

Máster en Abogacía por la Universidad de León

Facultad de Derecho

Universidad de León

Curso 2015/ 2016

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DEL DELITO DE
TRÁFICO DE DROGAS

(JURISPRUDENCE AND DOCTRINAL STUDY OF THE CRIME OF
DRUGS TRAFFICKING)

Realizado por la alumna Doña Nekane Ramos Álvarez

Tutorizado por la Profesora Doña Isabel Durán Seco

INDICE

RESUMEN	5
ABSTRACT	5
PALABRAS CLAVE	6
KEY WORDS	6
OBJETO DEL TRABAJO	7
METODOLOGÍA UTILIZADA	9
<u>PARTE CENTRAL.</u>	
INTRODUCCIÓN:	11
1. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. CONCEPTO	12
1.1 Bien Jurídico protegido.....	13
1.2 Reformas del CP relativas al delito de tráfico de drogas.....	16
2. TIPO BÁSICO (Art. 368 CP)	19
Cultivo	19
Elaboración.....	20
Tráfico.....	21
Otras modalidades.....	22
3. FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO:	24
3.1 Autoría coautoría y autoría mediata	24
3.2 Participación.....	28
3.3 Actos preparatorios punibles.....	31
4. SUBTIPO ATENUADO. (ART. 368.2 CP)	32
4.1 Escasa entidad.....	32
4.2 Circunstancias personales del culpable.....	34

5. ATENUACIÓN POR ABANDONO VOLUNTARIO Y DROGODEPENDENCIA	36
5.1 Atenuación por abandono voluntario.....	36
5.2 Atenuación por drogodependencia.....	39
6.- SUBTIPOS AGRAVADOS (ARTS. 369-370 CP).	43
6.1 Condición del sujeto activo del delito.....	43
6.2 Vulnerabilidad del destinatario.....	45
6.3 Dinámica comisiva.....	45
6.4 Medio empleado.....	48
6.5 Objeto material.....	48
6.6 Notoria importancia.....	50
6.7 Agravaciones cualificadas.....	52
• Utilización de menores y disminuidos psíquicos.....	52
• Extrema gravedad.....	52
7.- PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN ART. 369 BIS, 570 CP.	54
7.1 Concepto de organización criminal y grupo criminal.....	54
7.2 Problemas de concurso de leyes y de delitos.....	57
7.3 Jefes, administradores o encargados de las organizaciones.....	59
7.4 Personas jurídicas.....	59
8.- SUPUESTOS ATÍPICOS	61
8.1 Consumo propio y compartido.....	61
8.2 Posesión en contexto de convivencia.....	65
8.3 Cantidad insignificante.....	65
CONCLUSIONES	68
BIBLIOGRAFÍA	70
ANEXO JURISPRUDENCIAL	73

RESUMEN:

Los delitos relacionados con el tráfico de drogas constituyen actualmente una de las causas más frecuentes de delincuencia, tanto en España como en el resto del mundo, lo que hace que su análisis resulte de gran interés, teniendo en cuenta que en la actualidad, cerca del 70 por ciento de los presos que hay en España están cumpliendo condena por tráfico de drogas.

Además, de la amplitud del tenor literal del artículo 368 CP en el que se recoge el tipo básico de este delito, surgen ciertos problemas a la hora de llevar a cabo su aplicación por los Jueces y Tribunales, existiendo numerosa jurisprudencia en torno a esta cuestión que en ocasiones se muestra confusa y contradictoria.

El Tribunal Supremo tanto a través de su Jurisprudencia, como mediante varios Acuerdos del Pleno del mismo, ha tratado de arrojar algo de luz en torno a cuestiones en las que surgían conflictos de forma frecuente en la práctica.

De todo ello, se explica la relevancia de realizar un análisis pormenorizado en relación con algunas de las cuestiones que plantean complicaciones a la hora de su aplicación, para poder entender mejor los conceptos en torno a los cuales gira el delito de tráfico de drogas en España.

ABSTRACT

Crimes related to drug trafficking now constitute one of the most frequent causes of crime, both in Spain and in the rest of the world, given that, at present, about 70 percent of prisoners in Spain they are serving sentences for drug trafficking.

Moreover, the extent of the wording of Article 368 CP in which the basic type of this offense is collected, problems arise when conducting their application by the Courts, existing large jurisprudence on this issue sometimes confusing and contradictory it is shown.

The Supreme Court both through its jurisprudence, and through various agreements of the Plenum of it has tried to shed some light on issues where problems arose frequently in practice.

In consequence, the relevance of in-depth analysis on some of the issues raised by conflicts when applied, to better understand the concepts around which revolves the crime of drug trafficking in Spain is explained.

PALABRAS CLAVE

Tráfico de drogas, bien jurídico protegido, salud pública, cultivo, elaboración, escasa entidad, drogodependencia, tipo básico, formas de intervención en el delito, tipo atenuado, subtipos atenuados, subtipos agravados, agravaciones cualificadas, organización criminal, supuestos atípicos.

KEY WORDS

Drug trafficking, legally protected, public health, culture, development, smaller funds, drug dependence, base type, forms of involvement in the crime, attenuated type, attenuated subtypes, aggravated subtypes, qualified aggravations, criminal organization, atypical cases,.

OBJETO DEL TRABAJO

Objetivos generales.

El objeto del presente trabajo es llevar a cabo un análisis jurisprudencial y doctrinal del delito de tráfico de drogas. Concretamente, dentro de la amplitud de dicho tipo delictivo, enmarcado dentro de los delitos contra la salud pública recogidos en el texto del Código Penal en el Capítulo III del Título XII, artículos 368 a 378, se va a hacer referencia al tipo básico y a los tipos agravados y atenuados, a las formas de participación, a la variante del desarrollo de este tipo de delitos dentro del marco de un grupo o una organización criminal, así como también se van a analizar otras cuestiones de relevancia vinculadas con el tema central del presente Trabajo, como por ejemplo, la posesión como conducta atípica.

Asimismo, también es objetivo del presente Trabajo, la realización de un análisis de diversas sentencias relacionadas con cada una de las cuestiones y puntos planteados a lo largo del mismo, con el fin de obtener una visión de carácter más práctico, en torno a los distintos conceptos analizados.

Objetivos específicos.

De forma más concreta, los objetivos del presente trabajo son:

- Entender el tipo básico del delito así como su bien jurídico protegido y sus características más destacadas.
- Conocer las conductas consideradas delictivas en el marco de los delitos de tráfico de drogas
- Analizar las circunstancias agravantes y atenuantes dentro de este tipo penal.
- Conocer las formas de participación en el delito y analizarlas.
- Analizar de una forma más concreta la agravante de pertenencia a un grupo o a una organización criminal, en el marco de este delito.
- Conocer las conductas consideradas como atípicas y el por qué de estas consideraciones.
- Conocer los problemas que surgen en los Juzgados y Tribunales a la hora de aplicar los preceptos relativos al tráfico de drogas

- Analizar la Jurisprudencia principalmente del Tribunal Supremo en torno a estas cuestiones.
- Valorar la influencia y la repercusión efectiva que la realidad social tiene sobre los cambios normativos en esta materia.

METODOLOGÍA UTILIZADA

En cuanto a la metodología utilizada para la realización del Trabajo de Fin de Máster, la misma ha girado en torno a la realización de un método de investigación científico, en el sentido de realizar un estudio y aplicar una serie de métodos, técnicas y recursos en el proceso de investigación.

En primer lugar para poder realizar dicho estudio, ha sido necesario descubrir las soluciones jurídicas adecuadas para resolver los problemas que se plantean en relación con el tema analizado, que es el tráfico de drogas.

Para ello, se ha partido de la elección del tema objeto de estudio y de la elaboración de un esquema provisional, el cual, una vez que la Tutora ha estado de acuerdo con el mismo, se ha ido ampliando a medida que se ha ido profundizando en el tema a tratar.

Posteriormente, se ha procedido a la elaboración y sistematización de los puntos a analizar y de los problemas que surgen en torno a los mismos, para lo que ha sido necesario recopilar información y documentación, a través de la lectura y el análisis de obras bibliográficas sobre los temas relacionados con el objeto del Trabajo, concretamente, manuales de Derecho Penal y monografías relacionadas con las cuestiones a tratar, así como de textos legales vinculados al tema del presente trabajo.

Asimismo, también ha sido necesario el uso de artículos de revistas de Derecho Penal, como forma de acceder a contenidos de una mayor actualidad, teniendo en cuenta que la legislación en esta materia ha cambiado en varias ocasiones, y el uso de revistas permite un análisis más actual de la materia.

Finalmente, para completar la metodología citada anteriormente, también se ha llevado a cabo un estudio jurisprudencial en torno a cada una de las cuestiones analizadas, con el fin de obtener una visión de la aplicación práctica de las normas analizadas y de los problemas que se plantean en torno a la aplicación de las mismas, así como para también obtener un estudio más completo sobre el tema.

Con todo ello, mediante la lectura, la comprensión y el análisis de los contenidos citados, la realización del Trabajo se ha basado, básicamente, en la redacción de los puntos a tratar sobre el tema objeto del Trabajo, buscando una consecución lógica y

analizando las principales cuestiones que surgen en torno a los delitos de tráfico de drogas, para poder llegar a elaborar una interpretación crítica de la información obtenida.

Por último, se ha procedido a la redacción y corrección del trabajo, intentando aportar a la redacción del mismo la mayor claridad posible, para que de su lectura se pueda obtener una visión comprensible y completa de los temas tratados, dividiendo el texto en capítulos, apartados y subapartados.

INTRODUCCIÓN

Las drogas han estado presentes en todas las sociedades y culturas desde tiempos prehistóricos, ya fuera con fines medicinales, rituales o lúdicos, si bien, no es hasta el Siglo XX cuando comienzan a aparecer leyes específicas de carácter penal con la finalidad de ejercer un control jurídico sobre las drogas, ya que anteriormente, salvo algunas excepciones, las drogas conocidas hasta el momento, que posteriormente pasarían a ser consideradas como narcóticos, se podían adquirir en farmacias o droguerías.

A principios del Siglo XX ya existen personas adictas al opio, la morfina o la heroína, pero en esa época, éste aún no es un asunto jurídico, político o de ética social. Es a partir de ese momento cuando comienzan a tener lugar una serie de actuaciones en Estados Unidos, que después se extenderán a otros países, con el objetivo de regular y solventar los problemas generados por las drogas.

Este cambio de actitud viene derivado tanto de la reacción puritana estadounidense, como de la presión de la incipiente industria química y farmacéutica, cuyo objetivo es controlar un negocio con un gran volumen de beneficios, encontrándose ambos elementos en el origen de los Tratados Internacionales que se aprueban a lo largo del Siglo XX para la represión del tráfico de drogas ¹.

¹ EXPÓSITO LÓPEZ, A. *El delito de tráfico de drogas*. Revista de Derecho UNED, núm.10, 2012, págs. 93-94.

1. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. CONCEPTO.

El artículo 368 CP prevé distintas penas en función de si la droga en cuestión causa un grave daño a la salud o no. Esta distinción fue introducida ya en la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (B.O.E. de 27 de junio) y se mantuvo en la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, pero el Código Penal no ha especificado cuales son las sustancias que causan un grave daño a la salud y las que deben ser incluidas en los “demás casos” según el artículo 368 CP.

Esta diferenciación se ha llevado a cabo jurisprudencialmente, analizando las características, pureza y concentración de cada tipo de droga para poder realizar esta clasificación. Por ello, el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta los protocolos internacionales, ha elaborado una serie de criterios generales para facilitar esta delimitación.

En cuanto a la definición de “droga”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo recoge la tesis utilizada por la Organización Mundial de la Salud, estableciendo que “por droga ha de entenderse cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

1. El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).
2. Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).
3. La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia)”².

² En este sentido: STS 11/2010 de 21 de enero (RJ 2010, 1269), STS 312/2011 de 29 de abril (RJ 2011, 4272), STS 347/2012 de 25 de abril (RJ 2012, 11054) o STS 487/2014 de 9 junio. (RJ 2014\4223).

De este modo, se consideran drogas que causan grave daño a la salud: la morfina, la heroína, la metadona, la codeína, la cocaína, el éxtasis, el LSD, el opio y sus derivados, entre otras; mientras que se incluyen en los “demás casos” (que serían aquellas drogas que no causan grave daño a la salud) el cannabis y sus derivados, el Tranquimazín, el Tranxilium o el Rophinol, entre otras.

En relación con aquellas drogas que causan un grave daño a la salud, como es el caso, por ejemplo, de la cocaína, hay sentencias en este sentido, como la STS de 12 de julio de 1990 (RJ 1990\6361) que recoge que ya que no aparecen especificadas en el CP las drogas que han de ser consideradas como aquellas que causan grave daño a la salud y aquellas que no, “*su determinación ha de ser deducida necesariamente de otras leyes o decisiones extrapenales, de convenios o acuerdos suscritos por el Estado Español, (...) como son las Listas Anexas I y II del Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificado por España en 3 de febrero de 1966, el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972 ratificado por España por Instrumento de 15 de diciembre de 1976 y el Real Decreto 2829/77, de 6 de octubre*”³.

Del mismo modo, en relación con las drogas que no causan grave daño a la salud, también podemos encontrar sentencias en torno a esta cuestión, como es el caso de la STS 852/2013 de 14 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7473), que resuelve un recurso de casación por quebrantamiento de forma, en la que se hace referencia a operaciones de distribución clandestina de hachís a cambio de un precio, haciendo referencia a dicha sustancia como “*una sustancia que no causa grave daño a la salud*”.

1.1 Bien jurídico protegido

En el Código Penal español existe una diferenciación de los delitos, en función de quien sea el titular del bien jurídico que se pretende proteger con la norma. De este modo, se puede diferenciar entre aquellos delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales como puede ser el caso de la vida o la libertad sexual, bienes éstos que pertenecen a una persona o a un grupo individualizable de éstas, de aquellos delitos en los que el bien jurídico protegido tiene el carácter de colectivo, ya que pertenecen a una colectividad o a

³ En la misma STS se hace referencia a otras como las STSS de 27 de enero y 21 de marzo de 1986 (RJ 1986\186 y RJ 1986\1679) y 10 de octubre de 1988 (RJ 1988\8312).

la sociedad en su conjunto. Es dentro de estos últimos donde se concretan los delitos contra la salud pública, dentro de los cuales se encuadra, como ya se ha comentado, el delito de tráfico de drogas⁴.

Como consecuencia de esta distinción, deriva el hecho de que por su propia definición, los delitos cuyo bien jurídico protegido es colectivo son delitos indisponibles. Con tales prohibiciones se intenta proteger, en su conjunto, las relaciones, derechos u objetos, que son el sentido y la finalidad de las proposiciones jurídicas⁵.

Es necesario concretar que el bien jurídico protegido por la tipificación de estos delitos es la salud pública, si bien esta cuestión no es unánime en la doctrina y la jurisprudencia española, ya que se diferencian distintas opiniones en torno a este concepto. Por un lado, el CP de 1973 ya encuadraba este tipo de delitos dentro de la sección 2ª del Capítulo II del Título V del Libro II, que incluía los Delitos contra la salud pública y el medio ambiente dentro de los «Delitos de riesgo en general», por lo que teniendo en consideración esta ubicación, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia entendieron que el bien jurídico protegido por la tipicidad de este tipo de conductas era la salud pública.

