respecto a **su uso en gimnasios y la utilización para el dopaje deportivo** se han destacado los siguientes medicamentos: la *carnitina*, destinada al tratamiento de enfermedades cardiovasculares y renales, sería utilizada para aumentar los ácidos grasos del metabolismo retrasando la aparición de la fatiga muscular; los *anabolizantes hormonales* (Estanazolol, Metenolona, Nandrolona) facilitarían la recuperación tras el ejercicio, permitiendo una mayor intensidad y duración del entrenamiento; el *Clenbuterol*, que reforzaría el rendimiento aeróbico y en altas dosis aumentaría la masa corporal; la *insulina*, sería una hormona anabolizante; la *Eritropoyetina*, *Anastrozol*, *tamoxifeno*, *clomifeno*, serían usados por los consumidores de andrógenos como la testosterona, porque ésta se metaboliza en el organismo dando lugar a estrógenos (responsables de los efectos secundarios como retención de líquidos y ginecomastia); estos fármacos inhibirían la formación del estrógeno y evitarían estos efectos secundarios. Cfr. CÁCERES FERNÁNDEZ-BOLAÑOS, “Uso desviado de medicamentos”, FARMACIA HISPALENSE, Julio, 2008, pp. 23 ss. Cfr. SENDAGALAK, *Boletín Terapéutico del Consejo de Farmacéuticos del País Vasco*, vol. 20, núm. 5, 2007, pp. 17 ss., donde se indica respecto al concepto de abuso de medicamentos, que se incluiría ciertas conductas que acostumbran a identificar al abusador, como un aumento progresivo de la dosis sin consultar al médico prescriptor. Cfr. *Ley de Control de precursores de drogas*, Ley 4/2009, de 15 de junio. *Reglamento (UE) 225/2011, de 7 de marzo, Modifica el Reglamento (CE) núm. 1277/2005, de 27-7-2005, de la Comisión que establece normas de aplicación para el Reglamento (CE) núm. 273/2004, de 11-2-2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre precursores de drogas, y para el Reglamento (CE) núm. 111/2005, de 22-12-2004, del Consejo, que establece normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países*.

6 JUANES PECES, “Armonización del Derecho penal en la Unión Europea”, *El Derecho*, 4 de noviembre de 2010.

7 Cfr. BLANCO CORDERO, “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*, RECPC 06-05 (2004), pp. 1 ss., señala que la Unión Europea surgida del Tratado de Maastricht de 1992 tiene la estructura de un “templo griego”, que se apoya sobre tres pilares. El primer pilar, relativo a las tres Comunidades, tiene carácter comunitario o de

ración en el ámbito de justicia y asuntos de interior y finalmente, *el Tratado de Ámsterdam de 1997* consagró el espacio de libertad, seguridad y justicia⁸.

El *Tratado de la UE de 29 de diciembre de 2006* en su art. 31 e) habría establecido la necesidad de fijar normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y de las penas en ámbitos que irían más allá de la protección de los intereses financieros, al extender la cooperación judicial al conocimiento de otros delitos, en particular, la delincuencia organizada, terrorismo y el tráfico ilegal de drogas⁹.

El *Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007*, aparte de suprimir el Tercer Pilar y someter, por tanto, todas las normas relativas a justicia y seguridad al control del Tribunal Unión Europea, determinó la posibilidad de adoptar medidas armonizadoras no mediante Decisiones Marco sino mediante Directivas aprobadas por el procedimiento legislativo ordinario con dos concretas finalidades, de un lado, facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y de otro, armonizar las infracciones relativas a delitos con dimensión transfronteriza y otros de especial gravedad (arts. 82 y 83 del TFUE)¹⁰.

SATZGER habría sostenido que el Tratado de Lisboa habría eliminado la estructura de los tres pilares; aplicándose el principio de la mayoría, con lo que así uno o varios Estados miembros pueden ser vencidos por mayoría de votos. Al mismo tiempo, el Tratado de Lisboa habría dado un papel importante al Parlamen-

to Europeo en el procedimiento de legislación en los asuntos del anterior tercer pilar¹¹.

Igualmente, se ha reconocido que la línea seguida por la UE, no habría sido la de elaborar un Derecho Penal supranacional, producido por el Parlamento Europeo con vigencia en todo el territorio UE, **sino la de profundizar en la armonización de ciertos tipos penales, los más trascendentes desde la perspectiva comunitaria**¹².

1. El Espacio Europeo de Seguridad, Libertad y Justicia tras el Tratado de Lisboa

MUSACCHIO¹³ ha especificado que en el Tratado de Lisboa, la noción de *seguridad interna* sería propia del concepto de Espacio de Libertad, de Seguridad y Justicia, previéndose el principio **de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales en materia penal**, tal y como se estableció a nivel político en Tampere. Este principio representaría el principal soporte de la cooperación judicial en materia penal, contribuyendo así a favorecer la confianza recíproca entre las autoridades competentes de los Estados miembros. Del mismo modo, la cooperación comprendería por otra parte la **armonización de los ordenamientos, gracias a la adopción de normas mínimas en sectores específicos**¹⁴.

En el **art. 67, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** se reconoce que la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros¹⁵ y conforme al **art. 82 del Tratado de Fun-**

integración y está constituido por los Tratados constitutivos. Los otros dos pilares son de carácter intergubernamental: el segundo pilar comprende la "Política Exterior y de Seguridad Común" (la PESC, contenida en el Título V del TUE) y el tercer pilar es el relativo a la "Cooperación policial y judicial en materia penal".

8 Sobre la eficacia del denominado tercer pilar, cfr. GONZÁLEZ VIADA, *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Madrid, 2009, pp. 12 ss.

9 JUANES PECES, "Armonización del Derecho penal en la Unión Europea", *El Derecho*, 4 de noviembre de 2010. Cfr. BLANCO CORDERO, *ul.op.cit.*, pp. 1 ss., que indica que el último párrafo del artículo 29 TUE se refiere a la posibilidad de aproximar las leyes penales y menciona el art. 31(e). La referencia al artículo 31(e) TUE supone una *limitación a la aproximación*, que sólo podrá realizarse en tres ámbitos: la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas.

10 JUANES PECES, *ul.op.cit.*

11 SATZGER, "La europeización del derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros", en Cuadernos de Derecho penal, Julio de 2012, p. 45.

12 JUANES PECES, *ul.op.cit.*

13 MUSACCHIO, "El Tratado de Lisboa y las bases para un nuevo Derecho penal europeo", revista General de Derecho Penal, 9 (2008), pp. 5 ss. (Traducción MENDOZA CALDERÓN). Se indica que en base al sistema actual, los parlamentos nacionales participan en la adopción de las normas aplicables mediante la ratificación de las convenciones por parte de los Estados miembros.

14 MUSACCHIO, *ul.op.cit.*, pp. 5 ss.

15 Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 ó 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una coopera-

cionamiento de la Unión Europea¹⁶, la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83.

Se establece que en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales **con dimensión transfronteriza**, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante Directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros y se referirán a: la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; los derechos de las personas durante el procedimiento penal; los derechos de las víctimas de los delitos; y otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión.

Asimismo, la adopción de las normas mínimas contempladas no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas¹⁷.

Por otra parte, en el art. 83 TFUE se recoge que Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante

Directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, **normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes**. Estos ámbitos delictivos serían: *el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada*¹⁸.

En el mismo sentido, cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante Directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización.

Igualmente, en el artículo 325 TFUE se especifica que la Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas que debe-

ción reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada. En el art. 84 se establece que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la prevención de la delincuencia, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

16 Versiones consolidadas (marzo 2010) *del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como sus Protocolos y Anexos, resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. C 83/80 ES Diario Oficial de la Unión Europea (30.3.2010)*

17 Se establece que cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario.

18 Respecto a la piratería y el contrabando, cfr. http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_counterfeiting/1f0001_es.htm. Resolución del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, sobre un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería [Diario Oficial C 253 de 4.10.2008]; http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_counterfeiting/l26057a_es.htm. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual; Cfr. http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_counterfeiting/l11018c_es.htm. Reglamento (CE) n° 1383/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos. Cfr. http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_counterfeiting/l11016_es.htm. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 11 de octubre de 2005 relativa a una respuesta aduanera a las últimas tendencias en la falsificación y la piratería [COM(2005) 479 final].

rán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. La problemática en torno a la armonización normativa en materia penal

Sin embargo, a pesar de los grandes logros que han conllevado la aplicación de las pautas normativas propias del Espacio europeo de Libertad, de Seguridad y Justicia, no es una tarea sencilla el delimitar la trascendencia real del proceso de armonización legal en el seno de la Unión Europea.

En este sentido, en torno al **proceso de armonización en materia penal**, en relación al Derecho penal sustantivo, (*European Criminal Policy Initiative*) la doctrina destacaba cinco críticas básicas: en primer término, resultaba reprochable que el proceso se elaborase **sin hacer referencia alguna a los principios político criminales básicos** que regían el Derecho penal desde la Ilustración, siendo difícil encontrar en los diversos documentos del *iter legislativo* comunitario, referencias y argumentaciones acerca del Derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico o reflexiones acerca del bien jurídico tutelado (siquiera como interés socialmente relevante) y de la idoneidad de los comportamientos que se sancionen para lesionarlo o ponerlo en peligro¹⁹.

En segundo lugar, se habría puesto de relieve por NIETO MARTÍN, que la UE y el TJCE tenían una visión deformada del Derecho penal, como **un Derecho**

penal orientado a proteger la eficacia de normas extrapenales. Un instrumento cuya utilización estaría orientada solo por razones de eficacia y cuya utilización no plantearía problemas cualitativamente distintos a la utilización por ejemplo de sanciones administrativas²⁰.

Asimismo, en tercer lugar, se echaba en falta transparencia en el proceso de toma de decisiones político criminales, ya que muchas decisiones de gran calado para la estructura de un ordenamiento como, por ejemplo, la responsabilidad de las personas jurídicas, se habría adoptado sin que se hubiera hecho público algún tipo de documento explicando su sentido político criminal. Esta ausencia de **transparencia enlazaría con las cuestiones relativas al déficit democrático de la UE** y la compatibilidad de la armonización con la reserva de ley en materia penal²¹.

En cuarto lugar, surgían las dudas acerca de que en muchos casos **el principio de subsidiariedad** fuera respetado, cuando éste principio que opera en las competencias compartidas, como es el Derecho penal, exige que la UE **solo intervenga en la medida en que los objetivos que pretende alcanzar no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan alcanzarse mejor a nivel comunitario**²².

Finalmente, la armonización de las penas habría constituido el quinto motivo de preocupación de los especialistas. Se indicaba que las últimas Decisiones Marco (DM) de la UE se establecían actualmente con gran precisión los marcos penales, a diferencia de los primeros Convenios, Directivas o DM que otorgaban un alto grado de discrecionalidad nacional a través de la fórmula de “los Estados establecerán sanciones efectivas, disuasivas y proporcionadas”²³.

Se ha admitido, que el Tratado de Lisboa ha mejorado notablemente la situación legislativa de la armonización del Derecho penal. De un lado, se detallarían con más claridad cuáles son las materias que pueden

19 NIETO MARTÍN, “La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo”, *Revista General de Derecho Penal* 13 (2010), pp. 2 ss.

20 NIETO MARTÍN, *ul.op.cit.*, pp. 2 ss.

21 NIETO MARTÍN, *ul.op.cit.*, pp. 2 ss.

22 NIETO MARTÍN, *ul.op.cit.*, pp. 2 ss.

23 NIETO MARTÍN, “La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo”, *Revista General de Derecho Penal* 13 (2010), pp. 5 ss. Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al Ciudadano, Documento del Consejo 17024/09, adoptado por el Consejo Europeo el 10/11 Diciembre de 2009. NIETO MARTÍN ha indicado que rechazado el Tratado de Constitución Europea, la situación en Irlanda y en la República Checa impedía también saber cuál iba a ser el futuro del Tratado de Lisboa. Sin embargo, el 11 de diciembre, el Consejo Europeo aprobó el Programa de Estocolmo 6, que sucede a los Programas de Tampere y la Haya, y que fijaba la actividad legislativa en asuntos de justicia e interior para el periodo 2010-2014. Posteriormente, se promulgó el Plan de Acción del Programa de Estocolmo que concretaría aún más sus contenidos.

ser armonizadas (art. 83.1 TFUE), y sobre todo, y de otro lado, se establecería un nuevo mecanismo de *check and balances* que haría más plausible la legitimidad, la racionalidad y el control de la legislación europea y, por tanto, la efectividad de los principios enunciados²⁴.

Desde este punto de vista, habría sido decisiva la desaparición del sistema de pilares (ya que la armonización del Derecho penal estaría más ubicada en el tercer pilar que en el primero, por lo que los Estados miembros y sus gobiernos eran los directores principales, siendo el control del TJCE y la participación del Parlamento Europeo bastante reducida). Indica, que *Lisboa introduciría un nuevo sistema de división de poderes, en el sentido de que la competencia para proponer nuevas iniciativas legislativas residiría ahora en la Comisión, en el marco del procedimiento ordinario, donde el Parlamento Europeo tiene una función de colegislador, al lado del Consejo (art. 294 TFUE)*. En la fase de propuesta de una Directiva tendiente a armonizar el Derecho penal, la única especialidad serían los denominados *emergency brakes* que permitirían a los gobiernos nacionales bloquear un Proyecto de Directiva cuando consideren que afecta a “aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal” (art. 83.3 TFUE)²⁵.

