

GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEON
CURSO 2015/2016

The crest of the University of León is visible in the background, featuring a crown at the top, a shield with a red field and a white cross, and a pink lion rampant on the left side. The text 'UNIVERSITAS LEONENSIS' is written across the shield.

Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas

Doctrinal and jurisprudential
study of the crime of drug
traffic

REALIZADO POR LA ALUMNA: SORAYA LUENGO CELADILLA

TUTORIZADO POR LA PROFESORA: ISABEL DURÁN SECO

universidad
de león

ÍNDICE

I. RESUMEN.....	5
II. ABREVIATURAS.....	6
III. OBJETIVOS.....	8
IV. METODOLOGÍA.....	9
V. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y TIPOS DE DROGAS.....	12
1. <i>Concepto de droga. Discusiones doctrinales</i>	13
a. <i>Norma penal en blanco</i>	14
b. <i>Delito autónomo</i>	15
2. <i>Clases de drogas</i>	16
3. <i>Drogas de diseño</i>	18
a. <i>Origen</i>	19
b. <i>Sustancias propias consideradas como drogas de diseño</i>	19
VI. REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.....	20
1. <i>El delito del tráfico de drogas desde un punto de vista histórico en el ámbito internacional</i>	20
a. <i>Comisión Internacional del Opio, Shanghái. 1909.</i>	21
b. <i>Convención de la Haya 1912</i>	21
c. <i>La creación de la Sociedad de Naciones y su repercusión en el tráfico de drogas (1920-1945)</i>	21
d. <i>Convención Única de Nueva York de 1961</i>	22
e. <i>Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971</i>	23
f. <i>Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas de 1988</i>	23
g. <i>Acuerdos adoptados sobre esta materia en las Asambleas Generales de la ONU. 1998</i>	24
2. <i>Tratamiento jurídico al delito de narcotráfico enfocado desde la perspectiva de la Unión Europea</i>	24
3. <i>Evolución en la normativa española con relación a los delitos contra la salud pública</i>	25
a. <i>Códigos Penales decimonónicos. Evolución hacia el Código Penal de 1973.</i>	26
b. <i>Código Penal de 1973</i>	27
c. <i>Código Penal de 1995 y sus modificaciones</i>	28
4. <i>Acuerdos del Tribunal Supremo</i>	30
➤ Acuerdo de 19 de julio de 2000	31

➤ Acuerdo de 19 de octubre de 2001.....	31
➤ Acuerdo de 11 de julio de 2003	31
➤ Acuerdo 13 de diciembre de 2004.....	32
➤ Acuerdo de 3 de febrero de 2005	32
➤ Acuerdo del 25 de mayo de 2005	32
➤ Acuerdo del 25 de mayo de 2005.	32
➤ Acuerdo de 25 de octubre de 2005	32
➤ Acuerdo de 18 de julio de 2006	32
➤ Acuerdo de 25 de noviembre de 2008.....	32
➤ Acuerdo de 26 de febrero de 2009.	33
VII. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	33
1. <i>Discusiones doctrinales</i>	33
2. <i>Naturaleza del delito en atención al bien jurídico protegido</i>	37
VIII. TIPO BÁSICO DEL ART. 368 CP	38
1. <i>Tipo objetivo</i>	40
a. <i>Actos de cultivo</i>	40
b. <i>Actos de elaboración</i>	42
c. <i>Actos de tráfico</i>	43
d. <i>Actos de promoción, favorecimiento o facilitación</i>	53
e. <i>Posesión con aquellos fines</i>	56
f. <i>Consumo ilegal</i>	64
2. <i>Tipo subjetivo</i>	65
IX. LAS CONDUCTAS ATÍPICAS DEL TRÁFICO DE DROGAS	67
☐ <i>Consumo compartido</i>	67
☐ <i>Venta de cantidad insignificante de droga</i>	71
☐ <i>Entregas compasivas</i>	72
X. TIPOS AGRAVADOS DEL TRÁFICO DE DROGAS	75
↗ <i>Atendiendo a las circunstancias del destinatario</i>	76
✦ Art. 369.1.4 CP: “ <i>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</i> ”.....	76
↗ <i>Por razón del lugar de comisión</i>	79
✦ Art. 369.1.3 CP: “ <i>Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por responsables o empleados de los mismos</i> ”	79

✦ Art. 369.1.7 CP: “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”	81
♣ <i>Atendiendo a los sujetos activos</i>	83
✦ Art. 369.1.1 CP: “El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio”	83
✦ Art. 369.1.2 CP: “El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”	85
♣ <i>Por razón del objeto material</i>	86
✦ Art. 369.1.5 CP: “Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”	87
✦ Art. 369.1.6 CP: “Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud”	88
♣ <i>Por razón del modo de comisión de los hechos</i>	90
✦ Art. 369.1.8 CP: “El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”	90
<i>i. Pertenencia a una organización criminal</i>	90
<i>ii. Responsabilidad de las personas jurídicas</i>	92
XI. CONCLUSIONES.....	96
XII. BIBLIOGRAFÍA.....	100

I. RESUMEN

En el presente trabajo se ha desarrollado un análisis del delito de tráfico de drogas, determinando cuál es la postura seguida por los Tribunales en cuanto a la fiscalización de estas conductas. Se ha procedido al estudio de cada una de las conductas tipificadas como delito de tráfico de drogas, y a su vez se ha precisado cuál es concretamente el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, así como las conductas que la jurisprudencia ha pasado a considerar como atípicas, y los requisitos que deben darse para que concretamente estas conductas se consideren como tal. Por último, una vez que han sido analizadas todas las cuestiones relativas al tipo básico del delito de tráfico de drogas, se ha realizado un estudio de las circunstancias observadas por el legislador que dan lugar a una agravación de la pena, por considerarse que en la comisión de las mismas se pone en peligro el bien jurídico protegido.

Palabras clave: tráfico de drogas, conducta típica, droga tóxica, estupefaciente o sustancias psicotrópica, actos de cultivo, elaboración o tráfico, Tribunales, bien jurídico protegido.

ABSTRACT

In the present work I has developed an analysis of the crime of drug trafficking , determining what the position followed by the courts as to control these behaviors. We proceeded to the study of each of the behaviors criminalized drug trafficking , and in turn has specified what is specifically protected in these crimes legally and behaviors that case law has come to be regarded as atypical , and the requirements that must be met for specifically these behaviors are considered as such. Finally , once all issues basic rate of crime of drug trafficking have been analyzed , has made a study of the circumstances observed by the legislature that lead to an aggravation of sentence, on the grounds that the commission thereof endangers the legally protected .

Keywords: drug traffic, typical behavior, toxic drugs, psychotropic substances or narcotic, acts of cultivation, processing or trafficking, courts, legally protected.

II. ABREVIATURAS

Art.: Artículo

AP: Audiencia Provincial

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CE: Constitución española

CEE: Comunidad Económica Europea

C. Com: Código de Comercio

CC: Código Civil

C.P: Código Penal

Coord/s.: Coordinador/ coordinadores

Dir: Director

DOM: dimetoxianfetamina

DOB: brolamfetamina

DP: Derecho Penal

Ed.: Edición

EEUU: Estados Unidos

GBL: Gammabutirolactona

GHB: Gammahidroxitirato y Ácido Gammahidroxitirico

Gr.: Gramo

INTCF: Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

JIFE: Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes

Kg: Kilogramo

LECrIm: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LSD: Dietilamida de Ácido Lisérgico

MDA: Tenamfetamina

MDMA: Metilendioximetanfetamina

MDPV: Metilendioxipirovalerona

MF: Ministerio Fiscal

NU: Naciones Unidas

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de Naciones Unidas

Pág.: Página

PE: Parte Especial

PG: Parte General

Ptas.: Pesetas

RD: Real Decreto

SAN: Sentencia Audiencia Nacional

SDN: Sociedad de Naciones

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UE: Unión Europea

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia

III. OBJETIVOS

El presente Trabajo Fin de Grado tiene por finalidad describir y analizar el delito de tráfico de drogas en el Derecho penal español. Para poder cumplir este objetivo principal es necesario lograr una serie de objetivos más específicos:

1. Describir, en primer lugar, una serie de cuestiones previas relacionadas con la definición concreta de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, así como de las denominadas drogas de diseño.
2. Analizar la evolución histórica del delito de tráfico de drogas, tanto a nivel nacional como internacional con el fin de entender por qué y cómo se ha llegado a la regulación actual.
3. Justificar y aclarar cuál es la motivación que ha llevado al legislador a regular estas conductas como típicas, es decir, concretar o determinar cuál es el bien jurídico protegido en este delito.
4. Aclarar concretamente cuál es la conducta típica que conlleva la comisión del delito de tráfico de drogas, así como un análisis específico de cada una de las acciones que en él se describen, señalando para ello la interpretación seguida mayoritariamente tanto por la jurisprudencia como por la doctrina científica.
5. Especificar los requisitos y elementos que han de concurrir para apreciar la atipicidad de ciertas conductas, señalando cuáles son estas y cómo son interpretadas por la jurisprudencia.
6. Analizar la comisión de estas conductas típicas cuando las mismas se realizan concurriendo alguna de las circunstancias previstas en el art. 369 CP que dan lugar o provocan una agravación de la pena prevista en el tipo básico.
7. Llevar a cabo un análisis de la comisión de este delito por personas jurídicas, así como por aquellas personas que pertenecen a una organización criminal cuya regulación aparece fijada en el art. 369 bis CP introducido tras la reforma LO 5/2010, de 22 de junio.

IV. METODOLOGÍA

Hay que partir de que el método de investigación en cada caso está estrechamente ligado con la naturaleza de cada ciencia. En este sentido, y dado que el trabajo objeto de análisis versa sobre el delito de tráfico de drogas, es decir, sobre aspectos relacionados con el derecho penal, se debe tener en cuenta la propia naturaleza de esta ciencia jurídica.

En este sentido, la investigación jurídica es la actividad intelectual que pretende descubrir y mostrar soluciones jurídicas adecuadas a los problemas que puede plantear la vida social de nuestra época, por lo que es necesario tener en cuenta el carácter cambiante y coyuntural de esta, que lleva a que deba en cada momento adecuarse a la realidad social de que se trata. Esta investigación jurídica se divide en tres aspectos esenciales, *la factividad*, aspecto fáctico del Derecho, *la normatividad*, aspecto normativo del Derecho y *axiología*, aspecto valorativo del Derecho.

Existen varios modelos de investigación jurídica, si bien los utilizados como metodología en este sentido son el *método histórico-jurídico* utilizado para analizar el seguimiento histórico del delito de tráfico de drogas, así como el *método jurídico descriptivo*, empleado a fin de explicar de forma sistemática las principales características y el funcionamiento de la norma. Ahora bien, la utilización de estos dos métodos de investigación se ha dividido en las siguientes fases:

- 1) *Elección del tutor y del tema objeto de estudio*: En un primer momento se estableció un plazo a los alumnos para que escogiesen entre sus preferencias los profesores que pretendían que fuesen sus tutores, para lo cual dado que el objeto y el tema sobre el que quería realizar el trabajo era el delito de tráfico de drogas, seleccione a los profesores que pertenecen al área de Derecho Penal de la Universidad de León, y concretamente, a la profesora Isabel Durán Seco.

Una vez asignada la tutora, se concertó una reunión entre los alumnos que habían sido designados a ella a fin de que cada una de nosotros escogiese el tema sobre el que quería realizar el trabajo. En este sentido, el tema elegido por mí fue el delito de tráfico de drogas, puesto que es un tema que durante toda la carrera ha llamado mi atención, incluso existiendo diversos debates con la

profesora Isabel Durán Seco en el momento en el que se explicó este tema en el aula, sobre aspectos relacionados con él.

- 2) Recopilación de información y documentación y elaboración del índice provisional: Tras la elección definitiva del tema, se fijaron una serie de pautas por parte de la tutora destinadas a fijar una guía sobre cómo iniciar y estructurar el trabajo y cómo citar. Se comenzó con la lectura de diversos manuales sobre el tema en cuestión, a fin de delimitar de esta manera cuáles eran los apartados o aspectos que en relación con el tema elegido se pretendía tratar en el trabajo. Una vez adquirida cierta comprensión global sobre el tema, se procedió siguiendo las indicaciones de la tutora a efectuar un índice provisional que sirviese de guía a la hora de comenzar a redactar el trabajo.

- 3) Análisis, interpretación y crítica de la información obtenida: Una vez que el índice fue corregido por la tutora, se comenzó a buscar información concreta sobre cada uno de los apartados a los que dicho índice hacía referencia, para lo que se utilizaron manuales de Derecho Penal, monografías, diversos libros que trataban sobre el tema, obtenidos gracias a la colaboración del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de León, así como otros recursos electrónicos, como por ejemplo revistas, sirviéndose para ello de la página web Dialnet, así como la búsqueda de jurisprudencia a través de páginas como Westlaw o Cendoj.

- 4) Síntesis, redacción y corrección del trabajo: Cada uno de los manuales, libros o recursos a los que anteriormente se ha hecho referencia, fueron leídos, procediendo a efectuar un resumen sobre cada uno de ellos, que permitiese conocer cuál era la opinión concreta, que cada uno de los diversos autores ofrecía sobre el aspecto que se estuviese analizando. Además del estudio doctrinal efectuado sobre el delito de tráfico de drogas, los aspectos que sobre el mismo se han tratado fueron analizados desde un punto de vista jurisprudencial, con el fin de delimitar cuál era la opinión seguida por los Tribunales. Finalmente, una vez que los apartados fueron realizándose, normalmente cada vez que se redactaban unas 20 páginas, eran enviados a la tutora para que la misma procediese a la corrección de estos, operación que se llevó a cabo en repetidas ocasiones. Una vez finalizada la redacción final del trabajo e incluidas

las conclusiones obtenidas, se le entregó el mismo a la tutora para su corrección final.

- 5) *Ensayo*. Por último, una vez corregido el trabajo en su totalidad se realizó con la tutora, así como con el resto de estudiantes a los que les había dirigido el trabajo de investigación, un ensayo a efectos de conocer cómo debía realizarse la exposición ante la Comisión.

V. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y TIPOS DE DROGAS

El delito del tráfico de drogas está cada vez más presente en nuestra sociedad, y así se demuestra en el día a día de nuestros Tribunales. Este hecho, relacionado con problemas asociados a su consumo deriva fundamentalmente en la idea de que debemos considerar la comisión del delito de tráfico de drogas como uno de los problemas más graves ante los que se encuentra nuestra sociedad, puesto que son múltiples y de muy variado tipo las consecuencias asociadas con el consumo de drogas.

Este delito ya no solo está relacionado con problemas de salud, puesto que obvia decir que el consumo de tales sustancias provoca graves daños en esta y, con los consiguientes gastos sanitarios que se generan sino que, además, la dependencia que a raíz del mismo se crea trae consigo un aumento de la delincuencia, asociada con delitos fundamentalmente destinados a la obtención de medios económicos con los que financiar tal consumo, presentando esta delincuencia un carácter más violento, provocado en gran parte por el deterioro psíquico sufrido por los toxicómanos¹, sumando también a tales efectos los problemas económicos derivados fundamentalmente del fraude fiscal y consecuente blanqueo de dinero, relacionado o derivado directamente de tales conductas ilícitas.

Además, en cuanto a este delito hay que tener en cuenta que no es infrecuente observar como en la comisión del mismo intervienen los llamados cárteles de droga. Estos se entiende que son grupos criminales organizados, que se pueden definir como un grupo de personas que se reúnen a fin de organizar la comisión de delitos con el objetivo de obtener un gran beneficio económico de ellos.

Estas organizaciones han proliferado a lo largo de los años, en gran medida por la globalización y la apertura de fronteras por parte de los Estados. Ello provoca generalmente, de forma paralela, la aparición de demandas de productos prohibidos, donde la droga es de los más demandados, puesto que se estima que puede llegar a mover unos 400 billones de dólares al año². En Europa se entiende que el tráfico de drogas permanece bajo grupos criminales transnacionales, puesto que la mayor parte de los grupos traficantes están implantados en tres o más países, donde practican una

¹ PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ (dir.) / RAGUÈS I VALLES (coord.), Lecciones de DP PE, 4ª ed., 2015. 275-276.

² MORILLAS CUEVAS en: MORILLAS CUEVAS (coord.), Estudios jurídicos- penales y político criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines, 2003, 25.

multitud de actividades delictivas, utilizando la violencia y la corrupción como vías de actuación, puesto que consideran que las mismas suponen una fuente básica para continuar con sus actividades ilegales.

En lo que respecta a este delito, se podría decir que el proceso llevado a cabo por las organizaciones criminales comienza con la creación de la banda organizada que pasa droga a clientes mayoristas, la cual es distribuida por los transportistas y recibida por los depositarios. En el último escalafón de la cadena encontraríamos a los revendedores que la introducen en el mercado. Por lo tanto, y en base a lo establecido, se deduce claramente que los bienes jurídicos afectados en este caso, son mayores, puesto que como hemos dicho utilizan la violencia como medio de acción, y además cuentan con una gran coordinación en sus actuaciones, que ya no solo afecta a un Estado sino a más, lo que deriva en que muchas veces sea más complicado detener o frenar estas actividades, ya que es muy difícil concretar la responsabilidad penal de los múltiples sujetos participantes³.

El Código Penal en los artículos 368 a 378, dentro del Capítulo III “de los delitos contra la salud pública”, del Título XVII “delitos contra la seguridad colectiva” del Libro II del CP, regula los delitos relacionados con el tráfico de drogas, junto con los delitos alimentarios, los farmacológicos así como el doping. Si bien, algún autor⁴, establece que concretamente los delitos relacionados con el tráfico de drogas deberían denominarse delitos de narcotráfico para no confundirlos con los delitos contra la salud pública en general.

1. Concepto de droga. Discusiones doctrinales

Antes de llevar a cabo un análisis de la regulación establecida en torno al delito de tráfico de drogas en el Código Penal español, así como las modificaciones que el mismo ha sufrido desde su publicación, es preciso tener en cuenta qué se debe entender por **drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas**, puesto que es de este modo como el CP denomina a lo comúnmente conocido por la sociedad como droga. En este sentido, por lo tanto, se distinguirá entre aquellos autores que consideran que se

³RODRIGO LUELMO, El crimen organizado en Europa: una gran amenaza para la seguridad y orden público. Revista Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística. Universidad Complutense de Madrid, nº 2, 2009. 33-41.

⁴MARTÍNEZ PARDO, Los delitos del tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial, 2013, 13.

trata de una norma penal en blanco, y aquellos otros que establecen que el delito de tráfico de drogas es un delito autónomo.

a. Norma penal en blanco

En este sentido, un sector doctrinal y la mayoría de la jurisprudencia entienden que nos encontramos ante una norma penal en blanco⁵, que debe ser integrada por los convenios internacionales en los que España sea parte, siempre y cuando estos formen parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 96.1 de la Constitución Española. Así se han manifestado autores como SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO⁶, JOSHI JUBERT⁷ o RODRIGUEZ DEVESA⁸.

Siguiendo esta línea, MORANT VIDAL, establece que, para que una sustancia pueda ser considerada como droga a efectos jurídicos debe incluirse en el concepto empírico de droga, tiene que ofrecer peligrosidad o nocividad, y además, una ley penal debe determinar específicamente el tráfico ilícito de tal sustancia. Por lo tanto, y según el mismo afirma, el concepto jurídico penal de droga habrá de buscarse en leyes extrapenales⁹.

En base, por lo tanto, a la teoría seguida por estos autores, son estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas, incluidas en las listas I, II y IV de los anexos al Convenio Único de Naciones Unidas¹⁰, de 1961, enmendado por el Protocolo de Ginebra de 1972, entre las que se encuentran el cannabis y sus resinas, hojas de coca y cocaína, heroína, metadona, morfina, opio y codeína. Además de las que se añadan en el ámbito internacional y las que se declaren expresamente como tal en España, conforme a lo estipulado en el art. 3 de ese Convenio, o en el art. 2 de la Ley 17/1967 por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adoptándolas a lo establecido

⁵ En este sentido, STS nº363/2001 de 7 de marzo; STS nº378/2006 de 31 de marzo que en su fundamento jurídico sexto establece que “lo que convierte al precepto del art. 368 del CP en una norma penal en blanco que obliga a integrarla- en este caso, en cuanto al concepto de droga tóxica, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- con preceptos y normas extrapenales”.

⁶ SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO en: SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MÁILLO/ VÁZQUEZ GÓNZALEZ/ SERRANO TÁRRAGA, Curso de DP. PE, 2ª ed., 2015. 149.

⁷ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Estudio analítico del art. 368 del CP. 1999, 32.

⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, Ed. 11, 2002, 1068, 102; DE LA CUESTA ARZAMENDI, El marco normativo de las drogas en España” Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº3, 1987, 386; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de dogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 23.

⁹ MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 71.

¹⁰ Véase en el apartado II. 1. El delito de tráfico de drogas desde un punto de vista histórico en el ámbito internacional, en el apartado d.

en el Convenio de 1961 de las NU, de 8 de abril de 1967¹¹, ley creada en consecuencia de tal Convenio, y que considera como estupefacientes las sustancias enumeradas en la lista IV de tal texto legal a efectos penales.

Son psicotrópicos, a la luz de lo establecido en el Convenio de Viena de 1971¹² al que España se ha adherido en 1973, tal y como establecen las listas I, II, III y IV, aquellas sustancias que generan un estado de dependencia o depresión del sistema nervioso central, cuyos efectos sean fundamentalmente alucinaciones o trastornos en el razonamiento, comportamiento, estado de ánimo... A modo de resumen, podemos apreciar en torno a lo estipulado en el citado texto legal, que se comprenden aquellas que producen una acción depresora de la conciencia, como pueden ser los barbitúricos; las que activan o estimulan el sistema central, como las anfetaminas o todas aquellas que provocan alucinaciones, tales como la mescalina¹³. A su vez, este Convenio se completó con el Real Decreto 2829/1977, desarrollado por un sinnúmero de órdenes ministeriales¹⁴, que regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de psicotrópicos.

Si bien, es preciso además sumar a estos textos legales, lo establecido en otros Convenios Internacionales de los que España forma parte como pueden ser, Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988¹⁵, ratificado por España en el año 1990, encargado de definir concretamente que entendemos por estupefacientes, o la Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo Europeo, de 2004, encargada de regular cuestiones relacionadas con el establecimiento de disposiciones mínimas de delitos y penas aplicables al ámbito del tráfico ilícito de drogas, que de nuevo alude a lo establecido en las listas de los ya nombrados instrumentos legales¹⁶.

b. Delito autónomo

¹¹ SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO en: SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MÁILLO/ VÁZQUEZ GÓNZALEZ/ SERRANO TÁRRAGA, Curso de DP. PE, 2ª ed., 2015. 149.

¹² Véase en el apartado II. 1. El delito de tráfico de drogas desde un punto de vista histórico en el ámbito internacional, en el apartado e.

¹³ LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, 12 ed., 2004, 236.

¹⁴ MARTÍNEZ PARDO, Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial, 2013, 21.

¹⁵ Véase en el apartado II. 1. El delito de tráfico de drogas desde un punto de vista histórico en el ámbito internacional, en el letra f.

¹⁶ MARTÍNEZ PARDO, Los delitos del tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial, 2013, 20.

Por el contrario, otro sector, entre los que merece ser destacado MUÑOZ CONDE¹⁷, entiende que los delitos dedicados al tráfico de drogas no están estructurados como una norma penal en blanco sino como delitos autónomos cuyo supuesto de hecho debe determinarse en función de criterios meramente penales como el del bien jurídico protegido y el de su clasificación sistemática entre los delitos contra la salud pública. Este autor parte de que será preciso atender a la definición que ofrece la Organización Mundial de la Salud (OMS) para delimitar o concretar qué ha de entenderse por droga, determinándose concretamente, que se tendrá que considerar como tal, aquella sustancia natural o sintética que provoca en las personas que la consumen tres efectos: la necesidad de seguir consumiéndola, la tendencia a aumentar la dosis, así como la dependencia física de los efectos de la misma. De este modo considera que los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas se pueden entender incluidas dentro del concepto de droga, puesto que la diferencia entre los mismos únicamente se aprecia en la forma en la que estas actúan. El citado autor argumenta esta idea en base a los siguientes argumentos: 1) Las listas de los convenios a las que hacen referencia los partidarios de la tesis anterior, son indicativas no ejecutivas, 2) La regulación establecida en el Código no remite a un ámbito extrapenal sino que establece la misma como delitos autónomos. 3) La remisión a una norma extrapenal puede plantear lagunas de punibilidad.

A esta idea se suman otros autores remiten también a la definición dada por la OMS, para desglosar o conceptualizar el término de droga¹⁸.

2. Clases de drogas¹⁹

Es necesario, para llevar a cabo una correcta interpretación de la regulación establecida en el CP, atender a la diferenciación establecida por la propia legislación, matizada posteriormente por la jurisprudencia, que distingue entre aquellas drogas que causan grave daño a la salud, conocidas vulgarmente como drogas duras y, por otro lado, aquellas que no lo hacen, las llamadas drogas blandas.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, DP PE. 20 ed., 2015. 576-578.

¹⁸ DIÉZ RIPOLLÉS, Tenencias político- criminales en materia de drogas. Jueces para la democracia, nº19, 1993. 38-59; en la misma línea también, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, 2012, 11; MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, nº 38, 2005, 95.

¹⁹ Para elaborar este apartado se ha tenido en cuenta la página web www.herreroabogados.com/word/Drogas.pps, consultada el día 28 de diciembre de 2015.

La idea básica de la que parte esta distinción se asienta fundamentalmente en el hecho de que desde el punto de vista de la salud pública, no puede tratarse de igual modo aquellas sustancias consideradas como muy dañinas para la salud y aquellas que no lo son tanto, lo cual tiene una repercusión directa en la imposición de las penas, puesto que los delitos cometidos utilizando las denominadas drogas blandas siempre acarrearán penas inferiores a las se impondrán en los casos en los que se trafique con sustancias consideradas como drogas duras.

La doctrina por su parte ha considerado acertada tal distinción dada la dificultad de la delimitación del objeto material. Si bien, el Tribunal Supremo²⁰ recurre a los cuatro criterios utilizados por los Convenios Internacionales para llevar a cabo dicha clasificación, que son concretamente: 1) Sustancia que sea en sí lesiva para la salud, 2) El nivel de dependencia que crea en el consumidor, 3) El número de fallecimientos que provoca su consumo y 4) El grado de tolerancia.

Por lo tanto y en base a esos criterios, acudiendo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo podemos apreciar que se consideran drogas duras, la cocaína²¹, la heroína²², LSD²³, las anfetaminas²⁴ o la morfina²⁵. Si bien serán consideradas como drogas que no causan grave daño a la salud el hachís, marihuana, grifa o el aceite de hachís²⁶ así como alprazolam²⁷, Trankimazin²⁸ o flunitracepan²⁹.

²⁰ En este sentido, STS nº 1486/1999, de 25 de octubre; STS nº 1740/2003, de 22 de diciembre.

²¹ STS nº 6361/1990, de 12 de julio. El TS remite a las leyes extrapenales para determinar que la cocaína es una sustancia que causa grave daño a la salud basándose en los efectos que la misma genera para la salud, estableciendo concretamente que la misma puede llegar a ocasionar hasta la muerte; STS nº 823/2015, de 16 de diciembre; STS nº 277/2016, de 6 de abril; SAP Barcelona nº 270/2013, de 5 de abril.

²² STS nº 434/1992, de 23 de enero; STS nº 945/2002 de, 17 de marzo; STS nº 221/2004, de 20 de febrero; STS nº 228/2004, de 12 de marzo; STS nº 324/2014, de 15 de abril

²³ STS nº 2014/1992, de 28 de septiembre; STS nº 1261/1995, de 14 de diciembre; STS 326/1999, de 15 de marzo; STS nº 1696/2006, de 20 de julio; STS nº 897/2008, de 17 de diciembre; STS nº 920/2013, de 11 de diciembre.

²⁴ STS nº 116/1998, de 3 de febrero; STS nº 19/2002, de 18 de enero; STS nº 741/2003, de 17 de octubre; STS nº 829/2005, de 27 de junio; STS nº 307/2016, de 13 de abril; SAP Alicante (Sección nº10) nº 249/2015, de 4 de junio.

²⁵ STS nº 1874/1992, de 17 de septiembre; STS nº 1908/1993, de 19 de julio; SAP de Guadalajara nº 23/1997, de 30 de junio; SAP de Madrid (Sección 5ª) nº 368/1999, de 15 de junio; SAP Murcia (Sección nº2) nº 31/2013, de 11 de febrero; SAP Madrid (Sección nº5) nº55/2015, de 25 de junio.

²⁶ STS nº 743/1996, de 17 de octubre; STS nº 392/2005, de 1 de diciembre; STS nº 741/2013, de 17 de octubre; STS nº 409/2013, de 21 de mayo; STS nº 919/2012, de 22 de noviembre; SAP de Córdoba (Sección 1) nº 9/2000, de 21 de marzo; SAP Madrid (Sección 3) nº 478/2013, de 4 de marzo; SAP Barcelona (Sección 5) nº 789/2015, de 24 de octubre.

²⁷ STS nº 90/1999, de 1 de febrero; STS nº 109/2001, de 1 de febrero; STS nº 409/2013, de 21 de mayo.

²⁸ Auto TS, 19 de octubre de 1999; STS nº 206/2000, de 14 de febrero; STS nº 215/2002, de 7 de mayo; STS nº 872/2000, de 16 de mayo; SAP Islas Baleares (Sección nº1) nº 54/2016, de 13 de abril.

3. Drogas de diseño³⁰

Además, de esta breve explicación del concepto de droga y de los tipos de ella que podemos encontrar, resulta preciso realizar un análisis acerca de las llamadas drogas de diseño, las cuales han irrumpido en nuestra sociedad en estos últimos años y que albergan una gran peligrosidad tal y como analizaremos a continuación.

Uno de los problemas fundamentales en torno a la aparición de este tipo de sustancias, que justifica la importancia o la peligrosidad que estas entrañan, viene dada en parte por la diversidad de productos y presentaciones que de estos se utilizan, por ejemplo, el consumo de las mismas puede llevarse a cabo con la ingerencia de pastillas, pero también con la colocación de parches por el cuerpo o incluso inyectándose en vena la sustancia de que se trate. A su vez, esta peligrosidad también se manifiesta a través de los medios de distribución y las lagunas jurídicas de los textos legales que en el marco internacional se encargan de regular tales cuestiones, puesto que todos ellos son factores que dificultan la regulación de las mismas, ya que es muy difícil albergar en estos toda la problemática surgida en torno a su consumo, pero además, la unificación legal que se requiere en este sentido, no se llega a conseguir puesto que entran en juego materias de muy diversas índole, como puede ser por ejemplo, el blanqueo de dinero. (La fabricación de estas sustancias está muy relacionada con la aparición de nuevos fármacos)³¹.

Si bien es preciso tener en cuenta que el organismo más representativo en materia de drogas de diseño es la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), creado en el año 1968 en virtud de la Convención Única de Viena de 1961 sobre estupefacientes. Las funciones que la misma tiene encomendadas son las que le atribuyen esta calificativo, puesto que se encarga de cuestiones tales como, por ejemplo, asegurar la existencia de suministros de drogas adecuados para fines médicos y científicos evitando de este modo que se produzcan desviaciones de drogas de fuentes lícitas a canales ilícitos. A su vez, vigila la fiscalización que aplican los gobiernos a los

²⁹ STS nº 1019/1994, de 17 de mayo; STS nº 1213/ 2001, de 22 de junio; STS nº 1395/2001, de 10 de julio; SAP Islas Baleares (Sección 3) nº 25/2014, de 7 de abril.