No obstante, por otro lado, algunos autores, que bien pueden entenderse como una doctrina minoritaria, consideraban que con este delito se protegían otros bienes jurídicos como, por ejemplo, la libertad del consumidor, la seguridad ciudadana o el interés del Estado en la producción y comercio de ciertos estupefacientes.⁶

En este sentido, desde la perspectiva de la jurisprudencia, esta cuestión ha ido evolucionando a lo largo de los años. El Tribunal Supremo, en los años noventa, considera de forma unánime a la salud pública, como el bien jurídico protegido por los delitos de tráfico de drogas, entendiendo como tal, la suma de las saludes de todos los individuos,

⁴ Cfr., por todos NÚÑEZ PAZ, M y GUILLÉN LÓPEZ, G. *Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal*, Revista Penal, nº 22, Julio 2008, pág.81

⁵ JESCHECK, H.H y WEIGEND, T, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. por Miguel Olmedo Cardenete, Albolote (Granada), Comares, 2002, ISBN 84-8444-641-7, pág. 350.

⁶ JOSHI JUBERT, U. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, Bosch, 1999. ISBN: 84-7698-532-0, pág. 28.

considerada como una salud colectiva, que es la suma del bienestar físico y psíquico de cada uno de los ciudadanos.

Se trata de un bien jurídico de gran imprecisión y que no se puede individualizar, ya que se entiende como una generalidad, y por tanto tiene un valor público y comunitario.

Así puede apreciarse en sentencias tales como la STS 1244/1993 de 29 mayo (RJ 1993/4281), que resolviendo un recurso de casación en el que se discute sobre la presunción de inocencia de un sujeto al que se había declarado culpable de un delito de tráfico de drogas, se estima el recurso por considerar que no se vulnera el bien jurídico protegido al tratarse de un supuesto de consumo propio, y de este modo establece que el TS entiende que *“la «donación» de droga está inmersa en el tipo previsto en el art. 344 del Código Penal, bien lo sea a título oneroso o gratuito, (...) previniendo así el ataque al «bien jurídico» protegido, no otro que la salud pública colectiva y, consecuentemente, la individual (física y psíquica) de cada una de las personas que componen la comunidad, ya que lo contrario implicaría pensar que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta de aquélla de todos y cada uno de los individuos que la integran”*.

De este mismo modo, la STS 2650/1993 de 26 noviembre (RJ 1993/8826) establece que *“como el bien jurídico protegido es la salud pública colectiva, no es necesario que se concreten determinados sujetos pasivos lesionados en su salud personal por el consumo de la droga”*.

Con el paso del tiempo, se puede observar un cambio en la interpretación del TS de este concepto, pasando a aplicar una interpretación teleológica del mismo, lo que provocó que se excluyeran de su ámbito de aplicación determinadas conductas formalmente subsumibles en ellos, por considerar que las mismas no suponían un peligro material para el bien jurídico protegido.

Esto puede apreciarse en Sentencias como la STS 358/2003 de 16 junio (RJ 2003\4356) que establece que *“el peligro para la salud que encierra el delito de tráfico de drogas se halla en función de la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de consumidores, y también en función de que tal sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud”*. Esta Sentencia trata la cuestión de la

irrelevancia penal por la insignificancia de la cantidad, ya que al tratarse de una cantidad insignificante, no habría delito por no existir riesgo para la salud.

Esta cuestión doctrinal se puede apreciar también en otras Sentencias como la STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10648), según la cual “*las cantidades insignificantes de droga, incapaces de producir efecto nocivo alguno para la salud, carecen de antijurídica material por falta de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo*”, considerándose por la jurisprudencia que concretamente, tal falta de peligro para la salud es apreciable cuando el tráfico versa sobre 0,04 y 0,05 gramos de heroína (STS de 12 de septiembre de 1994 [RJ 1994/7204]), 0,06 gramos (STS de 28 de octubre de 1996 [RJ 1996/8569]) o 0,02 gramos de la misma sustancia (STS de 22 de enero de 1997 [RJ 1997/1271]).

Con todo ello, es importante el hecho de que la razón de no penalizar el autoconsumo radica en que el Código Penal no castiga a quien pueda producirse un daño a sí mismo sino a quien produce un peligro para el resto de ciudadanos o bienes que le rodean. Por ello, el consumo de drogas o la utilización de sustancias dopantes no se castigan en el Derecho Penal.⁷

1.2 Reformas del CP relativas al delito de tráfico de drogas

La primera reforma de este tipo de delitos que tuvo lugar desde la aprobación del Código Penal de 1995, fue la llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

A través de la reforma introducida posteriormente por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor el día 23 de diciembre de 2010, se reformó parcialmente el Código Penal español y mediante la misma se modificó de forma sustancial la materia relativa a los delitos contra la salud pública.

Antes de esta reforma, las conductas constitutivas de tráfico de drogas se encuadraban en seis tipos penales teniendo en cuenta, por un lado, si la sustancia del delito causaba

⁷ ABOGADOS PORTALEY MADRID, *Delitos contra la Salud Pública (II). Tráfico Ilegal de drogas*, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2016. <http://portaley.com/2013/07/delitos-contra-la-salud-publica-ii-traffic-ilegal-de-drogas/>

grave daño a salud, como sería el supuesto de la cocaína o la heroína, entre otras, o si la sustancia no causa ese grave daño a la salud, como es el caso del cannabis o las benzodiacepinas, y por otro lado, dentro de las dos distinciones anteriores, se tenía en cuenta además si el delito se encuadraba dentro del tipo denominado como tráfico básico, recogido en el artículo 368 del CP; dentro del tipo agravado del artículo 369 o dentro del tipo hiper agravado del artículo 370 CP, mientras que tras la reforma surgen seis tipos penales diferentes para el tráfico de drogas catalogadas como drogas que causan grave daño para la salud (también conocidas como “drogas duras”), y seis tipos penales para los delitos cuyo objeto está constituido por drogas que no causan grave daño a la salud (conocidas éstas como “drogas blandas”), incluyéndose además, un tipo atenuado cuya aplicación es facultativa para el juzgador, por el que se atiende a la escasa entidad del delito, así como a las circunstancias personales del culpable.

Por su parte, se mantienen las penas para el tipo básico del delito de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, mientras que las penas por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud se reducen en cuanto al límite máximo⁸; y lo mismo ocurre con la pena configurada para algunos de los tipos agravados de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, que también ven reducida la pena prevista para estos supuestos, como es el caso de los delitos de tráficos de drogas con cantidad de notoria importancia⁹.

En sentido contrario, se agravan las penas para los casos más graves de tráfico de drogas que no causan grave a daño a la salud, en cuanto a las penas de prisión para los jefes de organizaciones dedicadas al narcotráfico de esas sustancias, que tras la reforma pueden llegar a ser castigados con penas de hasta quince años de prisión, mientras que antes de esta reforma, la pena máxima para estos casos era de seis años y nueve meses de duración¹⁰.

⁸ Con la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 se modifica el margen para establecer una pena privativa de libertad que pasa de tres a nueve años, a de tres a 6 años.

⁹ En este supuesto las penas de prisión previstas pasan de ser de nueve años y un día a trece años y seis meses, a una pena de seis años y un día a nueve años.

¹⁰ HERRERO ÁLVAREZ, S, *Nuevos tipos y nuevas penas en los delitos de tráfico de drogas*, SALA DE TOGAS, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón, número 60 (diciembre 2010).

Por su parte, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modifica la figura del decomiso, para incrementar la eficacia de la nueva regulación, recogiendo la posibilidad de que, en todos aquellos supuestos en los que el decomiso de los bienes o efectos procedentes del delito no resulta posible en todo o en parte, el juez o tribunal puedan, mediante la estimación y valoración de la actividad desarrollada, determinar una cantidad hasta cuyo importe quedará autorizado el decomiso de bienes.

Asimismo, para mejorar la gestión de los activos intervenidos, se revisa la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se crea una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos. Esta reforma, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la citada Ley, pone fin al doble régimen de decomiso (según se tratara de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza) que existía hasta ahora, ya que en el CP de 1995 se observaba en el art .374, además de las penas correspondientes fijadas para cada delito, el decomiso de las sustancias intervenidas y de los equipos o materiales utilizados para producirlas, así como las ganancias obtenidas y los instrumentos o bienes que hubieran sido utilizados para perpetrar los delitos.

2. TIPO BÁSICO (Art. 368 CP)

El tipo básico del delito de tráfico de drogas se encuentra regulado en el artículo 368 CP. El texto del citado artículo dice así:

“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 triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

Esta descripción legal de la conducta típica recogida para este delito ha sido denominada por la doctrina como “tipo abierto”, dada su imprecisión descriptiva, lo que se traduce en un cierto perjuicio en la seguridad jurídica a la hora de aplicar esta norma, lo que hace que surjan conflictos y discrepancias entre los distintos Juzgados y Tribunales.

A la hora de analizar el citado artículo, es necesario esgrimir las distintas conductas que abarca el delito y que el legislador ha decidido incluir dentro del tipo básico del mismo:

- **Cultivo:** La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado lo que debe considerarse como cultivo en sentencias como la STS 2054/2002 de 9 diciembre (RJ 2003\2327), en la que se establece que: *“la tipicidad que se predica de todo cultivo en tanto que pone en peligro el bien jurídico protegido”*, entendiéndose por tanto el mero cultivo como un acto típico de este tipo delictivo.

No obstante, por otro lado, en relación también con el cultivo, surgen numerosas cuestiones en torno al cultivo de *cannabis* en la propia residencia para el autoconsumo.

En este sentido existe variada jurisprudencia de Audiencias provinciales, de las que cabe destacar a modo de ejemplo, la SAP de Toledo 26/2015 de 26 febrero (JUR 2015\97904), que desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo de 12 de mayo de 2014, en un supuesto en el que un sujeto

posee una plantación de tres plantas de cannabis sativa, considerando el Tribunal que no se prueba acto de tráfico alguno ni se poseen útiles para la distribución, considerando este supuesto de cultivo, como de tenencia para el propio consumo, al entender que *“debe partirse de que la mera tenencia de droga es impune cuando lo es para el exclusivo y propio consumo del agente (STS 20.10.87 [RJ 1987, 7557], 11.5.90 [RJ 1990, 3914], etc.)”*. No obstante, en el citado supuesto, la cuantía de la droga se considera que excede las previsiones de lo que podría considerarse como un consumo normal.

En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Navarra 102/2005 de 8 junio (JUR 2005\195083), con respecto a esta cuestión que *“no hay prueba de cargo suficiente para poder deducir, que parte de la marihuana obtenida a través del secado de la planta de cannabis sativa, se fuera a destinar por los recurrentes que la habían cultivado, para su tráfico o difusión entre terceras personas ajenas a los propios recurrentes, por lo que no sería posible subsumir el cultivo declarado probado, en el delito contra la salud pública, por tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud del art. 368 del CP”*.

Con ello, se deja constancia de que el cultivo para el autoconsumo no cabría dentro del tipo de delito recogido dentro del artículo 368 CP, ya que no sería considerado como un delito contra la salud pública, al no ser destinado el objeto del cultivo a la venta, por lo que aunque el cultivo como tal entre dentro del tenor del citado artículo, en estos supuestos no encajaría en el tipo del delito de tráfico de drogas.

- **Elaboración:** La definición legal de este concepto viene dada por los Convenios Internacionales, estableciendo el apartado c) del artículo 1 del Convenio Único de 1961, que la elaboración es *“la separación del opio, de las hojas de coca, del cannabis y de la resina del cannabis, de las plantas de que se obtienen”*, y en el apartado n) del mismo artículo se define la fabricación como *“todos los procedimientos distintos de la producción que permitan obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros”*.

Por su parte, en el apartado i) del Convenio Sobre Psicotrópicos de Viena de 1971 se recoge la definición de fabricación como *“todos los procesos que permitan obtener sustancias psicotrópicas, incluidas la refinación y la*

transformación de sustancias psicotrópicas, en otras sustancias psicotrópicas”.

Así se manifiestan Sentencias como la STS 195/2014 de 3 marzo (RJ 2014\2864), en la que se enmarca dentro del tipo delictivo un supuesto en el que un grupo de personas que tras adquirir cocaína de elevada pureza, procedían a su “*elaboración, transformación, "corte", y marcaje en los laboratorios dispuestos por ellos en fincas alquiladas a su nombre*”, para posteriormente, distribuirla a terceros, y obtener así el correspondiente beneficio económico que era repartido entre los mismos, o la STS 576/2014 de 18 julio (RJ 2014\3681), en la que se tratan los hechos de tres acusados que se dedicaban a “*la elaboración y distribución de cocaína, incautándose droga por valor de casi millón y medio de euros y gran cantidad de medios para su tratamiento*”.

- **Tráfico:** También en lo relativo al concepto de tráfico surgen ciertos problemas, relacionados, por ejemplo, con si la donación puede encuadrarse dentro del mimos o no.

En este sentido, la STS 134/1999 de 3 febrero (RJ 1999\408), en un asunto relativo al intento de introducir droga en un centro penitenciario, siendo los autores del delito sorprendidos por los funcionarios del mismo, establece que “*Cualquier acto pues de tráfico, en sentido amplio (desde el cultivo a la donación al tercero), es suficiente para el delito. Es el tráfico en sentido vulgar, lo que significa incluir en su definición incluso los actos aislados, fuera del concepto estricto de la comercialización o de la mercantilización, siempre y cuando se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal que se persigue (Sentencias de 29 y 3 de mayo de 1991 [RJ 1991\3981 y RJ 1991\3536])*”.

Este es un hecho controvertido que propicia la aparición de sentencias contradictorias, como es el caso de la STS 665/2014 de 16 octubre (RJ 2014\5016), en la que se resuelve un recurso de casación por infracción de Ley, que interpone el Ministerio Fiscal contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, que absolvió a dos sujetos de un delito contra la salud pública, por considerar que eran supuestos de donación, ya que el padre suministraba la droga que adquiriría a su hijo drogodependiente, sin obtener ningún beneficio económico de dicha transacción, por lo que el

Tribunal lo considera como un supuesto de *“actividad altruista y compasiva de sustancias estupefacientes sin contraprestación económica.”*

No obstante, el Tribunal Supremo estima el recurso presentado y si bien declara que aunque con anterioridad *“ha venido acogiendo, en efecto, la tesis de la ausencia de antijuridicidad, en ciertos supuestos de entrega de drogas a parientes o allegados”*, esta circunstancia siempre se ha contemplado en *“casos de facilitación de pequeñas cantidades destinadas a aliviar los padecimientos propios del síndrome de abstinencia que sufre el destinatario de la misma y no, como en el propio " factum " de la recurrida se refiere, de un suministro continuado en el tiempo, de una elevada cantidad de droga (105 grs.)”*.

Por tanto, si bien existen supuestos en los que se contempla la donación como antijurídica, por considerarse que no puede incluirse en el concepto de “tráfico”, se tienen en cuenta asimismo otras cuestiones como que se trate de la donación de pequeñas cantidades de droga y de casos puntuales, ya que en caso contrario, en palabras del propio Tribunal Supremo, se entiende que esto supondría facilitar el mantenimiento de la situación de consumidor del destinatario, existiendo, otras opciones o alternativas terapéuticas tendentes, a medio o largo plazo, a la superación del trastorno por consumo abusivo de drogas.