En esta redistribución de poderes, se destaca que el Tratado potenciaría también el papel de los Parlamentos nacionales en la gestación de las normas europeas, puesto que los Protocolos sobre el papel de los Parlamentos nacionales y **sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad** mediante el sistema de “alerta temprana” y “tarjeta naranja” permitiría a las asambleas legislativas de los Estados examinar si la propuesta legislativa se adecuaría a los postulados del principio de subsidiariedad²⁶.

Por otra parte, tampoco puede prescindirse que en el art. 49 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea se contienen principios básicos del Derecho penal, como el **principio de legalidad y propor-**

cionalidad de los delitos y la penas, disponiéndose que “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta”.

III. EL DERECHO PENAL LA UNIÓN EUROPEA COMO EJEMPLO DEL DERECHO PENAL TRANSNACIONAL

Una vez delimitada la armonización del Derecho penal en la Unión Europea, otra cuestión que habría que plantear es si el Derecho de la Unión Europea en esta materia podría englobarse dentro del denominado “*Derecho penal transnacional*”.

Como ha indicado ROMEO MALANDA elementos característicos de la globalización cada vez influyen con más fuerza en la criminalidad actual y el Derecho penal clásico (limitado principalmente al territorio nacional) no podría contener de manera suficiente este tipo de delincuencia²⁷.

Se hace preciso entonces implementar algunos mecanismos para combatir la delincuencia transnacional, como sería por un lado, ampliar la jurisdicción nacional más allá del principio de territorialidad (adoptando los Estados principios tales como los de personalidad activa y/o pasiva, de protección de intereses o de justicia universal); y por otra, aportar instrumentos de lucha contra la criminalidad de carácter supranacional²⁸.

Desde esta perspectiva en el ámbito del *Derecho penal transnacional sustantivo* se establecen criterios uniformes de criminalización de las conductas lesivas a través de mecanismos de armonización. Por otro lado, en el entorno del *Derecho penal transnacional procesal* se trataría de elaborar instrumentos eficaces

24 NIETO MARTÍN, “La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo”, Revista General de Derecho Penal 13 (2010), pp. 5 ss. Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al Ciudadano, Documento del Consejo 17024/09, adoptado por el Consejo Europeo el 10/11 Diciembre de 2009.

25 NIETO MARTÍN, *ul.op.cit.*, pp. 5 ss. Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al Ciudadano, Documento del Consejo 17024/09, adoptado por el Consejo Europeo el 10/11 Diciembre de 2009.

26 NIETO MARTÍN, *ul.op.cit.*, pp. 5 ss. Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al Ciudadano, Documento del Consejo 17024/09, adoptado por el Consejo Europeo el 10/11 Diciembre de 2009. Sobre este aspecto, Cfr. *Protocolo (nº 1) sobre el Cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea* (DO UE, 30.03.2010, C83/203).

27 ROMEO MALANDA, “Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXII, 2012, pp. 316 ss.

28 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 316 ss.

de cooperación penal internacional (tratados de extradición y auxilio judicial y siempre que fuera posible, sustituir los mecanismos clásicos por el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales)²⁹.

No obstante, el punto de partida obligado sería diferenciar entre el Derecho penal transnacional y el Derecho penal internacional. El primero de ellos se referiría a los crímenes transnacionales y protegería bienes jurídicos de un segundo nivel (es decir, no se trata de la protección de la comunidad internacional o la humanidad como tal, comprendiendo conductas de diferente naturaleza, cuyo elemento común sería que afectan a intereses de carácter social, económico, cultural o de otro tipo que conciernen a todos o a un número muy

significativo de Estados). En cambio, el Derecho penal internacional abarcaría a los crímenes internacionales *stricto sensu*³⁰.

OLLÉ SESÉ y PÉREZ CEPEDA habrían sostenido acertadamente que habría que diferenciar **dos tipos de jurisdicción**, por un lado, la jurisdicción universal, también denominada pura o absoluta, para la persecución de los crímenes internacionales como el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión, el delito de tortura y aquéllos que así lo determine la normativa internacional³¹; y, por otro lado, la jurisdicción penal transnacional, conocida como relativa o limitada, que requeriría la presencia de puntos de conexión³².

29 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 316 ss.

30 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 316 ss. Citando a BOISTER, N., "Transnational Criminal Law?", en *European Journal of International Law*, n.º 5 (2003), pp. 953-976.

31 Cfr. **Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal**, donde se modifican los apartados 2, 4 y 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se introduce un nuevo apartado 6 en dicho artículo 23 "4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: **d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.** i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español" 5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior **no serán perseguibles en España** en los siguientes supuestos: a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte; b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que: 1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o, 2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada. Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio." "6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal."

32 OLLÉ SESÉ, PÉREZ CEPEDA, "Propuesta de reforma del artículo 23.4 de la ley orgánica del poder judicial. regulación del principio de justicia universal y el principio de jurisdicción penal transnacional", en PEREZ CEPEDA (Dir.) *Principio de Justicia Universal. Una propuesta de lege ferenda*, Salamanca, 2013, pp. 62 ss. Se sostiene también que habría que considerar la doctrina jurisprudencial sobre la salvaguarda del núcleo duro de los derechos fundamentales de los sometidos a una extradición pasiva o a una Orden Europea de Detención y Entrega, de tal forma que, en determinadas condiciones, cuando una persona sea reclamada a España en virtud del principio de justicia universal o transnacional, si el Estado requirente no ofreciere garantías suficientes de que sus derechos no serán violados, se denegará esa entrega.

Los delitos propios del Derecho penal transnacional pueden ostentar un elemento transnacional fáctico o normativo. En ocasiones, se debe recurrir al Derecho penal transnacional para reprimir conductas **con un elemento transfronterizo** (*elemento transnacional fáctico*): bien porque el hecho se realiza en más de un Estado, bien porque se comete en un Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se ha llevado a cabo en otro Estado; bien porque se comete en un Estado pero involucra a un grupo criminal organizado que lleva a cabo actividades delictivas en más de un Estado; o bien, porque se comete en un Estado pero tiene efectos relevante sobre el territorio de otro Estado³³.

Asimismo, también pueden ser considerados delitos transnacionales aquellos que, sin requerir la existencia de un elemento transfronterizo, pretenden evitar y reprimir conductas cuya comisión produce tal rechazo que existe un consenso internacional sobre su ilegalidad (*elemento transnacional normativo*), si bien los casos más graves y flagrantes de violaciones de derechos humanos fundamentales tendrán el consenso necesario entre la comunidad internacional para ser incluidos dentro del Derecho penal internacional³⁴.

En cualquier caso, como han resaltado OLLÉ SESÉ y PÉREZ CEPEDA la persecución de los crímenes transnacionales que requieren de una cooperación judicial internacional se supeditará a la presencia de **puntos de conexión y a su carácter subsidiario**. A tal efecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000 habría determinado que un delito tiene un carácter transnacional cuando: se comete en más de un Estado; se comete dentro de un sólo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado³⁵.

Por ello, el art. 83 del Tratado de Lisboa recogería una serie de delitos que tienen una “dimensión trans-

fronteriza”, es decir, que extiendan sus efectos más allá de un Estado. La misma se obtendrá derivada “del carácter”, o de las “repercusiones” de dichas infracciones, o de la “necesidad particular” de combatirla porque afecte a bienes jurídicos directamente relacionados con la comunidad internacional en su conjunto que ésta está interesada en proteger³⁶. Siguiendo a ROMEO MALANDA, el Derecho penal de la Unión Europea puede catalogarse como un modelo de **Derecho penal transnacional fuerte**, pues debido a la especial naturaleza de la organización que lo elabora y aplica, presenta mecanismos más avanzados y eficaces de los que pueden encontrarse en otros instrumentos jurídicos. No obstante, señala que aunque la Unión Europea cuenta con normas que tienen un efecto directo y general (los reglamentos), para la materia penal únicamente se ha previsto el empleo de Directivas (que aunque tienen eficacia general requieren un acto de transposición por parte de los Estados miembros)³⁷.

Así, el **Derecho penal europeo como especie de Derecho penal transnacional**, tendría como objetivo reprimir la actividad criminal inter- e intra-estatal que afecta a bienes jurídicos comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, a través de instrumentos jurídicos de carácter represivo que incluyen la armonización del Derecho penal sustantivo para reprimir conductas que contengan un elemento transnacional fáctico o normativo, siendo suficiente la presencia de uno de ellos³⁸.

Por otra parte, VORBAUM habría destacado que desgraciadamente, muy pocas de las medidas adoptadas por la Unión Europea en el ámbito de Derecho penal, tendrían como meta mejorar la integración europea de una manera dogmática, ya que en la gran mayoría de los casos, las medidas de armonización se habrían limitado a problemas como el terrorismo, el tráfico de seres humanos, el blanqueo de dinero, el narcotráfico y otras formas de la criminalidad organizada, que se intenta conseguir dominar a través de una armonización de Derecho penal en los Estados miembros³⁹.

Desde esta óptica, incluso se ha admitido que la armonización del Derecho penal por la UE presentaría

33 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 320 ss.

34 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 320 ss.

35 OLLÉ SESÉ, PÉREZ CEPEDA, *ul.op.cit.*, pp. 62 ss.

36 OLLÉ SESÉ, PÉREZ CEPEDA, *ul.op.cit.*, pp. 62 ss.

37 ROMEO MALANDA, “Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXII, 2012, pp. 320 ss.

38 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 320 ss.

39 VORBAUM, “El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo”, *Revista penal*, num. 19, 2007, pp. 102 ss.

algunas de las características propias del **“Derecho penal del enemigo”** en cuando la Unión usaría su competencia para crear normas penales bastante duras. La introducción de penas mínimas desproporcionadas y la ampliación de la penalización serían caracteres típicos de esta normativa, sin tener en cuenta que no sólo se debe garantizar seguridad a través del Derecho penal, sino también ante el Derecho penal⁴⁰.

RODRÍGUEZ GARCÍA ha sostenido que en relación a los grandes problemas a los que se tiene que enfrentar la jurisdicción transnacional, habría que atemperar las tendencias represoras exacerbadas, puesto que parecería que el Derecho penal se hubiera transformado en una *única ratio*, llegando algunos países al extremo de desequilibrar totalmente la balanza entre eficacia y garantía, adoptando medidas extremas justificadas en la mejora de la eficacia de la investigación, enjuiciamiento y castigo de estas conductas. Por otra parte, añade que habría que convencer a los Estados que las fronteras físicas y jurídicas no pueden existir de forma rígida si se quiere lograr niveles aceptables en la represión de estas conductas, por ello, cobraría gran importancia el interés de organizaciones internacionales en la represión de la criminalidad organizada transnacional⁴¹.

IV. EL TRÁFICO DE DROGAS COMO OBJETO DE LA ARMONIZACIÓN PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA

1. El tráfico de drogas como delito propio del Derecho penal transnacional

Siguiendo a GRACIA MARTÍN puede afirmarse que la criminalidad ligada al tráfico de drogas en la actuali-

dad sería propia de la internacionalización y de la globalización de la economía, presentando generalmente los rasgos de la denominada **criminalidad de la globalización**, en el sentido de que no se muestra ya como un fenómeno social de tipo marginal sino, por el contrario, como uno que se lleva a cabo a partir de “elementos de organización, transnacionalidad y poder económico”⁴².

Se ha señalado que en materia de criminalidad organizada⁴³, la región europea se constituye como uno de los centros neurálgicos del crimen organizado internacional, ya que el alto potencial de consumo de drogas de su población y las infraestructuras existentes en materia de transporte y logística, conforman un centro de distribución ideal para tres tipos de grupos: organizaciones criminales procedentes de otras partes del mundo que han ingresado directa o indirectamente al mercado europeo, grupos mafiosos italianos que han tenido presencia en Italia y fuera de ella, y grupos de crimen organizado procedentes de otros países europeos que atraídos por las perspectivas de beneficio generadas inicialmente por el tráfico de drogas se dedican también a otras actividades lucrativas menos controladas, como la inmigración o el contrabando de productos ilegales o restringidos⁴⁴.

Según los informes que anualmente *Europol* realiza sobre la situación de la delincuencia organizada en Europa, se destacan **cinco ejes claves en la Unión Europea** que reúnen condiciones favorables a la concentración de recursos, medios e intereses para la distribución de los principales mercados ilegales europeos⁴⁵.

El llamado **“Eje del Noroeste”** se centra principalmente en Holanda y Bélgica aunque también incluye a Gran Bretaña e Irlanda, y reúne las características

40 VORBAUM, *ul. op. cit.*, pp. 102 ss.

41 RODRÍGUEZ GARCÍA, “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza”, en BUJOSA VADELL (coordinación), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008, pp. 275 ss.

42 GRACIA MARTÍN, “El Derecho penal ante la globalización económica”, en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20EI%20Derecho%20Penal%20ante%20la%20globalizaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf>, pp. 14 ss., consultada en fecha enero 2014.

43 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, “La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales”, en VV.AA., *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2012, pp. 11-30. Indica como rasgos de la criminalidad organizada: la existencia de una organización para acometer el negocio criminal entendida como la ordenación formal de funciones y normas para la consecución en común de una actividad ilegal con una determinada finalidad; la provisión y suministro de servicios y bienes legales e ilegales; la búsqueda de beneficio económico y el empleo del blanqueo de capitales; continuidad y tradición en el negocio; utilización de la violencia hacia el interior y el exterior de las organizaciones; utilización de formas de corrupción en el desarrollo del negocio criminal y confusión con empresas legales.

44 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, “La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales”, en VV.AA., *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2012, pp. 11-30.