³⁰ COMBA, revista Skopein “La justicia en manos de la ciencia”. Diciembre de 2015, nº10.

³¹ BRUN GONZÁLEZ, Drogas de diseño y nuevas sustancias psicoactivas legales. Espolea. Página web: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/ddt-nuevasspa.pdf>, consultado en la fecha 3 de enero de 2016.

productos químicos utilizados en la fabricación ilícita de drogas y les presta asistencia para prevenir la desviación de esos productos químicos hacia el tráfico ilícito³².

Además, en nuestro país contamos con la Ley 3/1996 sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas como susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, y el Real Decreto 865/97 texto legal que desarrolla lo establecido en la citada ley y que suponen la base de la regulación de tales sustancias en nuestro país³³.

a. Origen

El origen de las drogas de diseño surge como consecuencia de la prohibición de comercialización y distribución de los alucinógenos y drogas, concretamente la morfina y la cocaína de las farmacias, sufridas en la década de los 60-70 del siglo pasado, que provocó que en EEUU diferentes laboratorios de forma clandestina sintetizaran productos similares en lo que respecta a la estructura y efectos de los prohibidos, con el objeto de eludir de esta manera las restricciones legales, evitando de este modo una disminución en el consumo de la morfina y cocaína, abriendo nuevas líneas de producción. Si bien, es en los años 80 cuando se comienzan a utilizar estas drogas de diseño, de la forma en la que las consideramos en la actualidad. En España concretamente su utilización como tal surge en el año 1985 en la isla de Ibiza³⁴.

b. Sustancias propias consideradas como drogas de diseño

Entre las distintas drogas de diseño hay que tener en cuenta la existencia de varias de ellas, diferenciadas en grupos dependiendo del origen de las mismas o de los efectos que provocan, por lo que entre los grupos básicos en los que estas se clasifican encontraríamos, aquellas diseñadas con el objeto de sustituir a la cocaína, como el cristal, el snow etc. Por otro lado, se podrían situar las que pretenden imitar los efectos de los opiáceos, y aquellas sustancias originales como el éxtasis. Si bien, las drogas de diseño más conocidas serán: el MDMA (éxtasis), MDA, STP (incluyendo la DOM y DOB), MBDB o MDEA, éxtasis líquido, mefedona, MDPV (la conocida como droga caníbal) o la catonina (conocidas como sales de baño).

³² Información extraída de la página web <http://www.undrugcontrol.info/es/control-de-drogas-de-la-onu/jife>, consultada el día 4 de enero de 2016.

³³ ARROYO FERNÁNDEZ, Drogas de diseño en el ámbito judicial, Revista de Medicina Integral, Volumen 41, nº 2, 2003.

³⁴ BRUN GONZÁLEZ, Drogas de diseño y nuevas sustancias psicoactivas legales. Espolea. Página web: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/ddt-nuevasspa.pdf>, consultado en la fecha 3 de enero de 2016.

Dada la relevancia ya explicada acerca de la diferenciación entre drogas que causan grave daño a la salud, y aquellas que no lo hacen tanto, conviene distinguir o diferenciar las mismas en base a lo establecido por la jurisprudencia dentro de ese primer o segundo grupo. Por lo tanto, y en base a lo establecido por nuestros tribunales serán consideradas tales ellas como drogas que causan grave daño a la salud: MDMA (éxtasis)³⁵, MDA³⁶, STP³⁷, MBDB³⁸, MDEA³⁹, MDPV⁴⁰, catinona⁴¹.

VI. REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

1. El delito del tráfico de drogas desde un punto de vista histórico en el ámbito internacional⁴²

El sistema internacional de fiscalización de drogas es uno de los sistemas más antiguos. El origen del mismo se remonta a finales del siglo XIX, cuyo surgimiento tiene lugar fundamentalmente a fin de aunar fuerzas políticas internacionales capaces de luchar en su conjunto contra un problema social surgido en China, provocado básicamente por el consumo indebido de sustancias, concretamente el opio, y la dependencia que el mismo generaba entre la población. Diferentes asociaciones y grupos religiosos fueron los primeros en realizar estas llamadas de atención ante los problemas sociales que el consumo de sustancias como ellas podían provocar y provocaban entre los civiles.

Las quejas repetidas de estas organizaciones, junto con las que durante años se fueron recabando por parte de los distintos Estados, dieron lugar a la celebración de una

³⁵ STS nº 138/1999, de 6 de octubre; STS nº 275/2000, de 28 de febrero; STS nº 1740/2003, de 22 de diciembre; SAP Madrid (Sección 5) nº 95/2012, de 31 de julio; SAP Vizcaya (Sección 2) nº 629/2013, de 10 de octubre; SAP Murcia (Sección 2) nº 165/2016, de 18 de marzo.

³⁶ STS nº 670/1995, de 18 de mayo; STS nº 870/1997, de 9 de junio; STS nº 1171/1997, de 29 de septiembre; SAP Barcelona (Sección 3) nº 204/2010, de 1 de marzo; SAP Islas Baleares (Sección 2) nº 33/2010 de 25 de marzo.

³⁷ STS nº 30/2003, de 27 de febrero; STS nº 301/2003, de 27 de febrero; SAP Madrid (Sección 7) nº 277/2014, de 28 de mayo; SAP A Coruña (Sección 1) nº 258/2015, de 22 de mayo.

³⁸ SAP de Guipúzcoa (Sección 2º) de 30, de julio de 1998; Auto de inadmisión de recurso de casación del Tribunal Supremo, de 30 de marzo de 2001; SAP de Vizcaya (Sección 2) nº 131/2001, de 11 de abril; SAP Islas Baleares (Sección 2) nº 871/2010, de 15 de septiembre.

³⁹ STS nº 475/1998, de 29 de marzo; STS nº 466/2003, de 4 de abril; STS nº 1212/2006, de 14 de diciembre; SAP Madrid (Sección 6) nº 462/2014, de 4 de junio; SAP Salamanca (Sección 1) nº 18/2015, de 19 de junio.

⁴⁰ SAP de Madrid (Sección 5º) nº 21/2011, de 14 de febrero; SAP Málaga (Sección 1) nº 821/2011, de 1 de julio; SAP las Islas Baleares (Sección 1ª) nº 130/2014, de 10 de diciembre;

⁴¹ SAP de Madrid (Sección 17º) nº 103/2009, de 30 de enero; SAP Valencia (Sección 3) nº 487/2014, de 14 de julio.

⁴²Para elaborar este apartado se ha tenido en cuenta la siguiente página web: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/bulletin/2007/Century_of_Drug_Control-S-WEB_FILE.pdf, fecha de consulta 7 de enero de 2016. Alude al Boletín oficial de estupefacientes, volumen 1 y 2, 2007, creado por la Oficina de NU contra la droga y el delito.

reunión en 1983 en Reino Unido, cuyo resultado final trajo consigo la prohibición del consumo de dichas sustancias, no obstante la duración de esta decisión de prohibición no fue la deseada, ya que las duras críticas sufridas por la toma de esta medida, provocaron que la misma poco a poco se fuera matizando hasta llegar a su inaplicación.

Si bien, dado que el problema pervivió, las distintas fuerzas políticas, apoyadas por un sinnúmero de asociaciones que cada vez habían adquirido más fuerza, derivaron en que sus propuestas llevaran a la elaboración de un marco jurídico y la codificación de este sistema internacional de fiscalización, que se podría resumir en los siguientes textos legales:

a. Comisión Internacional del Opio, Shanghái. 1909.

Esta Comisión Internacional adquiere especial relevancia puesto que sienta las bases de la primera norma internacional reguladora de estas cuestiones, que es concretamente la Convención de la Haya de 1912. Entre los países integrantes de la misma encontramos algunos como Alemania, Austria, Hungría, Países Bajos o Francia. El contenido básico tratado en ella hacía referencia a las cantidades globales de producción y distribución de opio, así como el flujo de su consumo, incluso llevando a cabo estimaciones del mismo, o advirtiendo los ingresos públicos y administrativos que se obtenían a raíz de este.

b. Convención de la Haya 1912

Se considera la primera norma legal reguladora del delito de tráfico de drogas desde una perspectiva internacional. Numerosos fueron los países integrantes de la misma, como pueden ser Alemania, EEUU, Japón, China etc.

La misma estaba dividida en seis capítulos⁴³, donde además de fiscalizarse el opio, se consideró como prohibido o restringido el uso de la morfina, así como de la heroína y cocaína.

c. La creación de la Sociedad de Naciones y su repercusión en el tráfico de drogas (1920-1945)

⁴³ Capítulo Primero referente al opio en bruto; el Capítulo Segundo referido al opio preparado; el Capítulo Tercero alude al opio medicinal así como a la morfina, heroína y cocaína; el Capítulo Cuarto explica a lo largo de su articulado la situación del opio en China; el Capítulo Quinto se refiere a la legislación nacional de los Estados integrantes de la misma; y por último, el Capítulo Sexto regula los aspectos relacionados con la firma y ratificación de la Convención.

Con la aparición de la SDN se crearon dos órganos básicos en esta materia a nivel internacional puesto que supondría la base de organismos existentes aún en la actualidad, concretamente, el Comité Consultivo sobre el opio, que derivará y es lo que hoy conocemos como la Comisión de Estupefacientes, y por otro lado, el Comité de Salud de la Sociedad, conocido en la actualidad como Organización Mundial de la Salud.

Esta Sociedad propuso la celebración de varias Convenciones que tenían como finalidad fiscalizar la comisión de este delito como son la Convención de 1931⁴⁴ o la Convención de 1936⁴⁵.

d. Convención Única de Nueva York de 1961

La Convención Única de estupefacientes entró en vigor en el año 1964⁴⁶ y sigue estando vigente en la actualidad, la misma consta de 51 artículos aunque ya el Preámbulo de la misma es destacable puesto que reconoce la necesidad de utilizar las drogas con fines médicos.

Si bien, del contenido de la misma se debe sacar en claro las siguientes consideraciones, fundamentalmente el hecho de que a través de la misma se ha materializado el objeto del delito de tráfico de drogas, es decir, ha sido este texto legal el que nos ha ofrecido una definición de lo que debemos entender por drogas tóxicas o estupefacientes, ya que en los anexos de esta ley se incluyen unas listas en las que aparecen reguladas una serie de sustancias y la consideración de estas como droga tóxica o estupefaciente, según se trate⁴⁷. Aun así, a pesar de que la característica fundamental de la misma se base en ese hecho, no se debe dejar de considerar que en ella se regulan otras cuestiones tan relevantes como puede ser la necesidad de cooperación entre Estados en materia de droga, el modo de prestarse información entre estos, así como la conversión de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes y la Comisión de Estupefacientes del

⁴⁴ Convención que da vida a la Comisión de Fiscalización de Estupefacientes, y a su vez instituye la inclusión en las listas de droga, clasificando y fiscalizando las mismas en base a dos criterios: 1) la peligrosidad de la droga y 2) el empleo de esta en el ámbito medicinal.

⁴⁵ Surge a raíz de la aparición de actividades ilícitas llevadas a cabo por grupos delictivos que buscaban oportunidades de negocio, por lo que el origen de esta no era otro que erradicar el tráfico ilícito de drogas nocivas. A su vez, es la primera que alude a cuestiones tan relevantes hoy en día como pueden ser, el extranjero que comete un delito o la extradición.

⁴⁶ En España entró en vigor a través de la Ley 17/1967 de 8 de abril.

⁴⁷ **Lista I:** sustancias prohibidas, **Lista II:** sustancias de utilidad terapéutica y menor riesgo de abuso, **Lista III:** preparados farmacéuticos fabricados con sustancias de la **Lista IV**, que no precisan de permiso para la explotación y **Lista IV:** sustancias prohibidas en terapia humana por su riesgo y dependencia.

Consejo Económico y Social en los órganos rectores de la política criminal, estableciendo también dentro de su articulado, las funciones, composiciones, o los órganos o medios de control de las decisiones por ellos adoptadas⁴⁸.

Es preciso tener en cuenta que dicha Convención fue modificada por el Protocolo de 1972 debido a la necesidad de adaptar el mismo a los cambios sociales y culturales de aquella época, introduciendo medidas destinadas a fortalecer el sistema de fiscalización, así como aquellas encargadas de regular los requisitos necesarios para proceder a la extradición, reclamando además la primacía de la legislación nacional sobre la internacional a la hora de regular estas cuestiones.

e. Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971.

La Convención de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas también se conoce bajo el rótulo de Convenio de Viena⁴⁹, está compuesta por 33 artículos, los cuales se encargan de someter a fiscalización estimulantes como los alucinógenos, sedantes etc. Cuyas sustancias aparecen reguladas en los Anexos de esta⁵⁰. Los elementos básicos de los que se nutre este Convenio son, entre otros, la regulación del alcance e inclusión en su listado de nuevos fármacos, así como la fabricación, distribución y posesión de los mismos, sistemas de inspección sobre fabricantes, exportadores, importadores, mayoristas y minoristas o el establecimiento de medidas de prevención del consumo de tales sustancias⁵¹.

f. Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas de 1988

La entrada en vigor de la misma provocó⁵² la modificación de los Códigos Penales de los Estados miembros. Las cuestiones más importantes sobre las que versa este son entre otras, el blanqueo de dinero, el decomiso del productos, la promoción de la

⁴⁸ SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 6-8.

⁴⁹ En España entró en vigor a raíz del instrumento de adhesión de España al Convenio sobre sustancias psicotrópicas publicado en el BOE el 10 de septiembre de 1976.

⁵⁰ **Lista I:** sustancias prohibidas para uso terapéutico y humano por el riesgo de dependencia que generan, **Lista II:** sustancias de riesgo de abuso y escaso interés terapéutico, **Lista III:** sustancias de menor riesgo de abuso e importante uso terapéutico y **Lista IV:** sustancias con interés terapéutico y pequeño riesgo de abuso.

⁵¹ SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 9 y 10.

⁵² La entrada en vigor en España se produce a través del instrumento de ratificación de adhesión de España al Convenio publicado en el BOE el 10 de diciembre de 1990.

cooperación entre Estados para hacer frente a los aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes, así como el poner de manifiesto la necesidad o importancia de la regulación de los precursores a nivel internacional o la inclusión de medidas relacionadas con la extradición.

g. Acuerdos adoptados sobre esta materia en las Asambleas Generales de la ONU. 1998

Entre las distintas resoluciones acordadas por la Asamblea General de la ONU en el año 1998 hay que tener en cuenta algunas de ellas, puesto que las mismas se encargan de regular cuestiones tan relevantes como pueden ser el blanqueo de dinero o las medidas de cooperación judicial necesaria en relación a la entrada vigilada, el tráfico ilícito o la remisión de actuaciones penales, a fin de hacer más eficaz la fiscalización de este delito⁵³.

*2. Tratamiento jurídico al delito de narcotráfico enfocado desde la perspectiva de la Unión Europea*⁵⁴

En base a la regulación del tráfico de drogas dentro del espacio europeo es necesario partir previamente de la idea de que el tratamiento jurídico enfocado en torno a la comisión de este delito, parte fundamentalmente del objetivo de alcanzar una armonización de la legislación nacional de entre los Estados miembros, llevada a cabo fundamentalmente en las cuestiones relativas al Derecho penal en la parte especial, aludiendo o refiriéndose en gran medida a los delitos llamados trasfronterizos, dentro de los cuales encontramos el tráfico de drogas, puesto que no resulta difícil comprender que en numerosas ocasiones las grandes redes de narcotráfico actúan no solo en el marco de un Estado, sino en el conjunto de varios de ellos, con lo que la catalogación de estos delitos contra la salud pública como tales (transfronterizos) no precisa de mayor explicación. (Se observa claramente como la droga es producida en un Estado y posteriormente se traslada y se trafica con ella en Estados distintos).

Por lo tanto, la armonización del derecho penal en la UE en materia de tráfico de drogas, supone uno de los puntos sobre los que más influencia se ha ejercido a fin de conseguir la misma.

⁵³ Resolución judicial S-20/2, Resolución judicial S-20/3, Resolución judicial S-20/4E, Resolución judicial S-20/4A, Resolución judicial S-20/4C, Resolución judicial S-20/4B, Resolución judicial S-20/4D.

⁵⁴ FERNÁNDEZ OGALLAR, El derecho penal armonizado de la Unión Europea, 2014, 276-280.

Entre los textos normativos que aluden o establecen las directrices básicas de las mismas se encuentran por un lado los tratados de la UE⁵⁵, entre los que destacan el Tratado de Maastricht de 1992, el Tratado de Amsterdam de 1997, Plan de Acción de Viena y el Consejo de Tampere de 1999 y el Tratado de Lisboa de 2007 y por otro lado las normas de derecho derivado⁵⁶.

3. Evolución en la normativa española con relación a los delitos contra la salud pública

Como hemos podido observar a lo largo del análisis de este apartado, el tráfico de drogas es un ilícito cuya regulación ha ido evolucionando a lo largo de los años. Si bien, esos cambios legislativos proyectados sobre este delito no solo han tenido lugar en el ámbito internacional, sino que la regulación española también ha sufrido importantes modificaciones, ya sea a fin de adaptar las circunstancias penales a la realidad social o cultural del momento, o bien a necesidades derivadas de la participación de España en distintos organismos internacionales o europeos, que han obligado al legislador estatal a adoptar las medidas necesarias a fin de cumplir las exigencias marcadas por los mismos.

Por ello, y a fin de entender mejor el delito de tráfico de drogas, tal y como hoy en día es interpretado, es preciso observar cuál ha sido el tratamiento jurídico que se ha llevado

⁵⁵ En este grupo ha de destacarse, **el Tratado de Maastricht de 1992** que regula en su título V cuestiones relacionadas con la prevención de enfermedades incluyendo dentro de estas la toxicomanía. Así como, el **Tratado de Amsterdam de 1997** que alude a la importancia de la cooperación internacional en esta materia albergando entre su articulado la consideración de que “La Comunidad” será la encargada de completar la acción llevada a cabo por los Estados con el objetivo de reducir los daños a la salud, resultantes del consumo de drogas. A su vez encontraríamos el **Plan de Acción de Viena y el Consejo de Tampere de 1999**, los cuales tienen como objetivo promover un nuevo impulso a las prácticas de protección, con el objetivo de lograr la libertad, seguridad y justicia que estarían presentes en la sociedad en el caso de que se produjese la supresión de la comisión de tales delitos. Y, por último, el **Tratado de Lisboa de 2007** que reafirma la idea de cooperación internacional, considerando que los Estados miembros deben acordar políticas legales y medidas legislativas a fin de reducir el consumo de drogas.

⁵⁶ Dentro del este grupo referido al derecho derivado de la UE, es preciso tener en cuenta la **Decisión Marco 2004/757/JAI** que supone la base de las conductas o medidas propias que deben ser adoptadas y respetadas por cada Estado miembro, con el objetivo de lograr la armonización en la regulación de este delito, puesto que en la redacción de su articulado se encuentran cuestiones tan relevantes como son, la definición o el establecimiento concreto de las conductas que se entienden suponen la comisión del delito de tráfico de drogas entre las que se encuentran la producción, fabricación, venta, entrega, transporte etc., que serán posteriormente analizadas.

A su vez, dicho texto legal, aclara o especifica aspectos legales relacionados con la autoría en el tráfico de drogas, además de fijar unas penas mínimas que han de imponerse en los Estados miembros ante la Comisión de los delitos enmarcados o considerados como delitos de narcotráfico. Por último, es preciso además, tener en cuenta que el texto normativo al que nos referimos alude a la posibilidad de regular por los Estados atenuantes que puedan llevar a la modificación de la pena impuesta por estos, o la posible comisión de estos delitos por parte de personas jurídicas. Si bien, cada uno de los instrumentos jurídicos a los que hemos hecho alusión se basan en la intención, reiterada como ha quedado señalado, de conseguir una regulación conjunta por parte de todos los Estados miembros.

a cabo en nuestro país. De este hecho, por lo tanto, derivará un análisis breve de los Códigos Penales existentes en España, haciendo especial hincapié en el Código Penal de 1944, modificado en el año 1973, y a la regulación actual contenida en el Código Penal de 1995 y sus posteriores reformas.

a. Códigos Penales decimonónicos. Evolución hacia el Código Penal de 1973⁵⁷

Los orígenes de la regulación del delito de tráfico de drogas en España se remontan al Código Penal de 1822, aunque es preciso tener en cuenta que, antes de la entrada en vigor de este texto normativo, existían en España las llamadas **ordenanzas de farmacia**, que contenían disposiciones relativas a determinadas sustancias que hoy podríamos considerar como drogas.

Aclarada la matización pertinente conforme a esta cuestión, debe quedar claro a su vez, que el delito de tráfico de drogas, no debe entenderse como el “delito de narcotráfico” que consideramos hoy en día, sino que básicamente se aludía en el articulado de este Código a delitos que atentaban contra la salud pública, tomando en consideración lo previsto en el art. 366 del tal instrumento legal, que aludía a boticarios o practicantes que “vendiera o despachara veneno alguno, o droga que pueda ser nociva a la salud, bebida o medicamento en cuya preparación o confección entre parte alguna venenosa o que pueda ser nociva, ni menos ésta parte sola sin receta de médico o cirujano aprobado”.

Posteriormente fue aprobado el Código Penal de 1848, el cual tampoco trataba el delito de tráfico de drogas en el sentido en que lo entendemos hoy, además en el capítulo en el que se fijaba su regulación se incluía o se describían conductas que hoy podríamos considerar de estafa, fraude o falsedad.

Si bien, la modificación más importante a tener en cuenta en este caso, no es otra que el hecho de que el mismo en su art. 253, modifica el término “droga” por “sustancia”, de forma que el precepto quedaría redactado del siguiente modo: “el que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud o productos químicos[...]”

⁵⁷MOLINA MANSILLA, Evolución de la normativa española en materia de tráfico de drogas durante el siglo XIX. Revista Anuario de la Facultad de Derecho, nº 2006, 2005-2006, 154-205.

Dos años más tarde vio la luz el Código Penal de 1850, pero no modificó en nada lo referido al tráfico de drogas. Posterior fue el Código de 1870 que al igual que el resto de Códigos, trataba este tema dentro de los delitos que encauzan o se consideran contrarios a la salud pública, estableciendo concretamente en el art. 351 que: “El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos para expenderlos, o los despachare, o vendiere, o comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 duros”.

Entrado ya el siglo XX, se suceden tres Códigos penales. En primer lugar, CP de 1928, que regulaba tal delito bajo la rúbrica de “Elaboración y comercio ilegal de productos químicos y drogas tóxicas”, que supone una copia de lo establecido en el CP de 1848, siendo lo más importante del caso el establecimiento de un tipo agravado en el párrafo segundo del art. 558, así como el hecho de que se encuentre integrado por otro conjunto de leyes como son entre otras, el RD de 31 de julio de 1918, encargado de la regulación del opio, la Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1929 que anuncia los graves problemas sociales que provoca el consumo de drogas o Decreto Ley de 13 de noviembre de 1928 que declara al opio o cáñamo indio como sustancias destructoras⁵⁸; y los CP de 1932 y 1944, que regulan este delito remitiéndose a lo fijado en el CP de 1870.

b. Código Penal de 1973

Una reforma del CP de 1944 sufrida en el año 1971⁵⁹ motivó la aparición de este Código, el cual debe ya considerarse como el primer texto legal que regula el tráfico de drogas tal y como hoy lo entendemos en España. El mismo ya en la Exposición de Motivos ratifica la participación de España en la Convención Única de Naciones Unidas de 1961 que implica una modificación clara de lo estipulado en el art. 344 de ese viejo Código de 1944, con el objetivo de adaptar la legislación española a la internacional, a fin de poner en marcha medios legales destinados a atacar con eficacia el problema social que supone el consumo ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes.

⁵⁸MOLINA MANSILLA, Evolución de la normativa española en materia de tráfico de drogas durante el siglo XIX. Revista Anuario de la Facultad de Derecho, nº 2006, 2005-2006, 154-205.

⁵⁹Ley 44/1971, de 15 de Noviembre, sobre reforma del Código Penal.

Por lo tanto, y en base al mismo, el tráfico de drogas pasó a estar regulado en el art. 344 Sección Segunda, Capítulo Segundo del Título V relativo a “delitos contra la salud pública y medio ambiente”.

Diez años después, se publica la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, que trae consigo la primera modificación de la regulación del tráfico de drogas que tendría lugar antes de la publicación del CP de 1995, vigente en la actualidad, determinando esta, cuáles han de considerarse conductas punibles, aludiendo a una clara distinción entre las consideradas drogas blandas y drogas duras.

La siguiente modificación tuvo lugar a raíz de la entrada en vigor de la LO 1/1988 de 24 de marzo, que recoge una nueva redacción del art. 344 e incorpora nuevos apartados que se refieren a la concurrencia de circunstancias agravantes. La LO 8/1992 de 23 de diciembre, surge a fin de adaptar la legislación española al marco de la UE, modificando la regulación en esta materia, introduciendo por primera vez disposiciones reguladoras de la entrega vigilada, estableciendo que se entenderá por tal: “La técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas [...] los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas [...]”. Se alude además en esta reforma a los beneficios económicos derivados del tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos establecidos en la Directiva 91/308 CEE.

c. Código Penal de 1995 y sus modificaciones

Con la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, entra en vigor el Código Penal vigente en la actualidad, que regula el delito de tráfico de drogas, tal y como se ha señalado en el Capítulo III “De los delitos contra la salud pública”, del Título XVII “delitos contra la seguridad colectiva” del Libro II del Código penal, recogiendo en el propio art. 368 la misma conducta que se establecía previamente en el art. 344 el CP anterior.

La regulación contenida en el mismo se irá analizando y desglosando a lo largo del presente trabajo, si bien hay que tener en cuenta que en el momento de publicación del

mismo, el delito de tráfico de drogas se encontraba regulado en el art. 368 CP, que dista del Código vigente en la actualidad en lo que concierne al segundo párrafo de ese art., referente a la reducción de la pena para aquellos casos en los cuales el delito de tráfico de drogas revista escasa entidad. El art. 369 CP regula al igual que en la actualidad, los supuestos que agravan la pena fijada en el tipo básico del art. 368, si bien los mismos están cambiados de orden, y se incluyen en él algunos tipos que en el momento actual no están ya vigentes. Como otra nota característica conviene destacar que el art. 369 bis vigente en la actualidad, no fue introducido por el legislador en el momento de publicación del Código Penal de 1995.

Conviene ahora mencionar que de entre las numerosas reformas que ha sufrido el CP de 1995 dos afectan a la materia que nos ocupa. En primer lugar, la **LO 5/2010, de 22 de junio** que realiza una serie de reformas que conviene tener en cuenta, entre otras cuestiones porque siguen vigentes en la actualidad. De las mismas cabe destacar las siguientes: 1) Se rebaja la pena máxima establecida en relación a las sustancias que causan grave daño a la salud a fin de intentar adaptar a la ley, el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS (25 de octubre de 2005⁶⁰), que proponía penas privativas de libertad menores para el caso de que se tratase de cantidades módicas. La LO 5/2010 rebajó esta pena a cualquier cantidad que no alcanzase la notoria importancia, lo cual también provocó una modificación de las penas de las circunstancias agravantes; 2) A fin mejorar la proporcionalidad de las penas y aumentar el arbitrio judicial, introdujo el legislador del año 2010 un segundo párrafo en el art. 368 CP, que estableció la imposición de la pena inferior en grado a la prevista, atendiendo a la escasa entidad del hecho, y a las circunstancias personales del reo; 3) Incorpora un nuevo art. 369 bis CP que alude a la conducta agravada por pertenencia a una organización delictiva; 4) Como una de las novedades más importantes, puesto que es la primera vez que se regula así en nuestro ordenamiento jurídico, esta ley estableció la responsabilidad penal para las personas jurídicas, concretamente en el último párrafo de ese nuevo art. 369 bis; 5) Por último, con el objetivo de integrar otro Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del TS (25 de noviembre de 2008⁶¹), delimitó el concepto de embarcación, puesto que anteriormente se criticaba por la doctrina que no toda embarcación es un buque, puesto que la interpretación de este modo podía ser entendida

⁶⁰ Véase el apartado II. 4. Acuerdos del Tribunal Supremo

⁶¹ Véase el apartado II. 4. Acuerdos del Tribunal Supremo.

como una interpretación contra reo, por lo que en ese momento, se incorporó junto a los términos de buque y aeronave, el concepto de embarcación, el cual fue criticado por la doctrina puesto que entendió que la inclusión del mismo suponía una reiteración⁶².

En segundo lugar la reciente LO **1/2015 de 30 de marzo**, por la que se modifica de nuevo el Código Penal, que si bien ha supuesto muchas modificaciones en el ámbito penal, en lo relativo al delito de tráfico de drogas, únicamente afecta a un apartado específico como es el decomiso, que será analizado posteriormente.

4. Acuerdos del Tribunal Supremo⁶³

Además de las distintas leyes enumeradas con anterioridad, con el objetivo de cubrir en casi la totalidad la regulación o normativa existente acerca del delito de tráfico de drogas, es necesario tener en cuenta, ya no solo en este ámbito, sino a la hora de interpretar o estructurar un análisis de las distintas conductas tipificadas por el Código Penal, los llamados Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo a la luz de lo establecido en el art. 264 de la LOPJ puede establecer pautas, a fin de alcanzar una mayor cohesión y seguridad jurídica, unificando para ello criterios, y coordinando la práctica procesal en los supuestos en los cuales exista una diversidad de interpretaciones a la hora de aplicar la ley, en asuntos que presentan pretensiones iguales.

En este sentido, existe una discusión doctrinal acerca de la vinculación de los mismos, puesto que algunos autores entienden que la aplicación de estos de forma vinculante, podría suponer una violación al principio de independencia judicial, así como, al principio de de legalidad o jerarquía normativa, avalando esta posición el Acuerdo de 8 de mayo de 1997 que establecía concretamente que: “En cuanto a la vinculación de los Magistrados de la Sala a los acuerdos adoptados sobre unificación de doctrina en las Juntas Generales del art. 264 de la LOPJ se llega a la conclusión de que, aunque no siendo jurídicamente vinculantes, los acuerdos deben ser respetados, en aras del bien que debe prevalecer, que es la estabilidad y uniformidad de la doctrina jurisprudencial”, mientras que otros abogan por aplicar el Acuerdo del 18 de julio de 2006 en el que se

⁶² NAVARRO BLASCO en: QUINTERO OLIVARES (dir.) La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, 2010, 309-317.

⁶³ CORROZA IÑIGO/ RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y contenido (1991-2008), 2007, 122-127.

establece concretamente que: “Los acuerdos de la Sala General (pleno no jurisdiccionales) son vinculantes”.

En la práctica, estos Acuerdos se siguen en la inmensa mayoría de los casos, tanto por parte de la jurisprudencia del TS como del resto de órganos judiciales, por lo que aunque no pueda hablarse directamente de vinculación jurídica a efectos de ley, sí que existe una convicción judicial de seguirla.