- **Otras modalidades:** Finalmente, cabe señalar el hecho de que la inclusión de la expresión “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten” a la definición recogida en el artículo 368 CP, favorece aún más la indeterminación de las conductas punibles así como la imprecisión a la hora de aplicar el tipo penal.¹¹

Dentro de este tipo de conductas se puede encuadrar, por ejemplo, la de la STS 664/2015 de 22 octubre (RJ 2015\4952), en la que uno de los acusados era encargado de recoger un paquete con droga, concretamente cocaína, que iba dirigido a su nombre, si bien el verdadero destinatario del mismo era el otro acusado, que le había ofrecido 400 euros por cada paquete que recogiera en la estafeta de correos. No obstante, se les considera a los dos como autores de un delito de tráfico de drogas, si bien uno de ellos únicamente recibió el paquete de droga, enmarcándose por tanto dicha conducta dentro del tipo

¹¹ MONTERO LA RUBIA, Delitos contra la Salud Pública, 2007, págs. 10-13.

delictivo al promover, favorecer o facilitar la acción; o la de la STS 870/2003 de 11 junio (RJ 2003\6237), en la que dos sujetos se pusieron de acuerdo en que uno de ellos prestaría su colaboración al otro para la recepción de un paquete que debía llegar desde Colombia, conteniendo cocaína, en este caso, el Tribunal Supremo considera que *“el tráfico existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido (v. SS. de 21 de junio [RJ 1997, 5601] y 19 de julio de 1997 [RJ 1997, 7256])”*, por lo que dicha colaboración también entraría dentro de estos supuestos.

También quedarían incluidos los actos de transporte de la droga, como puede apreciarse en la STS 1009/2006 de 18 octubre (RJ 2006\8034), en la que los acusados colaboraban con una organización cuya ilícita actividad era la introducción, transporte y venta de cocaína procedentes del continente americano en territorio español, en la que se considera que *“la aportación del recurrente es relevante a los efectos del transporte de la droga una vez en las cercanías de Madrid, pues no solo traslada al lugar del intercambio a quien va a ser el nuevo conductor, sino que a continuación actúa de guía y lanzadera del vehículo que transporta la droga”*, considerando que ésta no puede considerarse una colaboración de carácter secundario, utilizando por tanto una aplicación extensiva del concepto de autor.

3. FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO:

Uno de los problemas que surgen en torno a los delitos vinculados al tráfico de drogas es el relacionado con las formas de autoría y participación, problemas éstos que se plantean diariamente en los Tribunales españoles.

Tras la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, tanto a través de la jurisprudencia como a través de legislación posterior, se ha ido atenuando el rigor literal de este tipo penal, que en un principio excluía cualquier tipo de participación que no fuese la autoría, estableciendo de este modo un concepto amplio de autor. Este hecho llevaba a condenas desproporcionadas, excluyendo además la atipicidad del conocido como “principio de consumo compartido”, en el que el bien jurídico protegido por el tipo penal, como lo es la salud pública, no se podría considerar en riesgo.

No obstante, sigue existiendo en los Tribunales una casuística compleja en las formas de participación.

3.1 Autoría, coautoría y autoría mediata.

El concepto doctrinal de autor individual no plantea problemas en torno al delito de tráfico de drogas, ya que del texto del art. 368 CP quedan claras las conductas que se encuadran dentro de este concepto (cultivo, elaboración, tráfico, etc.). No obstante, por la propia naturaleza del delito, en muchas ocasiones se hace necesaria la presencia de varios sujetos en el mismo, lo que hace que por regla general, la coautoría sea la forma de intervención en el delito más frecuente.

En los artículos 27, 28 y 29 del Código Penal, se recogen como formas de intervención en el delito la autoría y la participación. Conforme al artículo 28 “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

Por lo que la inducción y la cooperación necesaria, aunque legalmente se encuentran equiparadas a la autoría, constituyen formas de participación que conllevan un injusto propio realizado a través del comportamiento típico del autor, que son punibles por el hecho de que la autoría se ve reforzada por la contribución del partícipe, por lo que debe prevenirse, así como por el hecho de que en muchas ocasiones no es fácil determinar hasta el final, si el papel asumido a lo largo del proceso delictivo resulta mejor caracterizado como una u otra de las formas de la participación¹².

En cuanto a la coautoría, se considera como tal la conducta de quien realiza, junto a otras personas, el hecho delictivo. Su regulación no toma en consideración el papel concreto que desempeña cada uno de los coautores para determinar sus penas restrictivas, sino que todo lo que haga cualquiera de ellos es extensible, a los demás, contraponiéndose, por tanto, al concepto de participación, según el cual el participante en un delito se halla en posición de subordinación respecto al autor.

Esta circunstancia puede apreciarse, por ejemplo, en la STS 12/2008 de 11 enero (RJ 2008\779), en la que se aprecia un supuesto de coautoría en el que ambos acusados de mutuo acuerdo tenían cocaína y éxtasis para vendérselo a terceros, considerando que no afecta a la participación conjunta el hecho de que uno tuviera una cantidad inferior al otro.

Por tanto, cuando se da la situación de que varios sujetos se ponen de acuerdo para realizar de forma conjunta todos los elementos del tipo, nos encontraríamos ante un claro supuesto de coautoría, pero también será así en el caso de que varios sujetos se pongan de acuerdo para realizar el tipo de forma parcial, siendo concedores de que otro de los sujetos va a realizar los elementos que él mismo no realice.

De este modo puede apreciarse, por ejemplo, en la STS de 14 febrero 1992 (RJ 1992\1175), en la que se establece que “*el concierto previo, con reparto de papeles, con actividad anterior, coetánea y posterior absolutamente determinada, incluso en un punto*

¹² CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2011, ISBN: 978-84-309-5213-7, pág. 137.

*tan decisivo como la recogida de la droga a su desembarco en España con el fin de trasladarla a Sevilla, elevan a autoría la intervención del procesado*¹³.

Con todo ello, la coautoría requiere para su existencia de un elemento subjetivo que se manifiesta en un acuerdo entre las personas que actúan en común para la comisión de un delito, y este acuerdo puede ser incluso tácito, así como del conocimiento por parte del coautor del propósito delictivo en el que participa. Por otra parte, también se requiere un elemento objetivo, que consiste en la realización de una actividad por parte de los coautores, que ha de ser relevante y necesaria para la perpetración del delito.

Por lo tanto, serían todos coautores, independientemente del cometido que tuviera cada individuo, siempre que el convenio se desarrolle dentro de los fines concertados, pero la relevancia de su participación se pondera siguiendo una serie de pautas compatibles y no excluyentes que son:

- a) «dominio funcional del hecho» cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso
- b) «escasez del medio o prestación aportados» cuando se contribuye con algo escaso, difícil de obtener de otro modo.
- c) «la equivalencia de condiciones» cuando se aporta una conducta sin la que el delito no se hubiera podido cometer.¹⁴

En torno a esta cuestión surgen, por tanto, problemas en un doble aspecto: Por un lado, están los supuestos en los que no todos los intervinientes realizan todos los actos típicos, realizando tan sólo una parte, y por otro lado, están aquellos supuestos en los que alguno de los intervinientes directamente no realiza ningún acto ejecutivo, pero participan en el acuerdo previo y controlan a distancia la ejecución del acto delictivo por parte de los demás sujetos intervinientes. Este sería el caso, por ejemplo, del jefe de una organización dedicada al tráfico de drogas, que espera desde su despacho a que se realice la operación de narcotráfico por parte de sus subordinados.

¹³ MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, pág. 106.

¹⁴ Esta cuestión puede extraerse, a modo de ejemplo, del texto de la STS. 440/1997 de 4 abril (RJ 1997\2698), en la que se diferencia entre cómplice y cooperador necesario.

Para los supuestos de realización parcelada del hecho, la jurisprudencia recurre a las teorías de la coimputación recíproca y a la del dominio funcional del hecho, por las que se entiende que a pesar de la realización parcial de los hechos típicos todos los hechos realizados son imputables a cada uno de los intervinientes como si hubieran sido realizados todos los hechos por todos¹⁵.

En este sentido, la STS de 21 de enero de 1997 (RJ 1997/339), considera la existencia de coautoría entendida como “*la participación directa, personal y consciente en la ejecución de los actos nucleares integrantes de la dinámica comisiva al amparo de una común y unitaria resolución de todos sus componentes, previamente concertados y unidos por el vínculo de la solidaridad efectiva aun cuando en el desarrollo de la acción estelar del tipo, cada uno de aquellos realice funciones o cometidos implícita o explícitamente asumidos*”.

En relación con la autoría mediata, ésta será de aplicación en aquellos supuestos en los que para cometer el delito de tráfico de drogas, se utilice a un sujeto que actúa sin dolo, como puede ser el caso en el que se utiliza a una persona para portar drogas, sin que ésta sea consciente de que porta dichas sustancias.

Del mismo modo, cabe que se utilice a un sujeto que actúe dolosamente pero que es inimputable, por tratarse de un sujeto que, por ejemplo, padezca una enfermedad mental, o que actúe por miedo insuperable o por un error de prohibición provocado por el autor mediato¹⁶.

En este sentido se manifiesta la STS 311/2009 de 27 febrero (RJ 2009\1544), en la que se utiliza a menores de 18 años, considerando que se trata de un supuesto de autoría mediata en la que se utiliza a un menor que no es responsable penal, sino un instrumento para la comisión del delito.

¹⁵ ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, ISBN: 84-8442-701-3, pág. 124.

¹⁶ MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, págs.106-107.

3.2 Participación

En materia de tráfico de drogas, como ya se ha comentado, el artículo 368 del Código Penal “incorpora un concepto unitario de autor”, conforme al cual será autor todo aquel que contribuya causalmente de algún modo a la realización del delito”.

Esto hace que la diferenciación entre autor y partícipe sea complicada, considerando el alcance de las conductas realizadas por el sujeto, como podría ser la acción de facilitar el consumo ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que sólo representa una forma de participación accesoria pero convertida en acción nuclear del tipo de injusto, por lo que en este supuesto no sería considerado como cómplice, sino como autor del tipo básico de tráfico de drogas¹⁷.

Tal y como se recoge en la STS 547/2006 de 18 mayo (RJ 2006\2439), “*por grave que sea el delito de tráfico de drogas, esa gravedad no puede constituirse en argumento para efectuar una interpretación que, de hecho, suponga una derogación de las reglas generales de la participación delictiva*”.¹⁸

Por tanto, a pesar de la redacción del citado artículo, la jurisprudencia entiende que para que se aprecie la complicidad es necesario que la colaboración aportada por el cómplice, responda a la condición de efectiva y no imprescindible, debiendo asimismo, el cómplice, ser conocedor de que está colaborando en la realización del delito que lleva a cabo el autor. Por ello, el dolo del cómplice, tal y como se recoge en la STS citada, “*radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible, pero desde una actividad prescindible*”.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la terminología del artículo 368 CP, la admisión de formas imperfectas de participación resulta difícil, ya que el texto del legislador ha hecho que el concepto de autor sea muy amplio, excluyendo en principio las formas de participación accesorias y permitiéndose la contemplación de las mismas sólo

¹⁷ GALLEGO SOLER, J.I. en: CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, ISBN: 978-84-9004-346-2, págs. 628 y 629

¹⁸ En tal sentido STS 1371/2004 de 23 de noviembre (RJ 2005/792).

en casos excepcionales, por lo que la apreciación de la complicidad tiene un margen meramente residual.

Este hecho ha propiciado que el Tribunal Supremo, a través de su jurisprudencia, haya tratado de aportar algo más de luz sobre la figura del cómplice en los delitos de tráfico de drogas, pero esto se dificulta aún más teniendo en cuenta el riesgo abstracto del delito en sí.

A partir de aquí, el Tribunal Supremo ha trazado algunas notas definitorias sobre la figura del cómplice, como lo son el hecho de que la colaboración de éste ha de ser mínima, ocasional, esporádica o de poca duración, así como accesoria o secundaria.

De este modo se analiza esta cuestión en la STS 1234/2005 de 21 octubre (RJ 2005\8279), que establece que *“para distinguir la conducta del cómplice del cooperador necesario habrá que ponderar si la actividad auxiliar es indispensable o imprescindible, a la luz de las teorías, sobre la «condictio sine qua non», sobre bienes escasos o sobre el dominio funcional del hecho, no exentas de imperfecciones, pero utilizables para discernir cuándo la actuación auxiliar es decisiva y supone un aporte al hecho difícil de conseguir, o es capaz de determinar el cese de la actividad delictiva al retirar su apoyo”*.

En la misma STS, se recogen casos concretos en los que se admite la complicidad, como lo son por ejemplo, la indicación al consumidor que quiere comprar droga del lugar donde se vende; la ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga o el transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro con fines de ocultación, entre otros.

Por tanto, para que pueda apreciarse la figura del cómplice, las conductas llevadas a cabo por los sujetos del delito no han de favorecer directamente el tráfico, la posesión de la sustancia con esa finalidad o la elaboración o el cultivo de la misma, porque de ser así, estaríamos ante un supuesto de autoría.¹⁹ Con ello se elabora la idea de que el cómplice colabora en hechos que le son ajenos, mientras que el autor ejecuta hechos propios.²⁰

¹⁹ De este modo se aprecia en la STS. 22/2006 de 23 enero (RJ 2006\4320).

²⁰ ESTRELLA RUIZ, M, *Cuestiones de actualidad en los tipos atenuados y atípicos de los delitos contra la salud pública*. Revista de Jurisprudencia, nº 2, 15 de mayo de 2015.

La participación como inducción y cooperación necesaria, que el Código Penal equipara a la autoría en cuanto a sus efectos, es muy difícil de identificar, si se le atribuye a la conducta de facilitar un significado que incluya los actos, por ejemplo, del intermediario.

En la STS 203/2010 de 11 marzo (RJ 2010\2358) que trata un supuesto en el que uno de los acusados llega por vía aérea al aeropuerto de Madrid portando una maleta que contenía en su interior 2.991,7 gramos de cocaína con un 72,6% de pureza y 15.040,6 gramos de cocaína con un 72,2% de pureza, mientras que los otros dos acusados acudieron al aeropuerto a recoger al anterior, al que no conocían y tras advertir su presencia se acercaron a él y le indicaron que los siguiera, siendo entonces detenidos. En dicha Sentencia se recoge en relación a esta cuestión que *“En el caso, ambos recurrentes se encuentran en el aeropuerto con la única finalidad de recoger a quien transporta la droga, con el objetivo de asegurar su recepción, lo que supone una participación en la posesión y en el transporte de la droga, por lo que la conducta entra dentro de las previsiones típicas del artículo 368 del Código Penal”*.

De lo anterior se desprende que la participación de los dos intermediarios en el delito sería un caso de cooperación necesaria si no estuviera incriminada la conducta de facilitar, lo que hace que se conviertan en autores del tipo básico en su forma tentada, ya que el pretendido transporte hacia el destinatario no se consumó. Lo mismo se concluye en cuanto a la inducción, determinante de una acción de cultivo, elaboración o tráfico (por ejemplo), en que asimismo se estima una conducta de facilitación por parte del inductor, quien se conforma así como autor del tipo básico.

Con todo ello, se entiende que aunque pudieran calificarse como partícipes con arreglo a las normas generales de los apartados 1 y 2 del artículo 28, respecto del artículo 368 del C.P, los sujetos cuyas acciones se pueden encuadrar dentro del marco de la figura del intermediario y del inductor, se consideran auténticos autores, considerando el concepto establecido en el propio artículo 28, que establece que son autores “quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”²¹.

²¹ ARAÚJO REBOUÇAS, S.B., *Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y derecho comparado*, Revista da Faculdade de Direito, nº 34, 2013, pág.556

3.2 Actos preparatorios punibles: Conspiración y proposición

Los actos preparatorios sólo son punibles si están especialmente previstos en la Parte Especial del Código penal, con lo cual se acoge un sistema de números cerrados. Los arts. 17.3 y 18.2 así lo establecen, y el art. 373 dice concretamente que *“la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores”*.