45 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *ul. op. cit.*, pp. 11-30. Citando, *Europol: Organized Crime Threat Assessment, 2007, 2008 y 2009*, disponible en la página web: <http://www.europol.europa.eu/publications>.

necesarias para configurarse como el principal mercado secundario de distribución de cocaína y heroína de Europa y el primer productor de drogas de síntesis del mundo. Poseen grandes infraestructuras para el transporte internacional hacia la región atlántica, tienen la existencia de comunidades étnicas bien establecidas favorables al establecimiento de vínculos comerciales con organizaciones turcas, colombianas, chinas y marroquíes, diferencias impositivas respecto a determinados productos como el tabaco, una economía saneada y próspera favorecedora de una importante demanda y la proximidad geográfica de otros países europeos⁴⁶.

Holanda y, en segundo lugar, Bélgica concentran la distribución del tráfico de hachís procedente de Marruecos y de cocaína procedente de Colombia, Perú o Bolivia. La cocaína se trasladaría por vía marítima hasta España para luego ser distribuida a los mercados europeos, en barco directamente a Gran Bretaña o por vía aérea a uno de los más activos aeropuertos: el de Ámsterdam. La heroína, en cambio, procede de Afganistán aunque la distribución sería realizada por los grupos turcos⁴⁷.

Finalmente, Holanda y Bélgica se erigen como los principales países de origen de drogas sintéticas cuyos precursores proceden de Rusia y China. La distribución de la droga al resto de Europa se realiza principalmente por vía marítima a través de los puertos de Rotterdam, Amberes, Hamburgo y Dover para ser posteriormente distribuida a los países cercanos como Reino Unido, Francia, España, Alemania, los países bálticos y los países escandinavos⁴⁸.

En el *“Eje del suroeste”* la península Ibérica concentra el mayor número de actividades y recursos procedentes del crimen organizado. Por un lado, el tráfico de cocaína procedente de países americanos, bien directamente desde Colombia, Perú o Bolivia; o a través de países de tránsito, como Venezuela o los países caribeños⁴⁹.

En el *“Eje del noreste”* los países bálticos son el centro de este eje caracterizado por su posición estratégica en la frontera con Rusia, Estonia, Letonia, Ucrania, Bielorrusia y otros países del este de Europa. Entre las actividades más activas se encontraría el contrabando

de productos falsificados que llegan al puerto de San Petersburgo para luego ser enviados a Lituania, Letonia, Polonia y Alemania o el tráfico de drogas que también sería de considerable intensidad en la zona. La cocaína procedente de Suramérica llega a San Petersburgo, a través de Sudáfrica o directamente a los países bálticos, para ser distribuida en Rusia y los países del este de Europa. El hachís marroquí llega a través de España y la heroína de Afganistán llega a través de la ruta de los Balcanes o mediante la intermediación de grupos paquistaníes, turcos, iraníes que, por su proximidad al país productor, se encargan de la distribución hacia Europa del Este. También el tráfico de drogas de síntesis es intenso hacia Europa del Este⁵⁰.

En el *“Eje del sureste”* la situación del mar Negro como frontera entre Asia y Europa constituye un factor de oportunidad esencial donde Rumania y Bulgaria se convierten en países de entrada de numerosas actividades ilícitas a Europa. En esta zona, es intenso el tráfico de cocaína procedente de Turquía o los Balcanes por intermediación de grupos albaneses y turcos que tienen el monopolio en la zona como consecuencia de la emergencia de los países de África Occidental como zona principal de tránsito en esta sustancia. Rumania constituye un eje fundamental en esta zona y el puerto de Constanza tiene un protagonismo esencial como puerta de entrada hacia el resto de Europa en referencia a numerosos productos o servicios ilegales. Ucrania, a su vez, también sería la puerta de entrada de la heroína que proviene de Turquía por mediación de grupos turcos que actúan en cooperación con grupos búlgaros. La droga pasa a través de la ruta de los Balcanes donde es vendida a los grupos albaneses que se encargan de su distribución en Europa⁵¹.

Finalmente, *Italia* se consideraría un eje en sí mismo. Los principales grupos criminales italianos como *la Camorra*, *Ndrangheta* y *Cosa Nostra* siguen muy activos en el tráfico de drogas a través de productivas alianzas con grupos albaneses, colombianos, turcos y africanos. En ciertos mercados como el tráfico de cocaína, estos grupos tienen la posibilidad de ir directamente a la fuente como el caso de la *Ndrangheta* que posee contacto directo con grupos colombianos y tiene estructuras logísticas en España. Lo mismo ocurre con

46 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *ul.op.cit.*, pp. 11-30.

47 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *ul.op.cit.*, pp. 11-30.

48 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *ul.op.cit.*, pp. 11-30.

49 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *ul.op.cit.*, pp. 11-30.

50 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *ul.op.cit.*, pp. 11-30.

51 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *ul.op.cit.*, pp. 11-30.

el cannabis que mayoritariamente se envía directamente a Italia desde Marruecos⁵².

2. Disposiciones mínimas en materias de tráfico de drogas en la Unión Europea

Antes de entrar en la normativa concreta en materia de tráfico de drogas en la Unión Europea, hay que destacar que aunque la Unión Europea no posee un Derecho penal supranacional⁵³, habría generado distintas formas de influencia sobre los Derechos penales nacionales, como **son la asimilación, el principio de primacía del Derecho comunitario, que produce los denominados efectos negativos sobre el Derecho penal nacional y la armonización**, en la llamada *“europeización del Derecho penal nacional”*⁵⁴.

Respecto al **principio de primacía del Derecho comunitario en relación a los ordenamientos internos**, éste posee sus correspondientes efectos negativos sobre el Derecho penal nacional, ya que el juez nacional no podría aplicar una norma jurídica interna que resultara contraria a las normas comunitarias y las leyes penales no serían una excepción⁵⁵.

Por otra parte, también cobra importancia **los efectos jurídicos que las directivas tienen sobre los ordenamientos penales de los Estados miembros**. En este sentido, habría que distinguir distintas situaciones dependiendo de la implementación de la normativa europea por parte del correspondiente Estado miembro.

ROMEO MALANDA afirma que cuando exista⁵⁶ una directiva penal sin transposición al derecho interno, como regla general se considera que las directivas son una norma obligatoria en cuanto a los resultados

y cuyos destinatarios son únicamente los Estados miembros, si bien, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) habría considerado que en determinadas condiciones, algunas disposiciones de una Directiva pueden tener efecto directo (es decir, pueden crear derechos para los ciudadanos con independencia de la inactividad o incorrecta actividad de los Estados). Si la transposición que lleve a cabo el Estado se produce correctamente en el plazo concedido por la Directiva, los efectos de la misma se producen a través de esa norma interna. En cambio, en el caso de que el Estado no haga nada en ese plazo o si la transposición no se lleva a cabo correctamente, el TJCE habría entendido que sería incompatible con el efecto útil de la Directiva que los particulares no pudieran alegarla en vía judicial⁵⁷.

Asimismo, se considera que el Estado miembro que no ha cumplido con su deber no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento. Se trataría **de un efecto directo vertical sólo a favor de los particulares y frente a los Estados y no a la inversa**. Por lo tanto, en el caso de que la directiva imponga obligaciones a los ciudadanos y conceda los subsiguientes derechos a los Estados (por ejemplo, exija la imposición de sanciones penales frente a determinados comportamientos), éstos no pueden ejercerlos contra aquéllos. **Se excluye así el efecto directo vertical descendente**. De esta manera, si el Estado no ha transpuesto una directiva que debiera suponer una criminalización, ello no podrá afectar negativamente al sujeto activo, que deberá ser juzgado de acuerdo con la normativa interna vigente en el momento de la acción⁵⁸.

52 ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *ul.op.cit.*, pp. 11-30.

53 Cfr. en torno a esta materia QUINTERO OLIVARES, “La unificación de la Justicia penal en Europa”, en *Revista Penal*, núm.3, 1999, p. 53. Vid. VORMBAUM, “El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo”, en *Revista penal*, núm. 19, 2007, pp. 101 ss.

54 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 2004, p. 94. Sobre los efectos de la eficacia directa vertical de las Directivas Comunitarias, cfr. VÁZQUEZ ORGAZ, “La eficacia directa de las Directivas comunitarias”, en www.derecho.com, visitada en fecha 9 de noviembre de 2006. Cfr., en torno al déficit democrático de la Unión Europea en relación con la creación normativa a través del llamado “tercer pilar”, bajo Acuerdo Común o Decisiones-marco, RUIZ ROBLEDO, *El Derecho fundamental a la Legalidad Punitiva, “El concepto de legislación en el ámbito penal”*, Valencia, 2004, en www.tirantonline.com, consultada en fecha 27 de octubre de 2006, p. 6. Cfr. VORMBAUM, *ul.op.cit.*, p. 101 s, donde señala que la Decisión marco tiene como finalidad la aproximación legal de los Estados miembros, sin tener influencia directa sobre el ciudadano europeo no pudiendo ser aplicadas por autoridades y jueces hasta que el legislador nacional las transforme en Derecho nacional vigente. No obstante, no necesitan ninguna ratificación, pudiendo entrar en vigor las Decisiones-marco en el momento que fije el Consejo Europeo.

55 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 2004, p. 94.

56 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 370 ss.

57 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 370 ss.

58 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 370 ss.

En el caso contrario, cuando se criminalizan más conductas de las exigidas en la directiva o se hace con una pena superior al límite máximo indicado en la misma, no parece que nada quepa oponer a que los Estados protejan en mayor medida los bienes jurídicos afectados por la directiva, incluyendo nuevas figuras delictivas no contenidas en la misma⁵⁹.

Conforme a la **doctrina del Tribunal Constitucional español**⁶⁰ se dispone que las disposiciones de Derecho comunitario pueden cumplir con la función de complementar la ley penal, incluso, cuando ésta exija el rango de ley para la norma remitida, puesto que España se hallaría vinculada al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, revelándose la primacía del Derecho comunitario en el orden interno⁶¹.

Sin embargo, en torno a la normativa comunitaria no implementada, como es el caso de las Directivas, el Tribunal Supremo en consonancia con el **principio de subsidiariedad**, ha considerado que las Directivas que no hayan sido adecuadamente traspuestas al Derecho interno de los Estados, no podría integrar en el tipo penal puesto que una Directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y sus disposiciones no pueden invocarse como tal, contra dicho particular. Por ello, para la integración del tipo penal habrán de valorarse como normativa administrativa comunitaria cuya infracción conformaría el tipo, los Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen aplicación directa y primacía sobre el Derecho interno, mientras que las Directivas no implementadas solamente tendrían eficacia exclusivamente para restringir el tipo pero no para ampliarlo⁶².

Tras sintetizar este aspecto, en materia de tráfico de drogas en la Unión Europea cobra importancia la *Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004* y la legislación en preparación. Asimismo, también destacaremos algunas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de libre circulación de productos y servicios y comercio de las denominadas “drogas blandas”.

En primer lugar, la *Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*, se dispuso ante la necesidad de adoptar normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos de tráfico ilícito de drogas y precursores que permitieran un enfoque común en la Unión Europea. Conforme al principio de subsidiariedad, la actuación de la Unión se tendría que centrar en los delitos más graves en materia de tráfico de drogas.

En cualquier caso, se estimó que las sanciones previstas por los Estados miembros debían ser efectivas, proporcionadas y disuasorias e incluir penas privativas de libertad. De esta manera, para determinar el nivel de las sanciones, se valorarían principalmente tres aspectos: por un lado, **las cantidades de droga**; por otra, **la naturaleza de las drogas objeto del tráfico**, y finalmente, **si el delito fue cometido en el marco de una organización delictiva**.

En esta línea, la *Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004* dispone que cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de determinadas **conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a Derecho**, comprendiéndose la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el correteaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas; el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis; la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en el primer apartado; y finalmente, la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines⁶³.

Se recoge que las conductas expuestas no se incluirán si sus autores **han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo defina la legislación nacional**.

59 ROMEO MALANDA, *ul. op. cit.*, pp. 370 ss.

60 STS núm. 363/2001 (Sala de lo Penal), de 7 marzo.

61 STC núm. 120/1998 (Sala Segunda), de 15 junio.

62 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 52/2003, de 24 febrero.

63 El art. 368 CP dispone: “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 las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos

Asimismo, se especifica que cada uno de los Estados miembros tomará las medidas necesarias para tipificar como delito la inducción, la complicidad o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos indicados. No obstante, los Estados miembros **podrán no tipificar como delito la tentativa de oferta o de preparación de drogas indicada en la letra a) del apartado 1 del artículo 2 y la tentativa de posesión de drogas indicada en la letra c) del apartado 1 de dicho artículo.**

Respecto a las sanciones se detalla que cada uno de los Estados miembros garantizará que los delitos considerados en los artículos 2 y 3 **se castigan con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias**, adoptando las medidas necesarias para que los delitos indicados en el artículo 2 **se castiguen con penas máximas de uno a tres años de privación de libertad, como mínimo.**

Por otra parte, los delitos indicados en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 2 **se castigarán con penas máximas de cinco a diez años de privación de libertad, como mínimo, en cada uno de los casos siguientes:** que el delito esté relacionado con grandes cantidades de drogas; que el delito, o bien esté relacionado con las drogas más perjudiciales para la salud, o bien provoque daños importantes a la salud de muchas personas⁶⁴.

Igualmente, se expone que cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para asegurar que los delitos contemplados en el apartado mencionado **se castiguen con penas máximas de al menos 10 años de privación de libertad cuando el delito se haya cometido dentro de una organización delictiva** en el sentido de la *Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 relativa a la tipificación penal de*

*la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea*⁶⁵.

Por otra parte, **los delitos indicados en la letra d) del apartado 1 del artículo 2 se castigarán con penas máximas de 5 a 10 años de privación de libertad, como mínimo**, cuando el delito se haya cometido *dentro de una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98/733/JAI*, y los precursores se destinen a la producción o a la fabricación de drogas en las circunstancias mencionadas en las letras a) o b) del apartado 2⁶⁶.