Aclaradas las cuestiones previas sobre su conceptualización así como el objetivo e importancia de los mismos, concretando este análisis al ámbito penal y a la comisión de un delito de narcotráfico, podríamos destacar los siguientes acuerdos no jurisdiccionales del TS⁶⁴:

- **Acuerdo de 19 de julio de 2000** se encarga de solucionar el problema que se suscita conforme a los supuestos en los cuales se ha cometido por un lado, un delito de tráfico de drogas, y por otro, un delito de contrabando. En este sentido, el Acuerdo establece que se producirá una concurrencia de un concurso de normas entre ambos.
- **Acuerdo de 19 de octubre de 2001** alude a la cantidad de notoria importancia, e incluye unas tablas elaboradas por el INTCF donde se refleja la cantidad a partir de la cual esta pasa a ser considerada como notoria⁶⁵. Además, en el mismo también se concreta la agravante del art. 369.3 CP, determinándose que sería aplicable la misma a partir de las 500 dosis referidas el consumo diario teniendo en cuenta la pureza de la sustancia, fijando como excepciones los supuestos del hachís y derivados.
- **Acuerdo de 11 de julio de 2003** versa acerca de supuestos, más procesales, en los establece que cuando se ha dictado una sentencia absolutoria al considerar que la conducta era encuadrable dentro de los casos de pequeño tráfico, si estas son recurridas por el MF, no pueden verse modificados los hechos probados por la falta de credibilidad de los testigos.

⁶⁴MAJÓN- CABEZA OLMEDA, ¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS?, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 10, 2008.

⁶⁵ Véase en el apartado IV. Tipos agravados del tráfico de drogas. Por razón del objeto material.

- **Acuerdo 13 de diciembre de 2004**, fija explícitamente que las sustancias GHB y GBL deben ser consideradas como sustancias que causan grave daño a la salud, fijando a su vez, que la cantidad de notoria importancia de estas debe fijarse en 10500 gramos de estado puro.
- **Acuerdo de 3 de febrero de 2005** establece que para determinar el mínimo psicoactivo de las sustancias se atenderá al criterio seguido por el INTCF.
- **Acuerdo del 25 de mayo de 2005** alude a los supuestos establecidos en el art. 368 y 369 CP, en virtud de fijar por el Gobierno una penalidad máxima a fin de determinar en qué casos se puede interponer un recurso de casación ante el TS.
- **Acuerdo del 25 de mayo de 2005** fija que la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando hayan sido introducidos en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 LECrim.
- **Acuerdo de 25 de octubre de 2005** fija una modificación, que daría pie a la reforma del CP de LO 5/2010 de 22 de junio⁶⁶ en el que se establece que debe reducirse la penalidad del tipo en aquellos supuestos en los que se trate de cantidades módicas. Si bien, se mantiene la distinción entre drogas que causan grave daño a la salud y las que no.
- **Acuerdo de 18 de julio de 2006** señala que la ocultación sobre la verdadera naturaleza, origen, destino... sobre bienes o propiedad de los mismos, sabiendo que procede de algunos de los delitos relacionados con el tráfico de drogas no excluye el concurso real con el delito antecedente.
- **Acuerdo de 25 de noviembre de 2008** establece una denominación acerca de cómo debe ser interpretado el concepto de buque a la hora de aplicar el art. 370.3 CP (que posteriormente dio lugar a la reforma del CP del año 2010⁶⁷), y

⁶⁶ Véase el apartado II.3 Evolución en la normativa española con relación a los delitos contra la salud pública, en su apartado c.

⁶⁷ Véase el apartado II.3 Evolución en la normativa española con relación a los delitos contra la salud pública, en su apartado c.

los supuestos de extrema gravedad, fijando que deberá considerarse la misma en aquellos casos en los que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda del resultante de multiplicar por mil la cuantía fijada como modulo para determinar la concurrencia de notoria importancia.

- **Acuerdo de 26 de febrero de 2009** realiza una interpretación del art. 370.1. CP, referente a la utilización de menores o incapaces en la comisión del delito concretando que, la aplicación de tal precepto tendrá lugar cuando el autor se sirva de un menor o disminuido psíquico de manera abusiva y en provecho propio o de un grupo, favoreciéndose este de su situación de ascendencia o cualquier forma de autoría mediata.

A la luz de las anotaciones anteriormente efectuadas, cabe destacar como modo de resumen a efectos de sintetizar lo explicado, que el ilícito analizado a lo largo de este trabajo, ha ido evolucionando con el tiempo, adaptándose a las nuevas situaciones sociales emergentes, así como a los distintos contextos históricos, en los que las normas han ido promulgándose, siendo ya no solo un problema nacional, sino que la preocupación internacional por su fiscalización, ha dado lugar, a su vez a numerosos textos legales que aún hoy siguen en vigor, a fin de erradicar el problema social, cultural, histórico, sanitario etc. producido por el consumo de sustancias nocivas para la salud, que ha provocado que durante años la vista de muchos Estados se fije en la adopción de medidas que fomenten la cooperación internacional para que con una lucha conjunta, las decisiones adoptadas de manera individual por los países cobren dimensiones mayores y sus efectos se optimicen pasando a ser más eficaces.

VII. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. Discusiones doctrinales

Cuando aludimos al término bien jurídico protegido nos estamos refiriendo a un objeto digno de protección según el ordenamiento jurídico. En torno a la definición del mismo existen dos posiciones enfrentadas, como son de un lado, la postura conservadora que considera que este es: “todo objeto que la ley penal considera digno de protección”, frente a la posición reformista que entiende que “el bien jurídico es preexistente e independiente de su reconocimiento por el derecho positivo que consiste en un interés o

realidad social valiosa de una persona o sociedad, importante para la existencia de esta y que merece protección solo por esa consideración”

La posición mayoritaria hoy día sigue más bien la segunda línea puesto que los autores defensores de esta entienden que permite limitar el *ius puniendi* del Estado, así como interpretar restrictivamente los tipos penales⁶⁸.

Partiendo de este concepto general de bien jurídico protegido centraremos el estudio del mismo en torno al delito de tráfico de drogas, para lo que se analizarán las distintas interpretaciones o perspectivas de las que parten los autores.

La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido en este delito es la salud pública⁶⁹. Pese a ello, para un sector minoritario se considera que este atiende a otra realidad, ya sea bien los intereses del Estado⁷⁰, entendiendo que toda conducta de tráfico en sentido amplio es ilegal, y en su mayoría, penalmente antijurídica, o bien, que el objeto de protección en estos delitos no es otro más que la libertad de los consumidores, en el sentido de que el consumo de estas sustancias genera una gran dependencia que provoca que disminuya la voluntad de quienes las toman y por ello su capacidad de decisión se ve afectada⁷¹. Hay que analizar una cuarta vía que entiende incluso que el delito de tráfico de drogas es un delito pluriofensivo, es decir, que el delito de tráfico de drogas no sirve para la protección de un solo bien jurídico sino de varios, como pueden ser la salud pública, la seguridad colectiva e incluso intereses económicos y políticos⁷². Por último otros autores defienden la idea de que el bien jurídico protegido no es la salud pública sino la moral o integridad moral, puesto que entienden que se favorecen ciertas drogas mientras que se desprestigian otras, y que es

⁶⁸ LUZÓN PEÑA. Lecciones de DP. PG. 3ª ed. 2016, 176-179.

⁶⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico e drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 65 y 66; MAJÓN-CABEZA OLMEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008. 84-86; ÑUNEZ PAZ/ GUILLÉN LÓPEZ, Moderna Revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del CP, Revista Penal nº 22, 2008; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, 2012,10; PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGÜES I VALLES (coord.), Lecciones de DP PE, 4ª ed., 2015, 276.

⁷⁰ COBO DEL ROSAL, Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, 1977, 143-164.

⁷¹ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE. 11 ed., 11, 2002, 1024.

⁷² GARCÍA-PABLOS en: La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales, 1986, 54-57.

la cultura o la sociedad la que lleva a interpretar algunas de ellas como buenas y permitidas, y otras como malas y prohibidas⁷³.

Ahora bien, como ya se dijo anteriormente, el bien jurídico protegido según entiende la mayoría de la doctrina es la salud pública, y así se expresa también por parte del legislador, puesto que es necesario recordar que el delito de tráfico de drogas cobra encaje en nuestro CP en el Capítulo III del Título XVII que alude “a los delitos contra la salud pública”. El problema que surge conforme al mismo es la interpretación o definición que cada uno de los autores otorga a la misma puesto que, para cada uno de ellos, salud pública atiende a una realidad distinta.

En este sentido por ejemplo, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ considera que “bien protegido es el valor de titularidad colectiva o salud pública, conceptuándose como el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos”⁷⁴.

CALDERÓN CEREZO entiende, por salud pública “una parcela determinada de la seguridad colectiva que es el bien genérico protegido en el título XVII del CP”⁷⁵.

Por otro lado, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, considera que “el bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas es la salud colectiva, o sea la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para la salud pública es grave porque puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en persona concreta que consuma no sea grave”. A su vez tal autora, continúa diciendo que “salud pública y salud individual son dos bienes jurídicos distintos que encuentran protección diferenciada en el CP, pero esto no autoriza a ignorar la salud individual cuando tratamos de la pública, puesto que sino salud pública sería algo desvinculado totalmente con la realidad que la justifica y sirve de complemento”⁷⁶.

PASTOR MUÑOZ por su parte define la salud pública, “como un bien supraindividual que no se identifica con la suma de las saludes concretas de los miembros de la

⁷³ BELTRÁN BALLESTER, Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas, 1990, 31.

⁷⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia 2012, 10

⁷⁵ CALDERÓN CEREZO, Manual de DP PE, 2005. 399.

⁷⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 22-23; en el mismo sentido, ÑUNEZ PAZ/ GUILLÉN LÓPEZ, Moderna Revisión del delito de tráfico de drogas: Estudio actual del art. 368 del CP, Revista Penal nº 22, 2008, 84-86.

colectividad, sino con el conjunto de condiciones que posibilitan la salud de las personas individuales⁷⁷”

Por último, SEQUEROS SAZATORNIL estima que el bien jurídico protegido es la salud pública, pero entendiendo que lo que se trata de proteger con la tipificación de las conductas que configuran el delito de tráfico de drogas no es una salud concreta o individual, puesto que según este autor este hecho ya encuentra encaje en otros preceptos del CP, sino que “lo que se trata de evitar es la creación de riesgos añadidos que puedan afectar al nivel de salud general de un país⁷⁸”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue esta línea general considerando por lo tanto, que el bien jurídico protegido en la comisión de estas conductas, no es más que la protección de la salud pública, entendiendo por esta la suma de las saludes individuales⁷⁹.

⁷⁷ PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÈS I VALLES (coord.), Lecciones de DP PE, 4ª, 2015, 276; en el mismo sentido, JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Estudio analítico del art. 368 del CP, 1999, 21 señala que “salud pública es la presencia de un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta que solo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática”.

⁷⁸ SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 65 y 66.

⁷⁹ STS nº 573/1996, de 16 de septiembre “el bien jurídico protegido por el repetido precepto es la salud pública como bien colectivo, razón por la cual se sancionan los distintos supuestos que el mismo reseña en cuanto a la difusión del consumo ilegal de las drogas en general, por promoción, por favorecimiento o por facilitación, porque así se hace frente a un peligro común. Ello quiere decir, según la última corriente jurisprudencial, que no se afecta al bien jurídico protegido, es decir, la salud colectiva, cuando el riesgo o peligro a la salud de terceros no concurre”; STS nº 622/2004, de 10 de mayo: “Si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente, como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aunque este ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial [...]”; STS nº 716/2004, de 3 de junio: “La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero ha de referirse a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública. Y es la norma penal la que precisa qué conductas de las que pueden afectar a la salud pública son constitutivas de delito”; SAP Zaragoza (Sección 3) nº13/2015, de 10 de marzo: “El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero, aun cuando resulte dificultoso conceptualmente, la consideración de ese bien jurídico ha de referirse a una valoración relativa a la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita científicamente que el consumo de determinadas sustancias provoca una

2. Naturaleza del delito en atención al bien jurídico protegido

Unido a la idea del bien jurídico protegido y, en base a la repercusión que el mismo representa, conviene configurar la naturaleza jurídica del delito, puesto que en numerosas ocasiones la calificación de la misma viene atribuida en torno esa realidad protegida por el ordenamiento jurídico penal.

Por lo tanto, partiendo de este hecho, cabe dejar constancia de que este tipo delictivo presenta una naturaleza de delito de peligro abstracto considerado así de forma unánime tanto desde una perspectiva jurisprudencial⁸⁰ como doctrinal⁸¹, lo que significa que estos delitos se consuman sin la necesidad de lesión, solo con el simple peligro, es decir, basta con que la conducta sea peligrosa para el bien jurídico protegido, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima⁸².

De la configuración de delito de peligro abstracto se derivan una serie de consecuencias prácticas que se deben tener en cuenta a la hora de valorar e interpretar el delito. Concretamente la mismas aluden a las siguientes realidades: 1) Existe una

mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que tal clase de consumo afecta a la salud pública. Y es, finalmente, el legislador a través de la norma penal quien precisa qué conductas de las que pueden afectar a la salud pública son constitutivas de delito.

⁸⁰ STS nº 971/ 2001, de 16 de mayo: “El delito tipificado en el art. 368 del CP es de los llamados de riesgo o peligro abstracto, de consumación anticipada, en los que el logro de la finalidad última de sus autores cae fuera del perfeccionamiento consumativo tipificado, por cuya razón no caben las formas imperfectas, salvo muy especiales excepciones”; STS nº 298/2004, de 12 de marzo: “Al tratarse de un delito de peligro –aún cuando sea abstracto– el peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas acciones totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro –aún cuando sea potencialmente– la salud pública. Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido”; STS nº 444/2005, de 11 de abril que establece que: “El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras”.

⁸¹ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Estudio analítico del art. 368 del CP, 1999, 42; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 70, estima que la nota característica de los delitos contra la salud pública es que están destinados a proteger a la sociedad en su conjunto de un daño potencial, por lo que entiende que “las conductas típicas en el Capítulo III del Título XVII del CP no tutelan un bien o un derecho concreto, sino la posibilidad de que la salud del mismo se vea menoscabada”. En el mismo sentido GRANADOS PEREZ, Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas, 2007, 25; MAJÓN-CABEZA OLMEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 25-27; PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÈS I VALLES (coord.), Lecciones de DP PE, 4ª ed., 2015, 276.

⁸² LUZÓN PEÑA. Lecciones de DP. PG. 3ªed., 2015, 169.

consumación anticipada del delito, es decir, no es necesario que se produzca en sí el tráfico de drogas, sino que simplemente la posesión de tales sustancias perfecciona la consumación del delito. 2) Es muy difícil que podamos encontrar **supuestos de actos preparatorios punibles o de formas imperfectas de ejecución**; 3) La penalización se impone cuando se causa **un daño colectivo no únicamente un daño concreto e individualizado**; 4) Es un delito de **mera actividad**; y por último 5) Se requiere la **existencia de un verdadero peligro** puesto que en este caso se entiende que faltaría el requisito de la antijuricidad que sería uno de los presupuestos que justifican la imposición de penas por parte del Estado⁸³.

VIII. TIPO BÁSICO DEL ART. 368 CP

Aclaradas todas las cuestiones anteriores, necesarias todas ellas para llevar a cabo un correcto estudio de este delito, conviene analizar ya en este apartado todos los aspectos relacionados con el tipo básico del tráfico de drogas, puesto que en palabras de REY HUIDOBRO, “la conducta típica representa la esencia del tipo penal, esta acción ofrece el punto de partida y la base de la teoría del delito⁸⁴”.

En este sentido es el art. 368 CP el que alude al tipo básico dictando específicamente lo siguiente: “*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 que se 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.*”

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas 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 segundo párrafo ha sido incluido tras la reforma del CP del año 2010⁸⁵ en materia de tráfico de drogas. Para algunos autores como REY HUIDOBRO⁸⁶, la redacción de tal

⁸³ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Estudio analítico del art. 368 del CP, 1999, 44.

⁸⁴ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 21.

⁸⁵ LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

precepto faculta a los tribunales a “mitigar el rigor punitivo, degradando la pena, y evitando con ello el ingreso en prisión de los traficantes de pequeñas cantidades, a los que cuales con esta nueva regulación se les podría conceder el beneficio de la suspensión de la pena”.

La regulación concreta aquí establecida lleva a autores como JOSHI JUBERT⁸⁷ a entender o clasificar este delito bajo tres notas características que son concretamente las siguientes: 1) Delito alternativo mixto, en el sentido de que tipifica distintas conductas bastando la realización de una de ellas para entender consumado el delito; 2) Es un tipo abierto porque los comportamientos regulados no están descritos en su totalidad, 3) Y por último, entiende que es un delito de progresión delictiva, puesto que contiene todas las fases de afección al bien jurídico protegido, es decir, regula en el mismo tipo la pena contemplada tanto para la tentativa como para los supuestos de delito consumado.

La redacción literal de este precepto plantea numerosas críticas por parte de la doctrina⁸⁸, dirigidas fundamentalmente estas a dos cuestiones concretas, de un lado, la amplitud de la regulación de este tipo, de otro, la dificultad que la misma presenta en la determinación de grados de participación distintos a la autoría.

Ello es así porque la clausula descrita en este precepto es excesivamente abierta, provocando que la simple realización de una de las acciones tipificadas en él, desplieguen los efectos de determinación de la pena, lo que según estos autores, atenta contra los principios de legalidad y seguridad jurídica, que en palabras de MUÑOZ CONDE, se entiende como “una intervención omnicompreensiva del llamado “*ciclo de la droga*”, es decir, se pena o se castiga todo comportamiento que suponga una contribución a su consumo⁸⁹”.

Además y entrando ya en la explicación del segundo aspecto criticado, se pone el acento sobre las repercusiones que tiene esta regulación tan amplia, en el sentido de que como consecuencia de que con la realización de estas conductas se entiende ya consumado el

⁸⁶ REY HUIDOBRO, La reforma del Código penal por LO 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas. Revista Aranzadi doctrinal, nº 5, 2010, 149-164.

⁸⁷ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 99.

⁸⁸ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 22; JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 100; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 96; MAJÓN- CABEZA OLMEDA en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 29.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 2015, 20 ed., 579.

delito, en realidad, se están apreciando como consumadas acciones que serían simples actos preparatorios, lo que deriva a su vez en una segunda consecuencia: la difícil admisión de un grado de participación distinto al de autoría.

1. Tipo objetivo

La interpretación ahora y en este sentido irá dirigida ya únicamente a analizar caso por caso, los verbos o acciones descritas en el tipo, teniendo previamente en consideración que algunos autores como JOSHI JUBERT⁹⁰, dividen las acciones en dos tipos, las que **tienden al favorecimiento del consumo ilegal** (cultivo, elaboración), y las que contribuyen a la expansión del mismo (tráfico, promoción...). Otros autores, como MUÑOZ CONDE⁹¹, distinguen entre **conductas profesionales de tráfico de drogas** (cultivo, elaboración, transporte o venta) y conductas como **tenencia, mera donación o simple promoción o facilitación del tráfico de drogas**.

EXPÓSITO LÓPEZ⁹² en contraposición a estos dos autores, considera que las conductas tipificadas en el art. 368 CP aluden todas ellas a la promoción, favorecimiento o facilitación a un tercero del consumo ilegal, subdividiendo dentro de esta inclusión genérica dos tipos: las **que tienden al tráfico o comercio**, y de otro, las relacionadas **con el tráfico de modo indirecto** como son el transporte, donación.

En este sentido la jurisprudencia⁹³, clasifica estas acciones, relacionadas todas ellas con el ciclo económico de la droga, en tres ideas: De un lado, **los actos de producción** (cultivo y fabricación), de otro, los **actos principales de tráfico** (transmisión gratuita y onerosa y los actos de intermediación al tráfico) y por último, los **actos auxiliares del tráfico** (posesión o tenencia y el transporte siempre que unos y otros estuvieran preordenados a promover, favorecer o facilitar el consumo. Incluye también en este apartado los actos de fomento, publicidad o formulación de ofertas).

a. Actos de cultivo

⁹⁰ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 99-105

⁹¹ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 2015, 20 ed., 580.

⁹² EXPÓSITO LÓPEZ, El delito de tráfico de drogas, Revista de Derecho de UNED, n°10, 2012, 97.

⁹³ STS n° 1953/1992, de 21 de septiembre; STS n° 1931/2002, de 23 de noviembre. ; STS n° 154/2004, de 13 de febrero; STS n° 2054/2004, de 9 de diciembre.

La primera acción descrita en este tipo penal alude a “*los que ejecuten actos de cultivo*”, definiéndose esta conducta de diversos modos en función de la interpretación que cada autor haga de este concepto.

En este sentido la autora JOSHI JUBERT entiende que se debe considerar como tal la siembra, plantación y recolección de elementos a partir de los cuales se obtienen sustancias tóxicas o estupefacientes. Pese a ello la misma realiza una crítica considerando que es un error hablar de cultivar como una acción típica, puesto que no se plantan las drogas ni estupefacientes en sí, sino que se cultivan las plantas de las que ellas derivan, por ello la utilización de ese término es una imprecisión⁹⁴.

Para algún otro autor, como JOSHI JUBERT⁹⁵ la acción de cultivar se define como la actividad preparatoria destinada a la producción de drogas. En palabras de PEDREIRA GÓNZALEZ⁹⁶, esta es la tarea que se lleva a cabo sobre la tierra y sobre las especies botánicas, dirigidas al desarrollo de las drogas y que van desde la siembra hasta la recolección. Si bien, este autor determina que la preparación del terreno o la posesión de semillas no acarrea el cumplimiento del tipo del art 368 del CP, al no considerarse tales acciones como actos de cultivo.

Pero además, otros autores tales como REY HUIDOBRO⁹⁷ han entendido que para llevar a cabo una correcta interpretación de estos actos, es necesario acudir a lo preceptuado en distintas normas extrapenales, como son la Convención de 1961 que en su art. 1.m establece que “*por cultivo se entiende el cultivo de la adormidera, del arbusto de la coca o de la planta de cannabis*”, o a lo fijado en el art. 7 de la Ley 17/67 de 8 de abril por el que se actualizan las normas vigentes sobre estupefaciente y adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las NU que dicta que: “*El Servicio de Control de Estupefacientes podrá autorizar cultivos de plantas destinados a la producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear como tales. Pero*

⁹⁴ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 118. En el mismo sentido, PIETRO RODRÍGUEZ, Delito de tráfico y consumo de droga, 1986, 50-52; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 98.

⁹⁵ SOTO NIETO, El delito de tráfico de drogas y el estado de necesidad, Revista La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2000, 1692-1694.

⁹⁶ PEDREIRA GÓNZALEZ, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 30.

⁹⁷ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 50; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 96; MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, nº 38, 2005, 93-116.

si los cultivos no son llevados a la práctica por los fabricantes autorizados, los cultivadores vendrán obligados a entregar la cosecha al Servicio o a los fabricantes autorizados, quienes cuidarán del tratamiento para su transformación”.

PÉREZ GRANADOS⁹⁸, aludiendo a la interpretación realizada por la jurisprudencia, remite a la Sentencia 17 de noviembre de 1997, la cual en su fundamento jurídico único, considera que el cultivo constituye una acción típica puesto que “el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública”. A su vez, el auto del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1996, en el fundamento jurídico tercero establece que “el delito contra la salud pública es un delito permanente, de mera actividad o consumación anticipada que se desenvuelve a través de dos fases distintas entre sí autónomas e independientes: de un lado la elaboración, fabricación, cultivo o preparación de la sustancia y de otro la distribución, transporte, tráfico en general, o, simplemente, todos los supuestos en los que el estupefaciente se expende, se extiende o se traspasa de alguna manera, en uno o en otro caso siempre que la acción en esta forma, o acciones favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal”.

b. Actos de elaboración

La segunda conducta típica a la que se alude en el art. 368 CP es la relativa a los actos de elaboración.

Tal y como establece SEQUEROS SAZATORIL esta acción de elaboración debe incluirse dentro del concepto de fabricación, puesto que fue el primer término utilizado en el art. 344 del CP derogado para referirse a este tipo de acciones que hoy se ha visto sustituido por el concepto de elaboración⁹⁹. Este autor, junto con otros, como son, ACALE SÁNCHEZ¹⁰⁰ o PEDREIRA GONZÁLEZ¹⁰¹ remiten a los Convenios Internacionales ratificados por España para dar contenido a este término afirmando que son los arts. 1.i del Convenio Único de 1961 y art. 11 de la Ley 17/1967 de 8 de abril

⁹⁸ GRANADOS PEREZ, Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas, 2007, 25.

⁹⁹ SEQUEROS SAZATORNIL El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 100.

¹⁰⁰ ACALE SÁNCHEZ, Salud pública y drogas tóxicas, 2002, 41.

¹⁰¹ PEDREIRA GONZÁLEZ, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA / MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 33; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 96; REY HUIDOBRO El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 53.

los que definen tal conducta fijando específicamente este segundo artículo que: “Se entenderá por fabricación de estupefacientes el conjunto de operaciones de obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis química”.

Sin embargo, frente a lo expuesto por estos autores, RODRÍGUEZ DEVESA¹⁰² entiende que el concepto de elaboración tiene que ser considerado como una acción más amplia y completa que la mera fabricación de la droga, puesto que la primera incluye procedimientos distintos dentro del mismo, que igualmente tienen como fin obtener drogas tóxicas o estupefacientes, como son los procesos de refinación o la transformación de unos estupefacientes en otros.

Alejándose de estas posturas, SOTO NIETO¹⁰³, entiende que tanto el cultivo como la elaboración son actividades preparatorias que tiene como fin producir la droga, y que constituyen el antecedente necesario para la obtención del producto.

c. Actos de tráfico

La siguiente de las conductas a las que se refiere el art. 368 CP es la relativa a los actos de tráfico. Tampoco respecto de esta conducta típica hay acuerdo doctrinal en cuanto a su significado, puesto que hay quienes consideran que estos actos de tráfico deben ser valorados desde un punto de vista mercantilista, mientras que otros autores, defienden que el concepto de “tráfico” es mucho más amplio, y que por ende abarca más realidades que las propiamente descritas por el Código de Comercio.

Como partidarios de la primera posición encontramos a ACALE SÁNCHEZ¹⁰⁴, la cual defiende que la utilización de la palabra “tráfico” es amplísima y confusa, entendiendo que es preciso llevar a cabo una interpretación restrictiva del término, considerando

¹⁰² RODRÍGUEZ DEVESA, DP. PE, 11 ed., 2002, 1073; PIETRO RODRÍGUEZ, Delito de tráfico de drogas y consumo de droga, 1986, 260-262.

¹⁰³ SOTO NIETO, El delito de tráfico de drogas y la continuidad delictiva. La ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliográfica, nº 3, 1999, 2016-2017; JOSHI JUBERT Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 125 considerando que por elaboración hay que entender algunos de los actos encaminados a la transformación de una materia prima en otro producto que constituya droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica, considerando que algunas de las fases que serán necesarias para llevar a cabo tal resultado son la preparación, depuración y transformación de sustancias.

¹⁰⁴ ACALE SÁNCHEZ, Salud pública y drogas tóxicas, 2002, 42-44; PEDREIDA GÓNZALEZ, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA / MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 34.

como tal: “La entrega de drogas a cambio de algo que sustituya su valor económico”. Esta autora parte de la idea de que no es necesario el ánimo de lucro, pero entiende que es precisamente este el que mueve al actor a cometer este acto (el de traficar) por lo que, en su opinión, la donación no es una forma de tráfico, sino una conducta típica incluida dentro de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación.

Dentro de la segunda de las posiciones nos encontramos con REY HUIDOBRO, el cual afirma que “la conducta de tráfico entendida así, (desde la concepción fijada por el CCom) traería consigo que el tipo penal se consume cuando concurren una pluralidad de conductas, por lo que el acto solo (sin acompañarse de nada más) no tendría esta repercusión”. A ello añade que, “el Derecho Penal es una rama autónoma e independiente del resto del ordenamiento jurídico, por lo que ningún sentido tiene aquí interpretar esta acción desde un punto de vista mercantil”. Las consecuencias de tal interpretación son que no se precisa habitualidad, y que tampoco se requiere ánimo de lucro para entender que estamos ante una conducta típica de tráfico.

JOSHI JUBERT es partidaria de esta misma idea. Así entiende que “el concepto de tráfico en sentido penal no coincide con la comprensión usual del término, es decir, con la idea de comercio o negocio”¹⁰⁵. Además otros autores como SEQUEROS SAZATORIL afirman que “el concepto de tráfico excede del significado mercantilista que conlleva la aceptación, entendida como comercio, negocio con dinero [...] en el derecho penal tiene un significado más amplio”¹⁰⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo avala más esta segunda idea, entendiendo en igual modo que la significación penal del término de tráfico está muy por encima del concepto mercantil. Por ejemplo, la Sentencia de 29 de mayo de 1991 en su fundamento jurídico segundo establece que: “El tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas implica la transmisión onerosa a terceros [...]” Además, esta misma sentencia establece que se consuma la infracción del art. 344 CP (ahora derogado pero precedente del art. 368 del CP) con toda serie de actos que auxilien o ayuden la transmisión (incluso gratuita), como la permuta [...], recalando que el legislador ha

¹⁰⁵ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 131.

¹⁰⁶ SEQUEIROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. La ley. 2000, 101; En el mismo sentido, SOTO NIETO, El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando, 1989, 51-53; REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 53-55; MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico escorialense, nº 38, 2005, 93-116.

marcado dos momentos fundamentales en el círculo de la comercialización de la droga: la producción (cultivo o elaboración) y la distribución que puede llevarse a cabo de múltiples maneras, fundamentando con ello que cualquier acto de tráfico, interpretado en sentido amplio puede ser suficiente para el delito. Y por último, a efectos de delimitar o definir el tráfico considera que: “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.”¹⁰⁷

La determinación de estas cuestiones es importante, en base fundamentalmente a delimitar qué actos concretos se entenderán incluidos dentro de la conducta de “tráfico”, siendo el supuesto más discutido en la práctica el de la donación.

Por lo que, para estos autores, tráfico es la forma de extender o expandir la droga, con independencia de la idea puramente comercial o mercantil, sin necesidad del ánimo de lucro ni de la habitualidad. En palabras de SEQUEROS SAZATORIL, se entenderá como tal “cualquier actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión de una cosa, de una persona a otra, con contraprestación o sin ella”¹⁰⁸. Sin embargo, para autores como REY HUIDOBRO es necesario acudir a lo que establecen las normas extrapenales para concretar qué debemos entender por “tráfico”¹⁰⁹. En este sentido, el art. 15 de la Ley 17/1967 de 8 de abril establece que: “Constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma”.

¹⁰⁷ STS nº 243/1997, de 22 de febrero establece que: “Cualquier acto de tráfico en virtud del cual, fuera de la fase de preparación, cultivo o elaboración del producto, se hace circular lo que es simple detención de la droga, mediante la transferencia a terceros en virtud de cualquier título, en principio, que permita el cambio de poseedor o detentador de la cantidad, máxima o mínima, de que se trate”; en el mismo sentido SAP de Madrid (Sección 3) nº 276/2009, de 16 de junio; STS nº 607/1998, de 4 de mayo: “El término tráfico referente a los actos de tal clase, en equiparación a los de cultivo o elaboración, no supone una equivalencia a granjería, negocio, actividad lucrativa o comercio, sino a movilidad, extensión, propagación de tan ilícitas sustancias”. En este sentido SAP Madrid (Sección 6) nº 259/2003, de 29 de mayo: “El delito de tráfico de drogas implica la transmisión onerosa a terceros. Más igualmente se consume con toda aquella serie de actos por virtud de los cuales se auxilie o ayude a esa transmisión (incluso aunque fuere gratuita), como la permuta, la mediación, la donación o el transporte de la droga [...] Cualquier acto, pues, de tráfico, en sentido amplio (desde el cultivo hasta la donación a tercero, pasando por la tenencia con el fin de destinar la droga a terceros), es suficiente para el delito”.