La configuración por parte de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria de este delito como de peligro abstracto, de mera actividad y de consumación anticipada ha sido determinante para no admitir, o hacerlo de forma excepcional, las formas previas a la consumación: actos preparatorios punibles y actos de imperfecta ejecución. Debido a esto, la jurisprudencia considera que para su consumación no hace falta la efectiva lesión del bien jurídico.

Por tanto, el hecho de que la disposición penal sea tan abierta es una técnica legislativa muy criticable, pues permite en el tráfico de drogas, penar severamente situaciones que técnicamente apenas se encontrarían en el campo de la participación o del favorecimiento, o de los actos preparatorios.

En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que la consumación es un concepto formal, según el cual bastaría para estar frente a un delito consumado la realización de todos los elementos descritos en el tipo, sin necesidad de que se haya producido lesión o lesión acabada del bien jurídico. Por el contrario, para la tentativa se sostiene, también mayoritariamente, un concepto objetivo-material, siendo necesario para que concurra, el comienzo de la ejecución y la acción iniciada debe haber puesto en peligro de forma inmediata al bien jurídico protegido.

4. SUBTIPO ATENUADO. (ART. 368.2 CP).

El artículo 368 del Código Penal, recoge en su párrafo segundo que *“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”*.

Este párrafo se introdujo con la LO. 5/2010, de 22 de junio, después de que se realizara una propuesta en este sentido en dos reuniones de la Sala II del Tribunal Supremo. Concretamente, estas reuniones se llevaron a cabo el 25 de mayo (JUR 2005\167139) y el 25 de octubre de 2005 (JUR 2005\240686), planteándose en las mismas una modificación de la redacción del art. 368 del CP, para rebajar las penas existentes (que en aquel momento eran más elevadas que las actuales), cuando se trate de cantidades módicas, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Este precepto, en palabras del propio TS, responde a *“la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado ”* ²²

La STS 731/2011 de 13 julio (RJ 2011\5449) resume esta doctrina, estableciendo que el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros, los cuales están en relación con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor, apreciables por los jueces y tribunales, cuyo arbitrio se vinculan a la concurrencia de estas dos circunstancias previstas por el legislador, *“lo que significa que la aplicación del subtipo atenuado implica la realización de una valoración judicial para justificar la concurrencia de ambas circunstancias que el tipo penal exige”*.

4.1 Escasa entidad.

En relación con la escasa entidad del hecho, ésta se relaciona con una menor gravedad del injusto típico, por su escasa puesta en peligro del bien jurídico protegido. Esta cuestión puede apreciarse, a modo de ejemplo, en la STS 544/2010 de 9 junio (RJ 2010\6654), en la cual se hace mención a *“la falta de antijuridicidad y de afectación al*

²² Véase STS 32/2011 de 25 enero (RJ 2011\314)

bien jurídico protegido”, lo que se encuentra relacionado con la cantidad y calidad de la droga que posea el autor, y más concretamente, con si ésta supera o no la cantidad establecida para apreciar la cantidad mínima de dosis psicoactivas, lo que conlleva que cuanto menor sea la cantidad y la calidad de la droga, menor será la consideración de la gravedad del hecho delictivo, por lo que las cantidades que se encuentran cercanas a las dosis mínimas psicoactivas o que sean de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa, se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.²³

En este sentido, la doctrina considera, por un lado, que puede entenderse que existe escasa entidad teniendo en consideración las dosis de consumo medio, que la droga se venda o se done a consumidores habituales o cualquier otra circunstancia de la que pueda extraerse que no se produce una afectación relevante a la salud pública²⁴, y por otro lado, se considera que este supuesto se puede entender aplicable a aquellos casos en los que se lleva a cabo una delincuencia funcional, es decir, aquellos supuestos en los cuales el sujeto realiza el hecho delictivo como salida a su propia adicción y necesidades de consumo, entendiendo, de este modo, que la entidad del hecho comprende más juicios valorativos que la mera cantidad²⁵.

De todo ello puede extraerse que estamos ante un supuesto de escasa entidad, cuando las conductas realizadas, si bien encajan dentro del amplio tipo delictivo, se encuentran, no obstante, lejos de constituir un peligro cierto y grave para el bien jurídico protegido, lo que supone un menor desvalor del resultado, o aquellos supuestos que suponen un menor desvalor de la conducta, tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo²⁶.

²³ESTRELLA RUIZ, M, *Cuestiones de actualidad en los tipos atenuados y atípicos de los delitos contra la salud pública*. Revista de Jurisprudencia, nº 2, 15 de mayo de 2015

²⁴ GALLEGO SOLER, I en: MIR PUIG, S. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, ISBN: 978-84-9985-072-6, pág. 805

²⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado*. Jornadas de la Abogacía del Estado, 25 de enero de 2011. Fecha de consulta: 6 de enero de 2016, www.mjusticia.es

²⁶MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, pág. 166

4.2 Circunstancias personales del culpable.

En relación con las circunstancias personales del culpable, es necesario que se den circunstancias que hagan que el culpable del delito, tenga un menor grado de reprochabilidad con respecto al hecho delictivo. Un ejemplo de esta cuestión podría ser, el de un drogodependiente que se dedica al menudeo para sufragar de este modo su adicción a las drogas, pero siempre que el mismo no haga de la venta de droga su modo de vida. También sería susceptible de valoración dentro de estas circunstancias, el hecho de que el autor del delito no tenga antecedentes por delitos contra la salud pública ni de otro tipo.

En relación con esta cuestión, surgen algunas dudas interpretativas derivadas de la redacción del citado artículo, ya que el uso por el legislador de la conjunción “y”, hace que se entienda que en caso de que cualquiera de los dos parámetros analizados no se aprecie, no podría aplicarse el subtipo atenuado.

Este podría ser, por ejemplo, el caso de un adicto que se dedique a vender droga con el fin de sufragar su propio consumo, pero que lo haga en grandes cantidades, lo que podría hacer aplicable la consideración de notoria importancia. En este caso, en principio, no sería de aplicación esta circunstancia.

No obstante, surgen problemas en los supuestos en los que es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas cuestiones de forma simultánea, considerando que el parámetro que no concurre, se manifiesta como inespecífico, es decir, serían casos en los que uno de los parámetros concurre de forma clara, pero el otro sin ser negativo, resulta simplemente neutro.

En este caso, el Tribunal juzgador podría considerar el subtipo, puesto que el precepto parece exigir que se ponderen ambas circunstancias, pero sin ser obligada la concurrencia conjunta, siendo suficiente la concurrencia de uno de los mismos, y la neutralidad del otro²⁷.

Si bien existen sentencias, como sería el caso de la STS 921/2011 de 16 septiembre (RJ 2011\6595), en la que el TS considera que no concurren estas circunstancias, debido a que el autor del delito de tráfico de drogas, a pesar de tratarse de un supuesto de escasa

²⁷ ESTRELLA RUIZ, M, *Cuestiones de actualidad en los tipos atenuados y atípicos de los delitos contra la salud pública*. Revista de Jurisprudencia, nº 2, 15 de mayo de 2015

entidad, era reincidente por lo que entiende que, al haber reincidencia, “no puede hablarse de una conducta "ocasional", como se ha venido teniendo en cuenta en la doctrina de esta Sala como requisito para la aplicación del subtipo atenuado”.

No obstante, se abre paso un criterio más abierto y flexible, recogido por ejemplo, en la STS 1421/2011 de 23 diciembre (RJ 2012\1935), que entiende que la reincidencia no impide la aplicación de esta atenuante, en el sentido de que “*tal circunstancia no puede ser tomada en cuenta, con carácter general y como dato obstativo a la aplicación del referido párrafo segundo del artículo 368, pues su repercusión ya tiene cabida a la hora de individualizar la pena que corresponda dentro de la sanción a que hace referencia a ese apartado*”²⁸

²⁸ En este mismo sentido, STS 862/2011 de 20 julio (RJ 2011\5538) y STS 1331/2011 de 2 diciembre (RJ 2012\63).

5. ATENUACIÓN POR ABANDONO VOLUNTARIO Y DROGODEPENDENCIA

El artículo 376 CP establece que: *“En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.*

Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.”

5.1 Atenuación por abandono voluntario.

Ya en el Código Penal de 1973 podíamos encontrar una atenuación o remisión de las penas para aquellos supuestos en los que los sujetos relacionados con la actividad de bandas armadas, terroristas o rebeldes, abandonaran voluntariamente sus actividades delictivas, confesaran los hechos y colaboraran con la justicia.²⁹

Con el Código Penal de 1995 se mantiene esta cuestión, en relación con los delitos de terrorismo y de tráfico de drogas (artículos 579 y 376 CP respectivamente), pero con una regulación más restrictiva, ya que sólo se mantiene la atenuación, aplicándose la pena inferior en uno o dos grados, teniendo su aplicación carácter potestativo para los Jueces y Tribunales.³⁰

²⁹ FERNANDEZ PALMA, R. en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal español. Tomo II, edición 6ª*, Navarra, Aranzadi, 2011, ISBN: 978-84-9903-743-1, pág. 980.

³⁰ LAMARCA PÉREZ, C. *Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas*. La Ley Penal, núm. 86, 2011.

Por su parte, la reforma operada por la LO. 15/2003 elimina el requisito de la presentación del sujeto a las autoridades confesando los hechos, mientras que la LO 1/2005 amplía su aplicación a los arts. 361 a 367 CP, pero sin afectar a la regulación de fondo.

En relación con la naturaleza de la figura recogida en el artículo 376 CP, la STS 115/2014 de 25 febrero (RJ 2014\2006) entiende que, en el supuesto que trata, debió aplicarse dicho artículo, con reducción de la pena en uno o dos grados, *“dado que la sentencia recoge como hechos probados que el acusado colaboró activa y directamente con los agentes de Policía en la paralización del destino de la droga y en la detención a su destinatario, así como en el abandono voluntario de su actividad delictiva al prestar testimonio inmediato de su participación”*.

En la misma Sentencia, se considera que el art. 376 CP se sitúa como una figura intermedia entre el arrepentimiento y el desistimiento, lo que sirve para contribuir al debilitamiento de este tipo de conductas delictivas, al dedicarse a ellas los sujetos colaboradores.

Con todo ello, se pueden apreciar los requisitos necesarios para la aplicación de este precepto, que consistirán en el abandono voluntario de la actividad delictiva y la colaboración activa con las autoridades, entendiéndose que estos requisitos han de darse de manera conjunta.

Por ello, la doctrina interpreta este requisito como una conducta permanente de separación de la vinculación con una organización dedicada al narcotráfico en el caso del art. 376 CP, lo que supondría dejar de ser miembro o colaborador de la organización de narcotraficantes³¹, de lo que se entiende que no cabría la aplicación de este beneficio al delincuente que se dedica al tráfico de drogas de forma individual, ya que la colaboración con la justicia sería difícil de cumplir en un supuesto de este tipo, puesto que la finalidad de esta colaboración aparece vinculada a una organización.

³¹ LAMARCA PÉREZ, C. *Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas*, La Ley Penal, núm. 86, 2011. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ PALMA, R. “Art. 376” en: MIR PUIG, S (Dir). *Comentarios al Código Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, ISBN: 978-84-9985-072-6, pág. 983, hablando de romper definitivamente con los vínculos que le une con la organización.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. en: RODRIGUEZ MOURULLO, G., y otros: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, ISBN: 13-9788447009978, pág. 1034.

Por otra parte, se requiere la voluntariedad del abandono, requisito éste que la doctrina mayoritaria interpreta como un abandono libre, sin que el sujeto haya sido sometido a presión o coacción. Si bien, surgen problemas en torno a esta cuestión, en relación a aquellos supuestos en los que el sujeto se encuentre ya detenido.

En este sentido, la Jurisprudencia no admite la aplicación del beneficio del art. 376 CP si el sujeto ya ha sido detenido, pues no se cumple el requisito cronológico de que con anterioridad a ser sorprendido *in fraganti* haya abandonado voluntariamente la actividad delictiva, como así se exige, por ejemplo, en la STS 923/2005 de 13 julio (RJ 2005\9607).

Por su parte, en relación con el requisito de colaboración activa con las autoridades, existen autores que consideran que la misma supone el desarrollo de una actividad comisiva, por lo que difícilmente se podrá colaborar con una conducta omisiva. Normalmente, se exterioriza en proporcionar a las autoridades una información orientada a alguna de las finalidades indicadas en el precepto, aunque no es necesario que la colaboración tenga un resultado positivo³².

Las finalidades que se tratan de alcanzar con la colaboración activa con las autoridades son las siguientes:

- a) Impedir la producción del delito.
- b) Obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- c) Impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado³³.

5.2 Atenuación por drogodependencia:

El artículo 376 CP en su párrafo segundo recoge la toxicomanía como otra atenuación de carácter facultativo para aquellos drogodependientes que finalicen con éxito un tratamiento de deshabituación y siempre que la cantidad de droga que haya sido objeto del delito no sea de notoria importancia o extrema gravedad. Esta atenuante se

³²FERNANDEZ PALMA, R. Cit., “Art. 376”, *Comentarios al Código Penal español*, 2011, pág. 986.

³³ BRETONES ALCARAZ, F.J., *La atenuación por “arrepentimiento activo” del miembro o colaborador de la organización criminal*, Noticias jurídicas. Artículos doctrinales, 20 de octubre de 2015.

constituye como un mecanismo para hacer que el drogodependiente que haya cometido el delito, se vea incentivado para realizar un tratamiento de deshabitación.³⁴

Así puede observarse, por ejemplo, en la STS 26/2005 de 14 marzo (RJ 2005\3092), en la que se rebaja la pena en un grado al autor toxicómano que finaliza con éxito un tratamiento de deshabitación.

Por ello, es necesario analizar el concepto de drogodependencia, puesto que no va a tener la misma consideración y por tanto, no va a estar enmarcado dentro de este supuesto, cualquier tipo de consumo, y su apreciación como una u otra circunstancia modificativa, va a variar teniendo en cuenta ciertos criterios.

En este sentido, la toxicomanía, se constituye como una circunstancia modificativa de la responsabilidad del sujeto, y por ello, la Jurisprudencia ha delimitado los requisitos necesarios para la apreciación de dicha circunstancia. Estos requisitos son:

1. Requisito biopatológico: Este requisito deriva en la exigencia de que el sujeto sea toxicómano, lo que a su vez deriva en otros dos requisitos:
 - a) Que se trate de una adicción grave, ya que no se observa esta circunstancia con cualquier grado de dependencia. Esto significa que para poder observar la circunstancia modificativa o incluso exonerativa de la responsabilidad criminal, la intoxicación o adicción del sujeto ha de ser de tal entidad que el consumo de drogas tenga implicaciones médicas y sociales, que den lugar a trastornos físicos o psicológicos que influyan en su comportamiento. El toxicómano o drogodependiente sería aquel “cuya vida emotiva y práctica está completamente dominada por la necesidad del fármaco y de sus efectos”, “sufre desesperada necesidad de ingerir la sustancia y de procurársela a cualquier precio y experimenta un enorme

³⁴ PASTOR MUÑOZ, N. en: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. 4ª Edición adaptada a Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2015, ISBN: 978-84-15690-94-8, pág. 315

debilitamiento de todos los demás intereses y ligámenes con la realidad de los otros”³⁵.

b) Que tenga cierta antigüedad, lo que significa que ha de existir un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente consumida.

2. Requisito psicológico: Este requisito hace necesario que el sujeto vea afectadas sus facultades mentales. En este sentido, la STS 616/1996 de 30 septiembre (RJ 1996\6944), recoge que *“en todo caso se exige que el relato histórico de la sentencia exprese la concreta e individualizada situación en el momento de la comisión, período de tiempo de la dependencia y síndrome carencial con la obligada precisión de que de tales datos pueda deducirse una apreciación de que las facultades intelectuales y/o volitivas se hallaban notablemente disminuidas”*³⁶

Con todo ello, se considera que no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si el consumo de droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto.