En relación a **circunstancias atenuantes**, se afirma que cada Estado miembro podrá adoptar las medidas oportunas para que las penas contempladas puedan reducirse cuando el autor del delito renuncie a sus actividades delictivas en el ámbito del tráfico de drogas y de precursores, y proporcione a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no habrían podido obtener de otra manera, ayudándoles a prevenir o atenuar los efectos del delito; descubrir o procesar a los otros autores del delito; encontrar pruebas; o impedir que se cometan otros delitos de los previstos en los artículos 2 y 3 de la Decisión Marco⁶⁷.

En esta materia, también se establecerían normas en relación a la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, disponiendo que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables de cualquiera de los delitos indicados en los artículos 2 y 3, cuando los haya cometido por cuenta de la persona jurídica cualquier persona que actúe a título individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica y que tenga en ella un poder de dirección derivado de un poder de representación de la persona jurídica; autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o

que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. 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". El art. 371 CP sanciona: "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 otros 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 tripo 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."

64 Cfr. artículo 369 CP.

65 Cfr. artículo 369 bis CP.

66 Cfr. artículo 370 CP.

67 Cfr. art. 376 CP.

autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica.

Del mismo modo, se recoge que los Estados miembros intervendrán para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas señaladas en dicho apartado haya hecho posible la comisión de alguno de los delitos enumerados en los artículos 2 y 3, en provecho de la persona jurídica, por una persona sometida a su autoridad. La responsabilidad de las personas jurídicas a tenor de los apartados 1 y 2 no excluiría la incoación de actuaciones penales contra las personas físicas que hayan cometido o inducido a la comisión de alguno de los delitos indicados en los artículos 2 y 3 o que hayan participado en ellos en calidad de cómplices⁶⁸.

En última instancia, en materia de **competencia y enjuiciamiento** se dispone que cada uno de los Estados miembros adoptará medidas para establecer su competencia respecto de los delitos indicados en los artículos 2 y 3 cuando: *el delito se haya cometido total o parcialmente en su territorio; el autor del delito sea uno de sus nacionales, o el delito haya sido cometido en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio*. Cualquier Estado miembro podrá decidir no aplicar, o aplicar sólo en determinados casos o circunstancias

concretas, las normas de competencia definidas en las letras b) y c) del apartado 1, cuando el delito en cuestión se haya cometido fuera de su territorio. Cualquier Estado miembro que, de conformidad con su ordenamiento jurídico, no extradite a sus nacionales adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos contemplados en los artículos 2 y 3 y, en su caso, perseguirlos judicialmente, cuando hayan sido cometidos por uno de sus nacionales fuera de su territorio.

En nuestro país, la *Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio*, realizada en base a lo dispuesto en la *Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004*, recogía en su Exposición de Motivos que con dicha reforma se habría reforzado el principio de proporcionalidad de la pena en esta materia, reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados de delito de tráfico de drogas, considerándose que las numerosas agravaciones específicas que contiene el Código Penal, de acuerdo con la pauta europea, asegurarían dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva⁶⁹.

Tras la delimitación de los aspectos principales contemplados en la normativa europea vigente, en segundo lugar, en torno a la armonización penal en relación al tráfico de drogas en la Unión Europea, también debe-

68 En relación a las **sanciones aplicables a las personas jurídicas**, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica declarada responsable en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6 le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones tales como: medidas de exclusión del disfrute de ventajas de carácter fiscal o de otro tipo o de ayudas públicas; la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; el sometimiento a vigilancia judicial; medidas judiciales de liquidación; el cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión del delito; de conformidad con el apartado 5 del artículo 4, el decomiso de las sustancias objeto de los delitos mencionados en los artículos 2 y 3, de los instrumentos utilizados o que se

pretenda utilizar en estos delitos, y los productos de dichos delitos o el embargo de bienes cuyo valor corresponda al de dichos productos, sustancias o instrumentos. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que la persona jurídica que se considere responsable con arreglo al apartado 2 del artículo 6 pueda ser castigada mediante sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias. Cfr. art. 369 bis CP sobre las penas aplicables en España a las personas jurídicas.

69 Asimismo, se acoge la previsión contenida en el *Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005*, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes. Del mismo modo, se precisa más adecuadamente la agravante de buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término “embarcación” a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrigidas. Se especifica que hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Así, en el caso de las organizaciones criminales, el artículo 570 bis tipifica primero las conductas básicas de constitución, dirección y coordinación, distinguiendo según se trate de cometer delitos graves u otras infracciones criminales (incluida la reiteración de faltas), y en un segundo nivel punitivo sitúa las actividades de participación o cooperación, a las que se anuda una respuesta penal inferior, agregando en fin agravaciones específicas en función de las características de la organización y el tipo de delitos que tiene por objeto. Los grupos criminales se contemplan en el artículo 570 ter, equiparándose las conductas de constitución de los mismos con la financiación de su actividad o la integración en ellos, pero siempre distinguiendo la respuesta punitiva a partir de la gravedad de las infracciones criminales que tratan de cometer, en términos análogos a los que rigen para las organizaciones, y con similares agravaciones en razón de las características del grupo.

Respecto a la nueva regulación del comiso, cfr. *Proyecto de Reforma del Código penal de 4 de octubre de 2013*.

mos destacar la notable importancia de la legislación en preparación, sobre todo las propuestas relacionadas con la modificación de la citada Decisión Marco y a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre nuevas sustancias psicotrópicas. En este sentido, desde nuestro punto de vista, la normativa se centraría en dos cuestiones: la nueva definición de droga y uso desviado de sustancias destinadas a la fabricación de medicamentos para fines de tráfico de drogas.

a) Nueva definición de droga

En lo que respecta al concepto de **droga**, es de sobra conocido, que el uso legal de estupefacientes viene determinado por lo previsto en los Convenios Internacionales sobre la materia⁷⁰, destacándose tanto la Convención Única de 1961 como Convención de Viena de 1971, en torno a la permisibilidad de usos médicos de estupefacientes con el fin de mitigar el sufrimiento y la utilización terapéutica y científica de las sustancias psicotrópicas.

La Organización Mundial de la Salud **definió droga** como toda aquella sustancia que introducida en un organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones siendo susceptible de crear dependencia, pudiendo provocar simultáneamente tolerancia⁷¹. La *Convención de Viena de 1971*, define a la sustancia estupefaciente como cualquiera de las contenidas en las Lista I y II del Convenio, ya sean naturales o sintéticas. Por sustancia psicotrópica, el *Convenio de Viena de 1971*, actualizado por el Convenio de Viena de 1988, estableció que debería entenderse a toda sustancia que produjese estado de dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central con resultado de

alucinaciones, trastorno de la función motora, del juicio, del comportamiento, de la percepción o del estado de ánimo⁷².

En España, la *Consulta 12/1985, de 13 diciembre, de la Fiscalía General del Estado*, consideró que para determinar con exactitud la extensión de la palabra estupefaciente habría que tener en cuenta, las sustancias que figuran en las listas I, II y IV del Convenio de las Naciones Unidas de 1961 y para perfilar las sustancias psicotrópicas habría que acudir al Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971. Todas ellas serían los psicotrópicos en sentido legal, pero su número sería *apporatus*, porque en el futuro podrían incorporarse otros productos a los inicialmente establecidos. Dentro de los psicotrópicos existirían productos farmacéuticos comercializados en cuya composición interviniesen anfetaminas o barbitúricos y para la concreción de los psicotrópicos sometidos a limitaciones de fabricación, comercio y consumo forzosamente habría que acudir a las listas II, III y IV del Convenio de Viena de 1971.

En definitiva, se consideró que aunque abstractamente todas las sustancias psicotrópicas incluidas en las listas del Convenio de Viena de 1971, serían nocivas para la salud, **ante un hecho concreto de tráfico ilícito, y para precisar si serían además productos de un grave daño, sería indispensable que, dado un preparado farmacéutico**, quedasen aclaradas las siguientes circunstancias: *identificación exacta del producto, naturaleza de la sustancia psicotrópica que interviene en su composición, riqueza de sus principios activos, nocividad o riesgo para la salud pública de su uso extraterapéutico y acción farmacológica y efectos (dependencia física y potencial dependencia psicológica) del producto farmacéutico*⁷³.

70 Cfr. MENDOZA CALDERÓN, *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, 2011, pp. 311 ss. BRELL GONZÁLEZ, "El consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotropos, sus efectos sobre las personas", en MARTÍNEZ PÉREZ (Director), *Enfermo mental y proceso penal, especial referencia a las medidas cautelares*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, I, 2006, pp. 158 s. Cfr. igualmente, en este punto sobre la distinción droga-medicamento, LORENZO SALGADO, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1983, pp. 2 ss. Vid. ROMÁN GOBERNARDO, "Delito contra la salud pública. Convenios internacionales", en CIMÁS JIMÉNEZ (Dirección), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, número 37, 2007, p. 222.

71 Cfr. A/48/PV 37-42, Asamblea General de Naciones Unidas, 48º Sesión, Documentos Oficiales, Control Internacional de Drogas, 26 a 28 de octubre de 1993. Vid. igualmente, ROMÁN GOBERNARDO, "Delito contra la salud pública. Convenios internacionales", en CIMÁS JIMÉNEZ (Dirección), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, número 37, 2007, p. 226.

72 Cfr. Convención sobre sustancias psicotrópicas, Viena, 21 de febrero de 1971, actualizada por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico de Estupefacientes y Psicotropos, Viena, 19 de diciembre de 1988.

73 Cfr. PRIETO RODRÍGUEZ, El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español, Pamplona, 1993, pp. 26 ss. Cfr. MENDOZA CALDERÓN, *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, 2011, pp. 311 ss. A pesar de lo expuesto, hay que destacar que la *Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio*, ha modificado lo previsto en el art. 368 CP. Por una parte se habría

En la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de septiembre de 2013, por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, en lo que respecta a la definición de droga*⁷⁴, se reconoce que la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004⁷⁵, habría adoptado un enfoque común para la lucha contra el tráfico ilícito de droga, estableciendo unas normas comunes mínimas sobre la definición de los delitos relativos al tráfico de drogas y las sanciones aplicables, **a fin de evitar que surjan problemas de cooperación entre las autoridades judiciales y los servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, debidos a que el delito o los delitos no tienen la misma consideración penal en el país requirente y en el país requerido.**

Sin embargo, se ha señalado que aunque estas disposiciones se aplican a las sustancias reguladas por los Convenios de las Naciones Unidas y a las drogas de síntesis sometidas a control en el marco de la *Acción Común 97/396/JAI de 16 de junio de 1997*⁷⁶, éstas **no serían aplicables a las nuevas sustancias psicotrópicas**. Por ello, se recalca que **con objeto de racionalizar y clarificar el marco jurídico aplicable a las drogas, la mayoría de las nuevas sustancias psicotrópicas debería regularse por las mismas disposiciones de Derecho penal que se aplican a las sustancias controladas en el marco de los Convenios de las Naciones Unidas.**

Esta propuesta se basaría en el artículo 83, apartado 1, del TFUE, considerándose conforme al **principio de subsidiariedad** que la UE está en mejores condiciones que los Estados miembros para tomar medidas que limiten la disponibilidad en el mercado interior de las nuevas sustancias psicotrópicas nocivas para los con-

rebajado el límite máximo de la pena privativa de libertad a imponer en los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud de nueve a seis años de prisión, manteniéndose la pena de multa prevista para estos supuestos; y por otro lado, se habría introducido un nuevo párrafo que otorgaría a los tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, facultad que no será aplicable cuando concurren las circunstancias agravantes de los artículos 369 bis y 370. Como ha indicado la doctrina, en esta reforma subyace la debatida cuestión sobre la llamada *"tipicidad mínima"* en el tráfico de drogas. Con la reforma se intentaría poder mitigar siquiera excepcionalmente, el excesivo rigor penal del tipo básico del tráfico de drogas. Se señala por MANJÓN-CABEZA OLMEDA, que sus antecedentes estarían en el *Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003* en el que se planteó la cuestión de la tipicidad o atipicidad de cantidades mínimas de drogas al existir dos líneas jurisprudenciales antitéticas. La primera de ellas sostendría la atipicidad de la venta de pequeñas cantidades de droga por ausencia de riesgo para la salud pública, lo que haría inexistente la antijuricidad material. La ínfima cantidad impediría el riesgo de difusión entre múltiples e inconcretos consumidores dada la imposibilidad de división, y que en todo caso, era necesario determinar no solo la cantidad de droga, sino también su pureza, o sea la cantidad de principio activo, pues solo conociéndose ese extremo se podría afirmar la *idoneidad* de la sustancia para afectar a la salud individual y a la pública. Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, "Tipicidad mínima en el delito del art. 368 CP. Cantidad de droga y atenuación. Crónica de una reforma anunciada", *Diario la Ley*, num. 6651, 14 de febrero de 2007, pp. 1-4. Cfr. a favor de la tesis de la dosis mínima psicoactiva para afirmar la tipicidad, SEQUEROS SAZATORNIL, "El principio de insignificancia y su relevancia en el tráfico ilegal de drogas: análisis del "injusto de bagatela", *La Ley*, num. 5927, de 7 de enero de 2004. Cfr. ampliamente, ARROYO ZAPATERO, "El objeto material en el artículo 368 del CP: planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 321-381. Cfr. <http://www.cienciaspenales.net>. PERALS CALLEJA, "Modificaciones del Código penal en materia de tráfico de drogas como consecuencia de la Ley orgánica 15/2003", www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL27.pdf, 2004, pp. 1607 ss. Cfr. Acuerdo de 19 octubre 2001 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal): en relación a la cantidad de notoria importancia: se estima a partir de 500 dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001; atención exclusiva a la sustancia reducida a pureza, con la salvedad del hachís y sus derivados. Cfr. el Acuerdo del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 25 noviembre 2008, respecto a conductas de extrema gravedad que considera la aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por el Tribunal Supremo como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia; la aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP. Cfr. STS de 20 de febrero de 2004, num. 259.