¹⁰⁸ SEQUEROS SAZATORIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 102.

¹⁰⁹ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 54.

Si bien, aclaradas las notas esenciales o básicas de lo que tenemos que entender por tráfico, el apartado no debe concluir aquí, sino que además, se analizarán los actos que a juicio de la mayoría de la doctrina, y según lo aplicado por la jurisprudencia, debe ser incluidos o englobados bajo la referencia de “actos de tráfico” del art. 368 CP. Por lo que en base a esto debemos considerar como tal:

▲ **Actos de adquisición y venta de droga**

Hay que partir de la base de que se deben considerar como actos de adquisición los encaminados a procurar la obtención de la droga, ya sea comprándola directamente o bien a través de negocios. Los actos de venta son aquellos que están relacionados precisamente con esta acción (la de vender) ¹¹⁰. Si bien, para que estos comportamientos

¹¹⁰ STS nº 568/1994, de 16 de marzo relata los hechos referidos a una permuta de heroína por cocaína, donde la defensa partía de que el acto debía ser encuadrable en una conducta atípica puesto que se trata de un intercambio para el consumo, mientras que el MF entendía que se trataba de un acto de tráfico. Si bien, los hechos de los que parte la sentencia relatan que uno de los acusados se dirigió en la vía pública a una persona (el otro acusado) que no conocía de nada al que le ofreció heroína, pero como este no tenía dinero bastante para pagarle, le ofreció, a cambio del precio, la cocaína de la que disponía, lo que fue aceptado por el primero. Para resolver tal conflicto la Sala entendió que el “estándar jurídico que inspira la redacción del art. 344 del CP, incluye en el tipo cualquier acto del ciclo económico de la droga; cultivo, elaboración, tráfico... ya sean estos actos onerosos o gratuitos, de modo que la simple donación ya es un acto de transmisión a tercero de la droga, como lo es la venta, o permuta. Si la venta es el acto más típico de tráfico lo será igualmente la permuta que se descompone en dos ventas sucesivas; en el mismo sentido, la STS nº 1386/2001, de 12 de julio, referida esta a una permuta entre una gargantilla y dos papelines de heroína; STS nº 801/1998, de 4 de junio trata de una intervención del teléfono del acusado a través de la cual se tuvo conocimiento de la compraventa de droga entre el acusado y un tercero no identificado, para la cual se desplazaría a Murcia con el objetivo de entregarle la droga que había comprado para su posterior reventa. De la lectura de este relato fáctico la Sala dedujo que se describía una conducta perfectamente incardinable en el tipo penal del tráfico de drogas, cuyos verbos nucleares permiten incluir en el mismo conductas para el suministro de la droga que implican, como se deduce en este caso, una indudable disposición por el detenido de la droga intervenida así como un potencial favorecimiento de su consumo; en el mismo sentido, sentencias tales como: STS nº 716/2004, de 3 de junio relativa a una persona que contactó con el acusado al que entregó quince euros para que le proporcionara una bola de cocaína. A continuación este contactó con el otro acusado, a quien le compró dicha bola. Con estos hechos como probados entendió la Sala que “las acciones de venta de pequeñas cantidades de droga son también actos típicos, y además son antijurídicos no solo desde el punto de vista formal, sino también en su sentido material en cuanto crean un riesgo para la salud pública [...] El delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, como tal sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. La salud pública como bien protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva sino de otras, pero si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública; y es por ello por lo que el derecho penal precisa qué conductas pueden afectar a la salud pública y por ello ser constitutivas de delito” [...] “El legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico y ha acordado por ello su prohibición. Al tiempo, considera delictivas las conductas que de alguna forma implican la promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal, lo que entiende que ocurre concretamente cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración tráfico u otras” Por todo ello la Sala concluyó diciendo que entendía la venta ilícita de sustancias como un acto independiente que sin duda es un acto de favorecimiento, puesto que implica en sí mismo la difusión de la

relacionados con la venta de droga sean considerados como actos de tráfico, precisan de la concurrencia de una serie de requisitos, que según entiende JOSHI JUBERT¹¹¹, deben ser los dos siguientes: 1) Traslación de la propiedad de la sustancia del actual propietario al comprador (no siendo necesario el cambio simultáneo de la posesión, 2) Existencia de precio o contraprestación.

En este ámbito además, se plantea el problema de determinar si es necesaria la posesión o no por parte del comprador para imputarle el delito de tráfico de drogas. En este sentido, REY HUIDOBRO¹¹², parte de la idea de que será preciso dilucidar si el comprador actúa como un elemento más de la cadena, o si por el contrario, representa el último eslabón de la misma. Si nos encontramos ante ese primer supuesto, es decir, el comprador tiene la finalidad de actuar como traficante, bastará con un encuentro de voluntades dirigidas a adquirir la sustancia para que ya inicie la comisión del delito. (En

droga, por lo que el comportamiento descrito en los hechos debe reputarse como una conducta típica, con independencia de la cantidad de sustancia transmitida; STS nº 717/2013, de 1 de octubre; STS nº 264/2016, de 4 de abril; SAP de Albacete (Sección 1ª) nº 7/2005, de 8 de marzo, versa acerca de dos personas donde uno de ellos entregaba dinero al otro (acusado) por cantidades no determinadas de cocaína, desplazándose en la mayoría de los casos el acusado a Madrid para conseguirla. Este vendía la cocaína adquirida. Los hechos probados fueron considerados constitutivos de delito de tráfico de droga, puesto se narra la conducta típica descrita en el artículo, en la modalidad relativa a las sustancias o productos que causan grave daño a la salud, debido a que el mismo supone la comisión de un acto de tráfico ya que produce la compra de la droga pero a efectos de revender la misma; SAP Madrid (Sección 29) nº 519/2015, de 11 de septiembre; SAP de Islas Baleares (Sección 1) nº 25/2016, de 9 de marzo.

¹¹¹ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 133. En el mismo sentido, REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 61 realizando además una aclaración sobre los negocios jurídicos privados (compraventa) partiendo de que el derecho penal supone una rama independiente del ordenamiento jurídico, con lo que no precisa de los requisitos de validez exigidos en el derecho civil para considerar válido ese contrato “para el derecho penal importa la represión de la venta, y no el negocio jurídico en sí”. En el mismo sentido, STS 11 de octubre de 1984 establece en el considerando segundo que “la punición de las conductas que detalla el art. 344 del CP no requieren de la validez y eficacia civil de la operación en que tal conducta consista”.

¹¹² REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 60-64. En este sentido, STS nº 798/1998, 4 de junio “Aunque no existiera entrega de la cosa, en el sentido de tradición que consumara la compraventa, aparece descrita en el hecho una posesión o tenencia preordenada al tráfico, que es bastante para llevar los hechos al tipo penal”; SAP Sevilla (Sección 4) nº 32/2001, de 21 de marzo señala que “la falta de tradición del objeto de la compraventa no afecta a la consumación del delito, que por ser de resultado cortado se perfecciona con la posesión preordenada al consumo de terceros, según jurisprudencia tan conocida y constante que exime de cita pormenorizada.”; STS nº 353/2007, de 7 de mayo: “Lo concerniente a la “consumación” anticipada es sin embargo erróneo, pues el delito se consuma, como todos los delitos, con la realización de todos los elementos del tipo; en este caso con la compraventa frustrada [...] La doctrina ha reconocido que, en verdad, esta figura es por sí misma un supuesto de avance de la protección penal de la salud pública, es decir, una penalización de actos preparatorios para el tráfico en sentido estricto. Respecto de estos delitos también se ha sostenido que admiten la distinción entre preparación y consumación y que “cuando el tipo del delito consumado penaliza una parte del suceso, que llega hasta un estadio de la preparación tan adelantado que, hacia adelante, sólo queda la voluntad de realización, una tentativa es imposible”; ATS nº 813/2013, de 4 de abril señalando que “se alude a la existencia de un acuerdo previo, se está colmando el presupuesto sobre el que la jurisprudencia de esta Sala ha construido la línea fronteriza entre el delito consumado e intentado; si no consta ese acuerdo, se está ante un delito intentado”.

el caso de que el mismo no tenga la disponibilidad de la cosa, estaremos ante una tentativa.) En el supuesto contrario, es decir, cuando el sujeto no pretende traficar con la misma, sino únicamente consumirla, no estaríamos ante la comisión de ningún delito, puesto que el consumo es una conducta atípica¹¹³. Autores, como JOSHI JUBERT¹¹⁴, parten de una concepción contraria, defendiendo que no solo se requerirá para entender consumado el delito un acuerdo de voluntades, sino que es necesario que el comprador llegue a tener la posesión material de la cosa o la disponibilidad real sobre ella.

▲ Donación

Como ya se ha dicho es discusión doctrinal y jurisprudencial la inclusión o no de este acto dentro de la conducta de tráfico, si bien, dado que es el criterio seguido por la mayoría de la doctrina¹¹⁵ y el aplicado por la jurisprudencia¹¹⁶ se analizará dentro de este apartado; por lo que, previamente, y tal y como aclara MOLINA PÉREZ¹¹⁷, hay que partir del hecho de que la donación ha sido una figura elaborada por el derecho civil, caracterizada por la liberalidad y la ausencia de contraprestación, lo que llevara a definir la misma como, la entrega gratuita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Ahora bien, es preciso ante todo verificar la dirección de esa entrega, es decir, comprobar si la cesión gratuita va encaminada a promover, favorecer o facilitar la expansión del producto, siendo entonces reconducible en el art. 368 CP, o si, por el

¹¹³ Véase en el apartado V referente a las conductas atípicas del tráfico de drogas.

¹¹⁴ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 142.

¹¹⁵ En este sentido REY HUIDOBRO El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999. 64-69 entiende que existen razones suficientes para considerar que el art. 344 CP, precedente del art. 368 CP, era una norma penal en blanco, que se tenía que completar y remitir para ciertas cuestiones, como la que se discute (la donación como acto de tráfico) a disposiciones provenientes de otro ordenamiento jurídico, y más concretamente al art. 15 de la ley 17/1967 de 8 de abril, el cual considera como acto de tráfico la distribución de estupefacientes. Es precisamente esta expresión la que permite incluir a juicio del autor, dentro de esta conducta, todo traspaso de disponibilidad de sustancias a título distinto de la venta o enajenación, y por lo tanto considerar la donación como un acto de tráfico; JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 149-171 parte de la misma idea, considerando que la inclusión de la donación dentro de este tipo de actos está claramente justificada en base a que: 1) El precio no es condición esencial de la lesión del bien jurídico; 2) El ánimo de lucro no es un elemento del tipo del art. 368 del CP; 3) la distribución gratuita de la droga lesiona el bien jurídico protegido de salud pública; 4) El concepto legal de tráfico no es el mismo que se atribuye en el sentido ordinario; 5) el tráfico ilegal, es decir, la interpretación de este término en el derecho penal no es la misma que la ofrecida por el CCom, ya que está implicada todo acto de difusión y 6) Es un acto de transferencia que provoca un cambio de posesión.

¹¹⁶ STS nº 233/1999, de 19 de febrero; STS nº 1515/2003, de 17 de noviembre; STS nº 716/2004, de 3 de junio; STS nº 783/2008, de 20 de noviembre; STS nº 596/2015, de 5 de octubre; ATS de 13 de abril de 2016.

¹¹⁷ MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, nº 38, 2005, 93-116.

contrario, la conducta va destinada al consumo propio, en cuyo caso, el comportamiento finalmente será considerado como atípico, teniendo lugar esta segunda circunstancia básicamente en dos supuestos, cuando se trate de situaciones de consumo colectivo¹¹⁸, o cuando las donaciones constituyan entregas de pequeñas dosis realizadas entre consumidores habituales unidos por vínculos de amistad¹¹⁹.

¹¹⁸ STS nº1244/1993, de 29 de mayo trata acerca del acusado que fue sorprendido con otra persona inyectándose heroína, la cual había sido entregada por el acusado a este. Ambos son cuñados, y conviven en el mismo domicilio, además, son adictos a la sustancia referida. Para la obtención de la misma habían acudido a Murcia acordando entre ellos, que uno se haría cargo del pago del billete, mientras que otro pagaría la heroína. En este sentido, y ante estos hechos, la Sala concretó estableciendo que: “Esta Sala, pacífica y reiteradamente viene indicando 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, en cuanto el precepto contempla una figura «abierta»[...] Ciertamente igualmente que esta Sala viene tradicionalmente reputando «donación» la invitación gratuita al «consumo», es decir, el hecho de «compartir» por varias personas la droga tóxica que uno o varios de ellos aportan, de modo que el que la proporciona para tal consumo colectivo es considerado autor del delito previsto en el art. 344 del Código Penal [...]En el supuesto, el acusado y su cuñado -que vivían en el mismo domicilio, en el que en ocasiones habían compartido droga-, deciden ir a la citada ciudad de Murcia para proveerse de «heroína» para su propio consumo, el último paga el traslado y el primero abona el precio de la droga, lo que equivale a la creación de una bolsa común con lo aportado por uno (el gasto correspondiente al viaje) y por otro (el pago de la sustancia estupefaciente), aunque indudablemente en distinta proporción y menor la del cuñado del condenado-recurrente, de donde se infiere que primero cuando el acusado se hace materialmente con el total de la droga, parte de la misma fue en nombre de su cuñado y cuando después le entrega la porción necesaria para inyectarse, lo que hace realmente es darle la posesión de la parte de heroína que de la misma tuvo hasta ese momento en nombre y al servicio del mismo, y como los dos eran consumidores del estupefaciente, al que ambos eran adictos, ello se traduce en posesión colectiva para el propio consumo, lo que excluye el factor tendencial de transmitir la droga a tercero ajeno al grupo formado por los dos. Por lo que es por ello por lo que el motivo y el recurso deben ser estimados”. SAP de Valencia (Sección 2) nº 568/2014, de 6 de junio versa acerca del supuesto en el que el acusado es sorprendido por la Policía entregando a un tercero una pastilla de Alprazolam, psicotrópico incluido en la lista IV del Convenio de Viena de 1.971, este había sido condenado por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Valencia por un delito contra la salud pública, si bien recurriendo la sentencia, establece el Tribunal al efecto que: “El límite de lo típico está representado por el elemento subjetivo del destino de las drogas al consumo ilegal. Así, debe considerarse impune por atípica la posesión para el propio consumo, los casos de donación y el consumo compartido. El destino se infiere a partir de diversos datos: a) cantidad de droga ocupada; b) condición de drogodependiente; c) manipulaciones introducidas en el producto; y d) hallazgo en poder del acusado de efectos o instrumentos relacionados con el tráfico”. Concluye la sentencia en que al tratarse de un supuesto en el que ambos finalmente consumían las sustancias incautadas, cabe entender que el destino de ellas no era el tráfico sino el consumo propio.

¹¹⁹ STS nº 401/2002, de 15 de abril establece que la acusada se desplazó al Centro Penitenciario de Teixeiro para visitar a su hija que se hallaba interna en el mismo, y entregó un paquete de ropa, en el que, tras ser examinado se descubrió en los dobladillos de la pierna y cintura de un pantalón vaquero tres envoltorios de plástico que contenían, heroína. Su hija, era adicta a la droga por lo que se entendió que la misma podría ir destinada a su propio consumo. La AP de Coruña entendió que esta conducta no debía estar integrada en el delito de tráfico de drogas tipificado en el art. 368 CP por el hecho de que la misma iba destinada al consumo de la hija, además se trataba de cantidades mínimas, no había contraprestación por la donación de la heroína y la finalidad perseguida habría de entenderse altruista. A juicio del Fiscal los argumentos esgrimidos por el Tribunal no fueron suficientes para absolver al acusado puesto que entendió que la droga no era un medio imprescindible para aliviar el síndrome de abstinencia ya que tenía la posibilidad de acudir a los servicios médicos del establecimiento. Recurriendo el Fiscal entonces por lo tanto, la Sala del TS entendió que: “Aunque en la extensiva tipificación del delito de tráfico de drogas se hallan comprendidas las actividades de donación de estupefacientes y de posesión de tales sustancias con vistas a una transmisión gratuita de las mismas, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado carentes de antijuricidad y atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares

▲ **Transporte, exportación, importación y tránsito.**

Estas cuatro conductas también son consideradas actos de tráfico, si bien se considera que la importación, exportación y tránsito son actos constitutivos de transporte por lo que por ello se analizan conjuntamente. En este sentido, es el art. 3.1.a.i de la Convención de Viena de 1988 el que establece que “También se tipifican como delitos penales, entre otros actos, los de envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica”¹²⁰.

El transporte debemos entenderlo como el acto destinado a trasladar los estupefacientes de un lugar a otro, o en palabras del Tribunal Supremo, concretamente en la STS 18 de junio de 1984, “transporte vale tanto como la acción de trasladar la droga tóxica o estupefaciente de un punto a otro, con ulterior finalidad de transmisión a otro u otros, y puede hacerse mediante el uso de cualquier vehículo o medio de locomoción, a través, de caballos, vehículos de tracción animal, o finalmente, mediante personas portadoras,

próximos o allegados de cantidades mínimas de drogas tóxicas con la finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia exigiéndose para que opere la exclusión del art. 368 del CP las siguientes condiciones: 1) Que no exista riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada; 2) Que la facilitación del estupefaciente sea gratuita; 3) Que se trate de cantidades mínimas de estupefacientes, para su consumo inmediato, a poder ser, en presencia del suministrador; 4) Que la facilitación de la sustancia tóxica responda al propósito de aliviar el síndrome de abstinencia que sufre el donatario a causa de su adicción a la droga proporcionada. 5) Debe probarse si la crisis de abstinencia del donatario de la droga hubiese probado ser combatida mediante el adecuado tratamiento médico en el centro penitenciario”. Finalizó el Tribunal entendiendo que el recurso interpuesto por el MF debía ser admitido puesto que la cantidad de droga no era mínima, no cabría el consumo inmediato de la heroína facilitada, que tendría que ser suministrada al menos en tres tomas, por lo que no cabe excluir el riesgo de difusión a otros reclusos. En este sentido, la SAP de Badajoz (Sección 1) nº 18/2002, de 12 de diciembre trata un supuesto similar donde la esposa de un recluso introdujo droga dentro también de un pantalón a efectos de hacerle llegar a este la misma para paliar su síndrome de abstinencia. El tribunal en este caso, aplicando los criterios arriba especificados entendió que la conducta era atípica puesto que la finalidad que esa donación tenía no era otra que paliar o impedir los riesgos originados por la crisis de abstinencia, tratándose además de pequeñas sustancias que podían consumirse incluso delante de la donante. En el mismo sentido, STS nº 53/2009, de 26 de enero; SAP Ávila (Sección 1) nº 209/2013, de 8 de noviembre; SAP de Madrid (Sección 16) nº 462/2015, de 19 de junio.

¹²⁰ Tipifican tales conductas como actos de tráfico la STS 25 de enero de 1986 que en su fundamento jurídico primero establece que: “El transporte de drogas o estupefacientes tiene reconocida sustantividad en el marco del artículo 344 del Código Penal por ser el acto auxiliar más próximo a la idea de tráfico [...], define el transporte como el traslado material de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado realizado contrariamente a las disposiciones de la Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma”; SAP de Alicante nº 298/1998, de 4 de mayo en el fundamento jurídico segundo establece que: “Traficar deriva del vocablo “transfigere”, de donde pasó al italiano “traficcare” y al español traficar, que no es solo comerciar o negociar con el dinero y las mercancías, comprando, vendiendo o realizando la operación con semejantes tratos, sino también transferir, trasladar o cambiar de sitio alguna cosa”; o STS nº 1365/1997, 11 de noviembre. Fundamento jurídico primero que fija que “en consecuencia el dato objetivo de la posesión y transporte de la droga, deduciéndose su destino al tráfico de una inferencia lógica atendida la cantidad de droga transportada (más de 6 kilos de cocaína), muy superior a la que razonablemente pudiera estar destinada al propio consumo, constituyendo estos hechos la comisión de un acto de tráfico en consideración a lo preceptuado en el art. 368 CP”.

que disimulan bajo sus ropas, cantidades de narcóticos”.¹²¹ Si bien, la importación y exportación son conductas entendidas de igual modo, pero siempre y cuando se produzca un transporte de drogas, que tenga como destinatario o receptor personas ubicadas en distintos países.

El envío puede ser considerado como el acto directamente encaminado a hacer llegar las sustancias tóxicas a su destinatario que tiene que estar a cierta distancia, siendo los más comunes los envíos internacionales a través de correos¹²². Y por último, los actos de

¹²¹ STS nº 262/2003, de 19 de febrero trata acerca del supuesto de hecho en virtud del cual un Guardia Civil entabla una conversación con el acusado, y en base a esa amistad el mismo conoce que este se dedica a ofrecer droga a terceros, sin que en ningún caso observe que la operación llegue a confirmarse. Además, el acusado le ofreció a este miembro de las Fuerzas de Seguridad del Estado la compra de 100 gramos de cocaína, confirmándole posteriormente la entrega de cuatro kilos. Concertada la operación este traslada la droga desde el sitio en el que se encontraba hasta Murcia, lugar en el que habían quedado, finalmente la sentencia termina estimando que ese transporte supone (además de la venta) un acto de tráfico, con lo que será de aplicación lo dispuesto en el art. 368 CP; en esta misma línea la STS nº 1389/2009, de 23 de diciembre explica el supuesto en el que una persona es detenida en el aeropuerto de Santa Cruz de Tenerife, con una bolsa de mano en la que portaba la cantidad de 42 capsulas termoselladas de cocaína, descubriéndose posteriormente que el mismo había trasladado la totalidad de esta en su organismo, desde Paraguay habiendo viajado con ella en los trayectos aéreos de Ciudad del Este- Sao Paulo- Barcelona- Tenerife. El sujeto es condenado por un delito de tráfico de cocaína comprendido en el art. 368 CP puesto que existe en este caso la posibilidad de circulación efectiva de la droga introducida desde fuera del territorio nacional, lo cual implica un aumento en el peligro para el bien jurídico protegido, con lo que será de aplicación lo dispuesto en ese artículo; STS nº 315/2012, de 22 de marzo alude al supuesto de hecho en el cual una persona es detenida en el aeropuerto de Madrid Adolfo Suárez portando una sustancia que resultó ser cocaína. Como consecuencia de su detención se le incautó su teléfono, extrayendo de esas comunicaciones la existencia de una organización que actuaba desde España introduciendo en nuestro país y así como en otros europeos, cocaína procedente de Malí y Nigeria, utilizando principalmente, el sistema de personas que actuaban como correos, introduciendo dicha sustancia en su organismo mediante bolas. Estas actuaciones fueron condenadas por el Tribunal puesto que se consideró que eran actuaciones que promovían el tráfico de drogas. (Se aplicó la agravante por organización criminal).

¹²² STS nº 1387/2000, de 14 de septiembre donde quedan probados como hechos las entregas de correo desde Colombia a un apartado de un correo postal, donde se contenía cocaína. Concretamente el acusado llegó a un acuerdo con el otro acusado para que el mismo abriese un apartado de correos a su nombre, poniéndole al corriente del destino que se le daba y entregándole cierta cantidad de dinero para que lo hiciese. Estos hechos fueron calificados como actos de tráfico y penados en virtud de lo fijado en el art. 368 CP. Interesa resaltar de esta sentencia a su vez, la concreción de cuándo se entiende consumado el delito, por lo que en este sentido establece la misma que: “El grado de perfección del delito no puede depender de que el acusado tuviese o no real acceso a la droga objeto del tráfico sino de que alcanzase objetivamente el estadio en que todos los elementos del tipo que se analizan. [...] La forma consumada por tratarse de un delito de mera actividad o de riesgo abstracto no requiere un resultado más allá de la conducta típica definida. [...] En los supuestos de envío de droga, tiene declarado esta Sala que se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los que la envían y los que la han de recibir, puesto que en virtud del acuerdo la droga quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios por lo que es indiferente que estos alcancen la detentación física del producto; STS nº 1697/2001, de 3 de diciembre versa acerca de la incautación de un paquete proveniente de Argentina en el cual se contenía cuatro latas en las que dentro se encontraba cocaína. El Tribunal entendió que en este caso nos encontramos en un envío por correo de cocaína el cual supone un acto de tráfico. Lo relevante en este caso es determinar si el delito se ha consumado o si, por el contrario, debemos apreciar la tentativa del mismo, por lo que entiende el Tribunal que “si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación o figurase como destinatario de la misma debe estimarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida, siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación. [...] Quedaría en tentativa el delito si la acción del sujeto no determina un

tránsito son aquellos en los que el transporte de drogas se realiza a través de un país determinado que no es el lugar de su origen ni el de su destino, sino que únicamente sirve de paso. El art. 1 de la Convención de NU de Viena de 1988 define el Estado de tránsito, como aquel a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o aquellas que figuren en dicha ley de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el destino definitivo de esas sustancias”.¹²³

desplazamiento territorial de la droga, pero quedará consumado si la acción del acusado origina un traslado geográfico del estupefaciente, aunque no se consiguiera el desplazamiento posesorio.” En este caso, se entendió que el pacto sí que había existido con lo que se tiene que considerar “tal conducta como una acción de transporte integrada dentro de un acto de tráfico de los contemplados en el art. 368 CP, que da lugar a la consumación del delito tipificado en tal precepto”. En este mismo sentido la STS nº 119/2011, de 1 de marzo trata sobre un envío de droga desde Panamá hacia una dirección de correos. La persona a la que era enviado el referido paquete, no se encontraba en su casa en el momento de la entrega, con lo que la policía a estos efectos dejó el mismo en la oficina de correos a expensas de que la persona destinataria de la misma acudiese a recogerla. Producidos tales hechos, detenido el acusado en este momento, pasaron a procesar al detenido, estimando en este sentido el Tribunal que los hechos enjuiciados debían subsumirse dentro del art. 368 CP, puesto que entiende que supone un acto de tráfico. Relevancia también tiene en este caso, la fundamentación establecida en torno a la consumación de este delito, puesto que parte la Sala de que: “Aún sin alcanzarse una detención material de la droga, siempre que se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado y que en relación a los envíos internacionales la apreciación en grado de tentativa requiere la presencia de los siguientes elementos: 1) Que no se haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2) que no sea el destinatario de la mercancía; 3) que no se llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos en los supuestos de entregas vigiladas”. En este caso, el Tribunal estimó que “no es posible apreciar dicho tipo delictivo básico del art. 368 del CP en grado de tentativa, puesto que el acusado participaba en el plan de la operación como era recibir la droga del extranjero para introducirla y distribuirla en España. Conocía el contenido del paquete y era el destinatario, no formal, pero sí real” por lo que se le condenó por un delito consumado de tráfico de drogas.

¹²³ STS nº 520/1992, de 2 de marzo verse acerca de un supuesto en el que una persona es detenida en España con una cantidad de droga, concretamente heroína en su cantidad muy superior a la destinada para el consumo propio. La parte alega que esa heroína iba destinada a Italia con lo que el Estado español no tiene competencia para tratar este supuesto, a lo que la Sala al respecto establece que: “Aunque se estimara como acreditado por los documentos expresados (los billetes de viaje) que el destino de la heroína era Italia, la sentencia condenatoria por el delito del art. 344 del CP no habría de modificarse por las dos razones siguientes: 1) Porque este delito queda consumado por la mera tenencia para el tráfico y tal tenencia existió en territorio español donde fue detenido y sorprendido el recurrente por la Guardia Civil, 2) Porque en esta materia rige el principio de universalidad”. Se trata de un delito de tránsito puesto que la droga pasa por España pero el único fin es desviarla a Italia. En el mismo sentido, la STS de 4 de diciembre de 1989, señalando que: “El delito cuestionado (el delito de tráfico de drogas) es de peligro abstracto y consumación anticipada, por lo que la perfección se alcanza con la simple tenencia de la droga con ánimo de tráfico, queda patente su consumación en el territorio nacional con independencia de que se hubiera traspasado o no la aduana y al margen del lugar previsto para el apartamiento”. En el mismo sentido SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2) nº 536/2014 de 4 de diciembre; SAP Madrid (Sección 3) nº 225/2016, de 28 de enero. Por otro lado, la STS nº 655/2015, de 28 de septiembre relata el supuesto de hecho en virtud del cual el acusado encontrándose en la T4 es interceptado en la zona de seguridad por un vigilante de seguridad y por agentes de la Guardia Civil, cuando, procedente de Ecuador, pretendía tomar vuelo con destino Moscú. Esta situación muestra como el mismo esta únicamente en España a fin de transportar la droga a otro país. Por ello, el Tribunal determinó que: “Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la salud pública de tenencia de cocaína para el tráfico tipificado en el primer inciso del art. 368 del CP”.

Los problemas más característicos asociados con estas conductas surgen fundamentalmente a la hora de valorar el momento de la consumación, entendiendo la jurisprudencia mayoritaria¹²⁴ que el delito se consuma para ambos sujetos (remitente y destinatario) desde el momento en el que se envía la sustancia y se desprende de ella el remitente, fundamentando esta afirmación en torno a dos ideas: 1) Existe un acuerdo mutuo entre el remitente y el receptor del envío y 2) El mutuo acuerdo posibilita extender la posesión del remitente, aunque no sea material al receptor.

d. Actos de promoción, favorecimiento o facilitación

Fue la LO 1/1988 de 24 de marzo, caracterizada por el incremento de la represión, la que introdujo dentro del tipo estas nuevas conductas referidas a los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, las cuales eran incluidas por la jurisprudencia anterior, dentro de actos de auxilio necesario, penados en virtud del art. 14.3¹²⁵ CP derogado. Su inclusión como conductas típicas no fue del todo acogida por parte de la doctrina, ya que fueron numerosos los autores que denunciaron la inconstitucionalidad de este precepto, al entender que se violaba con ello el mandato constitucional de seguridad jurídica patente en nuestra CE, que exige la necesidad de un sistema cerrado. Los argumentos esgrimidos fundamentalmente por estos autores se basan en la idea de que la redacción del tipo penal es demasiado extensa, lo que lleva a esa vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad, porque se pena con el mismo precepto todo comportamiento que suponga una contribución por mínima que sea al consumo de droga¹²⁶. MUÑOZ CONDE entiende que este hecho no es otra cosa sino un reflejo más de la presencia omnicompreensiva del ciclo de la droga por parte del Estado, que tiene una segunda consecuencia negativa, la intervención del Derecho Penal en estadios alejados de la puesta en peligro del bien jurídico¹²⁷.

¹²⁴ STS nº 96/1995, de 1 de febrero; STS nº 808/2005, de 23 de junio; STS nº 289/2011, de 12 de abril; STS nº 678/2013, de 9 de julio; STS nº 599/2015, de 13 de octubre.

¹²⁵ Estableciendo ese artículo que: “Se consideran autores: **1.**º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. **2.**º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo. **3.**º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

¹²⁶ PIETRO RODRIGUEZ, Delito de tráfico de drogas y consumo de droga, 1986, 274-277; DÍEZ RIPOLLÉS, Tenencias político- criminales en materia de drogas. Jueces para la democracia, nº19, 1993, 38-54 REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 69-72; MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 77; PEDREIRA GÓNZALEZ, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 37-38.

¹²⁷ MUÑOZ CONDE, DP PE, 20 ed., 2015, 579.

Si bien, por contra a estas ideas, nos encontramos con otro sector¹²⁸ que considera la inclusión de estas conductas correcta, como SEQUEROS SAZATORIL, que defiende que el legislador podría haber abarcado todas las conductas que se desarrollan en relación a las drogas, provocando que muchas de ellas no pudiesen ni siquiera ser juzgadas.