3. Requisito temporal o cronológico: Este requisito consiste en que es necesario que la afectación psicológica concurra en el momento de la comisión del delito, o bien que el culpable actúe bajo los efectos del síndrome de abstinencia, y siempre que ese estado no haya sido buscado por el sujeto con el fin de cometer el delito.

En este sentido, la STS 1498/2000 de 30 septiembre (RJ 2000\8112) no aprecia la eximente incompleta por drogadicción al considerar que no se cumple con el requisito temporal, ya que el autor del delito de tráfico de drogas, era adicto a la heroína desde años antes a la fecha en que ocurrieron los hechos, lo que le producía una limitación de sus facultades volitivas, ya que esta adicción le impulsaba a realizar actos dirigidos a obtener la droga que necesitaba para su consumo, no apreciando, por tanto, la eximente incompleta de drogadicción, sino únicamente la atenuante analógica de drogodependencia, por entender que *“la real antigüedad de su adicción a la heroína y el consumo diario de*

³⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, J, *Responsabilidad penal del drogodependiente*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014, ISSN 1695-0194, pág. 6.

³⁶ En este sentido STSS 347/1993 de 19 febrero (RJ 1993/1375) y 173/1993 de 2 febrero (RJ 1993\633).

dicha droga en el momento en el que el hecho se produce, únicamente constan a través de las manifestaciones de dicho acusado”.

4. Requisito normativo: Esto se refiere a la intensidad de la afectación del estado mental del sujeto, que hará variar su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente atenuante de la responsabilidad penal³⁷.

Por tanto, la intensidad o influencia de la sustancia en la mente del sujeto, será lo que determine su apreciación como una u otra circunstancia, sin que generalmente haya de considerarse como atenuante muy cualificada, ya que, como se recoge en la STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999/6177), actualmente no resulta aconsejable, porque los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

Existen, por tanto, supuestos en los que esta circunstancia se aprecia como una eximente, como una eximente incompleta y como una atenuante por analogía. Esta cuestión se recoge en numerosas sentencias, como por ejemplo, la STS 1149/2002, de 20 de junio (RJ 2002, 8057) o la STS 1217/2003 de 29 de septiembre (RJ 2003/8383), estableciendo que las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser enmarcadas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo la responsabilidad penal, operando como una eximente incompleta o bien actuando como atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2^a del CP, como propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6^o.

Se considera que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede tener lugar bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta su psiquismo, o bien cuando actúa bajo la influencia indirecta de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen dejando lugar a una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento de deshabituación al que se estuviera sometiendo el

³⁷MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, págs. 128-129.

sujeto (en este sentido se observa en la STS de 22 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 7170]).

A ambas situaciones se refiere el art. 20.2º del CP. Tal y como se recoge en la STS 1489/2004 de 18 diciembre (RJ 2005\1086), para que esta circunstancia opere como eximente incompleta, es necesaria *“una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta”*.

Por su parte, en su circunstancia de atenuante se recoge, como ya se ha comentado, en el art. 21.2ª, cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción, pero al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto que ésta tiene lugar *“a causa”* de aquélla (STS de 22 de mayo de 1998 [RJ 1998/2944]).

En último lugar, cabe la apreciación como circunstancia atenuante analógica, recogida en el art. 20.6ª CP, que tendrá lugar cuando no concurra el requisito de adicción, sino el de mero abuso de la sustancia, que producirá la afectación anteriormente expuesta, aunque la jurisprudencia ha tomado numerosas situaciones para aplicar tal atenuante por analogía, que irán desapareciendo en la medida en que el CP contempla la propia atenuante de drogadicción.

6.- SUBTIPOS AGRAVADOS (ARTS. 369 A 370 CP)

El art. 369.1 CP establece que se impondrán las penas superiores en grado a las establecidas en el art. 368 y multa del tanto al cuádruplo, cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. *“El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.*
2. *El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.*
3. *Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.*
4. *Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.*
5. *Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.*
6. *Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.*
7. *Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.*
8. *El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho”.*

Las citadas circunstancias pueden agruparse atendiendo a la vulnerabilidad del destinatario, al lugar de comisión, al sujeto activo, al objeto material y al modo de comisión de los hechos.

1. Por la condición del sujeto activo del delito.

En este aspecto, la enumeración que hace el legislador es cerrada, no cabiendo, por tanto, otros sujetos activos que los específicamente recogidos en el mismo. Asimismo, para que se aprecie la agravante, es necesario además que se ciña a los supuestos de abusos en el ejercicio del cargo.

Los conceptos de autoridad y funcionario son los recogidos en el art. 24 CP. Del mismo modo que el concepto de facultativo se encuentra en el art. 372 CP, concepto únicamente referido a los delitos contra la salud pública³⁸.

Esta circunstancia deriva del hecho de que estas personas tienen una mayor facilidad y transcendencia para la difusión de la droga en el entorno social, al desempeñar una actividad pública, docente o comunitaria, debiendo responder a un mayor desvalor del hecho o de la conducta.

Encajaría dentro de esta circunstancia, por ejemplo, un policía que se sirve de sus contactos profesionales o que sustrae la droga destinada a su destrucción o un médico que vende recetas a drogodependientes sin previo reconocimiento, pero no se aplicaría al Policía por la mera tenencia de droga en su oficina, tal y como se recoge en la STS 1383/2004 de 19 noviembre (RJ 2005\444), en la no se aprecia esta agravante en el supuesto de jefe de Policía al que se le ocupan en la mesa del despacho oficial pequeñas cantidades de diversas sustancias, por considerar que no se prueba que las destinara al pago de confidentes.

En el apartado 2º se observa la agravación en el supuesto de que el autor del delito de tráfico de drogas, participe además en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

Esta circunstancia queda por tanto vinculada al hecho de que el autor sea miembro de otra organización con fines ilícitos, utilizando el tráfico de drogas para sufragar otras actividades delictivas, como por ejemplo, la prostitución o el tráfico de armas³⁹.

En torno a esta cuestión, el motivo de la agravación no se encuentra vinculado a una mayor gravedad del hecho cometido o a una mayor afectación del bien jurídico protegido, sino que más bien, puede entenderse que el mayor desvalor de la acción deriva del hecho de que existe un incremento de la peligrosidad de conductas desarrolladas en el seno de

³⁸ ECHARRI CASI, F. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Plan Nacional de Drogas, La Ley, Madrid, 2005, ISBN: 84-7695-721-1, pág. 70.

³⁹ MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, pág. 244.

grupos de poder organizados, que pueden tener una mayor potencialidad lesiva, haciendo que también sea mayor la facilidad de aproximación al objeto de tutela.⁴⁰

2. Vulnerabilidad del destinatario.

En este grupo se encuadran las conductas de suministrar droga a menores de dieciocho años, a disminuidos psíquicos y a personas que se encuentren en tratamiento de deshabitación o rehabilitación (circunstancia 4ª). En virtud de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005, se considera disminuido psíquico a quien padece una limitación de carácter permanente en la facultad de discernimiento y en la capacidad de autodeterminación en relación con el consumo, como podría ser por ejemplo una persona que padezca psicosis o retraso mental, al tratarse de supuestos que sitúan a la persona que los padece en una situación inferioridad psicológica, convirtiendo a dicha persona en especialmente vulnerable.

Es necesario que la persona que lo sufre, no tenga la capacidad de conocer y entender que consume drogas, ya que puede considerarse como una exigencia implícita, el hecho de que se abuse de la incapacidad.

En cuanto a la minoría de edad, puede considerarse que el mayor desvalor de la acción deriva del hecho de que el menor de edad merece una mayor protección al tratarse de personas que o bien aún no se han iniciado en el consumo de drogas o aunque ya lo haya hecho, constituye un riesgo aún mayor para su salud. Esto se extrae de la indicación recogida en el Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que insta a los Estados miembros a castigar con penas más graves *“la victimización o utilización de menores de edad”*.

Esta circunstancia se puede observar, a modo de ejemplo, en la STS 155/2006 de 8 febrero (RJ 2006\2963), en la que se aprecia esta circunstancia agravante en un supuesto en el que el autor del delito de tráfico de drogas facilitaba la misma a un menor de 15 años, entendiéndose el TS que *“la tutela reforzada de los menores ampara tanto a quien todavía no se ha iniciado en el consumo, como a quien ya lo ha hecho, pues en ambos casos constituye un riesgo relevante para su salud”*, o la STS 1199/2002 de 28 junio (RJ 2002\7805), que se manifiesta en este mismo sentido en un supuesto similar.

⁴⁰ REY HUIDOBRO, L.F. *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, 1999, ISBN: 84-8002-860-2, pág. 244.

En cuanto a la personas que se encuentran sometidas a un tratamiento de deshabituación o rehabilitación, se entiende que la persona está sometida al mismo cuando se encuentre llevando a cabo un conjunto de actos sistemáticos dirigidos a abandonar el consumo de drogas, bajo la dirección de un especialista, y es necesario que este tratamiento se esté desarrollando en el momento de los hechos, lo que deberá acreditarse a través de los medios que se recogen a tal efecto en el CP, en relación con la prueba de toxicomanía⁴¹.

En todos los supuestos anteriores, en el caso de que concurra un error sobre las circunstancias personales del destinatario, como por ejemplo, que el autor del delito crea fundadamente que el menor es mayor de edad, o que no conozca el hecho de que el destinatario se encuentra sometido a un tratamiento de deshabituación, se aplicaría el art. 14.2 CP, entendiendo que el desconocimiento de las causas que agravan el hecho, impide su aplicación, por lo que para que se aplique esta circunstancia es necesario el dolo del sujeto activo del delito⁴², pero la regla general en este sentido es la apreciación del dolo eventual, por considerar que el autor podría haberla conocido de haberse preocupado por conocerla.

En los casos en los que se aprecia el error, se tienen en cuenta ciertos factores, como puede apreciarse en la STS 819/1993 de 5 abril (RJ 1993\3036) que trata un supuesto en el que el autor de un delito contra la salud pública vende a un menor de 18 años un trozo de hachís. Estos factores pueden ser *“el aspecto físico, o la forma de relacionarse o expresarse, ambiente en el que se desenvolvía, amistades que frecuentaba, si le conocía o no de antes, etc”*.

3. Dinámica comisiva

Esta agravante se vincula al lugar de comisión de los hechos. La jurisprudencia considera como fundamento de esta circunstancia, el hecho de que supone un mayor peligro para el bien jurídico protegido. El mayor desvalor de la acción se debe a que, tal y como dice la STS 784/2007 de 2 octubre (RJ 2007\7423) *“allí residen o desarrollan*

⁴¹MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, págs. 209-210.

⁴²PASTOR MUÑOZ, N. en: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. 4ª Edición adaptada a Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2015, ISBN: 978-84-15690-94-8, págs. 311-312.

actividades determinados colectivos de personas, resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga”.

En relación con que el hecho se produzca en un establecimiento abierto al público, para que pueda apreciarse la agravante, es necesario que no se trate de un hecho aislado, sino que se dé “*una cierta dedicación y pluralidad*”, como se recoge en la STS 920/2013 de 11 diciembre (RJ 2014\497), que considera que “*no deberá apreciarse la agravante específica cuando solo conste un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento de peligro contra la salud pública, por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del bar.*”⁴³

Cuando los hechos se cometan en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades, lo que se trata de proteger es el mantenimiento del orden y la disciplina en estos centros e instituciones⁴⁴.

Para que se aplique el tipo agravado, es necesario que exista una conducta típica, por lo que las conductas atípicas como la donación atípica, la posesión para el autoconsumo o para el consumo compartido, no podrían ser objeto de esta agravante.⁴⁵

En lo relativo a los centros penitenciarios, existe numerosa jurisprudencia relacionada con la conducta de los familiares que tratan de introducir drogas en los establecimientos penitenciarios⁴⁶, si bien, estas conductas pueden ser consideradas atípicas en el supuesto de que no se produzca difusión de la sustancia introducida entre terceros; que no exista contraprestación alguna a cambio; que la droga entregada sea para una administración más o menos inmediata; que se persiga una finalidad altruista y humanitaria en el sentido

⁴³ En el mismo sentido, STS 211/2000 de 17 de julio (RJ 2000/6217) o STS 840/2006 de 20 de julio (RJ 2006/9332).

⁴⁴ MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, págs. 209-210

⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, ISBN: 84-8442-701-3, pág. 153.

⁴⁶ En este sentido, STS 784/2007 de 2 octubre (RJ 2007\7423) o STS 53/2009 de 26 enero (RJ 2009\1388), entre otras.

de que se trate de evitar el síndrome de abstinencia del donatario; que el mismo sea drogodependiente y que se trate de pequeñas cantidades⁴⁷.

4. Medio empleado

Esta circunstancia se refiere al modo de comisión de los hechos, y concretamente, a cuando se emplee violencia o exhibición o uso de armas. En este sentido, se entiende que es necesario que la violencia o las armas se empleen para favorecer o realizar el tráfico⁴⁸.

Por tanto, esta circunstancia, poco frecuente en la práctica, será de aplicación en aquellos supuestos en los que trate de doblegarse la voluntad del destinatario por estos medios.

Hay que tener en cuenta que la utilización de la violencia o las armas deberá tener lugar durante los actos regulados como punibles en el art. 368 CP, no siendo aplicable esta circunstancia cuando estos medios se empleen, por ejemplo, en la huida o en la detención de los autores del delito.

Un ejemplo en el que no se acepta la aplicación de esta agravante es el recogido en la STS 87/2012 de 17 febrero (RJ 2012\3539), en la que no se valora el subtipo agravado de empleo de violencia, por considerar que violencia permitió al acusado el acceso a la droga, pero hasta entonces el delito contra salud pública no se había cometido, y la posesión y actos posteriores no tienen a la violencia como medio, agotándose la funcionalidad instrumental de ésta en el delito de robo.

5. Objeto material

En relación con el objeto material del delito, el apartado 6º del citado artículo se refiere las características de la droga.

Esta agravante encuentra su sentido en el hecho de que el daño para la salud pública es mayor, por lo que se entiende que la pena también ha de ser mayor.

⁴⁷MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, págs. 224-225.

⁴⁸PASTOR MUÑOZ, N., en: SILVA SÁNCHEZ J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. 4ª Edición adaptada a Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2015, ISBN: 978-84-15690-94-8, pág.313.

Por ello, la agravante en el sentido de las características de la droga sólo podrá entenderse apreciable cuando la manipulación de las sustancias conlleve un mayor peligro para la salud de los consumidores, pero no cuando la adulteración tenga como resultado una menor toxicidad de la misma.⁴⁹

Para que el tipo agravado sea de aplicación en estos supuestos, ha de atenderse a dos cuestiones: Por un lado, es necesario que se haya alterado el principio activo de la droga, tanto en su cantidad como en su calidad, o que se mezclen entre sí los procedentes de más de una droga; y por otro lado, se requiere que como resultado de esa alteración, se produzca un mayor peligro potencial para el consumidor⁵⁰.