74 Bruselas, 17.9.2013 COM(2013) 618 final 2013/0304 (COD).

75 DO L 335 de 11.11.2004, p. 8.

76 DO L 167 de 25.6.1997, p. 1. Conforme a la Decisión Marco de 2004, sobre tráfico de drogas, se entiende por droga: todas las sustancias contempladas en los siguientes convenios de las Naciones Unidas: la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (enmendada por el Protocolo de 1972); el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971. Tendrán también la consideración de drogas las sustancias sometidas a control en el marco de la Acción Común 97/396/JAI, de 16 de junio de 1997, relativa al intercambio de información, la evaluación del riesgo y el control de las nuevas drogas sintéticas.

sumidores⁷⁷, garantizando al mismo tiempo que no se obstaculicen los intercambios legítimos, ya que individualmente, los Estados miembros **no pueden abordar de forma sostenible y eficaz la rápida aparición y difusión de estas sustancias.**

Se reconoce que **las acciones nacionales descoordinadas y la proliferación de diversos regímenes nacionales sobre las nuevas sustancias psicotrópicas pueden producir efectos en cadena en otros Estados miembros (desplazamiento de sustancias nocivas) y plantear problemas de cooperación entre las autoridades judiciales y los servicios con funciones coercitivas.** La propuesta, en base al principio de proporcionalidad, solo abarcaría lo necesario para alcanzar los objetivos, ya que solo prevé la aplicación del Derecho penal a las nuevas sustancias psicotrópicas que son motivo de grave preocupación a nivel de la UE⁷⁸.

Por ello, debido a la notable preocupación de la Unión Europea en relación al desvío de sustancias para la fabricación de medicamentos al destino final de tráfico de drogas, en la normativa proyectada, la Decisión marco 2004/757/JAI se modificaría considerando “droga” a: **a todas las nuevas sustancias psicotrópicas que entrañan graves riesgos para la salud, así como riesgos sociales y para la seguridad, sometidas a res-**

tricciones comerciales permanentes de conformidad con el artículo 13, apartado 1, del Reglamento (UE) sobre las nuevas sustancias psicotrópicas⁷⁹.

b) Necesidad de intervención en este campo: uso desviado de sustancias destinadas a la fabricación de medicamentos

Otro aspecto en el que se ha centrado la legislación en preparación de la Unión Europea, en íntima conexión con lo expuesto en el apartado anterior, serían los casos de usos desviados de medicamentos, en este supuesto, con la finalidad de tráfico de drogas.

Para entender realmente la globalidad de esta problemática hay que remitirse a lo dispuesto por el *Informe de la Junta Internacional para la fiscalización de estupefacientes de 1 de marzo de 2007*⁸⁰, que ya ponía de relieve que⁸¹ existe un mercado no reglamentado de medicamentos cuando personas o entidades (autorizadas o no autorizadas) comercian con medicamentos sin contar con el permiso necesario ni estar facultados para hacerlo, en contravención de las leyes, reglamentaciones y normativa aplicable. Se abarcarían medicamentos legalmente fabricados⁸² o importados y medicamentos falsificados o que no cumplan la normativa correspondientes, entendiendo el término “comerciar”⁸³ en un sentido amplio, como toda operación comercial

77 El art. 5.3 TUE señala que “en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

78 De igual modo el art. 5.4 TUE establece que en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”.

79 Cfr. Reglamento (UE) N o 225/2011 DE LA COMISIÓN, de 7 de marzo de 2011 que modifica el Reglamento (CE) n o 1277/2005 de la Comisión por el que se establecen normas de aplicación para el Reglamento (CE) n o 273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre precursores de drogas, y para el Reglamento (CE) n o 111/2005 del Consejo, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países. DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN. RESUMEN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO que acompaña al documento Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre las nuevas sustancias psicotrópicas y de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, por lo que respecta a la definición de drogas, {COM(2013) 619 final} {COM(2013) 618 final} {SWD(2013) 319 final}.

80 Vid el documento, E/INCB/2006/1, *Informe sobre el año 2006*, de 1 de marzo de 2007. Convención Única de 1961 de las Naciones Unidas (suscrita por España el día 27 de julio de 1961 y ratificada por Instrumento de 3 de Febrero de 1966) y, por otro, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 (suscrito por España mediante Instrumento de Adhesión, el 2 de febrero de 1973). Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, firmado en Viena el 20 de diciembre de 1988. Reglamento CE núm. 297/2009 de la Comisión, de 8 de abril de 2009, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1277/2005 de la Comisión por el que se establecen normas de aplicación para el Reglamento (CE) n.º 273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre precursores de drogas, y para el Reglamento (CE) n.º 111/2005 del Consejo, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países.

81 Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Medicamentos falsificados”, Nota informativa núm. 275, febrero de 2006.

82 Se detalla que en las etiquetas de los medicamentos falsificados se incluye de manera deliberada y fraudulenta información falsa acerca de su identidad o de su fabricante, afectando tanto a los productos de marca como genéricos. En algunos casos la composición es correcta pero el envase ha sido falsificado, mientras que en otros, la composición es incorrecta o bien no incluye el principio activo o este es insuficiente.

relacionada con dichos medicamentos. El mercado no reglamentado, según esta organización, dependería de dos grandes fuentes de suministro, por una parte fuentes oficiales y por otro lado, las llamadas “otras fuentes”: entre las primeras, surgen la sustracción de los medicamentos en establecimientos de fabricantes y distribuidores autorizados al por mayor o al por menor, o incluso en los centros de salud y también pueden ser vendidos por personas que los han obtenido con receta médica. En la segunda clase de fuentes, aparecen la fabricación, importación o distribución de medicamentos falsificados, la infiltración de medicamentos sustraídos a personas que los poseían con receta, la venta de fármacos a través de Internet, (incluso los que exigen la preceptiva receta médica)⁸⁴.

Tradicionalmente determinados medicamentos contienen principios activos que han sido incluidos en los diferentes anexos sobre Sustancias psicotrópicas previstas en la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas⁸⁵, como la buprenorfina (buprex), el flunitrazepam (rophenol), el alprazolam (trankimazin), el clorazepato dipotásico (tranxilium), lorazepam (orfidal) y el diazepam (valium)⁸⁶, sin embargo, el Informe de 2009 señalaba que se habría subestimado el peligro del uso indebido de medicamentos de venta con receta que contenían estupefacientes o sustancias psicotrópicas consumidos

como drogas recreativas, indicando entre los métodos más frecuentemente utilizados para la desviación las recetas médicas falsificadas, vendidas, robadas (en farmacias, hospitales y consultorios médicos) y la obtención de recetas de varios médicos (“doctor shopping”).

Asimismo, también se habría puesto de manifiesto que en los últimos años, los grupos delictivos organizados habrían advertido la demanda potencial de estos productos y habrían agregado a su oferta ese tipo de medicamentos desviados de canales lícitos⁸⁷.

En esta línea, incluso el Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, de 24 de febrero de 2010⁸⁸ destacaba que las sustancias psicotrópicas ya no se desviarían de los canales de distribución internos a granel; sino que hoy en día la desviación tendría lugar principalmente en forma de preparados farmacéuticos que las contendrían comercializados con mayor frecuencia ilegalmente en Internet. El *modus operandi* habitual consistiría en recetas falsificadas, la venta de sustancias por farmacias sin las prescripciones correspondientes o el robo en farmacias, mayoristas o fábricas. Asimismo, las sustancias más corrientemente desviadas serían los estimulantes (metilfenidato), las benzodiacepinas (en particular diazepam, alprazolam, lorazepam, clonazepam y flunitrazepam), así como la buprenorfina, utilizada en los programas de desintoxicación y de tratamiento de sustitución para los heroínómanos. El flunitrazepam y otras benzodiacepinas se

83 Las actividades se realizarían tanto en ferias o mercados vecinales en los que se venderían medicamentos junto con otros productos como bálsamos, tónicos y cremas, hasta sistemas más organizados dirigidos por fabricantes, importadores, minoristas, mayoristas y profesionales de la salud poco escrupulosos, movidos ante las expectativas de grandes ganancias económicas.

84 MENDOZA CALDERÓN, *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, 2011, pp. 93 ss. Con respecto a los factores que determinan la aparición de estos mercados no reglamentados se señalan el acceso limitado a los servicios de atención a la salud que existe en muchos países, el costo aparentemente más bajo de los medicamentos ofertados en dichos mercados, la privacidad que ofrece Internet al no existir constancia de historial clínico, la inexistencia de servicios adecuados de inspección farmacéutica, las reglamentaciones de control de fiscalización de drogas excesivamente restrictiva, con la presencia de una serie de requisitos no previstos por los tratados internacionales y la utilización de estos servicios ilegales por personas en su mayoría dependientes del consumo de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

85 Cfr. igualmente el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, sobre sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, teniendo en cuenta que asimismo deben consultarse las decisiones de la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas modificando y actualizando las Listas del Convenio de 1971 y 1988, a raíz de las cuales han surgido diferentes Órdenes Ministeriales de actualización de las Listas de sustancias. La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes publica periódicamente tres listas, la lista “amarilla” de sustancias catalogadas como estupefacientes, la lista “verde” de sustancias catalogadas como psicotrópicas y la lista “roja” de sustancias catalogadas como precursores.

86 Cfr. MENDOZA CALDERÓN, *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, 2011, pp. 93 ss.

87 Cfr. E/INCB/2009/1, 24 de febrero 2010. Por otra parte, también se ha analizado en este Informe las mezclas de hierbas que contienen cannabinoides sintéticos conocidas con el nombre “Spice”. Aunque se anuncian como mezclas de plantas que no son aptas para el consumo humano, los productos Spice se fuman y se sabe que provocan en los consumidores efectos psicoactivos similares a los que produce el cannabis. Los productos Spice se compran principalmente a través de Internet y se pueden obtener también en tiendas en algunas grandes ciudades. Se anuncian como mezclas de varias especies de plantas, aunque hay informes que indican que los materiales de origen vegetal enumerados como ingredientes posiblemente no estén presentes en algunos productos Spice.

88 E/INCB/2009/1, Informe del año 2009, 24 de febrero de 2010. Cfr. (E/INCB/2010/1), Informe del año 2010, de 2 de marzo de 2011, centrado principalmente en el fenómeno de la corrupción relacionada con el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.

desviarían no solo para el consumo personal, sino también para cometer delitos facilitados por la droga, como “la violación en una cita”⁸⁹.

En la Unión Europea, se han realizado determinados informes al respecto, en relación a sustancias como la ketamina o el GHB.

El *Informe de la Comisión al Consejo a petición de la Acción común relativa a las nuevas drogas sintéticas (97/396/JAI)* sobre el uso desviado de la ketamina⁹⁰ (droga utilizada como anestésico y analgésico, principalmente en veterinaria) consideró que en la Unión europea esta sustancia solo podría venderse a las personas autorizadas, como los farmacéuticos. Sin embargo, cuando se emplea de manera ilícita, uno de los principales factores de riesgo para la salud sería la ausencia de una indicación fiable sobre la dosis y el hecho de que se mezcla con otras sustancias cuando se vende en la calle. Se habría recalcado que en algunos Estados miembros, las tabletas de ketamina se venderían como éxtasis.

Los principales efectos de la ketamina son la ansiedad, la agitación, modificaciones de la percepción y efectos analgésicos. Cuando se encuentra en ese estado, el usuario corre el riesgo de herirse.

Por otra parte, se afirma que el proceso de fabricación de la ketamina sería complicado ya que precursores y los numerosos disolventes y reactivos necesarios para la fabricación de la ketamina son difíciles de obtener y los productos empleados ilícitamente con fines recreativos se obtienen generalmente por desvío del mercado legal.

Asimismo, en relación al GHB se reconoce que éste se ha utilizado con fines terapéuticos como anestesia

desde principios de los años sesenta, más tarde en el tratamiento del abandono del alcohol y en la sedación de larga duración. En lo que respecta a sus fines recreativos, sus efectos serían mucho más parecidos a los producidos por el alcohol, el cannabis y las benzodiazepinas. Se habría relacionado a este fármaco con agresiones sexuales cometidas bajo el efecto de drogas. El uso ilícito de GHB constituye un riesgo para la salud dado el estrecho margen que existe entre la dosis que produce el efecto deseado y la que causa graves efectos negativos. Estos riesgos aumentan cuando el GHB se combina con otras sustancias, sobre todo con el alcohol. El GHB se ha asociado a once muertes en la UE entre septiembre de 1995 y enero de 2000.

En el *Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión y resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las nuevas sustancias psicotrópicas y Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo*⁹¹ por lo que respecta a la definición de drogas se recoge que las nuevas sustancias psicotrópicas, que se utilizan para diversos usos legítimos, están cada vez más accesibles en el mercado interior y son consumidas por un número creciente de personas. Los riesgos potenciales que estas sustancias plantean han impulsado a las autoridades a someterlas a diversas restricciones, que pueden dificultar los intercambios legítimos y obstaculizar el desarrollo de usos lícitos. Las principales causas de los problemas son los enfoques nacionales divergentes respecto de las nuevas sustancias psicotrópicas y la ineficacia del instrumento de la UE que se ocupa de dichas sustancias.