Por lo que respecta al significado penal atribuido a cada uno de esos verbos, fundamental a la hora de subsumir una conducta dentro del tipo penal o no, partiremos de que se debe entender la **promoción** como cualquier acto de propaganda, formulación de ofertas en general u ofertas de venta, mientras que **favorecer o facilitar** son conductas de auxilio que aluden, o bien al que hace más fácil el acceso a la droga, ya sea proporcionando esta o mediando para su intervención, o a los que ayudan o benefician a seguir con el consumo ilegal de las mismas. Por lo que en base a esto, la jurisprudencia mayoritaria considera como actos encuadrables dentro de este tipo legal, las conductas de almacenamiento y depósito¹²⁹, la financiación de las conductas del cultivo, elaboración y tráfico de drogas¹³⁰, la prescripción abusiva de recetas médicas,

¹²⁸ SEQUEROS SAZATORIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 102; en el mismo sentido se pronuncia ACALE SÁNCHEZ, Salud pública y drogas tóxicas, 2002, 42-44 estimando que es preciso únicamente llevar a cabo una interpretación teleológica del tipo para considerar que solo serán punibles aquellas conductas que verdaderamente afectan al bien jurídico protegido.

¹²⁹ STS nº 628/2014, de 6 de octubre relata un supuesto de delito de almacenaje de droga, en el que una familia se encargaba de traficar en el barrio en el que vivían. Cada una de las personas que formaba parte de ese grupo familiar se encargan de gestionar una actuación concreta, por ello en la misma se juzga a un gran número de acusados, si bien, a uno en concreto se le juzga por un delito de tráfico de drogas, precisamente por ser la persona encargada del almacenaje de la droga, puesto que alquilaba su cochera a fin de que esta familia pudiese guardar allí la misma. Matiza esta sentencia además que “el hecho de que se almacene la droga en un determinado lugar no significa que cada uno de los vendedores tenga que responder del todo, sino que los indicios reflejan que solo el acusado es el encargado de efectuar tales actuaciones”; STS nº 542/2014, de 27 de junio versa sobre el supuesto en el que el acusado consistió que consumidores de sustancias tóxicas estupefacientes y psicotrópicas depositaran en el establecimiento que el regentaba cantidades de hachís y cocaína con la finalidad de que las conservara y ocultara hasta que tales personas le solicitaran su total o parcial entrega con la finalidad de distribuir posteriormente la misma. Estos hechos son penados bajo la aplicación del art. 368 CP al ser considerados como un acto de tráfico.

¹³⁰ STS nº 672/1994, de 24 de marzo se refiere al supuesto de entrega de dinero por parte del acusado a los otros acusados a fin de obtener droga, es decir, para que cultiven la misma, para luego venderla, entendiéndose esta acción como un acto de favorecimiento, puesto que en palabras del Tribunal: “El art. 344 del CP castiga a los que ejecuten [...] u de otro modo promuevan [...] Por lo que el relato de los hechos probados pone de manifiesto claramente que el acusado entregó al otro condenado un millón de pesetas para financiar la compra efectúa por este de doscientos gramos de cocaína, con el propósito de recibir los correspondientes beneficios tras su venta. No cabe la menor duda, de que la conducta efectuada por este supone una cooperación esencial en una operación de tráfico de drogas, contribuyendo notoriamente a la promoción y favorecimiento del consumo ilegal de drogas. En este sentido, SAP de Alicante (Sección 3) nº 413/2007, de 11 de julio; SAP de Girona (Sección 3) nº 688/2010, de 26 de octubre; SAP Barcelona (Sección 8) nº 32/2011, de 20 de enero.

suministro y entregas facultativas para el consumo¹³¹ así como la obtención mediante procedimientos ilegales de recetas médicas para su posterior distribución¹³², o los actos de mediación¹³³.

Para concluir este apartado, cabe destacar la opinión de MOLINA PÉREZ, la cual considera que la expresión “*u de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten*” a la que alude el tipo, lleva a entender que el precepto está redactado en cascada, lo que, como

¹³¹ STS nº 2295/1992, de 30 de octubre trata sobre un médico que dispensó sobre 2000 recetas de medicamentos psicotrópicos, entregándolos a personas que acudían a su consulta ante la mera alegación de ser adictos a sustancias estupefacientes o incluso sin ello, y sin efectuar ningún tipo de reconocimiento médico previo, ni elaborar la ficha del personal relativa al seguimiento del tratamiento prescrito [...] exigiendo a cambio de dichas recetas 500 pesetas por cada una. En este caso entendió el Tribunal que su injustificada actuación favoreció el consumo de productos tóxicos sometidos a un control de estupefacientes por parte de quienes, sin saber él ni siquiera si los necesitaban y en dosis lo hacían, lo que hizo además abusando ciertamente de su profesión al aprovecharse de las facilidades que está le proporcionaba. Por todo ello el mismo fue condenado por un delito de tráfico de drogas, puesto que tal actuación promovía el consumo ilegal de drogas; STS nº 409/2013, de 21 de mayo versa acerca del supuesto en el que una cuidadora de niños de entre 0 y 12 meses, suministra, conociendo de los riesgos que su actuación provoca, benzodiazepinas (alprozolam) a los menores a su cargo, cuando se encontraba realizando su trabajo en la citada guardería. Esta acción fue considerada por la Sala como una conducta de tráfico estableciendo concretamente la misma que “acción delictiva que contemplan los verbos nucleares de favorecer y facilitar el consumo de los productos prohibidos a terceros, no existiendo prueba, atisbo ni indicio de que la ahora recurrente careciera del conocimiento de las acciones que realizaba o de su significación antijurídica, ni de que esos actos no se ejecutaran por su propia decisión y voluntad. Existió por tanto, una vulneración del bien jurídico protegido: salud pública, dado que la droga se administró a ocho bebés por la persona que los tenía a su cuidado, produciéndoles diversas intoxicaciones constitutivas de cuatro delitos y una falta de lesiones”.

¹³² STS nº 10/1996, de 12 de enero, donde una persona roba una farmacia para obtener determinados fármacos, sustancias todas ellas utilizadas con finalidades terapéuticas y sanitarias que no impiden su uso como alucinógenos o como psicotrópicos razón por la cual su control farmacéutico es absoluto. Lo esencial de esta sentencia es entender que en el ámbito farmacéutico cualquier especialidad que contenga en su composición un principio activo incluido como sustancias psicotrópica o como estupefaciente queda sometida a un régimen de control médico riguroso que impide su disposición sin receta médica y a la vez tal y como fija la sentencia “conculca al CP cuando del tráfico ilegal contenido en el art. 344 se trata” por este hecho se condeno a su autor por el delito de tráfico de drogas, por favorecer el consumo ilegal de tales sustancias; en el mismo sentido SAP de Sevilla (Sección 1) nº 344/2008, de 30 de junio; SAP de Huelva (Sección 1) nº 6/2010, de 16 de febrero.

¹³³ STS nº 1627/1993, de 25 de junio establece que la invitación a un tercero al consumo de drogas es considerado como un acto de favorecimiento al consumo ilegal de tales sustancias y como tal debe ser penado en base a lo fijado en el art. 344 CP, puesto que según establece la sentencia, para tutelar con eficacia el bien colectivo de salud pública se prohíbe y penaliza las conductas de difusión (donde es encajable esta invitación) o de posesión predeterminadas a la difusión de las drogas; STS nº 2189/1993, de 6 de octubre aludiendo al supuesto en el que dos acusadas se encargaban de recoger los objetos que les entregan dos compradores de drogas y se desplazaban hasta un piso donde se le entregaba la heroína que posteriormente les darían a otras dos personas (condenadas por delito de tráfico de drogas). Estas dos acusadas entregaban la droga que iban a adquirir los compradores, previamente depositada por los dos condenados anteriores, es decir, las mismas actuaban como intermediarias. En el mismo sentido se pronuncian la STS nº 843/1996, de 7 de noviembre, referente también a un supuesto de intermediario, y la STS nº 593/2009, de 8 de junio referida al supuesto de hecho en el que los acusados se pusieron de acuerdo para introducir droga en España procedente del norte de Europa, para lo cual se ponen en contacto con un tercero, procesado también en el caso, el cual se encargaría de ponerse en contacto con los suministradores. Todos ellos fueron condenados por el Tribunal, que todos ellos cometen un delito contra la salud pública; STS nº 628/2010, de 1 de julio; SAN (Sección 1) nº 48/2006, de 20 de septiembre; SAP de Zaragoza (Sección 3) nº 35/ 2011, de 31 de octubre.

ya se ha dicho previamente, lleva a que finalmente todas las conductas relacionadas con el ciclo de la droga estén penadas, evitando de este modo posibles lagunas de comportamientos, es decir, podría considerarse como una cláusula de cierre¹³⁴.

e. Posesión con aquellos fines

La última conducta descrita en el tipo alude a los supuestos de posesión con aquellos fines para lo que hay que establecer previamente, en cuanto al análisis de la misma, que no tenemos que partir de un principio minimalista identificable con la mera disponibilidad, sino que se debe tener en cuenta esta posesión como elemento base de la preordenación al tráfico, es decir, se requiere ese ánimo de traficar, ya que es precisamente este es el que marca el carácter delictivo de la conducta. La naturaleza de este delito calificada como un delito de peligro abstracto, de consumación anticipada fundamenta precisamente esta cuestión.

Para llevar a cabo esta delimitación es fundamental distinguir entre el traficante poseedor y la tenencia del propio consumidor, para lo que la jurisprudencia marcara una serie de pautas que serán analizadas con posterioridad, puesto que previamente conviene tener en cuenta qué debe entenderse por posesión, para lo que, partiendo de la jurisprudencia del TS, se considera tal a la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, no entendiéndose necesario el control material, permanente y constante sobre la cosa poseída.

Esto llevó a que autores como MORANT VIDAL consideraran que, partiendo de los preceptos establecidos en el CC, la tenencia material de la droga no agota los supuestos de posesión punible, por lo que a juicio del mismo, la posesión puede ser directa e inmediata, actual, material, física, de presente o también puede ser, mediata, indirecta, incluso a distancia sin necesidad de contacto físico, porque para este autor, lo importante es que el objeto poseído esté sujeto de alguna forma a la voluntad del poseedor¹³⁵. Frente a esta idea, LUZÓN PEÑA¹³⁶ entiende que se precisa una

¹³⁴ MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, nº 38, 2005, 93-116.

¹³⁵ MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 90; en la misma línea, REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999. 69-72; JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, 1999. 191-226; STS nº 98/1997, de 27 de enero: sólo se exige la posesión de la droga -que no tiene que ser posesión material-, y propósito de transmisión a terceros, lo que aboga a la aceptación de este recurso con las consecuencias que se explicitarán en la segunda sentencia que se dicte; STS nº 1513/1998, 3 de diciembre; “se recoge que la posesión mediata de droga configura la consumación, y así se dice que «es

disponibilidad real y actual sobre la droga no solamente futura. Por lo que podríamos concluir estableciendo que el CP en opinión de la mayoría de la doctrina requiere una doble conducta: 1) La adquisición del poder sobre la cosa; 2) El mantenimiento de ese poder.

Además, del concepto propio o la interpretación que se debe hacer del término posesión, antes de entrar a aludir la posible atipicidad de esta conducta, es necesario apreciar que se debe entender por “aquellos fines”, expresión a lo que hace referencia el precepto, puesto que también ha sido objeto de discusión por la doctrina. Una parte de esta considerada más restrictiva, entiende que la posesión solo es típica cuando esté destinada al consumo, elaboración o tráfico de sustancias prohibidas¹³⁷. Otra parte de la doctrina que podríamos calificar como intermedia entiende que la posesión es típica cuando se destine a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal¹³⁸. Y por último, la postura más amplia, entiende que la expresión aquellos fines, alude o hace referencia a todos los fines expresados en el precepto¹³⁹.

Ahora bien aclaradas estas cuestiones conceptuales, cabe retomar la problemática a la que se hizo alusión previamente, es decir, determinar en qué casos la posesión de drogas puede llevar a la comisión de la conducta típica descrita en el art. 368 del CP, y en que casos cabe dejar impune tal acción.

suficiente la posesión mediata con mera "voluntas possidendi", aunque la cosa poseída no esté incorporada al patrimonio y no tenga la tenencia material en el momento». [...] El acuerdo de voluntades y la puesta a disposición determinan la entrega al receptor y la consumación y perfección delictiva, siendo por tanto suficiente, cualquier forma de disponibilidad por espiritual que sea; STS nº 71/2002, de 24 de enero: “La posesión que origina la consumación no precisa de la material o física tenencia de la sustancia. La entrega de la cosa ofrece en nuestro Derecho expresiones plurales muchas de ellas simbólicas y con cabida todas ellas en el Derecho Penal a los efectos que aquí interesan. La posesión puede ser inmediata o mediata sin un directo contacto material sobre la cosa. Lo relevante es la disponibilidad que la posesión entraña, comporte o no tenencia física o material directa, pues en ella radica el peligro que para la salud de los terceros posibles destinatarios, la posesión representa”.

¹³⁶ LUZÓN PEÑA. Lecciones de DP PG, 3ª ed., 2016, 241.

¹³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, Tenencias político- criminales en materia de drogas. Jueces para la democracia, nº19, 1993, 38-59.

¹³⁸ CARMONA SALGADO en: ZULGALDÍA ESPINAR /MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dirs.) Manual de DP, PE: Un estudio a través de los casos resueltos, 3ªed., 2011, 523-524; DE LA CUESTA ARZAMENDI, El marco normativo de las drogas en España” en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 3, 1987, 396.

¹³⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 102-103; RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 11 ed., 2002, 1073; PEDREIRA GÓNZALEZ, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 39-42; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 20ª ed., 2015, 579.

Partiendo de esta idea hay que tener en cuenta que para considerar la tenencia de drogas como una conducta típica es preciso que se dé tanto, un **elemento objetivo** (al que hemos hecho alusión previamente cuando definíamos qué debemos entender por posesión, incluyendo dentro del tipo incluso la posesión mediata), como un **elemento subjetivo**, el cuál alude precisamente al ánimo de traficar, que determina si, como adelantamos anteriormente, una conducta es encuadrable dentro de uno u otro supuesto. La prueba de este segundo elemento es más compleja puesto que no es posible su constatación de manera directa, sino que la jurisprudencia deberá acudir a la prueba indiciaria para valorar el mismo, es decir, se deberán de tener en cuenta a estos efectos, los actos anteriores, coetáneos o incluso posteriores a la tenencia de la droga¹⁴⁰.

Si bien, teniendo en cuenta el principio *in dubio pro reo* la jurisprudencia mayoritaria ha venido considerando que es preciso que se den varios indicios, no siendo con carácter general condenada una persona por la tenencia de drogas si solo se observa la presencia de uno de ellos¹⁴¹. A estos efectos, cabe distinguir que podemos hacer la siguiente clasificación¹⁴² en torno a estos indicios: 1) Circunstancias relativas a la droga; 2) Circunstancias relativas al propio consumidor; 3) Circunstancias relativas a la ocupación.

✦ Circunstancias relativas a la droga

Son aquellas que aluden a la sustancia en sí misma y suponen el punto de partida para los jueces a la hora de llevar a cabo estas observaciones considerando dentro de tal categoría las siguientes: 1) **La cantidad de droga**¹⁴³, en virtud de la cual la Sala

¹⁴⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Criterios del TS para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas, revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 1, 1999.

¹⁴¹ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 209; MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas, Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, nº 38, 2005, 93-116; PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÈS I VALLES (coord.), Lecciones de DP PE, 4ª, 2015, 278; STS nº790/2004 de 18 de junio: “El adelantamiento de las barreras de protección hace que el delito quede consumado con la mera tenencia de las sustancias prohibidas con finalidad de tráfico. Esta intención, como elemento interno perteneciente a la conciencia del sujeto, es difícilmente demostrable a través de prueba directa, siendo lo habitual recurrir a una inferencia para acreditar su existencia que entre otros datos se apoya en la cantidad, naturaleza y preparación de la sustancia, no siendo necesario que concurren todos ellos pero sí una pluralidad de ellos”.

¹⁴² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Criterios del TS para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas, revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 1, 1999.

¹⁴³ STS nº 1276/2009, de 21 de diciembre estima el motivo de casación respecto a una Sentencia dictada en la Audiencia. Esta absolvía a los dos acusados del delito contra la salud pública por el que ambos habían sido acusados, uno de ellos como vendedor de una papelina de 0.040 gramos de cocaína y de otras cinco de más de 0.254 gramos en total, de una pureza del 76.6% y un 71.5% respectivamente, y el otro por permanecer en la plaza donde tales ventas se hicieron vigilando a favor de aquel. Fueron detenidos

Segunda del TS entiende que para traficar se requiere una tenencia superior a la que el consumidor emplea en tres o cinco dosis. Si bien, esta categoría se modula en torno a cuatro factores: a) *El grado de habituación*, asimilación o tolerancia del toxicómano¹⁴⁴, b) *La oferta de droga*, es decir, se trata de analizar si el consumidor acude a puntos de venta donde el precio es notablemente inferior¹⁴⁵; c) *Los medios económicos del poseedor de la droga*, entendiéndose que a menor capacidad económica, menor disponibilidad de almacenar estas sustancias para consumirlas poco a poco; d) *Tipo de*

ambos y al registrarlos se encontró entre las Nalgas del primero otras once papelinas de un peso total de 0.592 gramos, y una riqueza del 81.4%, así como una pequeña cantidad de grifa y unos 150 euros. La absolución de los mismos se fundó en la conocida “dosis mínima psicoactiva” que justifica este tipo de pronunciamientos en que, cuando un determinado límite de pureza no se alcanza, no hay ni siquiera peligro abstracto para la salud pública, bien jurídico protegido. En este caso la papelina carece de aptitud para perjudicar la salud de nadie. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003 fijó para este tipo de sustancia los 50 miligramos para ser entendida como dosis mínima psicoactiva. Partiendo de este supuesto, el MF recurrió la sentencia entendiéndose que si bien pese a que esas sustancias por separado no alcanzasen esa cantidad, sí que en el cómputo de ellas se superaba. El TS en este sentido y para resolver de este modo el caso, entiende que esa tesis de la dosis mínima psicoactiva es de carácter excepcional y que, por lo tanto, no debe ser interpretado de forma extensa, por lo que entendió que era necesario realizarse el cómputo de todas esas cantidades, y condenar a los acusados por un delito de tráfico de drogas, con lo que se admitió el recurso, dándosele la razón al MF.

¹⁴⁴ En este sentido la STS nº 2242/1993, de 5 de octubre, que fija concretamente que: “Se precisa saber la riqueza base de que a mayor pureza, más peligrosidad y perjuicio público, con también menor dosis, lo cual depende en la mayoría de los casos de la tolerancia a tales sustancias por parte de los toxicómanos. [...] La diferencia entre la tenencia del propio consumo y la tenencia de tráfico, se apoya tanto en la cantidad poseída como en el tiempo de la detención, de tal manera que tres o cinco días se supone es el término máximo dentro de cuyo periodo la cantidad poseída se considerada que lo es para el consumo [...]”. En este caso, era tan la baja calidad de la droga intervenida y la poca cantidad de la misma que ambas circunstancias llevaron a la Sala a dictar una sentencia absolutoria. Del mismo modo podemos destacar la SAP Toledo (Sección 2) nº 9/2004, de 24 de marzo; SAP Álava (Sección 3) nº 413/2011, de 21 de diciembre o SAP de Badajoz (Sección 3) nº 33/2016, de 18 de febrero. Por el contrario, la STS nº 55/2013, de 18 de junio la cual señala que: “Podemos afirmar en virtud de tales documentales es que este acusado es consumidor habitual o, si se quiere, drogodependiente de cocaína. Ahora bien, desconocemos, pues se ha negado a declarar en el acto del juicio oral, cuál es su patrón de consumo diario, qué aspectos de su vida laboral, familiar o social se han visto afectados por causa de su dependencia, en fin, en base a qué parámetros podemos afirmar su grado de dependencia” del mismo modo SAP A Coruña (Sección 1) nº 105/1996, de 4 de octubre; SAP Valladolid (Sección 2) nº 250/2010, de 9 de agosto; SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5) nº 294/2013, de 12 de julio.

¹⁴⁵ STS nº 108/1996, de 9 de febrero analiza el supuesto en el que los acusados son detenidos en el aeropuerto de Madrid, procedentes de Tánger, donde tras el registro efectuado por la Guardia Civil se observa en sus zapatos unos dobles fondos localizados entre las plantillas y las suelas que contenían una sustancia prensada que resultó ser hachís. Los acusados eran consumidores habituales de esta sustancia y viajaron a la ciudad de Tánger para adquirirla. La sentencia entendió que era obvio que el viaje a tal ciudad tenía como una finalidad adquirir la sustancia puesto que es mucho más barata allí que en España. Además de considerar este indicio la Sala entendió que la cantidad sustraída era muy superior a lo normal o lo adecuado para el consumo propio, ya que transportan una cantidad total de 1.292 kg de hachís, que deduce que aunque una parte sí que fuera para el consumo, el resto se destinaba al tráfico de terceros; STS nº 427/2013, de 10 de mayo; SAP de Cádiz (Sección 6) nº 38/2008, de 11 de febrero; en sentido contrario la STS 18 de diciembre de 1989 absuelve al acusado, al que le fueron encontrados 127 gramos de hachís, considerando en este caso, el Tribunal que este era un adicto a la sustancia y que había viajado África para adquirir esa mercancía por ser más barata allí que en la Península y con posible ánimo, por tanto, de tenerla para su personal uso durante un prolongado período de tiempo, pues tales viajes no pueden hacerse con frecuencia. A cinco gramos diarios tenía para un mes y medio aproximadamente lo cual no parece acopio excesivo. Si bien en este caso, aunque el Tribunal tuvo dudas aplicó el principio de *in dubio pro reo*, absolviendo finalmente a este; SAP de Málaga (Sección 7) nº 66/2008, de 22 de julio.

droga consumida, donde por ejemplo, en el hachís¹⁴⁶ se entiende que debe existir una cantidad superior a 50 gramos para considerarlo tenencia preordenada al tráfico, en la cocaína¹⁴⁷ esa cantidad se fija en 10 gramos, en la heroína 0,25 es la dosis diaria, fijando hasta un máximo de 4 dosis y por ejemplo, en las anfetaminas una posesión superior a 7 gramos dejaría de estar vinculada al autoconsumo; 2) **La relevancia del grado de pureza**¹⁴⁸; 3) **La ocupación conjunta de varios tipos de sustancias**, puesto que este hecho lleva a pensar que prima la diversidad de la demanda, sobre los caprichos en el consumo, es decir, es más lógico entender que si se tienen distintos tipos de drogas, no es porque se consuma de todos esos tipos, sino porque los mismos van destinados a satisfacer las exigencias de los consumidores¹⁴⁹ y 4) **Presentación de la droga**, el

¹⁴⁶ STS 16 de septiembre de 1997 establece explícitamente que: “La tenencia de hachís en cantidad superior a los 50 gramos permite inferir el destino de la venta, donde otras sentencias fijan la misma en torno al consumo diario entendiendo que será de 3 a 5 gramos al día” En el caso enjuiciado, la droga ocupada, 1234 gramos, no solo excedía de la cantidad fijada por la doctrina jurisprudencial para el consumo, sino que incluso la misma llevo a apreciar la agravante de notoria importancia del art. 344 bis a) 3 CP. En esta línea STS nº 530/2012, de 26 de junio; SAP Toledo (Sección 1) nº 32/2001, de 22 de noviembre; SAP Madrid (Sección 6) nº 580/2008, de 19 de noviembre.

¹⁴⁷ STS nº 469/1995, de 31 de marzo fija que: “La tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas destinada a favorecer y facilitar su ilegal consumo es una conducta incluida en el art. 344 del CP, que requiere a su vez de un elemento subjetivo de destino al tráfico de droga poseída, y como es frecuente, no es apreciable de forma directa”. En este caso el razonamiento inequívoco que lleva a los jueces a fallar de tal modo se basa en que se encontró al acusado en posesión de 86.4 gramos de sustancia con una riqueza en cocaína de 81.02 y un 81.02%, lo que determina la cantidad pura cercana a los 70 gramos, cuando la generalidad fija la tenencia para el consumo propio en los 10 gramos. Igualmente, STS nº 780/2007, de 3 de octubre; STS nº 1177/2000, de 29 de junio; STS nº 202/2016, de 10 de marzo; SAP de Guadalajara (Sección 1) nº 3/2002, de 1 de febrero.

¹⁴⁸ STS 7 de octubre de 1993 absuelve a un acusado precisamente en función de la pureza de la droga poseída, estableciendo concretamente que “La jurisprudencia de esta Sala ha estimado correcta la inferencia de posesión de droga con finalidad de tráfico en la tenencia de 14,97 gramos, 25 gramos con pureza de 49,56% de 26,932 gramos con una pureza de 68%. Si en el caso enjuiciado, la droga ocupada, cocaína fueron 23,274 gramos, con una pureza de 35%, la cual lleva a reducir su cuantía a unos 7 gramos, de los mismos no puede deducirse aquel propósito, máxime si el imputado es adicto a ambas sustancias. Por lo tanto, al no inferirse al tráfico debe absolverse al procesado”. En la misma línea la STS nº12/1997 de 17 de enero donde la cantidad y pureza de la droga, junto a otros indicios como un molinillo para moler café y un cortante, llevaron a la Sala a condenar al acusado; STS nº 1252/2006, de 13 de diciembre; STS nº 211/2015, de 14 de abril.

¹⁴⁹ STS nº 775/1997, de 31 de mayo establece que entre las conductas típicas previstas en el art. 344 del CP se halla tenencia preordenada al tráfico. Tal conducta típica es de por si equívoca, y en cuanto proyectada sobre algo futuro, difícil de acreditar mediante prueba directa, por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que para excluir la atipicidad de la tenencia para el autoconsumo y afirmar la existente finalidad de destino ulterior de tráfico o transmisión a terceros es preciso gracias a los indicios; y así, atendiendo a estos, en este caso se ha tenido en cuenta la **cantidad de la droga**, 3,27 gramos de MDMA, 11,24 gramos de speed, o anfetamina y 68,29 de hachís con cantidades que exceden del aprovisionamiento normal de un consumidor, y la **diversidad de drogas** que está haciendo pensar en la necesidad de atender a la diversificación de la demanda, más bien que a las necesidades de su consumo propio, **el lugar en el que es detenido**, se trata de un establecimiento donde suelen acudir los adictos, y por último la **forma de distribución** donde la droga es repartida entre las personas detenidas, con el fin de que sea menor cantidad portada por cada una de ellas. También atiende al criterio de la diversidad de drogas la STS nº 766/1996 de 23 de octubre donde se incautan al procesado, 8,17 gramos de hachís, 0,57 gramos de MDA, 0,74 gramos de cannabis sátiva, 195 gramos de sustancia no tóxica, 0,35 gramos de cocaína, 6,73 gramos de otra sustancia no tóxica. Al igual, STS nº 80/2008, de 30 de enero donde se

traficante suele vender la droga ya distribuida en pequeñas dosis para que la compraventa se realice en el menor tiempo posible¹⁵⁰.

✦ Circunstancias relativas al propio consumidor

En este caso, el juzgador realizará un análisis de la persona acusada sin que pueda el mismo realizar juicios de valor que desprecien o desmerezcan la personalidad o la forma de vida del poseedor de la droga, debiendo centrarse únicamente en cualidades personales que puedan relacionarse con la acción en sí. Entre estos se tendrá en cuenta:

1) La **condición de consumidor o no del poseedor**, entendiéndose que es perfectamente posible que concurra la condición de consumidor en el traficante. A su vez, esta circunstancia presenta aún mayor importancia en aquellos casos en los que se demuestre que el traficante ni siquiera es consumidor puesto que avala o justifica en mejor medida que se entienda que su tenencia está destinada al tráfico¹⁵¹. 2) **La situación económica del poseedor**, partiendo de los beneficios del narcotráfico y el coste del autoconsumo, debiendo fijarse en estos supuestos los Tribunales en la escasez o inexistencia de recursos legales para subvenir su reconocimiento consumo, o la existencia de notables ingresos injustificados¹⁵². 3) **La ocultación de la droga a las**

juzgan los siguientes hechos: “Tras efectuar un registro en la casa de los procesados se ocuparon entre otros efectos, una balanza, bolsas pequeñas de plástico, numerosas joyas y sortijas, así como dinero en metálico, distribuido en billetes de 20, 50 y 200 euros. Se encuentran también, al efectuarle un registro al propio acusado, 17 envoltorios de plásticos en cuyo interior contenían sustancias que arrojaron los siguientes resultados: cocaína con un peso neto de 197,17 gramos, y una pureza de 60,79%, cocaína con un peso de 893,5 gramos y una pureza de 83,11%, heroína más cocaína con un peso neto de 9,40 gramos y una pureza de 6,94% y 1,86% respectivamente, MDMA con un peso neto de 33,15 gramos y una pureza de 74,47%. Todos estos indicios, así como la cantidad de droga aprehendida llevan a que la Sala condene a los procesados por un delito contra la salud pública; STS nº 1991/2002, de 25 de noviembre; STS nº 1426/2004, de 13 de diciembre; STS nº 705/2005, de 6 de junio.

¹⁵⁰ STS 17 de mayo de 1985 fija que: “La ocupación en el domicilio del acusado por el Policía de la cantidad de 106 gramos de heroína y 26,4 gramos de hachís que parte de aquella envuelta en papelinas de diez gramos cada una, denota una actividad probatoria más que suficiente para ser valorada por el Tribunal sentenciador”. Se considera por lo tanto una tenencia preordenada al tráfico en parte porque el procesado fue sorprendido preparando el envasado de las sustancias en papelinas para su venta. Se pronuncia en el mismo sentido la STS nº 518/1997, de 21 de abril estableciendo que el acusado finalmente fue condenado por un delito de tráfico de drogas puesto que la posesión de las sustancias halladas se entendió era destinada al tráfico entre otras cosas porque la droga estaba en parte distribuida en papelinas ya preparadas para la venta. Además se encontró en la vivienda de los mismos todos los utensilios necesarios para la preparación y distribución de las papelinas; SAP de Murcia (Sección 1) nº 30/2002, de 16 de abril; SAP de Cáceres (Sección 1) nº 87/2003, de 19 de diciembre.

¹⁵¹ STS nº 224/1997, de 18 de marzo fija que: “La consideración de una posesión para el tráfico es perfectamente compatible con la condición de consumidor del acusado, si bien en tales casos, el dato de la cuantía ha de ser estimado de modo más flexible y atendiendo así a la cuantía de la sustancia aprehendida excede de las previsiones de un consumidor normal, al ser con frecuencia coincidentes de consumidor y traficante”; SAP Málaga (Sección 3) nº 219/2001, de 18 de julio; SAP de Barcelona (Sección 2) nº 33/2003, de 27 de marzo; SAP de Granada (Sección 1) nº 77/2004, de 16 de febrero.

¹⁵² STS nº 639/2007, de 6 de julio señala que: “Son de destacar las siguientes pruebas de cargo: [...] c) la vida desahogada a pesar de no justificarse ingresos reguladores o legítimos provenientes de una actividad

autoridades¹⁵³ y 4) **La presunción de que el acusado se dedique a realizar o haya realizado actos de tráfico.** Si bien es preciso matizar en cuanto a esta cuarta circunstancia, que la misma nunca puede ser apreciada en solitario puesto que ese hecho podría ser tachado de inconstitucionalidad al vulnerar el derecho a la presunción de inocencia¹⁵⁴ regulado en el art. 24 de la CE, aunque sí que cabría tenerlo en cuenta cuando concurra con más indicios¹⁵⁵. De forma subsidiaria cabría considerar también como circunstancias a tener en cuenta, las contradicciones en las declaraciones del acusado, o el establecimiento de una segunda identidad.