En relación con esta cuestión existe una discusión doctrinal en cuanto a si esta agravante ha de aplicarse a aquellas personas que manipulan la droga y a quien la posea manipulada para traficar con ella, siendo conocedor de su manipulación,⁵¹ o bien, si habría de entenderse que esta agravación solo sería aplicable a quienes realizan la adulteración o manipulación de la sustancia, ya que la ley no diferencia entre ambas conductas, por lo que se entiende que sólo se aplicaría a quienes realizan la acción recogida en el tipo.⁵²

Surgen problemas en este sentido, a la hora de determinar en que momento se ha producido la manipulación, sobre todo en aquellos supuestos (que son los más habituales), en los que se llevan a cabo una serie de pequeñas adulteraciones sucesivas, que por sí mismas de forma independiente, no aumentan el daño a la salud, pero sí lo hacen en su conjunto⁵³.

⁴⁹ MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, pág. 230.

⁵⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F. *Delito de tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2000, ISBN: 84-7695-721-1, pág. 202.

⁵¹ GALLEGO SOLER, J.I. *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP y tratamientos jurisprudenciales*, Barcelona, Bosch, 1999, ISBN: 84-7698-569-X, pág. 166.

⁵² ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, ISBN: 84-8442-701-3, pág. 175.

⁵³ COTELO LÓPEZ, M.C., *Artículos 369 y 370 CP. Tipos agravados en el tráfico de drogas*, nº. 37, 2006, ISSN 1575-8735, pág. 141.

Es necesario que la alta toxicidad de la droga derive de ese proceso de manipulación, ya que no se entenderá que concurre esta agravante cuando la droga sea de gran pureza, lo que también constituiría un grave peligro potencial para los consumidores de la misma, pero paradójicamente, esta situación no entraría dentro del tipo por no haber sido manipulada.

Si bien es cierto que existen sustancias como el cannabis, que se obtienen directamente de la planta, también hay otras que no pueden obtenerse si no es a través de procesos químicos, como es el caso de la cocaína o la heroína, por ejemplo, por lo que en estos casos, las mismas siempre habrán sido objeto de manipulación⁵⁴.

A modo de ejemplo, en relación con esta cuestión cabe mencionar la STS 709/2015 de 16 octubre (JUR 2015\292186), en la que se considera probado el hecho de que el autor de un delito de tráfico de drogas había manipulado la cocaína con “fenacetina”, que es una sustancia utilizada para la adulteración de la cocaína y que fue retirada del mercado por sus efectos nocivos para la salud, aplicando por tanto la agravante, ya que, en palabras del propio Tribunal *“el aumento del riesgo para la salud es incuestionablemente el elemento típico de donde deducir la concurrencia de subtipo agravado, pues tales mezclas adulteran las sustancias estupefacientes, incrementando su potencial daño y lesionando, en consecuencia, más intensamente el bien jurídico protegido”*.

6. Notoria importancia

Esta circunstancia se recoge en el apartado 5º del art. 369 CP. A la hora de determinar cuando existe notoria importancia, surgen ciertos problemas, por lo que el TS, en su Acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001 (JUR 2002\77558), para tratar de resolver esta cuestión, estableció que la cantidad será de notoria importancia cuando supere las quinientas dosis referidas al consumo diario, teniendo en cuenta el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001, elaborado en relación con este asunto.

Estos Criterios se ampliaron posteriormente por el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 (JUR 2005\37323), para incluir el GHB (gammahidroxibutirato y ácido gammahidroxibutírico) y el GBL (gammabutirolactona).

⁵⁴ FAKHOURI GÓMEZ, Y. *Comentarios al Código Penal, Memento práctico Francis Lefebvre*, 2011, ISBN: 978-84-16268-56-6, pág. 1325.

Para determinar si existe o no notoria importancia, la cantidad se ha de medir, en palabras del propio Tribunal “*teniendo exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, eso es, reducida a pureza, con la salvedad del hachís y su derivados.*”

En este sentido, el citado Acuerdo determina la cantidad que se puede considerar de notoria importancia respecto a las sustancias más habituales⁵⁵.

Esta agravación se justifica en el hecho de que cuanto mayor sea la cantidad de la sustancia objeto de la venta, mayor peligro existe para el bien jurídico protegido, y además, se pretende asimismo castigar con mayor dureza, a quienes obtienen importantes beneficios económicos a través del tráfico de drogas.⁵⁶

Existe numerosa jurisprudencia en relación con esta cuestión, ya que esta circunstancia agravante es la más aplicada por los Tribunales. A modo de ejemplo, cabe citar la STS 251/2014 de 13 abril (RJ 2015\1852) en la que se condena al recurrente por un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, con la agravante de notoria importancia, por entregar, en primer lugar, la cantidad bruta de 2.092 kilos de heroína y 2.202 kilos de cocaína a otra personas llegadas desde Portugal, siendo la droga finalmente incautada; en segundo lugar, por la incautación de siete paquetes con heroína con un peso neto de 7.299,230 gramos que llevaba en una mochila; y finalmente, por la aprehensión de 334,98 gramos de cocaína y más de 21 kilos de heroína con ocasión de la entrada y registro efectuada en sus viviendas.

Por su parte, la STS 362/2011 de 6 mayo (RJ 2012\10140), entiende que no existe notoria importancia, en un supuesto en el que la cantidad de droga intervenida es de 987,52 gramos, con una pureza de 71%, por lo que la sustancia de cocaína pura ocupada es de 702,41 gramos, siendo por tanto inferior al anterior límite determinante de la notoria importancia.

En este sentido, la citada STS establece que “*la jurisprudencia viene manteniendo que el concepto legal de notoria importancia debe ser interpretado tanto con un criterio cuantitativo como en el cualitativo que se deduce de la riqueza de los principios activos*”.

⁵⁵ A modo de ejemplo, en relación con la heroína se considerará notoria importancia cuando exceda los 300 gramos; en relación con los derivados de cocaína esta cantidad serán los 750 gramos y en relación con la marihuana y el hachís, será de 10 y 2,5 kilos respectivamente.

⁵⁶MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, pág. 232.

7. Agravaciones cualificadas.

El art. 370 CP contempla una serie de circunstancias que se consideran como especialmente agravadas, que se castigan con la pena superior en uno o dos grados a las previstas en el art. 368 para el tipo básico.

Dentro de estos supuestos entrarían la utilización de menores o disminuidos psíquicos para cometer el delito; que el sujeto sea jefe, administrador o encargado de una organización dedicada al tráfico de drogas (supuesto que se analizará en el apartado siguiente) y los supuestos de extrema gravedad.

- Utilización de menores o disminuidos psíquicos: Esta agravante se aprecia cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico para utilizarlo de modo abusivo y en su propio beneficio o en el de un grupo, abusando de una situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata, tal y como se recoge en relación con esta cuestión, en el Acuerdo del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009 (JUR 2009\176806).

El mayor desvalor de la acción en estos supuestos, deriva de que se utilice a personas que tienen una menor capacidad de tomar decisiones de manera autónoma, y que pueden verse sometidas a riesgos graves.

Esta circunstancia se recoge, a modo de ejemplo, en la STS 1009/1996 de 12 diciembre (RJ 1996\8952), en la que se contempla la agravante específica de utilización de una menor de 16 años para facilitar el tráfico, ya que dicha menor era utilizada para guardar papelinas con sustancias estupefacientes, siendo además la encargada de introducirlas en la vivienda a donde era llamada por sus padres cuando acudía un comprador.

- Extrema gravedad: La agravante de extrema gravedad se observa cuando la cantidad de sustancias estupefacientes excede notablemente de la considerada como de notoria importancia; cuando se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico; cuando las conductas recogidas en el art. 368 CP se hayan llevado a cabo simulando operaciones de comercio internacional entre empresas; cuando se trate de

redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades y cuando concurren tres o más de las circunstancias recogidas en el art. 369.1 CP.

En relación con la cuantía de estupefacientes, el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009\34006), establece que se considerará que existe extrema gravedad cuando la misma exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía recogida para apreciar la agravante de notoria importancia.

En relación con el uso de buques, para que tenga esta consideración, la embarcación habrá de tener propulsión propia o eólica, y al menos una cubierta, con cierta capacidad de carga.

La jurisprudencia del TS ha observado esta circunstancia de extrema gravedad, por ejemplo, en la STS 495/2015 de 29 junio (RJ 2015\3889) en la que se aprecia por transportar y desembarcar 3.899 y 169 kg de hachís; o la STS 676/2012 de 26 julio (RJ 2012\9445), en la que también se entiende aplicable la extrema gravedad en un supuesto de desembarco de dos alijos de 2.856,69 kg de hachís en las costas de Cádiz; mientras que en la STS 544/2013 de 20 junio (RJ 2013\7085), no se aprecia esta agravante debido a que no se puede determinar la consideración de “buque” de la nave en la que se transportaba la droga, por desconocerse datos importantes y necesarios para *“poder encuadrar el aparato flotante utilizado en el concepto de "buque", o al menos, en el de “embarcación”, a los efectos penales”*.

7.- PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN ART. 369 BIS, 570 CP.

7.1 Concepto de organización criminal y grupo criminal

Como paso previo al análisis de en qué consiste la pertenencia a una organización que tenga fines delictivos, habrá que conceptualizar qué es para el Derecho una organización delictiva.

En torno a esta cuestión, se debe recurrir al artículo 570 bis CP, que define este concepto como:

“la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.”

Esta nueva concepción del grupo criminal es una novedad introducida en el Título XXII del Libro II del CP, que establece la regulación de la materia.

Por su parte, la definición de lo que es para el Ordenamiento jurídico un grupo criminal se sistematiza en el art. 570 ter del mismo texto legal, que lo establece como *“la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.”*

Se puede decir que los requisitos que la Ley establece para entender la aplicación de este concepto son:

- Una pluralidad de personas.
- Una actividad criminal temporal indefinida o estable.
- Una estructura organizativa que responda a un plan concertado y coordinado.

A este respecto se debe acudir a la redacción de la STS 612/2012 de 17 julio (RJ 2012\7083), de 26 de junio en la que se habla de esos elementos.

Se encuentra pues, la nota característica de esta nueva concepción, en el tiempo en que se desarrolla la actividad: *“actividad temporal indefinida o estable”*.

En lo que respecta a supuestos de codelincuencia, esto no tiene repercusiones penológicas, más que las derivas del propio delito cometido, sin embargo, cuando se actúa

al amparo de un grupo criminal, formando parte de ello, nos encontramos ante un tipo penal autónomo⁵⁷.

Las circunstancias que se utilizan para determinar este tipo de cuestiones son: el ámbito geográfico en el que se desarrolla la actividad delictiva, el grado de realización del proceso de elaboración y distribución de la droga, así como la cantidad de sustancias que para ello se estuvieran empleando.

En este sentido, entiende la jurisprudencia que la mera delincuencia trasciende a actividad criminal organizada cuando se aprecia, a mayores de la pluralidad de personas que antes se señalaba, una jerarquía instituida que muestre ciertas trazas, al menos de estabilidad y rigidez, y para determinarlo habrá que atenderse a la capacidad de la dirección a distancia de aquellos que asumen los cargos directivos de la organización y que la actividad pueda subsistir aun prescindiendo de los eslabones más bajos de la cadena.

A este respecto encontramos de especial relevancia la STS 727/2008, de 5 de noviembre, (RJ 2008\5821), de la que se extrae que el concepto de organización a los efectos de tráfico de drogas, no se trata solo de un acuerdo de voluntades, sino más bien que de la forma de actuación derivada de ese acuerdo de voluntades se infiera una organización jerarquizada y operativa que permita la elaboración y distribución, o solo distribución del producto de un modo efectivo y ramificado.⁵⁸

En lo referente al tráfico de sustancias estupefacientes, nos encontramos con una novedad sustancial introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio en su formulación del artículo 369 bis CP, cuyo tenor literal dice así:

“Cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de 9 a 12 años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de substancias y

⁵⁷ MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, pág. 253

⁵⁸ En este sentido, la STS 181/2011, de 15 de marzo establece que: *“No se trata por tanto de una colaboración en actos ejecutados por una organización sino de que el culpable pertenezca a ella, lo cual implica una relación caracterizada no solo por la presencia de elementos jerárquicos, sino con otros aspectos más relacionados con la estabilidad o la permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello.”*

productos que causen grave daño a la salud y de prisión de 4 años y 6 meses a 10 años y la misma multa en los demás casos.”

Se asiste a la supresión de la segunda agravante del artículo 369 del antiguo CP, cuya redacción no dejaba lugar a dudas a este respecto: “*cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional*”, sin embargo, lejos de despenalizarse, se ha convertido en un tipo autónomo y se configura como un subtipo agravado del delito⁵⁹.

En relación con esta cuestión, puede apreciarse la STS 278/2006 de 10 marzo (RJ 2006\5415), en tanto que entiende que la *ratio legis* de esta agravante no es otra que la posibilidad de sustraerse de la justicia y de actuar de forma masiva por parte de los sujetos organizados.

Lo que el legislador intentó en esta ocasión es dar un tratamiento unitario a las situaciones en las que se dé la comisión de este tipo de delitos de forma organizada, es decir a través de organizaciones criminales cuya definición es mucho menos concreta en la ley, aunque del criterio jurisprudencial perfila de forma suficiente el concepto.

En cuanto a la penalidad concreta del tipo, la norma lo establece en un periodo de nueve a doce años y una multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se trata de sustancias que causan grave daño a la salud. Por tanto, al existir autonomía de la penalidad del tipo estudiado, no pueden concurrir el resto de agravantes que se recogen en los arts. 369 y 370 CP, encontrando su única utilidad en la determinación de la extensión de la pena en el marco establecido de nueve a doce años que antes se señalaba.

Sin embargo, respecto de las drogas que no causan grave daño a la salud se establece una penalidad que oscila entre los tres años y un día y los cuatro años y seis meses, lo que acerca esta regulación a la de las organizaciones que comerciasen con sustancias muy dañinas, lo que indica que existe una preocupación por parte del legislador en erradicar estas prácticas ilícitas⁶⁰.

⁵⁹MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5, pág. 255.

⁶⁰FAKHOURI GÓMEZ, Y. *Comentarios al Código Penal, Memento práctico Francis Lefebvre*, 2011, ISBN: 978-84-16268-56-6, pág., pág. 1327.”

7.2 Problemas de concurso de leyes y de delitos

En cuanto a otros supuestos de codelincuencia, concretamente los derivados del art. 370 CP, surgen una serie de problemas de concurso, que han sido abordados por la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado:

- Relación concursal de los subtipos de los artículos 368, 369, 369 bis y 370 CP:

La ley establece que cuando concorra alguno de los supuestos de agravación en este ámbito (arts. 368 a 370 CP), se impondrán las penas superiores en uno o dos grados a las señaladas en el primero. Se establece pues una relación de especialidad entre los artículos analizados, de lo que resulta la aplicación prioritaria de las penas establecidas en el mismo individualmente.

En este sentido, el artículo 369 bis CP ofrece una doble opción cuando los hechos tipificados en el artículo 368 CP los hubiese realizado una organización criminal, en tanto que en los supuestos en los que alguna de las conductas hiciese incurrir en los tipos agravados del art. 369 o 370 CP, primeramente se puede realizar un concurso ideal o real de delitos y aplicar acumulativamente las penas, o bien, entender la remisión que hace el artículo 369 bis CP respecto de los hechos descritos en el art. 368 CP, además de la gravedad penológica establecida en el art. 369 CP, produciéndose un concurso de normas que debe resolverse de acuerdo a lo establecido en la regla 4ª del art. 8 del CP, en tanto que entre estos tres artículos no se produzca ninguna relación de especialidad, subsidiariedad o complejidad en base a la futura aplicación de las normas primera, segunda y tercera del citado artículo 8 del CP.

De todo ello se desprende, que cuando una organización criminal efectuase los hechos descritos en el articulado que castiga el tráfico de drogas (art. 570 bis CP), será de aplicación lo dispuesto en el art. 369 bis.