89 E/INCB/2009/1, 24 de febrero 2010. Las sustancias usadas con dichos fines de agresión sexual señaladas son el cannabis, flunitrazepam, fenciclidina, GHB, lorazepam, meprobamato, midazolam, secobarbital, temazepam, triazolam y zolpidem; y alcohol, 1,4-butanediol, escopolamina, gamma-butirolactona (GBL), hidrato de cloro y ketamina, sustancias que no están sometidas a fiscalización internacional. La Comisión invitó al sector industrial interesado a que elaborase preparados que contuvieran ingredientes de protección, como colorantes y agentes saporíferos, a fin de advertir a las posibles víctimas de la adulteración de sus bebidas, sin que afectar la biodisponibilidad de los ingredientes activos para los fármacos legítimos. Entre las benzodiazepinas, el flunitrazepam se llegó a utilizar tan comúnmente para perpetrar agresiones sexuales que se le dio el nombre de “droga de violación en las citas”. Los delincuentes tienden también a utilizar sustancias que en la actualidad no están sometidas a fiscalización internacional, como la ketamina, el 1,4-butanediol y la GBL, ya que se pueden obtener fácilmente de canales lícitos. Los traficantes de drogas obtienen esas sustancias de farmacias de Internet y a través del correo, o mediante su fabricación ilícita. La *Ley 3/1996, de 10 de enero*, regula los productos químicos susceptibles de desvío para la fabricación de drogas, al considerarse que debe verificarse un control no sólo con respecto a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas propiamente dichos, sino también con aquellos productos químicos necesarios para la fabricación o transformación de los mismos como una forma más de reducción de la oferta de drogas ilegales.

90 Bruselas, 16.11.2000 COM(2000) 737 final.

91 DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN. RESUMEN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO que acompaña al documento Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre las nuevas sustancias psicotrópicas y de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, por lo que respecta a la definición de drogas, {COM(2013) 619 final} {COM(2013) 618 final} {SWD(2013) 319 final}.

Se ha informado que entre 1997 y 2012, los Estados miembros comunicaron 290 sustancias psicotrópicas nuevas. El ritmo de las notificaciones ha aumentado drásticamente en los últimos años, pasando de 24 en 2009 a 73 en 2012. El número de sustancias que podrían surgir puede ser de millares.

Sobre todo se ha hecho hincapié, en el mercado para el uso recreativo de las nuevas sustancias psicotrópicas, ya que la encuesta de Eurobarómetro de 2011 “Actitudes de los jóvenes ante las drogas” descubrió que el 5% de los jóvenes de la UE manifestó haber utilizado dichas sustancias al menos una vez en su vida, con un máximo del 16% en Irlanda. El número de personas que han utilizado las nuevas sustancias psicotrópicas el último año se estima en 2,2 millones en la UE. Internet y las redes sociales habrían facilitado igualmente su propagación en toda la UE: las encuestas instantáneas del OEDT (*Observatorio Europeo de Drogas y Toxicomanías*) han registrado que el número de tiendas en línea que comercializan tales sustancias se ha cuadruplicado entre 2010 y 2012 (de 170 a 690).

Se detalla que en los últimos tres años, se habrían abierto tiendas especializadas en vender nuevas sustancias psicotrópicas en al menos 13 Estados miembros. Dichas sustancias también se venden a veces en gasolineras, tiendas de alquiler de vídeos, *sex shops* o comercios de venta de tabaco. Las empresas que producen estas sustancias están situadas **fuera de la UE** (China e India) y se adaptan rápidamente a las medidas restrictivas ofreciendo sustancias alternativas. El tamaño del mercado para el uso recreativo de las nuevas sustancias psicotrópicas se calcula, por analogía con el mercado de éxtasis, en **500 millones EUR al año**.

Por otra parte, se insiste en que estas sustancias tienen un mercado para usos legítimos, ya que muchas nuevas sustancias psicotrópicas que se utilizan con fines recreativos tienen diversas aplicaciones en la **industria** (la GBL (gamma-butirolactona)⁹², 1-4 BDO (1,4-butanodiol) y mCPP⁹³). Sin embargo, se reclama en este Documento de Trabajo que no se dispone de información completa en toda la UE, porque la recogida de estos datos no está prevista en el actual mecanismo de la UE y las autoridades de los Estados miembros no comunican sistemáticamente tales usos.

Se expone que el uso recreativo de las nuevas sustancias psicotrópicas puede provocar **daños para la salud y la seguridad de los consumidores**, y puede suponer riesgos y cargas a la sociedad. Los **daños** más comunes **para la salud** incluyen agitación, *delirium*, taquicardia, hipertensión, sobredosis mortal, propagación de infecciones transmitidas por la sangre (tales como el VIH o de la hepatitis C), problemas psiquiátricos o dependencia. Los riesgos son más elevados cuando se consumen juntas varias sustancias psicotrópicas nuevas, y en combinación con drogas ilícitas o alcohol. La falta de información sobre la administración de estas sustancias aumentaría el riesgo.

Desde 1997, el OEDT habría recibido información sobre usos legítimos para aproximadamente **una quinta parte de las sustancias notificadas**, suponiéndose que **el tamaño del mercado para usos legítimos sería considerable**, habida cuenta de la gran cantidad de sustancias psicotrópicas presentes en el mercado, que todavía pueden lanzarse y debido a su potencial para “doble” uso (recreativo y utilización en la industria).

92 Cfr. GARCÍA, PEDRAZA, NAVARRO (2006). “Actualización del ácido gamma-hidroxibutírico”. *Rev. Neurología* 43 (1): 39-48. Usos terapéuticos como medicamento para controlar los síntomas de la *narcolepsia*, el *insomnio* o la *excesiva somnolencia* diurna y como suplemento alimenticio *neuroprotector*. Se ha usado como anestésico, para tratar el *síndrome de abstinencia* del *licor* y para mejorar el rendimiento atlético. El GHB también se usa como *droga psicotrópica*.

93 Cfr. <http://www.drugabuse.gov/es/publicaciones/drugfacts/las-drogas-de-club-ghb-ketamina-y-rohipnol>, NIH (National Institute on Drug Abuse, USA gov.), consultado en diciembre 2013. DrugFacts: Las drogas de club (GHB, ketamina y Rohipnol), recoge que las drogas de club constituyen un grupo farmacológicamente heterogéneo de compuestos psicoactivos que tienden a ser objeto de abuso por parte de adolescentes y adultos jóvenes en los clubes nocturnos, bares, fiestas “rave” o en el contexto de la música “trance”. El gamma hidroxibutirato (GHB), el Rohipnol y la ketamina son algunas de las drogas de este grupo. El GHB (Xyrem) es un depresor del sistema nervioso central (SNC) que fue aprobado por la Administración de Drogas y Alimentos en el 2002 para el tratamiento de la *narcolepsia* (un trastorno del sueño). Su aprobación se dio con serias restricciones, incluido su uso exclusivo para el tratamiento de la *narcolepsia* y el requisito de un registro de pacientes vigilado por la FDA. El uso repetido de GHB puede producir *síndrome de abstinencia*, cuyos síntomas incluyen el *insomnio*, la *ansiedad*, los *tremores* y la *sudoración*. Se han informado de reacciones graves de *abstinencia* en pacientes que presentan una *sobredosis* de GHB o compuestos relacionados, sobre todo si están involucrados otras drogas o alcohol. La incertidumbre sobre las fuentes, los compuestos químicos y los posibles contaminantes que intervienen en la manufactura de muchas drogas de club hacen que sea extremadamente difícil la determinación de su toxicidad y sus consecuencias médicas. Luego del uso de GHB pueden sobrevenir el estado de coma y convulsiones. El uso combinado con otras drogas como el alcohol puede dar lugar a efectos adversos adicionales como náuseas y dificultad respiratoria. El GHB y dos de sus precursores, la gamma butirolactona (GBL) y el 1.4 butanediol (BD), han estado involucrados en envenenamientos, sobredosis, violaciones por un conocido e incluso muertes.

El **coste** de los daños para la salud de las nuevas sustancias psicotrópicas se estima en 211 millones EUR al año y el coste de aplicar las medidas de Derecho penal, entre 117 y 144 millones EUR al año.

No obstante, se recoge que las medidas restrictivas introducidas por las autoridades públicas para frenar el uso recreativo de las nuevas sustancias psicotrópicas pueden **impedir el comercio legítimo**, dificultando que los operadores económicos puedan acceder a tales sustancias, con la consiguiente pérdida de negocio. También pueden dificultar la investigación, obstaculizando así el desarrollo de nuevos usos.

Las restricciones varían de un Estado miembro a otro y entre las distintas sustancias. Dependiendo del tipo de legislación, solo se autorizan determinados usos a nivel nacional, y el incumplimiento de la normativa se sancionaría por el Derecho penal o administrativo. Esto da lugar a obstáculos al comercio, **fragmentación y condiciones comerciales desiguales**, y dificultaría a las empresas para operar en el mercado interior.

Las medidas restrictivas pueden tener una **reacción en cadena** en los operadores económicos, porque estas sustancias se utilizan a menudo en la producción de otras sustancias y mercancías. Se estima que dado que es probable que el mercado de nuevas sustancias psicotrópicas aumente, los Estados miembros tendrán que introducir nuevas medidas para frenar su uso recreativo, **aunque aumenten los obstáculos al comercio legítimo**⁹⁴.

Finalmente, en relación a este último aspecto, debe destacarse en último lugar, la problemática en torno a

la comercialización de determinadas drogas blandas en algunos Estados Miembros, desarrollada por la jurisprudencia del TJUE.

c) Libre circulación de mercancías en relación a las denominadas “drogas blandas”

La *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 16 de diciembre de 2010*⁹⁵, se refiere a una petición de decisión prejudicial planteada en el marco de un litigio entre el Sr. Josemans, gestor del *coffee shop* Easy Going, y el Burgemeester van Maastricht (alcalde del municipio de Maastricht), debido a que este último declaró el cierre temporal del establecimiento en cuestión a raíz de dos informes que acreditaban que se había admitido en el mismo a personas no residentes en los Países Bajos incumpliendo las disposiciones en vigor en dicho municipio⁹⁶.

El Sr. Josemans presentó una reclamación contra dicha resolución aduciendo que la prohibición de admitir en los *coffee shops* a personas no residentes en los Países Bajos constituiría una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, contraria al artículo 1 de la Constitución de dicho Estado.

El Tribunal reconoce que los *coffee shops* son establecimientos incluidos en la categoría de establecimientos de restauración en los que se comercializa cannabis en beneficio de consumidores de al menos 18 años de edad, requiriendo una licencia de explotación. Desde esta perspectiva, se recoge que el cannabis vendido en los *coffee shops* no formaría parte de un circuito estrictamente vigilado por las autoridades competentes desti-

94 El artículo 114, apartado 1, del TFUE autoriza al Parlamento Europeo y al Consejo a adoptar medidas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, mientras que el artículo 114, apartado 3, del TFUE dispone que la Comisión deberá fijarse como objetivo garantizar un elevado nivel en materia de salud, seguridad y protección de los consumidores en estas propuestas. La UE tiene la obligación de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana en la definición y aplicación de todas las políticas de la UE (artículo 168, apartado 1, del TFUE) y proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores (artículo 169, apartado 1, del TFUE). Para abordar las sustancias que suponen serios riesgos, la UE está facultada para incorporarlas al ámbito de las disposiciones de Derecho penal sobre el tráfico ilícito de drogas (artículo 83, apartado 1, del TFUE). Se expone que la UE está en mejores condiciones que los Estados miembros para tomar medidas destinadas a restringir la disponibilidad en el mercado interior de las nuevas sustancias psicotrópicas nocivas para su uso recreativo, y para garantizar que los enfoques nacionales divergentes no obstaculicen el comercio legítimo. La acción de la UE es necesaria para permitir que las nuevas sustancias psicotrópicas nocivas sean identificadas y retiradas del mercado rápidamente en todos los Estados miembros y para reducir y prevenir la creación de obstáculos al comercio legítimo, resultantes de la actuación de los Estados miembros.

95 Asunto C-137/09.

96 Se establece que a tenor del artículo 1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, trece Estados miembros de la Unión, entre ellos el Reino de los Países Bajos, quedan autorizados a establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de aplicación del acervo de Schengen. El artículo 71.1 de dicho Convenio dispone que por lo que se refiere a la cesión directa o indirecta de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, así como a la tenencia de dichos productos y sustancias a efectos de cesión o exportación, las Partes contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con los convenios existentes de las Naciones Unidas, todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

nado a utilizarse con fines médicos o científicos y estos productos estarían comprendidos, por su propia naturaleza, en la prohibición de importación y de puesta en circulación en todos los Estados miembros⁹⁷. El hecho de que alguno de los Estados miembros califique un estupefaciente de droga blanda no cuestiona dicha afirmación.

Por otro lado, se confirma que las medidas restrictivas de la libre circulación de servicios sólo pueden estar justificadas por el objetivo de lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva si son adecuadas para garantizar la realización de este objetivo y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Se especifica por el Tribunal que no puede negarse que la política de tolerancia aplicada por el Reino de los Países Bajos respecto a la venta de cannabis incita a personas residentes en otros Estados miembros a desplazarse a dicho Estado, y más en particular a los municipios en que se toleran los *coffee shops* y que la prohibición de admitir a no residentes en los *coffee shops*, sería una medida que limita de manera sustancial el turismo de la droga y, en consecuencia, reduce los problemas ocasionados por éste. Por lo que se refiere al alcance de una normativa como la controvertida en el litigio principal, se recuerda que ésta únicamente se aplica a los establecimientos cuya actividad principal consiste en la comercialización de cannabis y no impide que una persona que no resida en los Países Bajos acuda, en el municipio de Maastricht, a otros establecimientos de restauración para consumir en ellos bebidas no alcohólicas y alimentos. Por ello, debe observarse que esta normativa sería adecuada para garantizar la realización del objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva, y no iría más allá de lo necesario para alcanzarlo.