✦ Circunstancias relativas a la ocupación

productiva o realización de trabajo remunerado”; en esta misma línea la STS nº 430/2013, de 29 mayo; SAP de Ourense (Sección 1) nº 8/2005, de 29 de junio; SAP de Granada (Sección 1) nº 348/2009, de 12 de junio.

¹⁵³ STS 10 de febrero de 1986 alude al supuesto en virtud del cual el procesado idea un artificioso sistema para coincidir en las Palmas el acusado y la droga viajando ambos en medios de transporte distintos, y la introducción del estupefaciente en una bolsa con efectos personales e impregnando aquella de pimienta para encubrir o disimular el contenido. Al respecto señala el TS que los datos obtenidos son inequívocos, que permiten deducir el ánimo de tráfico; STS nº 446/1996, de 11 de mayo versa acerca del supuesto en el que los acusados fueron detenidos, y tras efectuar el registro correspondiente, le fueron intervenidos los siguientes efectos que llevaban alojados en el recto: una pequeña bolsa de polvo blanco consistente en el estupefaciente heroína, con un peso de 3,906 gramos y otra bolsa con la misma sustancia con un peso neto de 2,1118 gramos. La AP de Barcelona condenado a los acusados por un delito de tráfico de drogas, si bien esta sentencia fue recurrida por los procesados, entendiéndose en este caso el TS que: “El cuerpo humano es el escenario donde se desarrolla la libertad del individuo, por lo que cualquier intervención sobre el mismo en el curso de una investigación sobre hechos delictivos tiene que realizarse respetando su derecho a la integridad física y moral y a la intimidad personal. Si bien eso no resta para que se puedan realizar registros, entendiéndose el TC que serán legítimos los mismos si suponen el medio menos lesivo o restrictivo de derechos. Por lo que, en el presente caso aunque la tenencia fuera preordenada al tráfico no se puede condenar a los acusados, puesto que a juicio de la Sala, los policías que efectuaron los registros correspondientes no actuaron conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad porque el hecho de hacer desnudarse a una persona implica un ataque a su intimidad y si además se le obliga a hacer flexiones para expulsar las sustancias, se entiende que se está sometiendo a la persona a un trato degradante, que lleva precisamente a que en aras de defender el art. 18 y 15 de la CE, se absuelva a los procesados; STS nº 546/1997, de 21 de abril establece también en este sentido, atendiendo a la ocultación de la droga, que: “El Tribunal de instancia ha inducido del número de papelinhas ocupadas con un peso de 7,13 gramos, del hecho de que estuviesen escondidas en la lámpara de iluminación del interior del automóvil, el que se encontraba estacionado en un lugar frecuentado por toxicómanos, así como que el procesado no fuera consumidor, que la posesión de dicha sustancia era con la finalidad de proceder a su venta para el consumo ajeno, inferencia que es perfectamente acorde con las reglas de la lógica y los principios de experiencia”, que llevó al Tribunal a condenar al acusado por un delito de tráfico de drogas.

¹⁵⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Criterios del TS para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº1, 1999.

¹⁵⁵ STS de 20 de julio de 1987 atiende a que el procesado ya había sido condenado previamente en París por un delito de tráfico de drogas, para considerar que en este caso, la posesión de las sustancias con las que fue detenido iban destinadas al tráfico de las mismas; STS nº 1127/2011, de 3 de noviembre; STS nº 191/2014, de 10 de octubre, si bien la misma en ese caso, establece o fija que la ausencia de antecedentes penales y el hecho de que el acto enjuiciado sea aislado no motiva el mismo, por sí solo, la aplicación del subtipo atenuado; STS nº 1127/2011, de 3 de noviembre; STS nº 191/2014, de 10 de octubre, si bien la misma en ese caso, establece o fija que la ausencia de antecedentes penales y el hecho de que el acto enjuiciado sea aislado no motiva el mismo, por sí solo, la aplicación del subtipo atenuado.

Se alude a los medios de las que puede estar rodeada esa tenencia los cuales son básicamente: 1) **La tenencia de instrumentos o materiales que pueden servir para la elaboración de drogas o para su consumo**, entre los que cabría destacar como elementos que apuntan a la intención de difusión¹⁵⁶: a) Balanzas o básculas de precisión utilizadas para pesar la droga y dividirla en partes para la posterior reventa; b) Molinillo de moler café para unir la sustancia tóxica con excipientes, c) Papelinas, d) Navaja o cuchillos sobre todo si quedan restos de haber sido utilizados para adulterar la droga o si tienen el filo quemado; e) Polvos utilizados para cortar la droga, f) Un listado de precursores... 2) **La tenencia de cantidad de dinero**, sobre todo si se trata de grandes cantidades en moneda fraccionada¹⁵⁷, es decir, en billetes pequeños, teniendo siempre que ser analizado este supuesto junto con el de la capacidad económica del acusado. Además de las joyas la jurisprudencia también admite que la tenencia de joyas y objetos de extraordinario valor sean interpretados en este mismo sentido¹⁵⁸; 3) **El lugar y el momento en que se ha realizado la ocupación de la droga**¹⁵⁹.

¹⁵⁶ STS nº 235/2008 de 30 de abril relata el supuesto de hecho en virtud del cual, dos acusados al observar uno la presencia de un control policial, detuvieron su coche, con el objetivo de deshacerse de la droga que llevaban encima. Al percatarse de tal situación el agente de policía fue tras uno de ellos, y al proceder al registro del mismo, se le intervino una balanza de precisión, así como dos bolsas que contenían una sustancia que resultó ser cocaína, con un peso neto de 8,21 gramos y una pureza del 74,80%. A su vez en el registro de la caravana que constituía su domicilio se le encontró otra balanza digital de precisión, así como una bolsa de plástico que resultó tener dentro heroína. Todos estos datos llevaron a la Sala a entender que la posesión de tales sustancias tenía como objetivo el tráfico.

¹⁵⁷ STS nº 570/1998, de 24 de abril fija que al efectuarse el registro en casa del acusado, se encuentra entre otras, un cuchillo con mango de color negro con resto de cocaína, dos botes con polvos y pastilla, la cantidad de 138770 ptas., así como 62 papelinas conteniendo cocaína, con un peso de 29860 gramos con una pureza de 78,87% y un total de 236570 ptas., en una caja fuerte. Toda esta pluralidad de indicios llevo a fundamentar y concluir la participación de la acusada en el tráfico de drogas; STS nº 933/2006, de 28 de septiembre establece que al acusado se le ocupa una cantidad de dinero que es lógico atribuir al producto de la venta, la cual fue encontrada en varios billetes pequeños fraccionados. Este indicio, junto al hecho de que la droga se llevase oculta en un lugar poco corriente o apropiado para el consumo propio (en un calcetín) llevaron a entender a la Sala que el destino de esa posesión no era otro más que el tráfico de esas sustancias. En este sentido, STS nº 782/2015, de 14 de diciembre fijando que “el acusado portaba en el momento de su detención la cantidad de 210 euros producto de la distribución a terceros de las referidas sustancias, moneda que se le intervino fraccionada de la siguiente manera y lugar: en el interior de la bandolera 90 euros fraccionados en 1 billete de 50 y dos de 20 euros, y en el bolsillo derecho de la chaqueta 120 euros fraccionados en 5 billetes de 10 euros, un billete de 20 euros y diez billetes de 50 euros”.

¹⁵⁸ STS nº 2048/1994, de 23 de noviembre dicta lo siguiente: “El trueque es el modo más frecuente de adquisición de droga por delincuentes contra la propiedad” por lo que incluye dentro de este apartado, la entrega de joyas, relojes o cualquier otro medio con el que pueda hacerse frente al pago de la misma”. La SAP de Murcia (Sección 3) nº 44/2000, de 4 de abril también hace alusión a la tenencia de joyas de alto valor por parte de los acusados, considerándolas como un indicio para determinar el tráfico de droga, basando este hecho en la ausencia de ingresos de estos, que cuestionan el origen o la obtención de estas.

¹⁵⁹ STS nº 1078/1995, de 30 de octubre relata el supuesto en virtud del cual una persona cuando es llamada por la policía para proceder a un registro en su casa, no responde a los requerimientos de estos, y se dirige al baño donde tira por el retrete la heroína que poseía, además de romper previamente una báscula de precisión. Estos hechos o la actitud mostrada por el mismo llevo al Tribunal a entender que la

Para concluir y a modo de cierre, es muy importante tener en cuenta que, pese a que la posesión en ciertos casos no sea considerada como constitutiva de delito, eso no puede llevarnos al error de entender que meramente por ese hecho este permitido, es decir, hay que tener en cuenta que la recién reformada Ley 4/2015 de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana establece en su art. 36¹⁶⁰ cuatro conductas consideradas infracciones administrativas de carácter grave en relación con esta conducta.

f. Consumo ilegal

Por último y para concluir este apartado referido al tipo objetivo del delito de tráfico de drogas, se debe tener en cuenta que algunos autores como PEDREIRA GÓNZALEZ realizan una mención específica al denominado consumo ilegal al que alude el art. 368 CP, fijando concretamente que se debe entender por tal hecho, cualquier uso o aplicación que implique la desaparición de la sustancia. El término ilegal puede presentar dos interpretaciones, por un lado, la ilicitud propiamente penal, por otro lado, la infracción de alguna norma penal que se identifique con lo prohibido en el ordenamiento jurídico en general y no únicamente sancionable penalmente. Esta

droga incautada (que no alcanzaba el tope propuesto por el INTCF para ser considerada como tendente al tráfico de drogas) debía ser entendida en total, es decir, se debía de tener en cuenta también la posible droga de la que se había deshecho al acusado, condenando por ello al mismo como autor de un delito de tráfico de drogas; STS nº 819/1996, de 31 de octubre, establece que, partiendo de que en el momento en el que se iba a realizar un registro en la vivienda de los acusados, los mismos al percatarse de la presencia policial comenzaron una gran actividad cerrando la puerta de acceso a los agentes y realizando una serie de movimientos y ruidos en la casa. Lo que alertó a los policías fue el intenso ruido de agua corriendo, sospechando que podían estar intentando ocultar la droga, como de hecho ocurrió. A su vez en la casa fueron halladas un gran número de joyas así como dinero en cuantía de 574600 euros. Estos indicios llevaron a la policía a entender que la posesión de la droga incautada tenía como destino la venta a terceras personas, puesto que la propia actitud de los acusados los delató. Por último, la STS nº 1099/2007, de 27 de diciembre explica como los acusados deben ser condenados por un delito de tráfico de drogas, debido a que la policía en una vuelta rutinaria por el municipio X, oyó como diversos individuos que se encontraban en la puerta de un bar gritaron: “Agua, viene la policía”. Ante este hecho los policías acudieron al bar (frente al lugar en el que se encontraban toxicómanos y traficantes) y tras efectuar el registro pertinente encontraron hachís con un peso total de 337,80 gramos, cocaína con un peso neto de 9.68 gramos, así como grandes cantidades de dinero, por lo que por todo ello, los mismos fueron condenados por un delito contra la salud pública.

¹⁶⁰ Art. 36.16, 17, 18 y 19 de la Ley 4/2015 de Seguridad Ciudadana: 16. “El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares”. 17. “El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito”. 18. “La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal”. 19. “La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.”

discusión doctrinal ha dejado de ser relevante, puesto que la doctrina unánime ha entendido que la segunda acepción o interpretación es la correcta¹⁶¹.

2. *Tipo subjetivo*

Previamente a llevar a cabo el análisis de este elemento, se tienen que tener presente que el tipo de injusto requiere siempre una parte subjetiva, que desde la perspectiva de la antijuricidad se denomina “el desvalor subjetivo de la acción” integrado por el dolo o por la imprudencia, o en algunos tipos por una combinación de dolo e imprudencia¹⁶².

La doctrina, así como la jurisprudencia de manera unánime, consideran que este delito de tráfico de drogas es siempre un delito doloso¹⁶³, como tal debemos entender por lo tanto, que los que cometen este tipo de ilícito tienen conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total del injusto, puesto que esto es lo que se entiende por dolo¹⁶⁴. Autores como MUÑOZ CONDE¹⁶⁵ consideran que en este tipo de delitos es suficiente para apreciar este, la conciencia del carácter nocivo de las sustancias, apreciables desde un punto de vista de la experiencia cotidiana, siendo necesario además, que se promueva, facilite o favorezca el consumo ilegal de estas. Uniendo esto a la definición anteriormente ofrecida sobre qué se entiende por dolo, debe quedar claro que, el elemento cognitivo del dolo al que se aludía, se refiere al conocimiento de que dichas sustancias son drogas, mientras que el elemento volitivo, queda mostrado o se refleja en la intención o finalidad de facilitar este consumo a terceros¹⁶⁶.

Si bien, en ciertos casos, y siguiendo la opinión de SEQUEROS SAZATORIL¹⁶⁷, es muy probable que este elemento volitivo esté en muchos casos viciado, puesto que el

¹⁶¹ JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Estudio analítico del art. 368 CP, 1999, 105-106; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 108-113; PEDREIRA GÓNZALEZ, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 43.

¹⁶² LUZÓN PEÑA. Lecciones de DP PG, 3º ed., 2016, 231.

¹⁶³ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 11 ed., 2002, 432; en la misma línea SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 93.

¹⁶⁴ LUZÓN PEÑA. Lecciones de DP. PG, 3 ed., 2016, 239.

¹⁶⁵ MUÑOZ CONDE, DP PE, 20 ed., 2015, 580; MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, nº 38, 2005,93-116.

¹⁶⁶ MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, nº38. 2005, 93-116.

¹⁶⁷ SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 95.

consumo de estas sustancias por parte de las adictos a ellas, reduce su capacidad de conocer y querer, con lo que, uniendo esto a la capacidad de actuar dolosamente, es necesario mencionar lo previsto en el CP acerca de la intoxicación plena por consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o aquellas que tengan efectos similares a estas. En este sentido, todos los organismos médicos consideran la drogadicción como una enfermedad, que llevará a que caso por caso deba ser analizada esta a efectos de determinar el grado de imputabilidad de los acusados¹⁶⁸.

Por otro lado, y para concluir con el análisis del elemento subjetivo, debe destacarse que la jurisprudencia es bastante parca y severa en apreciar la existencia de error, puesto que reiteradamente ha manifestado que rechaza el error de tipo (se entiende como el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que este requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto) y el de prohibición (que se aprecia en aquellos supuestos en los que el sujeto conoce de todos los elementos o presupuestos de la prohibición y sin embargo, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta, es decir, el sujeto infractor cree que su conducta no es antijurídica¹⁶⁹), que no es preciso exigir que el sujeto sea conocedor de la norma jurídica concreta, ni del nombre técnico del delito, ni si aquella está ubicada en normas internas o convenios, por lo que basta para negar la existencia de ese error con afirmar que el sujeto sabe que la conducta es contraria a Derecho, y que solo por eso ya es susceptible de sanción. En los supuestos de error sobre el carácter nocivo de las sustancias¹⁷⁰, por ejemplo, un conductor que no conoce que la sustancia que transporta

¹⁶⁸ MOLINA PÉREZ, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico escurialense, nº38, 2005, 93-116.

¹⁶⁹ LUZÓN PEÑA. Lecciones de DP. PG, 3 ed., 2016, 24, 260- 272.

¹⁷⁰ STS nº 163/2005, de 10 de febrero que alude al supuesto en virtud del cual el acusado transporta entre unas botellas de licor un paquete sellado al fuego en el que se contenía un total de 5.056 gramos netos de cocaína, con una riqueza de 22.1%. El mismo fue condenado por ello como autor de un delito de tráfico de drogas, si bien este recurrió la sentencia puesto que entendió que no era consciente de la trascendencia del envío desde el punto de vista penal, es decir, tanto el remitente como el destinatario «no tenían la menor idea de que el acto pudiera ser constitutivo de delito. Ante estos hechos, establece la sentencia que: “El artículo 14 CP distingue entre el error de tipo (o de hecho), que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, y el error de prohibición (de derecho, según la terminología anterior), que atañe a la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho. No basta con conocer el hecho típico sino que además el sujeto activo debe conocer su significado antijurídico [...] Con independencia de que el artículo 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho, de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia.. [...] Además, la doctrina reiterada de esta

es cocaína, lleva a que sea necesario probar la creencia de la licitud de la conducta, si bien no es suficiente la simple invocación como excusa, si no que es necesario que se pruebe por quien lo alega, lo cual es muy difícil dado que se trata de un aspecto relativo al fuero interno del propio individuo¹⁷¹.

IX. LAS CONDUCTAS ATÍPICAS DEL TRÁFICO DE DROGAS

Analizadas las conductas incluidas dentro del tipo básico del art. 368 CP, para seguir analizando de manera ordenada este delito, conviene hacer referencia a continuación a las conductas consideradas atípicas. Estas atienden a supuestos en los que la jurisprudencia considera que no se pone en riesgo el bien jurídico protegido, puesto que se trata de supuestos que tienen lugar entre consumidores y que carecen de trascendencia penal en base a lo que a continuación se expondrá.

▲ Consumo compartido

Es la conducta atípica que abarca no solo los casos de aportación por varios adictos a un fondo común para adquirir la sustancia que luego consumen conjuntamente, sino que también se debe incluir dentro de la misma, la entrega o invitación gratuita de drogas a adictos para compartir su consumo inmediato. Por lo tanto, de lo expuesto podemos destacar que bajo esta denominación de “consumo compartido” podemos agrupar los tres supuestos siguientes¹⁷²:

- a) “Servidor de la posesión” o “posesión en nombre de” que alude a aquellos casos en los que varios adictos realizan aportaciones para crear un fondo común, con el fin de que uno adquiera la sustancia para luego, consumirla todos conjuntamente¹⁷³. Ese fondo común es entendido como un acuerdo de

Sala establece que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. El desconocimiento o la falta de información sobre un hecho punible no puede quedar a la discreción de su autor. En el caso del tráfico de drogas su prohibición es tan notoria que resta cualquier verosimilitud a las alegaciones que se incorporan al motivo”.

¹⁷¹ SEQUEIROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico, 2000, 97; MUÑOZ CONDE, DP PE, 20 ed., 2015, 581.

¹⁷² DIÉZ RIPOLLÉS/ MUÑOZ SÁNCHEZ, La ilicitud de la autoorganización del consumo de drogas, Revista Libertas Fundación Internacional de Ciencias Penales, nº1, 2013, 112-154.

¹⁷³ STS nº 281/2003, de 1 de octubre establece el supuesto en el que tras efectuar un registro la Policía en un bar de Barakaldo encuentra 3.804 gramos de cocaína, para lo que el acusado respondió que era una compra efectuada con el fin de consumir la misma con varios de sus amigos, puesto que tenían una

voluntades con aportación conjunta de dinero, adquiriéndose la droga conjuntamente, bien por todos ellos, o bien por uno de ellos al que se le encomienda tal tarea¹⁷⁴.

- b) Recíprocas invitaciones entre adictos para el consumo colectivo compartido, es decir, se trata de supuestos en los que varios drogodependientes comparten el consumo de drogas¹⁷⁵.
- c) Y por último, incluye también los supuestos de entrega o invitación gratuita de drogas a personas adictas o consumidores esporádicos para compartir su consumo¹⁷⁶.

despedida de soltero en fechas cercanas a la detención. La Sala entendió que se trataba de un supuesto de consumo compartido, absolviendo al acusado; en la misma línea STS nº 575/2010, de 10 de mayo relata el supuesto en el que el acusado junto con otro acompañante, menor de edad, se dirigen a una fiesta en un determinado local, si bien, antes de acudir allí, ambos se detienen para que uno de los acusados compre una cantidad no determinada de hachís con el fin de consumirla conjuntamente, entre ellos. Este fue condenado por un delito de tráfico de droga por tal supuesto, si bien recurrió entendiendo que dicho comportamiento debía ser incluido de los supuestos de consumo compartida, a lo que la Sala estableció que: “Los datos fácticos son, por las razones expuestas, perfectamente compatibles con el denominado “consumo compartido”, de carácter impune. En efecto: si la adquisición de droga hecha individualmente incluso de forma simultánea, por uno y otro para su respectivo consumo propio sería atípica en cuanto no destinada al consumo de terceros, no puede ser típica entonces esa misma adquisición con idéntico fin, por el sólo dato de materializar la recepción física de la sustancia uno sólo de los consumidores ejecutando la decisión de ambos de adquirir la droga para consumirla ellos mismos y en el momento, no para transmitirla a otros. Desde el punto de vista de la antijuricidad material en ninguno de estos casos hay lesión del bien jurídico de la salud pública, sino de la de quienes la adquieren para su personal consumo, que no está en el ámbito de protección del tipo penal del art. 368 del Código Penal”.

¹⁷⁴ DOPICO GÓMEZ ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 72-87.

¹⁷⁵ STS nº 1475/1998, de 10 de diciembre resuelve el supuesto en el que el acusado fue pillado por los funcionarios de prisión entregando una papelina a otro recluso interno allí también, condenándose al mismo por un delito de tráfico de drogas, si bien tras recurrir la sentencia, el TS estimó que tal conducta debía encuadrarse dentro de un supuesto atípico de consumo compartido basándose fundamentalmente en los siguientes aspectos: “La insignificancia de la cantidad (0,05 gramos de los que no consta su grado de pureza), unido al carácter gratuito de la entrega y a la finalidad de autoconsumo compartido nos obliga a estimar el recurso en cuanto al fondo del caso”. En sentido similar, aunque con la solución contraria se pronuncia la STS nº 2077/1994, de 25 de noviembre referente al supuesto en el que el acusado cogiéndole el coche a un amigo se traslada hacia Barcelona con el objetivo de adquirir heroína invitando al dueño del coche a consumirla juntos cuando volviese. La Sala entendió que aquí no podíamos hablar de un consumo compartido puesto que: “La valoración social de estos actos de «consumo compartido entre adictos», siempre con carácter gratuito, es la misma que la que pueden tener los actos en que esas personas pudieran consumir aisladamente [...] Sin embargo, entendemos que éste no es el caso de autos. Nos encontramos aquí ante un verdadero traficante de heroína, aunque de pequeñas cantidades, en una de cuyas operaciones fue sorprendido por la Policía”. Se entendió por la Sala que el ofrecimiento de la droga al propietario del coche no fue más que una forma de pagarle el poder viajar hasta el lugar de venta de la droga, ya que si no, no podría adquirirla con lo que no entendieron que se tuviese que considerar una conducta gratuita, y mucho menos que por ello la conducta pasase a ser calificado como atípica por ser un supuesto de consumo compartido. En el mismo sentido STS nº 1312/2005, de 7 de noviembre; SAP de Cádiz (Sección 3) nº 268/ 2006, de 7 de noviembre; SAP de Alicante nº 348/2011, de 16 de septiembre.

La fundamentación de la exclusión de tales conductas como típicas, deriva de la inexistencia del peligro común de difusión de droga entre terceras personas, puesto que

¹⁷⁶ STS nº 132/1999, de 3 de febrero relata el supuesto en el que la acusada es interceptada por la policía cuando le entrega a un tercero (amigo de esta) dos envoltorios que contenían un compuesto de heroína, acetilcodeína y monoacetilmorfina, que pretendían ser consumidos entre ellos. La Sala del TS entendió que “se trata ahora de una entrega de droga entre amigos para consumo compartido de pequeñas cantidades entre quienes son adictos al alucinógeno [...] La doctrina ya vigente y unánime establece que la invitación gratuita al consumo es en principio delictiva, pues el bien jurídico protegido se ve afectado cuando se facilita y se favorece el ilícito consumo, sobre todo teniendo en cuenta que el reproche legal nada tiene que ver con el ánimo de lucro. Pero excepcionalmente, sin embargo, el consumo compartido entre adictos a la droga (supuesto que se analiza en este caso) puede ser impune por la insignificancia penal de tal conducta y porque en estos casos se trata en realidad de una modalidad del autoconsumo no punible, aun a pesar de que fuere uno de los consumidores el donante de la droga”. Por lo que básicamente en atención a ello, decretó la absolución de la acusada. En la misma línea STS nº 596/2015, de 5 de octubre; SAP de Valencia (Sección 1) nº 261/ 2005, de 8 de septiembre.

En sentido contrario se ha de entender la reciente STS nº 787/ 2015, de 9 de diciembre que versa acerca de las Asociaciones de Cannabis, concretamente esta señala como hechos probados que en un determinado momento se constituye la Asociación de Cannabis X, que tenía unos fines específicos que se podrían definir en los siguientes: 1) Evitar el peligro para la salud pública para los integrantes de la misma en cuanto al hecho de adquirir la droga en el mercado ilegal, 2) Promover el debate social sobre su situación legal, 3) Denunciar las arbitrariedades que para su observación puedan cometer la Administración o los poderes públicos. Tras efectuarse el Registro correspondiente por la policía a la misma, se incautan 10.035.3 gramos de marihuana en cajas, bolsas con un polvo verde que resulta ser marihuana con un peso de 1.127 gramos, básculas de precisión, talonarios de recibos, 3299€... Además de las sustancias que le fueron ocupados a los administradores de la sociedad, concretamente 4.735 gramos de marihuana. Ante tales hechos la AP de Vizcaya absolvió a los acusados al entender que se trataba de un supuesto de consumo compartido, si bien, el MF interpuso recurso de casación alegando entre otras cuestiones que se había vulnerado la aplicación de los arts. 368 y 369 CP puesto que la acción descrita en los hechos no se podía considerar como un acto atípico de consumo compartido, ya que no se respetaban los requisitos requeridos por la jurisprudencia para apreciar este, no se sabía el carácter de consumidor o no de los socios, no se consumía la droga inmediatamente, no se trata de un pequeño núcleo de drogodependientes ni siquiera es mínimo, tiene trascendencia social... Ante tales argumentos entendió la Sala que: “El autoconsumo está excluido del radio de acción del art. 368 CP. [...] El art. 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve. El cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas en el art. 368. Cuando su objetivo final es ese consumo contrario a la legalidad, se convierte en conducta típica. Aunque hay que apresurarse a recortar la excesiva consecuencia -el cultivo no autorizado siempre es delictivo. [...] En el supuesto analizado, la magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desborda no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina, sino sobre todo su filosofía inspiradora. [...] La actividad desarrollada por los conocidos como *clubs sociales de cannabis*, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones. Sí traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes” [...] Evaluar cuándo aquella filosofía que inspira la atipicidad de la “compra compartida” puede proyectarse sobre supuestos de cultivo colectivo es una cuestión de caso concreto y no de establecimiento seriado de requisitos tasados que acabarían por desplazar la antijuricidad desde el bien jurídico [...] Como en el caso analizado en la sentencia, en el supuesto que ahora nos ocupa. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores -aunque sean también consumidores- frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente. Consecuentemente, la primera parte del único motivo del recurso merece ser estimada, con las consecuencias de apreciación del delito, consideración de autores y aplicación de penas y demás consecuencias legales, que se precisará en segunda sentencia.”

precisamente ese tráfico o difusión es lo que marca el elemento típico característico de este art. 368 del CP. Se entiende, por lo tanto, que esa atipicidad deriva de la interpretación teleológica restrictiva que se debe hacer de este tipo penal¹⁷⁷.

Si bien, para excluir el ánimo de traficar en estos casos, la jurisprudencia ha venido exigiendo la concurrencia de una serie de requisitos¹⁷⁸ o condiciones que avalen precisamente la ausencia de ese ánimo: 1) La **acción debe tener lugar en un recinto o círculo cerrado**¹⁷⁹, entendiéndose por tal, un conjunto de personas que se encuentran estrechamente vinculadas entre sí por una relación previa al momento de acceso a la droga, por ejemplo, compañeros de piso, amigos...; 2) **No debe haber existido contraprestación alguna**; 3) La cantidad de droga no puede rebasar el límite de consumo normal; 4) **Debe tratarse de un consumo inmediato**, es decir, debe ser un acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social; 5) Los consumidores **deben ser personas ciertas y determinadas** para poder calibrar su número y condiciones

¹⁷⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, 2012, 52-53; AÑÓN CALVETE, Consumo compartido de drogas” página web: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Consumo-compartido-drogas_11_856555003.html consultado el día 26 de abril de 2016.

¹⁷⁸ Entre algunas de las sentencias que fijan los requisitos para considerar atípico el consumo compartido podemos destacar las siguientes: STS nº 286/2004, de 8 de marzo que fija que: “El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmischirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente; la cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante como correspondiente a un normal y esporádico consumo; La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales; ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas y sin contraprestación especulativa de las sustancias adquiridas al efecto o la cantidad consumida por el grupo sea adquirida conjuntamente o por uno de ellos con las aportaciones de todos de manera que la cantidad a consumir es la equivalente a la suma de las aportaciones individuales de cada miembro del grupo”; STS nº 632/2006, de 8 de junio; STS nº 499/2010, de 26 de mayo; STS nº 104/2015, de 25 de febrero; STS nº 493/2015, de 22 de julio; SAP de Barcelona (Sección 6) nº 40/2016, de 27 de enero.

¹⁷⁹ Para entender mejor qué se puede considerar lugar cerrado, la SAP de Toledo (Sección 1) nº 32/2001, de 22 de noviembre establece que el consumo por unos amigos en el coche a la salida del bar de una discoteca es un lugar cerrado puesto que se entiende que no es posible que terceras personas se unan a tal acción, que es precisamente lo que se pretende evitar en el art. 368 CP, y lo que hace que el consumo compartido, sea entendido como una conducta atípica; STS nº 1408/2002, de 26 de julio, ante la idefinición por parte de los acusados acerca de donde se iba a consumir la droga, si en la propia cena o bien posteriormente de fiesta, lleva a que la Sentencia, estime lo siguiente: “Es la privacidad del lugar cerrado la que evita que se consumen las conductas de favorecimiento, propagación o facilitación del consumo a terceras personas no adictas y no concertadas para la adquisición de la sustancia tóxica”, por lo que será concretamente este carácter el que nos lleve a entender si se trata de un lugar cerrado o no; STS nº 507/ 2011, de 26 de mayo señala que la cochera de uno de los consumidores es considerado como un lugar cerrado; STS nº 850/2013, de 4 de noviembre alude al domicilio como lugar cerrado.

personales; 6) Es preciso que exista la **condición de adicto** entre los consumidores, aunque ni la doctrina¹⁸⁰ ni la jurisprudencia¹⁸¹ son pacíficos en este sentido.

▲ Venta de cantidad insignificante de droga

La venta de cantidad insignificante de droga¹⁸² es el segundo supuesto atípico que debemos tener en cuenta, que se aprecia en aquellos casos en los que la conducta no queda comprendida en el tipo delictivo del tráfico de drogas, porque atiende a una cantidad mínima y no entraña un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública¹⁸³.

Se considera que ha sido el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno del TS de 3 de febrero de 2005, que ha fijado las cantidades mínimas psicoactivas exentas de cualquier afectación a la salud de las personas, el que ha supuesto el punto de partida para considerar la conducta como atípica, puesto que anteriormente aunque la jurisprudencia la apreciaba existía una gran discusión jurisprudencial acerca de cuáles eran las cantidades que se debían tener en cuenta, si bien a partir de tal acuerdo estas discusiones

¹⁸⁰ SEQUEIROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico, 2000, 94-96; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, 2012, 47; DOPICO GÓMEZ ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 116; PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÈS I VALLES (coord.), Lecciones de DP PE, 4ª, 2015, 275-276 estiman que sí que es necesario considerar a este como un requisito más a la hora de valorar si la conducta es típica o no. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS/ MUÑOZ SÁNCHEZ, La ilicitud de la autoorganización del consumo de drogas, Revista Libertas Fundación Internacional de Ciencias Penales, nº 1, 2013, 112-154, entienden que no es necesario o no es un requisito a tener en cuenta.