- Relación concursal del subtipo agravado de pertenencia a una organización artículo 369 bis y del artículo 570 bis del Código Penal:

Respecto de lo dispuestos en el art. 570 bis del CP y lo dispuesto en el 369 del CP se percibe la existencia de un concurso de normas cuya resolución se

halla en la regla dispuesta a tal efecto por la LO 5/2010 en el art. 570 quater 2, *in fine*, que dice que: “*en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8º*”

Existen ciertas diferencias entre ambos artículos sin embargo, véase que mientras que el art. 369 bis castiga el tráfico de estupefacientes en sede de un grupo criminal, el art. 570 bis solo castiga la pertenencia activa a uno de ellos, sin la necesidad siquiera de haber perpetrado ningún delito. Es por ello que será de aplicación la regla prevista en el art. 8.4 del CP para resolver el concurso imponiéndose la que mayor responsabilidad penal acarree.

En el caso de los jefes y directores de las organizaciones nos hallamos en una situación similar, siendo el conflicto esta vez entre los arts. 369 bis y el art. 570 bis, resolviéndose de la misma manera: comparando las penas resultantes en uno y otro caso y escogiendo la de mayor gravedad.⁶¹

- El delito de tráfico ilegal de drogas ejecutado a través de un grupo criminal.

En este caso, se produce no un concurso de normas, sino un concurso ideal de delitos, ya que en este caso la norma se refiere a la pertenencia al grupo y no a la comisión del delito de tráfico en sí. Concurren por tanto dos hechos tipificados: la pertenencia a un grupo criminal por una parte (art. 570 ter CP) y un delito de tráfico de drogas por otra (art. 368 y ss. CP), por lo que no resultan de aplicación las normas que se establecen en el art. 8 CP, siendo por tanto de aplicación los artículos 73 y 75 del texto legal.

⁶¹ Véase a tal efecto el cuadro comparativo establecido por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 3/2011:

1. Arts. 570 bis y 369 bis
2. Del delito de tráfico de drogas concurriendo uno o dos agravantes del art. 369 ejecutado a través de organización criminal.
3. Del delito de tráfico de drogas en su tipo básico del art. 368 concurriendo una circunstancia del art. 570 bis.
4. Del Tráfico de drogas del art. 368 ejecutado con una pluralidad de circunstancias del art. 570 bis.
5. Del tráfico de drogas concurriendo una o dos agravantes del art. 369 a través de organización.

- Prohibición de creación de asociaciones criminales:

En este sentido, se encuentran enfrentados los artículos 369 bis y el art. 515.1 del CP, ya que el primero castiga la pertenencia o dirección de una organización de este tipo y el segundo prohíbe la creación de este tipo de agrupaciones organizadas.

Esta situación será fácilmente sorteada cuando a este concurso de leyes se le aplique el principio de especialidad a favor del art. 369 bis CP, por lo que ha de acudir para ello al contenido del art. 8.1 del CP, no siendo posible su aplicación conjunta con el art. 570 bis o el art. 515 del mismo texto legal en base a la no vulneración del principio de “*non bis in idem*”.

7.3 Jefes, administradores o encargados de las organizaciones

Para el análisis de esta cuestión, habrá que remitirse al contenido sustantivo del artículo 369 CP, que establece que: “*A los jefes, encargados o administradores de organizaciones delictivas les resultarán de aplicación la pena superior en grado*” utilizando como base la pena por pertenencia a dichas organizaciones.

Esto responde a la posición privilegiada que estas personas ostentan en este tipo de organizaciones y su fundamento es el interés del legislador en castigar con mayor severidad a quienes ostentan mayor representación y poder en el seno de la delincuencia organizada. No obstante, en ocasiones, la determinación de quién realiza estas labores de administración y dirección es confusa, por lo que habrá que atender a las características de los trabajos que desarrollaren dentro del seno de la organización, control de la actividad y toma de decisiones.

7.4 Personas jurídicas

En este sentido, la legislación española en materia penal ha superado en los últimos tiempos el principio de “*societas delinquere non potest*”⁶². Esta cuestión se materializa en el contenido del artículo 369.2 CP⁶³, reformado por la ya mencionada Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal.

⁶² Conjunción latina cuyo significado es “las sociedades no pueden delinquir”.

⁶³ Art. 369.2 CP: “*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas. [...]*”

Para su completa comprensión debe acudir a la Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2011.

Esta nueva punibilidad de las sociedades consiste en penas pecuniarias relacionadas con el valor de la droga y sus múltiplos, y están llamadas a un doble fin: la extinción de la organización secando su fuente de dinero y recaudar para el Estado todo los frutos de la actividad delictiva para paliar el daño al bien jurídico protegido, que en este caso sería la salud pública.

8.- SUPUESTOS ATÍPICOS:

Como ya se ha adelantado, existen supuestos que a pesar de que podrían enmarcarse dentro del amplio marco penal del delito de tráfico de drogas, se consideran atípicos, teniendo en cuenta que no afectan realmente al bien jurídico protegido. Estos supuestos entendidos por la Jurisprudencia como supuestos atípicos son el consumo propio y el compartido, la posesión en contextos de convivencia, la entrega de una cantidad insignificante de droga⁶⁴.

8.1 Consumo propio y compartido

La mera posesión de drogas por sí sola no es constitutiva de delito, puesto que puede ser obtenida para consumo propio, modalidad que se considera atípica, incluso cuando es adquirida por varias personas de común acuerdo para un consumo conjunto e inmediato, sin ánimo de utilizar la droga para su venta⁶⁵.

Si bien, el hecho de que la posesión para autoconsumo no se encuentre tipificada por el CP, no significa que dicha conducta esté permitida, ya que la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana en su art. 36.16 y .19, establece dos conductas que se consideran como infracciones graves y que se sancionan por vía administrativa.

Estas acciones son el consumo o la tenencia ilícitos de drogas en lugares públicos o transportes colectivos, aunque las mismas no estén destinadas al tráfico y el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en estos lugares; así como la tolerancia del consumo o el tráfico de dichas sustancias en locales o establecimientos

⁶⁴ PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. 4ª Edición adaptada a Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2015, ISBN: 978-84-15690-94-8, pág. 308.

⁶⁵ MAYÁN SANTOS, M.E. *La importancia de la cantidad y composición en los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Noticias jurídicas. Artículos doctrinales, 1 de septiembre de 2007.

públicos, o la falta de diligencia para impedir estas situaciones por los propietarios, administradores o encargados de los mismos⁶⁶.

Para determinar cuándo se está ante un supuesto de posesión para consumo propio y cuando ante un supuesto de tráfico, la jurisprudencia considera que ha de tenerse en cuenta la concurrencia del ánimo de traficar, y para ello se valora que la cantidad de droga poseída no supere la dosis necesaria para consumir durante cinco días, tal y como se puede apreciar en la STS 1081/2009 de 11 noviembre (RJ 2009\7882) o la STS 1152/2011 de 7 noviembre (RJ 2012\1512), en la que en un supuesto en el que dos sujetos se ponen de acuerdo para obtener droga, con el objetivo de satisfacer su adicción, contribuyendo uno con dinero y otro desplegando la actividad dirigida a la obtención de la droga, siendo ambos consumidores, se considera que *“no merece ninguno de ellos la consideración de traficantes o facilitadores de la droga, cuando ambos, de acuerdo con sus medios, la obtuvieron para el propio consumo (autoconsumo), como lo indica la cantidad escasa o poco relevante de la misma”*.

En sentido contrario, para determinar que existe el ánimo de traficar, es necesario que se valoren una serie de indicios, que han ido desarrollándose por la jurisprudencia. En este sentido, la STS 705/2005, de 6 de junio (RJ 2005, 8196) establece la necesidad de acudir a la prueba de indicios para determinar el destino que pretende darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona, y señala como tales *“la modalidad de la posesión, el lugar en que se encuentra la droga, la existencia de material o instrumentos adecuados al fin de traficar, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada por el mismo al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor”* como algunos de estos indicios a tener en cuenta.

Por su parte, en relación con la figura del consumo compartido, actualmente, la doctrina del Tribunal Supremo ha declarado impune el consumo compartido entre adictos, porque el riesgo potencial para la salud pública es mínimo.

⁶⁶ PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. 4ª Edición adaptada a Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2015, ISBN: 978-84-15690-94-8, pág.

Así se puede apreciar, por ejemplo, en la STS 296/2010 de 9 abril (RJ 2010\4880) cuando se dice que “*resulta que en el domicilio del recurrente no se le intervino ningún elemento sugestivo de dedicarse al tráfico de drogas y en todo caso se trató de una posesión dedicada al propio consumo, que compartía con otras personas (consumo compartido)*”. Si bien, dicha impunidad ha de ser reconocida con suma cautela para que no se vulnere el bien jurídico protegido.

A estos efectos, es necesario tener en cuenta para su observancia una serie de requisitos que se han exigido de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De este modo se recoge en la STS 234/2006 de 2 marzo (RJ 2006\1570) que es necesario que:

- 1) Los consumidores que se agrupan sean ya adictos, no meros consumidores ocasionales o habituales pero sin llegar a ser adictos o drogodependientes, ya que, en otro caso, el favorecimiento del consumo genera un patente riesgo de traspasar la frontera que separa el simple consumo de la drogadicción;
- 2) El consumo compartido ha de llevarse a cabo en lugar cerrado, de manera que quede garantizada la privacidad de la acción y absolutamente descartada la posibilidad de difusión a personas ajenas al grupo;
- 3) La cantidad de droga programada para su consumo ha de ser «insignificante», sin rebasar los límites de un consumo inmediato por los coparticipes de forma conjunta e inmediata “(vid. SSTS 10-2-94 -EDJ 1994/1137- y la citada de 21-9-99 -EDJ 1999/21421)”;
- 4) La coparticipación consumista debe estar compuesta por un pequeño número de drogodependientes;
- 5) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, para poder evaluar su número y condiciones personales “(véase, por todas, STS 21-2-97 -EDJ 1997/998- y las que en ella se citan)”.

En torno a esta cuestión existe actualmente un supuesto discutido, que es el de los denominados “clubs de marihuana”.

Con respecto a este tema surgen posiciones enfrentadas, ya que hay quienes opinan, por un lado, que puede considerarse que esta cuestión podría ser encuadrada dentro del marco del consumo compartido, pero por otro, hay quienes opinan que puede entenderse que no cumple con los requisitos de la figura del consumo compartido, ya que consideran que los propietarios de los locales que se organizan como dichos clubs, son traficantes y que la cuota de los socios es el precio que se paga por la droga.

Algunos de estos clubs contaban con autorización de sus respectivos ayuntamientos, lo que hacía que, en el supuesto de que se excluyeran estas conductas del consumo compartido, los propios funcionarios del ayuntamiento que autorizaban los mismos, podrían ser considerados como autores de un delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, como favorecedores⁶⁷.

En relación con este tema, el TS ha considerado como delito el cultivo y distribución organizada de cannabis por un club de 290 socios, al considerar que esa actividad no encaja en el supuesto de cultivo y consumo compartido de droga no punible penalmente, argumentando que una actividad de esas dimensiones, excede los supuestos de cultivo y consumo compartido no punible penalmente, ya que facilita el consumo de terceros, en una forma de distribución que no es tolerable penalmente.

Así, la STS 484/2015 de 7 de septiembre (RJ 2015\4178), condena a 8 meses de cárcel y multa de 5.000 euros al presidente, el secretario y la tesorera de la Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo Ebers, con sede en Bilbao, y a 3 meses de cárcel a dos colaboradores que ocasionalmente envasaban el cannabis que se repartía entre los socios.

No obstante, la STS, cuenta con tres votos particulares, por considerar estos magistrados que los acusados debieron ser absueltos por concurrir un error de prohibición invencible que excluía su responsabilidad penal, ya que pensaban que actuaban legítimamente y de acuerdo a derecho, mientras que la mayor parte de los magistrados

⁶⁷ Cit., PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. 4ª Edición adaptada a Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, Atelier, 2015, pág. 308-309.

del tribunal, consideran que se trataría de un error vencible y no inevitable, si bien la existencia de ese error vencible ha supuesto una rebaja de las condenas.

8.2 Posesión en contextos de convivencia

Respecto a esta cuestión, la jurisprudencia entiende que el hecho de que se conviva con el autor del delito de tráfico de drogas no fundamenta que la persona que conviva con el mismo intervenga en el delito. Este sería el supuesto del cónyuge o persona con relación análoga de afectividad o el familiar del autor del delito, no siendo posible castigar a estas personas por la figura de la comisión por omisión, ya que éstas no se constituyen como garantes de que el autor no cometa el delito.

Además se entiende que el cónyuge o familiar tenga conocimiento de que el autor realiza actos típicos no fundamenta la responsabilidad del conocedor del hecho y está exento de la obligación de denunciar, tal y como se recoge en la STS 649/2010 de 18 junio (RJ 2010\6684), en la que uno de los acusados alega que no tuvo intervención alguna en el tráfico de sustancias estupefacientes que se le atribuye, y que aunque tuviera conocimiento de que en su casa se guardaba y vendía droga, no sería un delito, puesto que se precisa un comportamiento activo y no el mero conocimiento⁶⁸.

En este sentido, hay que tener en cuenta el hecho de que el artículo 261.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que se encuentra exento de la obligación de denunciar el cónyuge del autor del delito, así como el hecho de que entre los principios fundamentales del Derecho Penal, se reconoce sin excepciones el de responsabilidad personal, en virtud del cual, la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 131/87 (RTC 1987/131) establece que *"el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en*

⁶⁸ En este mismo sentido, existen numerosas SSTS que consideran que no basta la simple convivencia para declarar la culpabilidad de quien no se confiesa partícipe de un delito de posesión y tráfico de drogas, sin que pueda fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito. STSS 196/2000, de 4 de abril (RJ 2000/2524); 9/2005 de 10 de enero (RJ 2005\1612); 415/2006, de 18 de abril (RJ 2006/2289); 425/2007 de 25 mayo (RJ 2007\5617) entre otras.

el principio de legalidad". De la vigencia de este principio deriva la imposición al juzgador de establecer delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, como ocurre en los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellos (como sucede en el delito de tráfico de drogas)⁶⁹.

8.3 Cantidad insignificante

En relación con la cuestión de la denominada “dosis mínima”, desde el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 (JUR 2002\77558), tal y como se recoge en la STS 273/2009 de 25 marzo (RJ 2009\2376)⁷⁰, se ha venido estableciendo por el TS una doctrina que ha permitido descartar por irrelevantes aquellas conductas de tráfico de drogas que por tratarse de una cantidad insignificante, desde la consideración del análisis de la estructura típica (delito de peligro abstracto) y del principio de lesividad, deberán quedar excluidas, al ser inadecuadas para llegar a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, entendiendo que el ámbito del tipo penal, no puede ser ampliado de una forma tan desmesurada que encuadre también dentro del mismo, la transmisión de sustancias que, por su “*extrema desnaturalización cualitativa o su acentuada nimiedad cuantitativa*”, no sea capaz de producir los efectos potencialmente dañinos que son necesarios para fundamentar la prohibición penal o porque al ser imposible que causen un efecto perjudicial a la salud, carece de antijuridicidad material, al no existir un riesgo auténtico para el bien jurídico protegido.

En la citada Sentencia se recoge asimismo, un listado de las magnitudes o dosis mínimas psicoactivas, a partir de las cuales se considera que la sustancia es susceptible de producir daños a terceros, de acuerdo con el Instituto de Toxicología, que realizó un informe a instancias del propio TS, aunque dicho informe no posee virtualidad decisoria.