En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce que el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que una normativa como la controvertida constituye una restricción a la libre prestación de

servicios consagrada por el Tratado CE, pero que obstante, esta restricción está justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

2. La aplicación del “ne bis in idem” como principio transnacional en el ámbito del tráfico de drogas en la Unión Europea

Como ha puesto de relieve VERVAELE⁹⁸ el *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen* habría constituido el hito más importante para el establecimiento de un principio *ne bis in idem* internacional basado en un tratado multilateral. La interpretación del acervo Schengen en materia de *ne bis in idem* habría sido la primera ocasión para el TJUE de pronunciarse sobre el tercer pilar y sobre el carácter jurídico de su Derecho y principios generales aplicables⁹⁹.

En materia de tráfico de drogas pueden distinguirse los siguientes casos: el asunto *Gözütök*, el asunto *Miraglia*, el caso *Van Esbroeck* y el caso *Van Straaten*. En ellos se habrían analizado cuestiones como la noción de sentencia firme; la instauración del reconocimiento mutuo como clave de bóveda; la polémica sobre la atribución a una decisión de archivo del carácter de sentencia firme; o la concepción del “idem”, en relación a la aplicación de este principio.

El primero de los supuestos¹⁰⁰ se refería a hechos acontecidos en 1996, cuando la policía holandesa había descubierto un café regentado por el señor *Gözütök* grandes cantidades de hachís y marihuana, causando la apertura de diligencias que desembocaron en una transacción entre el Ministerio Fiscal y el acusado. En esas mismas fechas, las autoridades alemanas habían detectado movimientos sospechosos en las cuentas bancarias del señor *Gözütök* que culminaron en su detención bajo la acusación de tráfico de estupefacientes cuatro meses después de que se hubiera acordado la transacción en la fiscalía holandesa¹⁰¹.

97 Se citan las sentencias Wolf, apartado 10; de 26 de octubre de 1982, Einberger, apartado 10; de 28 de febrero de 1984, Einberger, apartado 15; Mol, apartados 15 y 18; Happy Family, apartados 17 y 20, así como Coffeeshop “Siberië”, apartado 14.

98 VERVAELE, “Derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia: el *ne bis in idem* praetoriano del Tribunal de Justicia”, en DE HOYOS SANCHOS (coordinación), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid, 2008, pp. 82 ss. Se añade que el *ne bis in idem* se prevé como un derecho individual en los instrumentos jurídicos internacionales de Derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales no contiene tal disposición, si bien se reconoció que ciertas dobles persecuciones podían violar el derecho a un juicio justo conforme al art. 6 CEDH.

99 VERVAELE, *ul.op.cit.*, p. 88.

100 SARMIENTO, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, en NIETO MARTÍN, ARROYO ZAPATERO (Coordinadores), *El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, 2007, pp. 41 ss.

101 SARMIENTO, *ul.op.cit.*, pp. 41 ss.

En la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de febrero de 2003*¹⁰² se consideró que el área de libertad, seguridad y justicia implicaría **una confianza mutua en los respectivos sistemas de justicia penal**. La validez del principio *ne bis in idem* no dependería de una armonización adicional¹⁰³. Por lo tanto, el principio *ne bis in idem* envolvería necesariamente que exista **una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros**, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional condujese a una solución diferente¹⁰⁴.

En el asunto *Miraglia*, se había organizado el transporte de heroína desde Bolonia hasta los Países Bajos. Miraglia fue detenido en Italia y puesto en libertad provisional a la espera de sustanciar el proceso contra él. Pocos días antes de su arresto en Italia, había sido detenido por las autoridades holandesas a causa de los mismos hechos delictivos, pero la fiscalía al tener conocimiento de la iniciación del proceso en Italia, no ejerció la acción penal. Posteriormente las autoridades holandesas denegaron toda cooperación con las autoridades italianas al considerar que el archivo de los autos vinculaba a ambos tribunales conforme al art. 54 del Convenio de Schengen¹⁰⁵.

En este caso, como ha indicado la doctrina, si un Estado renuncia perseguir penalmente una conducta porque tiene conocimiento de que se persigue en otro Estado, la atribución a la decisión de archivo del carácter de sentencia firme generaría una parálisis total y esta situación sería instrumentalizada por los imputados para impedir su enjuiciamiento pues bastaría con forzar la apertura de diligencias en uno de los Estado competentes para lograr el archivo del proceso. El TJCE acordó, que al contrario que en la transacción donde

el Ministerio fiscal y el acusado reconocen la culpabilidad, el archivo sería una decisión unilateral en la que no intervenían órganos de jurisdicción sino solo el ministerio fiscal¹⁰⁶.

Por otra parte, en lo que respecta a la esencial cuestión **de la existencia de unos mismos hechos**, en el caso *Van Esbroeck*, el supuesto se centraba en que éste fue detenido, juzgado y condenado en Noruega a una pena de cinco años por exportación de estupefacientes. Cumplida parte de la condena había sido puesto en libertad y se trasladó custodiado por escolta a su país de origen, Bélgica. Ocho meses después fue detenido y ulteriormente condenado por la exportación ilícita, con origen en Bélgica de estupefacientes con destino a Noruega¹⁰⁷. VERVAELE destaca que en lo que respecta a la definición del *idem*, la Sentencia del TJUE en el asunto C-436/04 habría considerado que el criterio para la aplicación del art. 54 CAAS estaría constituido por el de **“la identidad de hechos materiales”**¹⁰⁸.

En el asunto *Van Straaten* se suscitó la cuestión **de los límites de los mismos hechos y hasta qué punto pueden admitirse divergencias entre las circunstancias fácticas que sirven como premisa** a un Estado y a otro. El Sr. *Van Straaten* fue acusado en Italia por la tenencia de 5 kg. de heroína y al mismo tiempo, las autoridades holandesas investigaron la importación desde Italia a los Países Bajos de un cargamento de 5500 gramos de heroína. El Sr. *Van Straaten* fue absuelto por el tribunal holandés y seis años más tarde fue juzgado en rebeldía en Italia y posteriormente condenado. Los coacusados en los Países Bajos no eran los mismos que en el proceso de Italia, destacándose que se trataba de hechos coincidentes pero no idénticos. El TJCE descartó que los mismos hechos del art. 54 del Convenio **tuvieran que se idénticos**¹⁰⁹.

102 Asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01.

103 En relación a la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas sobre si el principio *ne bis in idem* se aplica también cuando en uno de los Estados signatarios la acción penal se extingue como consecuencia de una decisión de sobreseimiento adoptada por el Ministerio Fiscal, después de que el inculcado haya cumplido las condiciones que se le impuso (*transactie holandesa*). Asimismo se pregunta, que si la respuesta fuera afirmativa, si sería necesario que esa decisión del Ministerio Público fuera aprobada por el Juez. Cfr. VERVAELE, *ul.op.cit.*, pp. 92 s. El TJUE se pronunció destacando que el principio *ne bis in idem* consagrado en el art. 54 del CAAS se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública.

104 SARMIENTO, *ul.op.cit.*, pp. 41 ss.

105 SARMIENTO, *ul.op.cit.*, pp. 41 ss.

106 SARMIENTO, *ul.op.cit.*, pp. 41 ss.

107 SARMIENTO, *ul.op.cit.*, pp. 41 ss.

108 VERVAELE, *ul.op.cit.*, pp. 98 s.

109 SARMIENTO, *ul.op.cit.* 41 ss. En el asunto *Gasparini*, se planteaba la cuestión de los efectos que tendría sobre el principio *ne bis in idem*, la existencia de **una sentencia firme absolutoria por razón de la prescripción de un delito**, en unos hechos que involucraban al Sr. *Gasparini*, en un delito de contrabando juzgado en Portugal, y ulteriormente reiterado, al ser incautada la mercancía en España, ante

Asimismo, ante la repercusión que puede cobrar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, nos parece interesante destacar algunos aspectos relativos a la interpretación que ha realizado este Tribunal del principio *ne bis in idem*, en base al art. 4, del Protocolo número 7, del *Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*.

En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) Caso *Serguei Zolotoukhine contra Rusia*, Sentencia de 10 febrero 2009¹¹⁰, indica el TEDH, en relación a la jurisprudencia del TJCE, que en el ámbito de la competencia¹¹¹, se habría destacado que la aplicación del principio *ne bis in idem*, estaría supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. El citado principio prohibiría, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico. **Sin embargo, en materia de cooperación policial y judicial en materia penal, la jurisprudencia del TJCE se basa en una interpretación diferente de la noción del *idem***, referida exclusivamente a la materialidad de los hechos de que se trata, con exclusión de su calificación jurídica¹¹².

En la resolución jurisprudencial, *caso Zolotoukhine*, el TEDH reconoce que el Tribunal de Justicia de las Comu-

nidades Europeas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos concedieron importancia a la diferencia entre la fórmula “mismos hechos” (“*same acts*” o “*same cause*”), por una parte, y la expresión “[mismo] delito” (“*same offence*”), por otro, cuando decidieron adoptar el enfoque basado estrictamente en la identidad de los hechos materiales y no admitir la calificación jurídica de tales hechos como criterio pertinente. **Al hacerlo, los dos tribunales subrayaron que tal enfoque sería favorable al autor del acto en cuestión** que sabría que, una vez declarado culpable y cumplida su pena o una vez puesto en libertad, ya no tendría que temer volver a ser enjuiciado por los mismos hechos¹¹³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que se debe entender que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 **prohíbe perseguir o juzgar a una persona por una segunda “infracción” en la medida en que ésta tenga su origen en unos hechos idénticos o en unos hechos que son esencialmente los mismos**.

Por tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habría reconocido **que el tribunal debe examinar los hechos, los cuales constituyen un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor y están unidas indisolublemente en el tiempo y el espacio**, debiéndose demostrar la existencia de tales circunstancias para poder pronunciar una condena o abrir diligencias penales¹¹⁴.

la Audiencia Provincial de Málaga. Tras reiterar el TJCE que la falta de armonización en materia de plazos exige un reconocimiento mutuo de estos a la hora de aplicar el art. 54 del Convenio, indicó que habría que aplicar este artículo cuando un Tribunal de un Estado Contratante, dicta una resolución absolviendo al inculcado por haber prescrito el delito, debe considerarse que tal persona habría sido juzgada en sentencia firme a efectos del citado artículo.

110 Sobre esta sentencia, cfr. CARPIO BRIZ, “Europeización y reconstitución del non bis in idem —efectos en España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009”, en *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010), pags. 2, en relación a la capacidad operativa sustantiva y procesal del non bis in idem como garantía constitucional del sistema punitivo español frente a la concurrencia de sanciones penales y administrativas, sobre todo tras la reciente ratificación del P. 7 CEDH por parte de España. Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009.

111 (Aalborg Portland y otros contra Comisión [TJCE 2004, 8], C-204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217/00P, 219/00P, punto 338, 7 enero 2004).

112 Sentencia Engel y otros [TEDH 1976, 3]. Sobre estos criterios, cfr. CARPIO BRIZ, “Europeización y reconstitución del non bis in idem —efectos en España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009”, en *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010), pags. 7 ss. A pesar de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que la existencia o no de una “acusación en materia penal” debe apreciarse en función de tres criterios conocidos normalmente por el nombre de “**criterios Engel**”: el primero sería la calificación jurídica de la infracción en la legislación interna, el segundo la propia naturaleza de la infracción y el tercero el grado de severidad de la sanción en la que incurre el interesado. Los criterios segundo y tercero son alternativos y no necesariamente acumulativos. Esto no impediría la adopción de un punto de vista acumulativo si el análisis separado de cada criterio no permite llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una acusación en materia penal.

113 CARPIO BRIZ, *ul.op.cit.*, pags 9, indica que a efectos de asegurar la aplicabilidad real —principios de efecto útil y eficaz— del Convenio, toma partido por la dirección jurisprudencial que venía comprendido la identidad de la prohibición —no a partir de la mera “calificación jurídica” que privilegia una interpretación demasiado restrictiva del derecho como ocurrió en Oliveira contra Suiza— sino de los hechos en sentido procesal o natural.

114 Cfr. Igualmente, VERVAELE, *Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?*, *InDret* 1/2014, pp. 20 ss., donde reconoce que debido a la falta de criterios obligatorios de elección de la competencia jurisdiccional en materia pe-

V. CONCLUSIONES

En materia de tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea, conforme a lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se prohíben las restricciones a la importación y a la exportación entre los Estados miembros, excepto en el caso de riesgo para la salud pública o para el medio ambiente.

En esta línea, respecto a la protección de la salud pública, Europa siempre ha presentado una notable experiencia y determinación en la lucha contra las drogas tradicionales, si bien hoy en día la Unión Europea ha manifestado las enormes dificultades que existen para combatir el fenómeno de las nuevas drogas. El nuevo mercado de la droga vendría configurado por el tráfico sustancias legales, sintéticas, que se generan en un marco propio del uso desviado de medicamentos.

El *Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007*, aparte de suprimir el Tercer Pilar ha determinado la posibilidad de adoptar medidas armonizadoras no mediante Decisiones Marco sino mediante Directivas aprobadas por el procedimiento legislativo ordinario con dos concretas finalidades: por un lado, facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y por otro, armonizar las infracciones relativas a delitos con dimensión transfronteriza como serían los delitos propios del tráfico de drogas.