¹⁸¹ La STS nº 335/ 1993, de 22 de febrero considera que la condición de adicto o no por una persona es precisa y necesaria para poder apreciar la existencia de una posible conducta atípica en el caso de que estemos ante un consumo compartido de drogas, al igual que la STS nº 1112/2010, de 13 de diciembre que establece necesario conocer la condición de adictos o no de las personas que iban a participar en el consumo de drogas en una despedida de soltero para considerar si es o no un acto de tráfico la conducta realizada por estos, mientras que la STS nº 420/1995, de 23 de marzo entiende que no es necesario tener en cuenta el concepto de adicto y en el mismo sentido se pronuncia la STS nº 28/2013, de 23 de enero que fija que no tiene relevancia este hecho porque no se pena por la posesión sino que se pena por la venta.

¹⁸² STS nº 254/2004, de 26 de febrero relata el supuesto en el que el acusado entregó a cambio de unas monedas a un tercero una bola termosellada, que se extrajo de la boca, conteniendo 0,122 gramos de cocaína con una pureza del 17 % expresada en cocaína base. El precio estimado de una dosis de cocaína a la fecha de comisión de los hechos y en el mercado ilícito era de 13,30 euros. La AP de Vizcaya (Sección 2) absolvió al acusado si bien el MF interpuso un recurso de casación, entendiendo que no tenía lugar en este caso, la aplicación de la conducta atípica de venta insignificante de drogas, a lo que el Tribunal entendió que: “La cantidad de droga objeto del delito es insignificante, con lo que la conducta carecía de la necesaria antijuridicidad material o capacidad para lesionar el bien jurídico protegido, ni siquiera creando un riesgo de lesión.” En la misma línea, STS nº 943/2003, de 25 de junio; SAP de Las Palmas (Sección 1) nº 1/2003, de 10 de enero. Destacarí también la STS nº 900/2012, de 19 de noviembre que entiende que la cantidad no es insignificante si bien estima la posibilidad de apreciar lo previsto en el párrafo segundo del art. 368 CP. En la misma línea, STS nº 254/ 2004, de 26 de febrero, SAP de Valencia (Sección 4) nº 42/2002, de 25 de febrero.

¹⁸³ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, 2012, 46-51.

han quedado disipadas. Esta misma idea se ha recogido por la jurisprudencia que establece concretamente en la STS nº 772/1996, de 28 de octubre que: “En casos de tráfico de drogas cuando la cantidad de droga es insignificante hasta el punto de no provocar efecto nocivo para la salud, carece la acción de antijuricidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo.”

▲ Entregas compasivas

Se alude con tal denominación al supuesto atípico que tiene como finalidad evitar el sufrimiento que trae como consecuencia el síndrome de abstinencia al drogodependiente. La STS 1439/2001, de 18 de julio establece concretamente que: “Los fines a los que alude esta conducta no son otros que: 1) Aliviar de inmediato el síndrome de abstinencia; 2) Evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad; 3) Procurar su gradual desintoxicación”. Si bien de todas maneras cada una de estas finalidades será analizada con posterioridad en el momento en el que se expliquen los requisitos que llevan a considerar tal conducta como atípica. Pero, previamente a ello, es necesario tener en cuenta que existen dos líneas jurisprudenciales que interpretan estos requisitos de modos distintos:

- a) La posición mayoritaria de la jurisprudencia, partiendo del carácter excepcional de la atipicidad en estos supuestos, realiza una interpretación restrictiva, de manera que la atipicidad se encuentra sujeta a la estricta observancia de los requisitos exigidos¹⁸⁴.
- b) Otra línea jurisprudencial, rechaza el entendimiento de estos requisitos como reglas fijas y precisas para la atipicidad, y los concibe como indicadores que han

¹⁸⁴ STS nº 1653/ 1998, de 22 de diciembre: “Para la exclusión de la responsabilidad penal en tales donaciones exige la jurisprudencia que concurren los siguientes requisitos: a) Que la cantidad de droga entregada sea muy pequeña y no exceda de la dosis terapéutica; b) Que la entrega se haga a persona drogadicta para aliviar el síndrome de abstinencia que padece; c) Que exista una relación estrecha de parentesco o de convivencia entre donante y donatario, que determine que la entrega se haga por móviles altruistas y humanitarios y no por lucro; y d) Que no quepa posibilidad de difusión a terceros, y que exista, por tanto, una comprobación por parte del donante de que el donatario consume la droga él exclusivamente» [...] En todo caso, **constituye exigencia notoria en esta materia** (dada la extraordinaria gravedad del fenómeno social del tráfico de drogas) **el criterio sumamente restrictivo con que deben apreciarse los supuestos en que las conductas típicamente previstas** (entre ellas, la donación de drogas **se estime que no lesionan el bien jurídico protegido por la norma penal.**” En el mismo sentido, STS nº 298/ 2004, de 12 de marzo; STS nº 462/ 2015, de 6 de julio; SAP de Cantabria (Sección 1) nº 3018/ 2005, de 13 de julio; SAP Barcelona (Sección 22) nº 522/2014, de 11 de diciembre; SAP Albacete (Sección 1) nº 230/ 2015, de 16 de octubre.

de valorarse caso por caso, para deducir si se deriva o no un riesgo para la salud de terceros con estas acciones¹⁸⁵.

Aclarada por lo tanto, esta primera idea, es preciso tener en cuenta que los rasgos definitorios de esta conducta, o los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar o considerar esta como atípica son los siguientes¹⁸⁶:

- 1) **Gratuidad**, es decir, no puede existir contraprestación económica alguna, puesto que se debe partir de que el actor no pretende realizar una oferta ilegal sino actuar en interés del toxicómano.
- 2) El **sujeto activo debe ser un familiar o allegado**, puesto que se entiende que una actuación altruista es verosímil en el contexto de una relación familiar o de afecto pero que, sin embargo, es más difícil apreciarla entre sujetos desconocidos puesto que en estos casos estas transmisiones se corresponden más como actos de tráfico ilícito.
- 3) **Finalidad altruista o humanitaria**, interpretada de modos distintos:
 - a. La jurisprudencia mayoritaria entiende por tal, aquella que pretende evitar los padecimientos del síndrome de abstinencia¹⁸⁷.

¹⁸⁵Por su parte, la STS nº 983/2000, de 30 de mayo fija que: “En todo caso, los indicadores citados (aludiendo a los requisitos) deben de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, ya que no debe olvidarse que **todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado** y que lo relevante es si del análisis del supuesto se objetiva o no una vocación de tráfico y por tanto un riesgo para la salud de terceros.”; STS nº 1152/ 2015, de 23 de julio; SAP de Alicante (Sección 3) nº 434/ 2007, de 18 de julio; SAP de Lleida (Sección 1) nº 122/ 2015, de 23 de julio.

¹⁸⁶ DOPICO GÓMEZ ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA / MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008. 91-111; DÍEZ RIPOLLÉS/ MUÑOZ SÁNCHEZ, La ilicitud de la autoorganización del consumo de drogas, Revista Libertas Fundación Internacional de Ciencias Penales, nº1, 2013, 112-154.

¹⁸⁷ STS nº 887/2003, de 13 de junio establece concretamente esta sentencia en relación a ese síndrome de abstinencia que: “La Jurisprudencia ha considerado como supuesto excepcional de atipicidad de la conducta la de aquellas personas que sin contraprestación alguna hacen llegar a familiares próximos o allegados que se encuentran en prisión cantidades mínimas de drogas tóxicas con la finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia, debiendo subrayarse que estas donaciones constituyen, en principio, una conducta típicamente prevista en el artículo 368 CP, y por ello la falta de punibilidad de la misma tiene que referirse a supuestos mínimos y aplicarse de forma excepcional y restrictiva, justificándose cuando se pretende únicamente mitigar momentáneamente los sufrimientos propios del estado referido mediante la entrega de cantidades mínimas de droga, para su consumo inmediato y sin riesgo de difusión”. En esta línea STS nº 784/ 2007, de 2 de octubre; SAP de Badajoz (Sección 2) nº 18/2002, de 12 de diciembre; SAP de Madrid (Sección 5) nº 218/ 2011, de 17 de junio.

- b. Por otro lado, hay quienes consideran que se pretende con ello propiciar la deshabituación y suministro de dosis decrecientes¹⁸⁸.
 - c. Y por último, otros estiman que persigue evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad¹⁸⁹.
- 4) El **destinatario debe ser adicto**, ya que se entiende que esta condición es lo único que justifica la necesidad o la finalidad de las conductas. Con la concreción del destinatario se evita que exista una posibilidad de difusión de la droga.
- 5) **Cantidad mínima**, puesto que se estima que solo una pequeña dosis a un adicto por parte de un familiar es compatible con la idea de evitar males mayores, es decir, ayudarle a paliar el síndrome de abstinencia, ya que cuantas más cantidades de drogas, más fuerza coge la idea de entender que parte de esa cantidad va a ser destinada al tráfico. Existe una discusión doctrinal en torno a cómo debe ser entendida esa cantidad:
- a. Atender al baremo de la dosis diaria elaborado por el INTCF¹⁹⁰.

¹⁸⁸ STS nº 1799/1993, de 15 de julio relata el supuesto en el que: “El hermano de un consumidor de heroína en grado intenso y avanzado, hasta el punto de que había abandonado a su mujer e hijo y que había sido echado de casa por su madre, fuertemente estimulado por la depravada situación en que se encontraba su hermano, contactó con varias personas que le aconsejaron pusiera en práctica un tratamiento deshabitador y llevando a efecto el mismo, lo recogió en su propia casa, le dio trabajo y le vigiló constantemente, dándole pequeñas dosis de heroína cuando la crisis de abstinencia era muy fuerte, las que iba distanciando en el tiempo y disminuyendo paulatinamente. [...] Dicha conducta no puede decirse que fuese destinada al tráfico sino todo lo contrario, pues su propósito final no era otro que apartar al mismo de la adicción a la droga que padecía, mediante el suministro paulatino y cada vez más espaciado, de pequeñas dosis del estupefaciente, y sólo en los períodos críticos de síndrome de abstinencia.” En el mismo sentido, SAP de Málaga (Sección 1) nº 177/2010, de 15 de mayo; SAP de Granada (Sección 1) nº 420/ 2013, de 24 de julio; SAP A Coruña (Sección 2) nº 407/ 2015, de 2 de julio.

¹⁸⁹ STS nº 1441/2000, de 22 de septiembre establece el supuesto en el que el procesado pretendía entregarle a una interna de un centro penitenciario 0,03 gramos de heroína, y 0,10 gramos de cocaína debajo del sello en dos cartas que le envió. Si bien las sustancias fueron interceptadas por los funcionarios de prisión y al mismo se le condenó como responsable de un delito de tráfico de drogas. Recurriendo la Sentencia, el TS entendió que el delito de tráfico de drogas regulado en el art. 368 CP, requiere de una acción dolosa, si bien la intención del favorecimiento o expansión de ese consumo, queda excluida en supuestos en los que el círculo cerrado en que se desenvuelve la conducta, o la mínima cuantía de la droga, así lo justifica. Aunque es difícil decir en síntesis cuáles son estos casos, podemos hacer los siguientes grupos de supuestos en que la doctrina de esta Sala viene pronunciando sentencias absolutorias: 1º. El suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, para procurar su gradual deshabituación, o en supuestos similares.”. En la misma línea SAP de Guadalajara (Sección 1) nº 1/2004, de 14 de enero; SAP de Valencia (Sección 1) nº 223/ 2007, de 16 de julio.

¹⁹⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, 2012, 26-27.

- b. Se debe aludir a la dosis terapéutica, inferior a la dosis diaria, que alude a la cantidad única y precisa que requiere el toxicómano para aliviar sus síntomas.

- 6) La **droga entregada debe ser consumida en presencia de quien la entrega**, para garantizar de este modo, que no se vaya a efectuar el tráfico de estas en un momento posterior¹⁹¹.

Para finalizar este apartado hay que tener en cuenta que también se consideraría atípica la posesión de droga para el consumo propio, pero esta conducta ya ha sido analizada con anterioridad, cuando se hizo alusión, a las conductas típicas, puesto que tal y como ya se explicó, “la posesión con aquellos fines” regulada en el tipo también era considerada como un acto incluido dentro de ese precepto, por lo que para explicar su atipicidad se remite a los indicios, y las explicaciones efectuadas¹⁹².

X. TIPOS AGRAVADOS DEL TRÁFICO DE DROGAS

El art. 369 CP prevé una serie de circunstancias cuya concurrencia determina la agravación de la pena del delito del art. 368 CP, las cuales serán analizadas a continuación. Si bien previamente a delimitar el ámbito de aplicación de cada una de ellas, así como el fundamento que justifica su naturaleza, conviene mencionar las dos reformas que ha sufrido este art. 369 CP. Así pues, la LO 5/2003 de 25 de noviembre equiparó dichos agravantes a la tendencia mundial consiste en castigar cada vez más duramente los comportamientos del tráfico de drogas, distribuyendo de forma diferente estas circunstancias a lo largo del articulado, pero además agravando los contenidos que en él se articulaban. Por su parte, la LO 5/2010 de 22 de junio, trajo consigo la supresión del ordinal 2 de este art., referente a la organización delictiva, pasando ahora a regularse en el nuevo art. 369 bis CP, que aglutina esta conducta de forma más coherente y actualizada, la cual será explicada con posterioridad. Además, dicha ley suprime también el ordinal 10, así como el apartado 2 del ya mencionado art. 369 CP.

Efectuadas estas puntualizaciones es necesario a su vez, mencionar las características comunes a todas estas circunstancias agravantes, entre las que se tendrán en cuenta las

¹⁹¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, 2012, 27.

¹⁹² Véase en el apartado IV. Tipo básico del art. 368 del CP, apartado e “Posesión con aquellos fines”.

siguientes: las mismas son circunstancias **agravantes específicas**, es decir, distintas de las reguladas en el art. 22 CP, por lo que únicamente serán de aplicación en aquellos casos, en los que se haya realizado por el sujeto activo, la **conducta subsumible en el tipo básico del art. 368 del CP**, que provoca que para poder apreciar estas, sea preciso que previamente se cumplan todos los requisitos objetivos y subjetivos del mismo.¹⁹³ Además, es necesario entender que **la potencialidad de la vulneración del bien jurídico protegido** (la salud pública), es lo que lleva a entender tal agravación, es decir, la mayor puesta en peligro del mismo es la justificación de la aplicación de este art¹⁹⁴. Si bien, por último, antes de entrar en el análisis específico de cada una de ellas, conviene destacar a su vez, la **imposibilidad de apreciar un concurso de delitos** entre el delito consumado del art. 368 CP y la tentativa del art. 369 CP, puesto que así lo ha establecido de forma unánime la jurisprudencia¹⁹⁵.

Aclaradas estas cuestiones, se seguirá la clasificación utilizada por PASTOR MUÑOZ¹⁹⁶ para explicar el contenido de este art. 369 CP, la cual distribuye o diferencia estas circunstancias en función de los siguientes parámetros: 1) Teniendo en cuenta las circunstancias del destinatario, 2) El lugar de comisión, 3) Sujetos activos, 4) Por razón del objeto material, 5) Por el modo de comisión de los hechos. Por lo tanto, partiendo de lo establecido en el art. 369.1 CP: “*Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias*”

▲ Atendiendo a las circunstancias del destinatario

- ✦ **Art. 369.1.4 CP:** “*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*”.

¹⁹³ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 208-213; MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas: Un estudio multidisciplinar, 2005, 127-131.

¹⁹⁴ Esta circunstancia es la que precisamente lleva a GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP; y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 26 a entender que es posible que el delito de tráfico de drogas, pase a ser un delito pluriofensivo, puesto que con la aplicación de estas agravantes en muchos casos lo que se pretende conseguir no es más que la protección de otros bienes jurídicos distintos, por ejemplo, la libertad de elección (en el caso de que sean toxicómanos... o por otro lado, la integridad física o la vida).

¹⁹⁵ STS nº 110/2013, de 12 de febrero; SAP de León (Sección 3) nº 64/ 2001, de 27 de julio donde se enjuicia el supuesto en el que una persona quería introducir drogas dentro del centro penitenciario de Mansilla, si bien esta fue interceptada antes de poder llevarse a cabo tal acción, el Tribunal en este caso, declaró haber una tentativa del art. 369 CP, y no un delito consumado del art. 368 CP; SAP A Coruña (Sección 1) nº 121/2016, de 29 de febrero.

¹⁹⁶ PASTOR MUÑOZ en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÈS I VALLES (coord.), Lecciones de DP PE, 4ª ed., 2015, 277.

Por lo tanto, en base a lo expuesto en el ordinal cuarto de este art. es necesario partir de que en aquellos supuestos en los que las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, se faciliten a menores, se impondrá la pena superior en grado. Ahora bien, es necesario matizar o aclarar qué debemos entender por menores, así como por disminuidos psíquicos o personas sometidas a tratamiento de deshabitación.

En este sentido serán menores todos aquellos que no hayan alcanzado la edad de 18 años, puesto que así lo ha dispuesto el art 12 de la CE. La doctrina científica explica o establece concretamente que es indiferente si el menor se ha iniciado o no ya en el consumo de drogas, puesto que sea como sea se pone en peligro el bien jurídico protegido, así como lo que con esta agravante se pretende evitar¹⁹⁷, que será objeto de análisis a continuación.

En cuanto al concepto de disminuido psíquico es necesario aclarar que existen distintas opiniones doctrinales sobre cuál es el contenido concreto que se le debe dar a tal término. Por lo que, hay quienes¹⁹⁸ consideran que para interpretar ese concepto es necesario acudir a lo dispuesto art. 25 del CP¹⁹⁹, mientras que otros autores estiman que se consideraran tales, aquellas personas que presenten alguna carencia o minusvalía como consecuencia de su progresión intelectual²⁰⁰. SOTO NIETO²⁰¹ por su parte, entiende que será disminuido psíquico el sujeto que no pueda comprender la ilicitud del hecho o no pueda actuar conforme a esa comprensión.

Y por último, en cuanto a las personas sometidas a tratamientos de deshabitación, hay que aclarar que el precepto alude a aquellas personas que tienen su capacidad de decisión mermada por su condición de toxicómano. Si bien, la inclusión de este tercer

¹⁹⁷ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377, 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 25-27.

¹⁹⁸ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 232.

¹⁹⁹ Art. 125 CP: “A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

²⁰⁰ MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 134.

²⁰¹ SOTO NIETO, El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando, 1989, 120.

supuesto como circunstancia agravatoria de la pena, fue criticada por algunos autores²⁰² al estimar los mismos que este hecho, es decir, el ofrecimiento de droga a tales sujetos, podría subsumirse dentro del delito de lesiones del art. 147 del CP, por lo que no tiene sentido su calificación como posible agravante. Aún así, la aplicación de esta agravante no es automática sino que se requiere que el sujeto esté sometido a un tratamiento en el momento en el que se produce el hecho, por lo que es necesario explicar qué se entiende por tratamiento. Con carácter general se entiende por tal, aquel que haya sido autorizado administrativamente y con supervisión judicial, aunque se establece que es posible considerar este, como cualquier tipo de tratamiento, cuente o no con supervisión judicial y aunque no esté autorizado por la Administración, siempre y cuando tenga como finalidad única la deshabitación o rehabilitación del adicto, como puede ser un internamiento en el domicilio del mismo, con solicitud a sus familiares de que no le dejen salir. El problema que presenta este último tipo de tratamiento es la dificultad probatoria del mismo, con lo que nunca ha sido apreciado en la práctica²⁰³.

Para cerrar la interpretación de lo establecido en tal precepto, se debe por último explicar cómo debe ser interpretado el verbo facilitar al que se hace referencia. En este sentido, existen opiniones doctrinales contradictorias puesto que, hay quienes parten de que para considerar consumado el delito basta con que exista un ofrecimiento por parte del sujeto activo²⁰⁴, mientras que para otros, no es suficiente cualquier tipo de ofrecimiento o puesta a disposición sino que, haciendo una interpretación teleológica de la norma, se debe entender facilitar como la puesta a disposición de la sustancia de la que se trate al sujeto pasivo, lo que lleva a entender la entrega de aquella sustancia como un requisito esencial para entender consumado el delito²⁰⁵.

²⁰² EXPÓSITO LÓPEZ, El delito de tráfico de drogas, Revista de Derecho UNED, nº 10, 2012; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 2015, 20ª ed., 586-587.

²⁰³ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 24.

²⁰⁴ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 26; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 161-165; ÁCALE SÁNCHEZ, Salud pública y drogas tóxicas, 2002, 149; MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 145-148; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 237.

²⁰⁵ DÍEZ RIPOLLÈS, Tenencias político- criminales en materia de drogas. Jueces para la democracia, nº19, 1993. 38-59; REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 212.

En cuanto a la finalidad propia que lleva a considerar esta circunstancia como agravante, hay que partir de que tiene un doble fundamento, por un lado, el aumento del injusto que tiene lugar con la comisión del hecho bajo tales circunstancias, puesto que se incita al consumo al llamado colectivo débil, pero a su vez, se basa en que se debe preservar la finalidad preventiva que el Estado ostenta en torno a estos sujetos. Por lo que, serán las razones de política criminal y de justicia material las que exigen ofrecer una mayor protección a los sujetos que por sus circunstancias personales son más vulnerables²⁰⁶.

Para finalizar el análisis de este apartado, es preciso aludir al error en las circunstancias del tipo, o por su parte, a la aplicación o apreciación de la existencia de dolo eventual. Se trata por lo tanto, de aclarar en este sentido, que el desconocimiento de las circunstancias personales de estos sujetos por parte del actor del delito, no lleva necesariamente a la no aplicación de tal precepto, puesto que la jurisprudencia mayoritaria rechaza la existencia de error, al considerar que media dolo eventual, puesto que se entiende que el delincuente actúa con indiferencia respecto a estas circunstancias personales²⁰⁷.

▲ Por razón del lugar de comisión

✦ **Art. 369.1.3 CP:** *“Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.”*

Este segundo supuesto alude a la comisión de la conducta descrita en el art. 368 CP en un establecimiento abierto al público, por lo que en este sentido, previamente se debe explicar que se entiende por tal, considerando que es la propia jurisprudencia en las

²⁰⁶ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 214; MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 149-150; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 247; STS nº 150/2012, de 8 de marzo; STS nº 637/2015, de 29 de octubre; SAP Madrid (Sección 4) nº 268/2014, de 19 de mayo; SAP Sevilla (Sección 7) nº 19/ 2015, de 3 de marzo.

²⁰⁷ En este sentido, ATS nº 951/2007, de 17 de mayo, inadmite el recurso de casación contra la sentencia dictada por la AP de Sevilla, al entender que no cabe en estos casos apreciar un error de tipo, causado por el desconocimiento del autor de la condición de menor de uno de los integrantes de su propia banda, inadmitiendo la Sala el mismo al considerar que cabe en todo caso el dolo eventual, puesto que el mismo no llevó a cabo ninguna acción que permitiese conocer la mayoría de edad o no de este. En el mismo sentido se pronuncian algunas otras sentencias como STS nº 699/2002, de 15 de abril; STS nº 633/ 2011, de 7 de julio. Por el contrario, la STS nº 12/2004, de 20 de enero, absuelve a la acusada del delito del art. 369 CP al no apreciar la existencia de dolo eventual y sí el error de prohibición por razón de la edad; en el mismo sentido, STS nº 1610/ 2003, de 29 de diciembre; STS nº 713/ 2006, de 29 de junio; SAP Valencia (Sección 5) nº 1215/2013, de 8 de marzo.

diversas sentencias²⁰⁸ la que establece concretamente una definición de este. Autores como REY HUIDOBRO²⁰⁹ puntualizan esta cuestión matizando que no se precisa habitualidad aunque sí que el local esté abierto al público puesto que se entiende que es cuando puede producirse esa mayor difusión del tráfico, que es lo que realmente justifica o fundamenta esta agravación.

Si bien, para poder aplicar esta agravante se requiere un segundo elemento, afectante a la condición personal del sujeto activo, puesto que se considera que es necesario que la acción sea realizada por el responsable o el empleado del establecimiento del que se trate. Por lo tanto, se entiende por responsable aquella persona que desempeña misiones de encargo, garante o director teniendo estos la responsabilidad del funcionamiento del establecimiento²¹⁰. Por su parte, por empleado hemos de entender aquellos sujetos con los que existe una relación laboral, es decir, se trata de trabajadores por cuenta ajena en el establecimiento, ya sea camarero, relaciones públicas... Pero además tendrán la misma consideración aquellas personas con las que exista una relación material de dependencia del sujeto, donde este en ciertos casos ejerza la función del responsable del establecimiento²¹¹. Ahora bien, una parte de la doctrina entiende que es necesaria la existencia de un vínculo jurídico con el establecimiento porque, a juicios de estos autores, en otro caso, no sería aceptable con el principio de legalidad puesto que se precisa la utilización de esa condición, ya que la misma es la que aumenta la fragilidad del bien jurídico protegido²¹².

²⁰⁸ En cuanto al concepto de establecimiento abierto al público, la STS nº 1905/2002, de 14 de noviembre considera que se puede entender por tal aquel "local en el que existe una posibilidad indiscriminada de acceso y entrada al mismo por cualquier persona, conteniendo con cierta infraestructura y acondicionamiento". En este sentido, la STS nº 628/2014, de 6 de octubre considera un bar como un establecimiento abierto al público, en la misma línea SAP de Barcelona (Sección 8) nº 127/2012, de 22 de noviembre; SAP de Madrid (Sección 1) nº 321/2013, de 28 de junio; la STS nº 2046/2000, de 22 de noviembre entiende que también es un establecimiento abierto al público una tienda de ropa; en este sentido, SAP de Alicante (Sección 1) nº 854/ 2014, de 4 de noviembre; SAP Madrid (Sección 15) nº 327/ 2015, de 4 mayo.

²⁰⁹ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 218.

²¹⁰ MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 175; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 158.

²¹¹ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 54; MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 187.

²¹² REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 218 GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 162; EXPÓSITO LÓPEZ, El delito de tráfico de drogas, Revista de Derecho UNED, nº 10, 2012.

El fundamento que permite la aplicación de esta circunstancia deriva de la mayor dañosidad social que se produce por razón del lugar en el que se realizan las conductas típicas, debido a que en estos casos existe una mayor posibilidad de difusión de drogas, puesto que se puede hacer un ofrecimiento de la droga mucho más amplio. El peligro para la salud pública se multiplica en gran medida²¹³. Algún otro autor, parte de que además, esta conducta es aún más reprochable porque tras la apariencia de una normal explotación se establece un montaje ilícito, que condena aún más la acción por desviar el permiso de apertura de un local con fines de esparcimiento o utilidad del tráfico²¹⁴.

✦ **Art. 369.1.7 CP:** *“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.”*

La imposición de esta circunstancia está relacionada con la analizada ya en primer lugar, es decir, la referente a los sujetos pasivos, puesto que tiene el mismo fundamento, ya que lo que con la misma se trata es de evitar que las sustancias lleguen a determinados sujetos protegidos. Previamente a fijar concretamente la fundamentación que ha llevado a la inclusión de cada uno de estos lugares en el precepto, es necesario partir de la definición que se le puede dar a cada uno de ellos.

Por lo que, se entiende que centros docentes son los lugares destinados habitualmente a la enseñanza, ya sean públicos o privados, incluyendo desde los escolares hasta los universitarios o FP²¹⁵, aunque se debe apreciar la no consideración de los centros universitarios como centros docentes por algunos autores como GALLEGO SOLER²¹⁶. Por su parte, establecimiento o unidades militares son cualquier fracción del ejército que debe obrar sobre las órdenes de un solo jefe²¹⁷. En relación a los centros de deshabitación o rehabilitación hemos de determinar que se trata de aquellos centros en

²¹³ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 220; MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 197.

²¹⁴ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 33-34.

²¹⁵ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 214; MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 191; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 174.

²¹⁶ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 44-45.

²¹⁷ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 214.

los que se ofrecen varias terapias a los toxicómanos cuyo objetivo fundamental es ayudar a los mismos a superar el estado de abstinencia, y por consiguiente al consumo de drogas²¹⁸.

En cuanto al fundamento que justifica la apreciación de estas circunstancias como agravantes, conviene precisar que atendiendo a los centros docentes, la protección de los menores y los jóvenes, supone uno de los mayores retos a los que se enfrenta el Estado, puesto que en base a estas materias, los mismos suponen el colectivo más vulnerable, lo que hace que se trate de proteger y evitar el consumo o la iniciación al mismo, alejando la realización de estas conductas de los lugares en los que los mismos desarrollan sus actividades²¹⁹. En relación a los establecimientos penitenciarios hay que partir de que la fundamentación proviene de la concreta defensa y prevención de la institución militar²²⁰.

Por lo que se refiere a los centros de rehabilitación y deshabituación, podríamos remitirnos a lo ya estipulado en cuanto al criterio referido a los sujetos pasivos que lleva a considerar esta circunstancia como agravante, en el sentido de que se considera más reprochable que se incite el consumo, en aquellos lugares en los que concretamente se pretende desvincular a los sujetos que allí acuden.

Por último, en relación a la fundamentación en los establecimientos militares existe una discusión doctrinal en el sentido de que hay quienes consideran que esta conducta debe ser castigada en mayor medida porque se requiere proteger el propio orden y disciplina necesario en este²²¹. Por otro lado, autores como GALLEGO SOLER²²² entienden que la acción queda desvalorada suficientemente con las respectivas sanciones disciplinarias porque lo que el fundamento propio de estas conductas no es otro que la protección del bien jurídico protegido que se puede ver violentado en mayor medida por la comisión de las mismas.

²¹⁸ EXPÓSITO LÓPEZ, El delito de tráfico de drogas, Revista de Derecho UNED, nº 10, 2012.

²¹⁹ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 216.

²²⁰ MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 77, 195-198

²²¹ MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 199-201; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 159.

²²² GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 165.

En último sentido debe atenderse al criterio de proximidad al que hace alusión el precepto, para lo que será la Circular 2/ 2005²²³ de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, la que limite o restrinja la interpretación del mismo. MORANT VIDAL²²⁴ crítica la inclusión de este término puesto que afirma que la aplicación de esta agravante puede ser excesiva, ya que puede que se desarrollen estas conductas en las proximidades de dichos lugares, pero que el ánimo de las mismas no sea difundir el tráfico en estos, es decir, que se aplique la misma en supuestos en los cuales la comisión de estas acciones no guarden relación con tales centros.