⁶⁹ PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. 4ª Edición adaptada a Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2015, ISBN: 978-84-15690-94-8, Atelier, 2015, pág. 309.

⁷⁰ En este sentido STS 16/2007 de 16 enero (RJ 2007\260) y STS 1139/2010 de 24 noviembre (RJ 2010\9036) entre otras.

Dicho informe, de fecha 22 de diciembre de 2003 fue emitido por el Instituto Nacional de Toxicología, conteniendo los cuadros de las sustancias y dosis mínimas psicoactivas, el mismo fue remitido al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo para que realizara las oportunas operaciones matemáticas para determinar los mínimos de cada sustancia, emitiéndose finalmente un informe de fecha 13 de enero de 2004 en el que se establecían como dosis mínimas psicoactivas las siguientes cantidades:

- a) Heroína: 0,66 miligramos.
- b) Cocaína: 50 miligramos.
- c) MDMA: 20 miligramos.
- d) Morfina: 2 miligramos.
- e) Anfetamina: 10 miligramos.
- f) LSD: 20 microgramos
- g) Hachís: 10 miligramos (aunque con precisiones posteriores)⁷¹

Un ejemplo de esta cuestión lo encontramos en la STS 896/2002 de 23 mayo (RJ 2002\5349), en la que se plantea la absolucón de la considerada como autora de un delito de tráfico de drogas por entender que no existe delito de tráfico de drogas, sino donación a una consumidora amiga suya de una cantidad ínfima de droga, ya que ésta tenía síndrome de abstinencia y que era para su consumo inmediato. La autora entrega una cantidad de 0,12 g de cocaína a su amiga, pero sin que conste que fuese para consumo inmediato y en situación de abstinencia, considerando el Tribunal que no ha lugar a la apreciación del recurso de casación.

⁷¹ ESTRELLA RUIZ, M, Cuestiones de actualidad en los tipos atenuados y atípicos de los delitos contra la salud pública. Revista de Jurisprudencia, nº 2, 15 de mayo de 2015.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado se pueden extraer como conclusiones finales, que:

PRIMERA: El delito de tráfico de drogas ha ido evolucionando a lo largo de los años, siendo objeto de varias reformas, que tratan de mejorar en cierto modo, algunas de las carencias de las que adolece el tenor del art. 368 CP en el que se recoge el tipo básico de este delito.

SEGUNDA: El bien jurídico protegido por la tipificación de estos delitos es la salud pública, si bien esta cuestión no es unánime en la doctrina y la jurisprudencia española, ya que se diferencian distintas opiniones en torno a este asunto.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el bien jurídico protegido por la tipicidad de este delito es la salud pública, mientras que algunos autores de forma minoritaria entienden que con este delito se protegen otros bienes jurídicos como la libertad del consumidor, la seguridad ciudadana o el interés del Estado en la producción y comercio de ciertos estupefacientes

TERCERA: La conducta típica recogida en el art. 368 CP ha sido denominada por la doctrina como “tipo abierto”, dada su imprecisión descriptiva, lo que se traduce en un cierto perjuicio en la seguridad jurídica a la hora de aplicar esta norma, lo que provoca conflictos y discrepancias en cuanto a su aplicación.

CUARTA: Existe una casuística compleja en relación con las formas de participación en los delitos de tráfico de drogas, debido a que el tenor literal del art. 368 CP dificulta la admisión de formas imperfectas de participación, excluyendo en principio las formas de participación accesorias y permitiéndose la contemplación de las mismas sólo en casos excepcionales.

Tras la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, se ha ido atenuando el rigor literal de este tipo penal, que excluía cualquier tipo de participación que no fuese la autoría, lo que derivaba en condenas desproporcionadas, excluyendo la aplicación del “principio de consumo compartido”, en el que el bien jurídico protegido por el tipo penal no se podría considerar en riesgo.

QUINTA: Se observan como circunstancias atenuantes la escasa entidad y las circunstancias personales del culpable, así como también el abandono voluntario y la drogodependencia del sujeto activo del delito.

La justificación de estas atenuantes se encuentra relacionada con una menor gravedad del injusto típico, por su escasa puesta en peligro del bien jurídico protegido; con que el culpable del delito, tenga un menor grado de reprochabilidad con respecto al hecho delictivo; con la importancia que puede tener la colaboración de quienes pueden contribuir al debilitamiento de este tipo de conductas delictivas, al dedicarse a ellas y con hacer que el drogodependiente que haya cometido el delito se vea incentivado para realizar un tratamiento de deshabituación.

SEXTA: En lo relativo a las circunstancias agravantes de este delito, éstas se vinculan a la condición del sujeto activo del delito; la vulnerabilidad del destinatario; la dinámica comisiva; el medio empleado; el objeto material; la notoria importancia y como agravaciones cualificadas, la utilización de menores o disminuidos psíquicos y la extrema gravedad.

SÉPTIMA: En cuanto a la organización y grupo criminal, el legislador tiene gran preocupación por esta cuestión, lo que hace que las penas en estos supuestos sean muy elevadas. Para que se aprecie la condición de grupo criminal, es necesario que se dé una estructura jerarquizada, una pluralidad de personas y una permanencia temporal de la misma.

OCTAVA: Se observan una serie de supuestos atípicos, cuya consideración como tales se lleva a cabo teniendo en cuenta que no afectan realmente al bien jurídico protegido. Estos supuestos entendidos por la Jurisprudencia son el autoconsumo, el consumo compartido, la posesión en contextos de convivencia y la entrega de una cantidad insignificante de droga

BIBLIOGRAFÍA

ABOGADOS PORTALEY MADRID, *Delitos contra la Salud Pública (II). Tráfico Ilegal de drogas*, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2016.

<http://portaley.com/2013/07/delitos-contra-la-salud-publica-ii-trafico-ilegal-de-drogas/>

ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, ISBN: 84-8442-701-3.

ARAÚJO REBOUÇAS, S.B., Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y derecho comparado, *Revista da Faculdade de Direito*, nº 34, 2013

BRETONES ALCARAZ, F.J., *La atenuación por “arrepentimiento activo” del miembro o colaborador de la organización criminal*, *Noticias jurídicas. Artículos doctrinales*, 20 de octubre de 2015.

CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, ISBN: 978-84-9004-346-2

COTELO LÓPEZ, M.C., *Artículos 369 y 370 CP. Tipos agravados en el tráfico de drogas*, nº. 37, 2006, ISSN 1575-8735.

CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2011, ISBN: 978-84-309-5213-7.

ECHARRI CASI, F. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico, Plan Nacional de Drogas*, La Ley, Madrid, 2005, ISBN: 84-7695-721-1.

ESTRELLA RUIZ, M., *Cuestiones de actualidad en los tipos atenuados y atípicos de los delitos contra la salud pública*. *Revista de Jurisprudencia*, nº 2, 15 de mayo de 2015.

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

FAKHOURI GÓMEZ, Y. *Comentarios al Código Penal, Memento práctico Francis Lefebvre*, 2011, ISBN: 978-84-16268-56-6.

GALLEGO SOLER, J.I. *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP y tratamientos jurisprudenciales*, Barcelona, Bosch, 1999, ISBN: 84-7698-569-X.

HERRERO ÁLVAREZ, S, *Nuevos tipos y nuevas penas en los delitos de tráfico de drogas*, SALA DE TOGAS, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón, número 60 (diciembre 2010).

JESCHECK, H.H y WEIGEND, T, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. por Miguel Olmedo Cardenete, Albolote (Granada), Comares, 2002, ISBN 84-8444-641-7.

JOSHI JUBERT, U. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, Bosch, 1999. ISBN: 84-7698-532-0.

LAMARCA PÉREZ, C. *Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas*. La Ley Penal, núm. 86, 2011.

MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado*. Jornadas de la Abogacía del Estado, 25 de enero de 2011. Fecha de consulta 6 de enero de 2016, www.mjusticia.es.

MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Madrid, Edisofer, 2013, ISBN: 978-84-125276-13-5.

MAYÁN SANTOS, M.E. *La importancia de la cantidad y composición en los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 1 de septiembre de 2007

MIR PUIG, S. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, ISBN: 978-84-9985-072-6.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J, *Responsabilidad penal del drogodependiente*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014, ISSN 1695-0194

NÚÑEZ PAZ, M y GUILLÉN LÓPEZ, G. *Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal*, Revista Penal, nº 22, Julio 2008.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal español. Tomo II, edición 6ª*, Navarra, Aranzadi, 2011, ISBN: 978-84-9903-743-1

REY HUIDOBRO, L.F. El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant lo Blanch, 1999, ISBN: 84-8002-860-2

RODRIGUEZ MOURULLO, G., y otros: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, ISBN: 13-9788447009978.

SEQUEROS SAZATORNIL, F. Delito de tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2000, ISBN: 84-7695-721-1

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. 4ª Edición adaptada a Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2015, ISBN: 978-84-15690-94-8.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP de Toledo 26/2015 de 26 febrero (JUR 2015/97904)
- SAP de Navarra 102/2005 de 8 junio (JUR 2005/195083)

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS 27 de enero de 1986 (RJ 1986/186)
- STS 21 de marzo de 1986 (RJ 1986/1679)
- STS 20 de octubre de 1987 (RJ 1987/7557)
- STS 10 de octubre de 1988 (RJ 1988/8312).
- STS 11 de mayo de 1990 (RJ 1990/3914)
- STS 12 de julio de 1990 (RJ 1990/6361)
- STS 29 de mayo de 1991 (RJ 1991/3981)
- STS 3 de mayo de 1991 (RJ 1991/3536)
- STS de 14 febrero 1992 (RJ 1992/1175)
- STS 173/1993 de 2 febrero (RJ 1993/633)
- STS 347/1993 de 19 febrero (RJ 1993/1375)
- STS 819/1993 de 5 abril (RJ 1993/3036)
- STS 1244/1993 de 29 mayo (RJ 1993/4281)
- STS 2650/1993 de 26 noviembre (RJ 1993/8826)
- STS de 10 de febrero de 1994 (EDJ 1994/1137)
- STS de 12 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7204)
- STS 616/1996 de 30 septiembre (RJ 1996/6944)
- STS de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/8569)
- STS 1009/1996 de 12 diciembre (RJ 1996/8952)
- STS de 21 de enero de 1997 (RJ 1997/339)
- STS de 22 de enero de 1997 (RJ 1997/1271)
- STS 21 de febrero de 1997 (EDJ 1997/998)
- STS. 440/1997 de 4 abril (RJ 1997/2698)
- STS 21 de junio 1997 (RJ 1997/5601)

- STS 19 de julio de 1997 (RJ 1997/7256)
- STS de 22 de mayo de 1998 (RJ 1998/2944)
- STS 134/1999 de 3 febrero (RJ 1999/408)
- STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999/6177)
- STS 21 de septiembre de 1999 (EDJ 1999/21421)
- STS de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7170)
- STS 196/2000, de 4 de abril (RJ 2000/2524)
- STS 211/2000 de 17 de julio (RJ 2000/6217)
- STS 1498/2000 de 30 septiembre (RJ 2000/8112)
- STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10648)
- STS 896/2002 de 23 mayo (RJ 2002/5349)
- STS 1149/2002, de 20 de junio (RJ 2002/8057)
- STS 1199/2002 de 28 junio (RJ 2002/7805)
- STS 2054/2002 de 9 diciembre (RJ 2003/2327)
- STS 870/2003 de 11 junio (RJ 2003/6237)
- STS 358/2003 de 16 junio (RJ 2003/4356)
- STS 1217/2003 de 29 de septiembre (RJ 2003/8383)
- STS 1383/2004 de 19 noviembre (RJ 2005/444)
- STS 1371/2004 de 23 de noviembre (RJ 2005/792)
- STS 1489/2004 de 18 diciembre (RJ 2005\1086)
- STS 9/2005 de 10 de enero (RJ 2005/1612)
- STS 705/2005, de 6 de junio (RJ 2005/8196)
- STS 923/2005 de 13 julio (RJ 2005/9607)
- STS 1234/2005 de 21 octubre (RJ 2005/8279)
- STS. 22/2006 de 23 enero (RJ 2006/4320)
- STS 155/2006 de 8 febrero (RJ 2006/2963)
- STS 234/2006 de 2 marzo (RJ 2006/1570)
- STS 278/2006 de 10 marzo (RJ 2006\5415)
- STS 415/2006, de 18 de abril (RJ 2006/2289)
- STS 547/2006 de 18 mayo (RJ 2006/2439)
- STS 840/2006 de 20 de julio (RJ 2006/9332)
- STS 1009/2006 de 18 octubre (RJ 2006/8034)

- STS 16/2007 de 16 enero (RJ 2007/260)
- STS 425/2007 de 25 mayo (RJ 2007/5617)
- STS 784/2007 de 2 octubre (RJ 2007/7423)
- STS 12/2008 de 11 enero (RJ 2008/779)
- STS 727/2008 de 5 noviembre. RJ 2008\5821
- STS 53/2009 de 26 enero (RJ 2009/1388)
- STS 311/2009 de 27 febrero (RJ 2009/1544)
- STS 273/2009 de 25 marzo (RJ 2009/2376)
- STS 1081/2009 de 11 noviembre (RJ 2009/7882)
- STS 11/2010 de 21 de enero (RJ 2010/1269)
- STS 203/2010 de 11 marzo (RJ 2010/2358)
- STS 296/2010 de 9 abril (RJ 2010/4880)
- STS 544/2010 de 9 junio (RJ 2010/6654)
- STS 649/2010 de 18 junio (RJ 2010/6684)
- STS 1139/2010 de 24 noviembre (RJ 2010/9036)
- STS 32/2011 de 25 enero (RJ 2011/314)
- STS 312/2011 de 29 de abril (RJ 2011/4272)
- STS 362/2011 de 6 mayo (RJ 2012/10140)
- STS 731/2011 de 13 julio (RJ 2011/5449)
- STS 862/2011 de 20 julio (RJ 2011/5538)
- STS 921/2011 de 16 septiembre (RJ 2011/6595)
- STS 1152/2011 de 7 noviembre (RJ 2012\1512)
- STS 1331/2011 de 2 diciembre (RJ 2012/63)
- STS 1421/2011 de 23 diciembre (RJ 2012/1935)
- STS 87/2012 de 17 febrero (RJ 2012/3539)
- STS 347/2012 de 25 de abril (RJ 2012/11054)
- STS 544/2013 de 20 junio (RJ 2013/7085)
- STS 612/2012 de 17 julio (RJ 2012\7083)
- STS 676/2012 de 26 julio (RJ 2012/9445)
- STS 852/2013 de 14 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7473)
- STS 920/2013 de 11 diciembre (RJ 2014/497)
- STS 195/2014 de 3 marzo (RJ 2014/2864)

- STS 251/2014 de 13 abril (RJ 2015/1852)
- STS 487/2014 de 9 junio. (RJ 2014/4223)
- STS 576/2014 de 18 julio (RJ 2014/3681)
- STS 665/2014 de 16 octubre (RJ 2014/5016)
- STS 495/2015 de 29 junio (RJ 2015/3889)
- STS 484/2015 de 7 de septiembre (RJ 2015/4178)
- STS 709/2015 de 16 octubre (JUR 2015/292186)
- STS 664/2015 de 22 octubre (RJ 2015/4952)

SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC 131/87 (RTC 1987/131)

ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONALES DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- 19 de octubre de 2001 (JUR 2002\77558)
- 13 de diciembre de 2004 (JUR 2005\37323)
- 25 de mayo de 2005 (JUR 2005\167139)
- 25 de octubre de 2005 (JUR 2005\240686)
- 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009\34006)
- 26 de febrero de 2009 (JUR 2009\176806).