Como ha reconocido la doctrina, los elementos **característicos de la globalización** influyen con más fuerza en la criminalidad actual y el Derecho penal clásico (limitado principalmente al territorio nacional) no podría contener de manera suficiente este tipo de delincuencia¹¹⁵, debiendo recurrirse entonces a mecanismos propios de la justicia transnacional. La criminalidad que opera principalmente en Europa conectada con los delitos de tráfico de drogas se realizaría a través

de elementos de organización, transnacionalidad y poder económico¹¹⁶.

Por ello, en este aspecto, en el ámbito del *Derecho penal transnacional sustantivo* se han establecido criterios uniformes de criminalización de las conductas lesivas a través de mecanismos de armonización, y en el entorno del *Derecho penal transnacional procesal* se utilizan instrumentos de cooperación penal internacional (tratados de extradición y auxilio judicial y reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales)¹¹⁷.

Sin embargo, entendemos que no siempre el legislador nacional diferencia claramente el ámbito del Derecho penal transnacional y el Derecho penal internacional. Como se ha expuesto, el primero de ellos se refiere a los crímenes transnacionales y protegería bienes jurídicos que afectan a intereses de carácter social, económico, cultural o de otro tipo que conciernen a todos o a un número muy significativo de Estados, mientras que el segundo protegería a la comunidad internacional o la humanidad como tal. En materia de tráfico de drogas, en España, la reforma de la jurisdicción universal realizada por la *Ley orgánica 1/2004, de 13 de marzo, confundiría los dos tipos de jurisdicción*¹¹⁸ la jurisdicción universal, también denominada pura o absoluta, que debería operar para la persecución de los crímenes internacionales como el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión, el delito de tortura y aquéllos que así lo determine la normativa internacional; y, por otro lado, la jurisdicción penal transnacional, conocida como relativa o limitada, que sí requeriría la presencia de puntos de conexión.

Así, en el ámbito del tráfico de drogas, la normativa establece para su persecución “universal” (aparte de

nal, el principio *ne bis in idem* también se ha convertido en un mecanismo inadecuado de preferencia de jurisdicción. La primera jurisdicción que adopta una decisión sobre el mérito o fondo impide el ejercicio de la acción pública y el castigo a la misma persona por el mismo caso, sin que ello implique que la primera jurisdicción sea también la jurisdicción más apropiada, no sólo desde el punto de vista de la eficacia de la justicia, sino también desde la protección de la víctima y la óptica del sospechoso. Cfr. igualmente, VERVAELE, “The transnational *ne bis in idem* principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights”, en [http://www.utrechtlawreview.org/Volume 1, Issue 2 \(December\) 2005](http://www.utrechtlawreview.org/Volume%201,%20Issue%202%20(December)%202005); VERVAELE, “*Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*”, en [http://www.utrechtlawreview.org/Volume 9, Issue 4 \(September\) 2013](http://www.utrechtlawreview.org/Volume%209,%20Issue%204%20(September)%202013), pp. 211-229.

115 ROMEO MALANDA, “Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXII, 2012, pp. 316 ss.

116 GRACIA MARTÍN, “El Derecho penal ante la globalización económica”, en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20EI%20Derecho%20Penal%20ante%20la%20globalizaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf>, pp. 14 ss., consultada en fecha enero 2014.

117 ROMEO MALANDA, *ul.op.cit.*, pp. 316 ss.

118 OLLÉ SESÉ, PÉREZ CEPEDA, “Propuesta de reforma del artículo 23.4 de la ley orgánica del poder judicial. regulación del principio de justicia universal y el principio de jurisdicción penal transnacional”, en PEREZ CEPEDA (Dir.) *Principio de Justicia Universal. Una propuesta de lege ferenda*, Salamanca, 2013, pp. 62 ss.

los requisitos establecidos conforme al art. 23.4 LOPJ) que **el procedimiento se dirija contra un español; o, cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español**¹¹⁹.

Por otro lado, puede observarse que la preocupación en relación a la política criminal desarrollada por la Unión Europea en la actualidad conectada con el tráfico de drogas se centraría en tres grandes campos como hemos destacado con anterioridad.

Por una parte, se hace preciso “redefinir” droga en nuestro ámbito entendiéndola como **“todas las nuevas sustancias psicotrópicas que entrañan graves riesgos para la salud, así como riesgos sociales y para la seguridad, sometidas a restricciones comerciales permanentes”** de conformidad con la normativa europea, intentando agilizar la definición de una sustancia como droga para que operen los mecanismos normativos relativos a sus restricciones de circulación en la Unión Europea, así como, en su caso la aplicación de sanciones penales en los casos de tráfico ilícito destinados al consumo ilegal de estupefacientes.

Por otra, la Unión Europea es consciente que dentro del control normativo común y armonizado que debe existir en el territorio europeo para evitar el uso desviado de medicamentos para la fabricación de drogas tóxicas, **estas sustancias tienen un mercado para usos legítimos**, y que la intervención europea en la materia (sobre todo cuando se acuda a instrumentos de armonización penal) siempre debe estar presidida por el respeto al debido cumplimiento de los principios de **subsidiariedad y proporcionalidad** recogidos en el Tratado de Lisboa.

En último lugar, en relación a las denominadas “drogas blandas” la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispone que el cannabis vendido en *los coffee shops* en Holanda no formaría parte de un circuito estrictamente vigilado por las autoridades competentes destinado a utilizarse con fines médicos o científicos y estos productos estarían comprendidos, por su propia naturaleza, **en la prohibición de importación y**

de puesta en circulación en todos los Estados miembros, por ello cabría en estos productos una restricción a la libre prestación de servicios justificada para garantizar la realización del objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

Del mismo modo, dentro de la problemática de la aplicación del Derecho penal transnacional, como han reconocido algunos autores, nos parece importante que gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el debido respeto al principio *ne bis in idem* se haya convertido en un instrumento esencial para la protección transnacional en el espacio común de libertad, seguridad y justicia¹²⁰, sobre todo, en una materia como la del tráfico de drogas, en las que en numerosas ocasiones la amplia descripción típica de las conductas puede conllevar a que se sancione a un mismo sujeto por unos mismos hechos, en distintos Estados miembros, sin que se hubiera precisado debidamente cuál sería el distinto fundamento jurídico que justificaría su punición. Por ello, a pesar de que consideramos que el espíritu esencial del principio *ne bis in idem*, se supedita a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido, sostenemos que en la actualidad, ante los obstáculos que plantea el proceso de armonización de las legislaciones penales en su vertiente sustantiva en Europa¹²¹, a nivel europeo **una interpretación de la noción del idem**, referida exclusivamente a la materialidad de los hechos de que se trata, con exclusión de su calificación jurídica, permite como habría reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una interpretación más garantista, un enfoque que sería favorable al autor, el cual sabría que, una vez declarado culpable y cumplida su pena o una vez puesto en libertad, ya no tendría que temer volver a ser enjuiciado por los mismos hechos. En una materia tan compleja como la criminalidad transnacional propia del tráfico de drogas, debe admitirse que la falta de armonización actual de las legislaciones penales nacionales (que sería deseable), provoca que las consideraciones basadas en el interés jurídico protegido creen tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen, como

119 Cfr. EL PAÍS, en su edición de 19 de mayo de 2014, donde se recoge que la Audiencia Nacional ha dejado sin efecto una de las últimas operaciones antidroga del Servicio de Vigilancia Aduanera contra el narcotráfico internacional en aplicación de la reforma de la Ley de Justicia Universal, conforme al Acuerdo de Pleno de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de mayo. Con esta excarcelación, 43 supuestos narcotraficantes habrían sido puestos en libertad.

120 VERVAELE, Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?, *InDret* 1/2014, pp. 20 ss.

121 Sobre las dificultades de este proceso, cfr. NIETO MARTÍN, “Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo”, Comentario a la STJCE, asunto C176/03, de 13 de septiembre de 2005”, Instituto de Derecho penal europeo e internacional, Universidad de Castilla la Mancha, en www.uclm.es, consultada en fecha enero 2011.

sistemas penales existentes en los Estados contratantes¹²².

En cualquier caso, concordamos plenamente por lo expuesto por la doctrina cuando afirma que hay que evitar a toda costa, que recurso a la amenaza penal en la Unión Europea en materia conectadas con la criminalidad transnacional implique transformar al Derecho penal en una *unica ratio*, llevando a cabo medidas extremas justificadas en la mejora de la investigación, enjuiciamiento y castigo de estas conductas¹²³. Ello podría implicar la conculcación de garantías clásicas del Derecho penal, transformando al Derecho penal europeo en la búsqueda de la máxima eficacia en estos campos, en una muestra más del conocido "*Derecho penal del enemigo*"¹²⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, "La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales", en VV.AA., *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2012.
- ARROYO ZAPATERO, "El objeto material en el artículo 368 del CP: planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- BLANCO CORDERO, "El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*, RECPC 06-05 (2004).
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 2004.
- BRELL GONZÁLEZ, "El consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y psicótopos, sus efectos sobre las personas", en MARTÍNEZ PÉREZ (Director), *Enfermo mental y proceso penal, especial referencia a las medidas cautelares*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, I, 2006.
- CARPIO BRIZ, "Europeización y reconstitución del non bis in idem —efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009", en *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010).
- GARCÍA RIVAS, "La tutela de las garantías penales tras el tratado de Lisboa", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, (2010).
- GONZÁLEZ VIADA, *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Madrid, 2009.
- GRACIA MARTIN, "El Derecho penal ante la globalización económica", en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20El%20Derecho%20Penal%20ante%20la%20globalizaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf>, consultada en fecha enero 2014.
- JUANES PECES, "Armonización del Derecho penal en la Unión Europea", *El Derecho*, 4 de noviembre de 2010.
- LORENZO SALGADO, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1983.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, "Tipicidad mínima en el delito del art. 368 CP. Cantidad de droga y atenuación. Crónica de una reforma anunciada", *Diario la Ley*, núm. 6651, 14 de febrero de 2007.
- MENDOZA CALDERÓN, *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, 2011.

122 En relación a la armonización de legislaciones en materia penal y al principio de reconocimiento mutuo, cfr. GARCÍA RIVAS, "La tutela de las garantías penales tras el tratado de Lisboa", *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010), pp. 12 s. MENDOZA CALDERÓN, "Protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo de seguridad y justicia: algunas consideraciones sobre la trascendencia del principio ne bis in idem", *Revista General de Derecho Penal*, N.º 15, 2011.

123 RODRÍGUEZ GARCÍA, "Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza", en BUJOSA VADELL (coordinación), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008, pp. 275 ss.

124 Cfr. MUÑOZ CONDE, "La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales. Entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo", en *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Año 1, No. 1, 2011, pp. 113-142 admite que la novedad de este "Derecho penal del enemigo" es que este tipo de Derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de Derecho. Se especifica que el tráfico de drogas, el terrorismo y la criminalidad organizada han sido los problemas que han dado y están dando lugar a este tipo de Derecho penal excepcional.

- MENDOZA CALDERÓN, “Protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo de seguridad y justicia: algunas consideraciones sobre la trascendencia del principio *ne bis in idem*”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15, 2011.
- MUSACCHIO, “El Tratado de Lisboa y las bases para un nuevo Derecho penal europeo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008.
- NIETO MARTIN, “La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010.
- NIETO MARTÍN, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo, Comentario a la STJCE, asunto C176/03, de 13 de septiembre de 2005”, Instituto de Derecho penal europeo e internacional, Universidad de Castilla la Mancha, en www.uclm.es, consultada en fecha enero 2011.
- MUÑOZ CONDE, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales. Entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Año 1, No. 1, 2011.
- OLLÉ SESÉ, PÉREZ CEPEDA, “Propuesta de reforma del artículo 23.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial. Regulación del principio de justicia universal y el principio de jurisdicción penal transnacional”, en PÉREZ CEPEDA (Dir.) *Principio de Justicia Universal. Una propuesta de lege ferenda*, Salamanca, 2013.
- PERALS CALLEJA, “Modificaciones del Código penal en materia de tráfico de drogas como consecuencia de la Ley orgánica 15/2003”, www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL27.pdf, 2004.
- PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español*, Pamplona, 1993.
- QUINTERO OLIVARES, “La unificación de la Justicia penal en Europa”, en *Revista Penal*, núm. 3, 1999.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza”, en BUJOSA VADELL (coordinación), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008.
- ROMÁN GOBERNARDO, “Delito contra la salud pública. Convenios internacionales”, en CIMÁS JIMÉNEZ (Dirección), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, número 37, 2007.
- ROMEO MALANDA, “Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXII, 2012.
- RUIZ ROBLEDO, *El Derecho fundamental a la Legalidad Punitiva, El concepto de legislación en el ámbito penal*, Valencia, 2004.
- SARMIENTO, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, en NIETO MARTIN, ARROYO ZAPATERO (Coordinadores), *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, 2007.
- SATZGER, “La europeización del derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros”, en *Cuadernos de Derecho penal*, Julio de 2012.
- SEQUEROS SAZATORNIL, “El principio de insignificancia y su relevancia en el tráfico ilegal de drogas: análisis del “injusto de bagatela”, *La Ley*, núm. 5927, de 7 de enero de 2004.
- VÁZQUEZ ORGAZ, “La eficacia directa de las Directivas comunitarias”, en www.derecho.com, visitada en fecha 9 de noviembre de 2006.
- VERVAELE, “Derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia: el *ne bis in idem* praetoriano del Tribunal de Justicia”, en DE HOYOS SANCHOS, (coordinación), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid, 2008.
- VERVAELE, “The transnational *ne bis in idem* principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights”, en <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 1, Issue 2 (December) 2005.
- VERVAELE, “Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”, en <http://www.utrechtlawreview.org> | Volume 9, Issue 4 (September) 2013.
- VERVAELE, *Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?*, *InDret* 1/2014.
- VORBAUM, “El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo”, *Revista penal*, núm. 19, 2007.