▲ Atendiendo a los sujetos activos

✦ **Art. 369.1.1 CP:** *“El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.”*

Para apreciar esta agravante ha matizado la jurisprudencia la necesidad de que concurren dos requisitos, por un lado, que el **sujeto activo ostente una de las categorías en el tipo descritas**, es decir, sea autoridad, funcionario público, facultativo,

²²³ Establece concretamente la misma que: “En cualquier caso llama la atención la imprecisión del concepto "proximidades", que en sus contornos habrá de ser debidamente matizado a través de las resoluciones que se dicten por los órganos judiciales en los supuestos concretos que se sometan a su conocimiento.” Precisamente la dificultad que plantea la interpretación de este término, determinó que la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas en su sesión plenaria celebrada los días 18 y 19 de Noviembre del pasado año, se pronunciara en favor de conjugar la delimitación de la "proximidad" desde una perspectiva de carácter geográfico, con el elemento finalístico o tendencial consistente en que las conductas se realicen con el propósito de favorecer, promover o facilitar el consumo ilegal de drogas en tales centros o establecimientos. “Ahondando en la misma línea interpretativa, se debe, no obstante, concebir con mayor amplitud la finalidad pretendida por el precepto, que como se ha indicado está orientado no solamente a evitar el tráfico y consumo de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas dentro de los establecimientos o locales especialmente protegidos sino también los actos de promoción favorecimiento o difusión entre quienes por su cualidad personal acuden a dichos lugares y, en consecuencia frecuentan los alrededores de los mismos. Por todas estas razones, los Sres. Fiscales en orden a la aplicación de este subtipo deberán hacer una interpretación en la que se valoren elementos objetivos tales como la proximidad espacial en sentido estricto o la ubicación de los lugares especialmente protegidos en relación con otros edificios o núcleos de población cercanos, criterio éste de carácter relativo que puede ser diferente en cada caso y la incidencia que en los efectos del delito pueda tener dicha situación geográfica. Así, en ese sentido, la cualificación de proximidad en relación con cada uno de estos lugares será aplicable a aquel espacio en el que se proyecte la razón de la agravación y no el que meramente esté cercano en sentido puramente geográfico. Todo ello sin perjuicio de que, además, se constate efectivamente la concurrencia del elemento subjetivo del subtipo agravado, es decir el conocimiento por parte del sujeto activo de la situación de cercanía territorial y su aprovechamiento para potenciar el consumo en los lugares especialmente protegidos o por las personas que acuden a los mismos”.

²²⁴ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ALVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 187; EXPÓSITO LÓPEZ, El delito de tráfico de drogas, Revista de Derecho UNED, nº 10, 2012.

trabajador social, docente o educador, debiendo entenderse que las mismas suponen una lista cerrada, es decir, solo es apreciable esta agravante, para las profesiones en el precepto fijadas; pero además por otro lado, estos deben realizar está conducta punible (el tráfico de drogas) **en el ejercicio de sus funciones**²²⁵, entendiéndose por tal la actuación en el ámbito de su actividad regularmente encomendada para lo que el sujeto es competente²²⁶.

La interpretación que de estas profesiones debe hacerse lleva a que autores como REY HUIDOBRO²²⁷ remitan a lo dispuesto en el art. 24 del CP²²⁸ para llenar de contenido los términos autoridad o funcionario público. Si bien, utilizando también esta técnica de la remisión GUTIÉRREZ CASTAÑEDA afirma que para concretar qué se entiende por facultativo es preciso acudir a lo preceptuado en el art. 372.II del CP²²⁹.

Por otro lado, el término trabajador social debe aplicarse en aquellos supuestos en los que la conducta típica sea llevada a cabo por personas que tienen el cometido de ayudar o auxiliar socialmente a sujetos que los necesitan, como pueden ser menores o reclusos. Y por último, los docentes son sujetos que se dedican a la enseñanza, mientras que los educadores son aquellos que desarrollan o perfeccionan las facultades o aptitudes del niño o del adolescente para su perfecta formación adulta²³⁰.

En cuanto al término culpable, hay que distinguir la existencia de dos posturas doctrinales referentes a la definición del mismo puesto que, por un lado, hay quienes consideran que será el sujeto penalmente responsable de un delito con independencia

²²⁵ MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 169.

²²⁶ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 174-176.

²²⁷ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 246.

²²⁸ Art. 24 del CP: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

²²⁹ Art. 372.II del CP: “Se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.” Autores como REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 247 critican la inclusión de los psicólogos como facultativos entendiendo que dado que los mismos ni siquiera pueden recetar la ingesta de medicamentos, la finalidad del tipo, es decir, esa mayor facilidad de acceso a la droga, o el abuso de la posición que en estos casos se ostenta, no es apreciable para este tipo de sujetos.

²³⁰ MORANT VIDAL, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, 2005, 169-170; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 178 entiende que trabajador social y docente son lo mismo con lo que el establecimiento de esas dos profesiones en el precepto supone una reiteración.

del grado de participación personal²³¹, y por otro lado, existen autores que entienden que sujeto responsable es solo el autor del delito²³².

Si bien, en estos casos el fundamento de la agravación deriva del hecho de que se trata de personas que tienen un cometido de relevancia social y una exigencia de ejemplaridad, además debido a su condición personal pueden acceder más fácilmente a sustancias prohibidas, por lo que de todo ello se deduce un mayor desvalor de la acción que lleva a que se imponga la pena superior en grado²³³. Aunque, autores como GALLEGO SOLER²³⁴ parten de que el elemento común de estos sujetos y lo que justifica su agravación deriva del contacto directo que estos tienen con personas susceptibles de ser perjudicadas, además, en el caso de que se trate de un funcionario público o autoridad en realidad se está castigando la infracción de un deber, así como el abuso de poder de su posición.

A estos efectos además hay que tener en cuenta lo previsto en el art. 372 CP²³⁵ que impone penas concretas si las conductas descritas en el art. 368 CP, son llevadas a cabo por estos autores a los que se ha hecho alusión en este apartado, es decir, los descritos en el art. 369.1.1 CP.

✦ **Art. 369.1.2 CP:** *“El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.”*

²³¹ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 220; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 176-179; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 169.

²³² GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 212.

²³³ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 227., GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 179-182; EXPÓSITO LÓPEZ, El delito de tráfico de drogas, Revista de Derecho UNED, nº 10, 2012.

²³⁴ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 211.

²³⁵ Art. 372 CP: “Si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

La inclusión de esta agravante es discutida por la doctrina, debido a que autores como MUÑOZ CONDE²³⁶ consideran innecesaria su inclusión en el art. 369 del CP, puesto que se ha regulado de manera específica la participación en organizaciones criminales en el nuevo art. 369 bis de dicho texto legal. Si bien, otros autores como GUTIÉRREZ CASTAÑEDA²³⁷ consideran inconstitucional el precepto ya que, según la misma se castiga la participación en cualquier actividad organizada, entendiendo a su juicio que incluye incluso aquellas ajustadas a derecho, lo cual considera una limitación al ejercicio del derecho de libertad y de los derechos constitucionales.

Para esta autora se dividen en dos las conductas descritas en el tipo, por un lado, la participación en otras actividades organizadas, considerada en todo inconstitucional en base a lo ha expuesto anteriormente, y por otro lado, en la ejecución que facilite la comisión de un delito, para la cual plantea la duda sobre si estas ejecuciones deben referirse a actividades organizadas o no. En este sentido, entiende que se refiere el legislador a actividades no organizadas puesto que sino no habría diferencia entre lo fijado en el inciso primero y este. Por lo que, en torno a esto se pueden destacar dos supuestos: 1) Concurso medial entre el tráfico de drogas y el ilícito al que se refiere la actividad llevada a cabo por el sujeto cuya ejecución resultará favorecida por el tráfico o 2) Si la actividad constituye una legalidad se entiende inconstitucional el precepto, porque al igual que ocurre con la primera conducta descrita en este apartado, se estarían limitando los derechos constitucionalmente reconocidos.

El origen de la consideración de estas circunstancias como posibles agravantes de la pena, deriva del Convenio de Viena de 1988 que alude al delincuente que participe en otras actividades delictivas internacionalmente organizadas con referencia al terrorismo, tráfico de armas, trata de blancas o delincuencia análoga. Por lo que el fundamento del que parte el legislador para incluir la misma en este apartado del art. 369 CP se basa en la combinación de crímenes, que provoca que sea necesario aumentar el rigor represivo en torno a estas conductas, entendiendo que de este modo es más fácil lesionar el bien jurídico protegido puesto que se ordenan varias actividades ilícitas.

▲ Por razón del objeto material

²³⁶ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 2015, 20 ed., 586.

²³⁷ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ALVAREZ GARCÍA (dir.)/ ALVAREZ GARCIA/ MAJON-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 195.

✦ **Art. 369.1.5 CP:** *“Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.”*

La inclusión de esta circunstancia pretende hacer una diferenciación entre el pequeño traficante y el gran exportador que maneja ingestas cantidades de drogas y obtiene grandes beneficios, ya que en este último caso se aumenta de modo considerable el perjuicio a la salud, puesto hay una mayor puesta a disposición y consiguiente consumo de cantidades relevantes de droga²³⁸. Por lo que, si en los delitos de tráfico de drogas lo que se pretende evitar es la difusión de sustancias prohibidas, la punición de una mayor gravedad de estas sustancias se justifica en mayor medida en estos casos.

Si bien, la incógnita que se ha suscitado en torno a la aplicación de esta agravante deriva básicamente de la interpretación que debe de hacerse del término “notoria importancia”. Para llevar a cabo una correcta interpretación de este término es necesario tener en cuenta que se ha partido tanto de la calidad como de la cantidad de la droga aprehendida, siendo la suma de estos dos parámetros lo que ofrece un valor estimatorio de esa droga en el mercado. Partiendo de esta idea, hay que entender que es un Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo, concretamente el Acuerdo de 19 de Octubre de 2001 el que establece que la cantidad de notoria importancia se determinará a partir de las 500 dosis de consumo diario, precisándose concretamente en el mismo que es necesario reducir a pureza la sustancia salvo que se trate de hachís y sus derivados²³⁹. Con la elaboración de este Acuerdo se han dejado de lado las dudas y los problemas que planteaba la aplicación de esta agravante, puesto que era tachado por muchos autores como inconstitucional al entender los mismos que se violaba el principio de seguridad jurídica y de legalidad, ya que era el juez de forma totalmente arbitraria el que llenaba de contenido la expresión “notoria importancia”.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta además que 1) En supuestos en los que se plantee la cotitularidad de la droga, se ha delimitado por la jurisprudencia que el objeto de este delito (es decir, las drogas en sí) no es fraccionable por lo que se considera que será entendida como propiedad en sí para cada autor, no dividiéndose en ningún caso

²³⁸ SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 201-203.

²³⁹ Ver en el ANEXO I cuadro de cantidad de droga de notoria importancia.

entre ellos²⁴⁰, 2) Se tiene a su vez que deducir de esa cantidad aquella que el poseedor destine a su consumo propio, fijándose para ello en las posibilidades económicas del consumidor, el grado de adicción del mismo...²⁴¹ 3) Si existen varios paquetes, alijos o envases en los que se contienen distintos tipos de sustancias, para calcular la cantidad de droga que se ha incautado es necesario obtener la media aritmética entre unas y otras sustancias²⁴².

✦ **Art. 369.1.6 CP:** “*Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.*”

La mayor potencialidad lesiva como consecuencia de las adulteraciones, manipulaciones y mezclas que se pueden provocar en los sujetos consumidores, es lo que ha llevado al legislador a introducir esta conducta como circunstancia agravante²⁴³. GALLEGO SOLER²⁴⁴ parte de que es el objeto material la razón por la cual se tipifica

²⁴⁰ ATS nº 1799/2006, de 12 de septiembre fija que: “El argumento que centra ambos recursos no es otro sino el de negar que actuaran conjuntamente, lo que determinaría la imposibilidad de aplicación de la hipótesis agravada de haber transportado droga en "cantidad de notoria importancia", pues mientras que Eloy llevaba un total de 658'5 grs. de cocaína, con una riqueza del 72'2%, Sandra llevaba 510'7 grs. de cocaína, con una riqueza del 76'6%, insuficientes una y otra cuantía, por separado, para la apreciación de aquella hipótesis, que requiere una cantidad, tratándose de cocaína, de 750 grs.

Pues bien, la cuestión planteada por los recurrentes incurre manifiestamente en ausencia de fundamento, pues según el resultado de la prueba la droga "era portada de común acuerdo por los procesados para su ilícita distribución y venta a terceras personas", es decir, hubo un concierto entre ambos acusados para traer la droga a España desde México, lo que efectivamente tuvo lugar, repartiéndose a tal efecto el porte de la misma, en las cuantías antes mencionadas, que trajeron en unas fajas ocultas en su ropa.

Se trató, pues, de una actuación conjunta por parte de ambos acusados, compartida, luego de una actuación propia de una coautoría, razón por la que el Tribunal de instancia no pudo concluir sino afirmando que ambos transportaban conjuntamente la sustancia estupefaciente y que, por tanto, la responsabilidad de cada uno de ellos se debía extender al total de la droga intervenida: 866'63 grs. de cocaína pura”; STS nº 804/2014, de 27 de noviembre establece que: “ha precisado esta Sala que se deben sumar para apreciar la agravación las distintas sustancias, aunque cada una en particular no supere el quantum señalado para cada droga .Y que no puede fraccionarse la cantidad de estupefaciente, dividiéndola por el número de intervinientes, a fin de que cada fracción se considere objeto de un delito independiente, cuando aquellos vienen conceptuados como coautores, acusándose una acción unitaria y una tenencia compartida”.

²⁴¹ STS nº 1660/2002, de 9 de octubre; STS nº 248/2002, de 9 de diciembre; STS nº 1113/2004, de 9 de octubre; STS nº 138/2006, de 31 de enero; STS nº 875/2014, de 23 de noviembre.

²⁴² STS nº 464/2008, de 2 de julio establece que “en casos como el actual, en que se intervienen dos sustancias de las que causan grave daño a la salud, ello no impide la acumulación de las sumas intervenidas, previa la corrección proporcional correspondiente, puesto que la notoria importancia se refiere a la calificación así establecida por el legislador, de forma que no es posible considerar fragmentariamente las distintas sustancias subsumibles en la misma, sino que deberán acumularse previa la operación aritmética oportuna, pues el bien jurídico protegido no se compadece con una alternativa distinta”; STS nº 219/2012, de 22 de marzo.

²⁴³ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) El delito de tráfico de drogas, 2008, 168-171 entiende que es perfectamente posible fundamentar la aplicación de esta agravante, en el mismo sentido o teniendo en cuenta la idea que lleva a diferenciar entre las denominadas drogas blandas y drogas duras.

²⁴⁴ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 166.

en mayor medida esta conducta, puesto que afirma que lo que se pretende proteger es la seguridad de un determinado grupo de consumidores, que hace que existan dos conductas reprochables en esta acción: 1) Puesta en peligro del consumidor ya que el consumir drogas de baja pureza pone en mayor peligro su vida; 2) El animus perseguido por los narcotraficantes, que no es otro más que reducir la calidad de la droga, además de la cantidad de la misma en las ventas, provocando de este modo que se puedan adquirir más veces, logrando un mayor beneficio económico.

Hay que tener en cuenta que cuando el precepto alude al término adulteración o manipulación no se está refiriendo en ningún caso a la mezcla de la droga con otras sustancias cuando el objetivo de la misma sea cortarla o favorecer su absorción por el organismo. A su vez, tampoco se aplicará esta circunstancia en aquellos casos en los que la droga sea de tal alta pureza que la convierta en altamente lesiva o incluso letal²⁴⁵.

Por lo tanto, el término adulterar para algunos autores debe ser entendido como viciar, falsificar o cambiar una cosa, o no suministrar los géneros (en este caso la droga), conforme a su debida ley mientras que el término manipular será operar el objeto de este delito con las manos o con cualquier otro instrumento. Si bien mezclar sería juntar o incorporar una cosa con otra²⁴⁶. La falta de aclaración que permita distinguir cuando se está llevando a cabo cada conducta lleva a que una parte de la doctrina²⁴⁷ estime necesario remitirse a lo previsto en los arts. 364²⁴⁸ y 365²⁴⁹ del CP para darle contenido a dichos términos.

En base a lo expuesto se puede deducir que los requisitos que se exigen para apreciar esta circunstancia son que el principio activo de la droga se encuentre alterado en su cantidad y calidad, así como la necesidad de que dicha adulteración produzca un mayor peligro para la salud del consumidor.

²⁴⁵ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 230, entiende que cabe apreciar en estos casos un posible concurso ideal de delitos, fijando que será necesario atender a los criterios generales de imprudencia o importación objetiva para determinar la posible asunción por el sujeto de la responsabilidad por la muerte acaecida.

²⁴⁶ GALLEGO SOLER, Los delitos de tráfico de drogas II, Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, 1999, 175.

²⁴⁷ REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, 1999, 239; SEQUEROS SAZATORNIL, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, 2000, 174-175.

²⁴⁸ Art. 364 del CP: “El que adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas [...]”.

²⁴⁹ Art. 365 del CP: “Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables [...]”.

▲ Por razón del modo de comisión de los hechos

- ✦ **Art. 369.1.8 CP:** “*El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho.*”

La inclusión de tal circunstancia dentro del tipo del art. 369 CP, deriva del Convenio de Viena de 1988, si bien la interpretación que del mismo se realiza debe ser entendida en torno a lo que establece la Circular 2/2005 sobre la reforma del CP en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, que establece que “La utilización de armas se encuentra definida en sentido amplio, abarcando tanto el uso como la mera exhibición, si bien debe hacerse notar que el arma jurídicamente relevante a los efectos de la aplicación de este subtipo agravado, al no incorporarse en el mismo alternativamente otros instrumentos peligrosos, como ocurre en otros tipos delictivos como el robo, ha de operar necesariamente en un ámbito más reducido”. Se establece además en la misma, que para que el tipo sea apreciable se requiere que el uso de armas o violencia, está “directamente” destinado a la comisión del delito, es decir, a asegurar la realización de los actos de cultivo, elaboración, tráfico...

Son precisamente estas cuestiones las que llevan a que autores como MUÑOZ CONDE critiquen la incorporación de esta circunstancia como agravante puesto que considera que el uso de armas deberá ser entendido como un delito independiente a castigar con el correspondiente concurso si ese empleo de armas o violencia da lugar a la comisión de otros delitos²⁵⁰.

i. Pertenencia a una organización criminal

La regulación concreta referente a la pertenencia a una organización criminal en relación con el tráfico de drogas encuentra su regulación en el art. 369 bis CP²⁵¹, el cual constituye un agravante del tipo básico de tráfico de drogas del art. 368 del mismo Código.

²⁵⁰ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 2015, 20ª ed., 587.

²⁵¹ Art. 369 bis del CP: “Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos”

Ahora bien, para determinar qué debemos entender por organización delictiva, es preciso acudir según la jurisprudencia²⁵² a lo preceptuado en el art. 570 bis.1 CP que alude a organización criminal entendiéndose que es tal: “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”.

El fundamento básico que provocó la inclusión de estas actuaciones como un tipo más agravado del art. 368 CP derivó, puesto que así lo entiende la jurisprudencia, de una mayor capacidad de agresión al bien jurídico protegido, porque facilita y provoca el aumento de la potencialidad lesiva de estas conductas delictivas, ya no solo por los medios que poseen estas organizaciones para la comisión de los delitos, sino también porque pueden realizar operaciones de mayor envergadura²⁵³.

Por lo tanto, aclarado el fundamento básico de la regulación de esta conducta, es preciso determinar concretamente cuáles son los requisitos que han de darse para que podamos hablar de organización delictiva, y es por ello que la jurisprudencia²⁵⁴ reiterada establece que estos serán concretamente los siguientes: 1) Existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; 2) Empleo de medios de comunicación no habituales; 3) Pluralidad de personas previamente concertadas; 4) Distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; 5) Existencia de una coordinación; 6) Estabilidad temporal o suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido, esto es, una “mínima permanencia” que permita integrar en el concepto de organización a las que detentan un carácter transitorio.

En cuanto a estos requisitos autores como MÉNDEZ RODRÍGUEZ²⁵⁵ señalan que será preciso para poder hablar de organizaciones criminales que: 1) Estén constituidas al

²⁵² STS nº 732/2012, de 1 de octubre; STS nº 495/2015, de 29 de junio; SAP de Alicante (Sección 10) nº 152/2015, de 2 de abril; SAP Cádiz (Sección 3) nº 277/2015, de 30 de septiembre; SAP de Madrid (Sección 4) nº 588/2015, de 30 de diciembre.

²⁵³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial, Estudios Penales y Criminológicos, 2014, 511-560.

²⁵⁴ STS nº 899/ 2004, de 8 de julio; STS nº 116/2004, de 22 de octubre; STS nº 780/2013, de 25 de octubre; STS nº 841/ 2014, de 9 de diciembre.

²⁵⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Los delitos de pertenencia a organización criminal y grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial, Estudios Penales y Criminológicos, 2014, 511-560.

menos por tres personas, lo que hace que se trate de un delito plurisubjetivo, sin que sea necesario que se acredite un contacto personal entre los integrantes del grupo, bastando solo con la actuación concertada por más de dos personas, siempre que dicha concertación esté dirigida a la perpetración de delitos; 2) Las personas que pertenezcan a esta organización han de realizar los delitos descritos en el art. 368 CP; 3) La organización ha de tener un carácter estable de manera que el acuerdo concertado sea duradero y no puramente transitorio; 4) Debe existir de manera concertada y coordinada un reparto de tareas o funciones con el fin de cometer delitos, lo cual lleva según este autor, a que sea necesario contar con una infraestructura capaz de realizar un plan criminal, que se plasma o se caracteriza en la mayoría de los casos en que existan relaciones de jerarquía y disciplina entre sus miembros y 5) El delito debe ser cometido como una actividad de la organización.

Junto a estos requisitos que delimitarían la existencia de una organización criminal es preciso comprobar antes de aplicar la agravante descrita en el art. 369 CP, la pertenencia a la organización delictiva de la que se trate, para lo cual, no es suficiente la mera colaboración con la misma, sino que se debe ser miembro de esta, por lo que a estos efectos podríamos definir como miembro a aquellas personas que conocen y comparten el objetivo de la organización y contribuyen de diversas formas a su mantenimiento, formando parte de su estructura a través del desempeño de alguna función²⁵⁶.

ii. Responsabilidad de las personas jurídicas

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con el tráfico de drogas fue introducida con la LO 5/2010 de 22 de junio, pasando a regularse en los últimos párrafos del art. 369 bis CP²⁵⁷.

²⁵⁶ JARAMILLO RESTREPO en: POSADA MAYA (cord.), Discriminación, principio de jurisdicción universal, y temas de derecho penal, 2013, 133-147; STS n° 55/2010 de 26 de enero; STS n°313/2014 de 2 de abril.

²⁵⁷ Art. 369 bis 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:
a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

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

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

Antes de entrar en el análisis concreto de lo establecido en este precepto se tiene que partir del hecho de que se ha fijado un sistema cerrado de delitos en los que se puede declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que así precisamente lo establece el art. 31 bis CP²⁵⁸ que se refiere “a los supuestos previstos en este Código” siendo, el tráfico de drogas uno de ellos.

Por lo tanto, aclarado el fundamento que permite enjuiciar y condenar a personas jurídicas por la comisión de estos delitos, conviene aclarar que se entiende por tal, para lo que algunos autores²⁵⁹ remitiéndose a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001 señalan que es preciso acudir a lo dispuesto en la Circular de la legislación civil, mercantil y al derecho societario²⁶⁰ y al art. 129 de dicho Código²⁶¹, aplicable para entes colectivos que carezcan de personalidad jurídica para llenar de contenido este concepto.

²⁵⁸ Art. 31 bis CP: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:[...]

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos [...].”

²⁵⁹ Esta información se ha obtenido de la página web: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10463-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-delito-de-trafico-de-drogas/> consultado el día 18 de mayo de 2016.

²⁶⁰ Circular 1/2001 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010

²⁶¹ Art. 129 CP: “ En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.”

A estos efectos conviene tener en cuenta la reciente STS nº154/2016 de 29 de febrero ya que la misma presenta una gran importancia en relación con lo tratado en este apartado, puesto que condena por primera vez a una persona jurídica por delito de tráfico de drogas.

El supuesto de hecho del que parte la misma se refiere a la intervención de tres empresas, destinadas a la exportación de maquinaria, en actividades relacionadas con el tráfico de drogas, donde se encontraron entre las máquinas propiedad de dichas empresas un total de 1650,5 Kg. Estos hechos fueron enjuiciados por la AN condenando a las mismas por un delito contra la salud pública, quebrantamiento de medida cautelar y falsificación de documento oficial.

Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, motivándose el mismo en torno a las siguientes ideas: 1) Vulneración de la presunción de inocencia del art. 24 de la CE y 2) Vulneración del derecho de defensa.

Ante tales argumentos, el TS estimó la responsabilidad de la persona jurídica porque 1) Se comete por las empresas acusadas uno de los delitos integrantes en las infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal, en este caso delito contra la salud pública inventariado a tal efecto en el art. 369 bis CP, y a su vez, falta el necesario control para evitar la comisión de tráfico de drogas que se exige según la ley²⁶² y 2) Las personas

²⁶² Establece en este sentido concretamente el TS en la sentencia citada que: “El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica. [...] El núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma. la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en las empresas XXX hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica”.

físicas autoras del delito son integrantes de la persona jurídica, como administradores de hecho y de derecho²⁶³.

²⁶³ En este caso estableció el TS en la sentencia citada que: “La tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno, sino en esa existencia de la infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propia a la jurídica”.

XI. CONCLUSIONES

Una vez desarrollados los apartados del trabajo, analizadas las distintas posturas de cada uno de los autores sobre los temas o cuestiones tratados, así como la posición tomada por los Tribunales en los casos enjuiciados, se pueden establecer como conclusiones las siguientes:

- 1) *Problemática conforme a la regulación.* A lo largo del desarrollo del trabajo he podido observar cómo el delito de tráfico de drogas es complejo debido fundamentalmente a dos cuestiones básicas, de un lado, existe un problema en cuanto a la determinación concreta sobre qué se entiende por droga, sustancia estupefaciente o psicotrópica, donde las posiciones doctrinales son diversas conforme al contenido que a estos términos se le puede dar, ya que hay quienes consideran que se debe acudir a lo dispuesto en normas extrapenales para fijar el mismo, mientras que otros autores avalan por recoger el significado que de este término ofrece la OMS. De otro lado, la constante aparición de nuevas drogas, adquiriendo en este sentido gran importancia las llamadas drogas de diseño, que provocan que sea aún más difícil regular las conductas cometidas utilizando este tipo de sustancias, puesto que sufren una evolución constante que no puede seguirse desde un punto de vista normativo, sumándole a este hecho el problema de que en ciertos casos la aparición de las mismas se encuentra relacionada con la investigación de nuevos fármacos que hacen resurgir los debates existentes sobre la necesidad de legalizar ciertos tipos de drogas.

- 2) *Evolución histórica del delito de tráfico de drogas.* El delito de tráfico de drogas es una conducta que ha sido regulada a lo largo de más de un siglo, donde los problemas que la adición a la misma provoca fueron detectados ya desde principios del siglo XIX, con lo que la fiscalización de las conductas de este delito han sido una cuestión importante a tratar, ya no solo a nivel nacional, sino también internacional donde, como se ha podido observar a través de la realización del trabajo, son numerosos los textos internacionales referidos a estas cuestiones, destacando en la actualidad, la normativa reciente de la UE, cuyo objetivo básico es armonizar la regulación de cada legislación a fin de lograr de este modo objetivos comunes.

- 3) Regulación omnicomprendiva del delito de tráfico de drogas. El Estado pretende fiscalizar cada una de las actuaciones que engloban el tráfico de drogas, puesto que tal y como se ha analizado a lo largo del trabajo, el art. 368 CP regula de manera amplísima este, considerando que cualquier conducta relacionada con el tráfico de dicha sustancia trae consigo la comisión de un delito, ya que se penalizan incluso las actuaciones que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten” el tráfico de drogas, lo que tiene consecuencias tales como que la apreciación de un grado de participación distinto al de la autoría sea muy complejo, así como el hecho de que pueda darse otro grado de ejecución diferente al de la consumación del delito, dado que incluso la propia posesión mediata de droga supone ya una conducta consumada, pues así lo ha fijado la jurisprudencia, estimando que es suficiente un acuerdo de voluntades entre las partes para que así sea.

Esta segunda idea se puede relacionar con lo anteriormente expuesto, debido a que la influencia que a nivel internacional se ejerce en este caso ha llevado a que el legislador español modifique en ciertos casos la regulación de estas conductas adaptándolas al contexto internacional de cada momento, y provocando una regulación detallista, concreta y en conclusión demasiado extensa del delito de tráfico de drogas. Todo ello genera que, dado el carácter fiscalizador que tanto a nivel nacional e internacional se pretende conseguir, se endurezcan cada vez más las penas impuestas por la comisión de este delito.

- 4) Importancia del bien jurídico protegido. Es precisamente el bien jurídico protegido el eje o el objetivo propio seguido por el legislador una vez que regula una determinada conducta como típica. En este tipo de delitos, ya el propio Capítulo III del Título VIII del CP, en el que se encuentra ubicada la regulación del delito objeto de análisis, establece cuál es el mismo: la salud pública. Si bien, es diferente el significado que a este concepto le atribuyen los distintos autores, aunque de forma mayoritaria tanto por la doctrina como por la jurisprudencia se estima que el mismo no es otro más que la suma de las salud individuales, y no ya la del propio consumidor.
- 5) Conductas atípicas. Precisamente el bien jurídico protegido por ese delito es lo que lleva a que se tenga en cuenta o se pueda apreciar la comisión de ciertas

conductas como atípicas, siempre y cuando se den los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para ello, puesto que el objetivo propio del delito no es ofrecer una protección concreta de la salud del consumidor, sino de la colectividad, que se verá dañada por los problemas sociales, económicos y delictivos que el consumo de drogas y la adicción a este tipo de sustancias, genera.

La fundamentación de la exclusión de conductas como típicas, como son por ejemplo, el consumo compartido, entregas compasivas, o la posesión para el consumo, deriva de que en esos casos no existe un peligro común de difusión de terceros, elemento básico que marca el carácter delictivo propio del art. 368 CP, por lo que la carencia de trascendencia penal que de estas conductas se desprende lleva a la despenalización de las mismas. Todo lo cual provoca que sea la propia interpretación teológica del tipo la que marque el carácter típico o atípico de estas conductas.

- 6) La protección de ciertos colectivos de personas por el Estado y otras circunstancias que agravan la pena. La posición protectora que el Estado adopta conforme a ciertos colectivos de personas se recoge en lo previsto en el art. 369 CP referente a las circunstancias agravantes que marcan o fijan que la pena impuesta en el tipo básico se vea agravada por la concurrencia de alguno de los supuestos que en el mencionado precepto se citan. La fundamentación concreta que lleva a agravar la pena se debe, en primer término, a la protección de ese colectivo de sujetos más débiles, como son los menores, los discapacitados necesitados de especial protección o las personas sometidas a tratamiento de deshabitación, que también se incluyen dentro de este grupo por razón de la materia objeto de estudio, ya que son personas que por su adicción ven reducida su capacidad de decisión. En segundo lugar, también a casos en los cuales la difusión de la droga, la cantidad de la misma o el propio lugar en el que se cometen estas acciones ponen en riesgo el bien jurídico protegido al que ya se ha aludido en diversas ocasiones.
- 7) Pertenencia a una organización criminal. La pertenencia a una organización criminal en la comisión del delito de tráfico de drogas anteriormente se

encontraba regulada como una circunstancia que marcaba la agravación de la pena en base a lo previsto en el art. 369 CP, si bien, tras la modificación del CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, pasó a regularse en el art. 369 bis CP, entendiéndose la doctrina unánime que es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 571 CP para llenar de contenido el término organización criminal. La base que provoca la regulación aislada de esta materia, como una conducta aún más agravada del delito de tráfico de drogas se debe, de nuevo, a influencias internacionales que tienen como base u objetivo reducir la delincuencia organizada que ha aumentado considerablemente en los últimos años, con lo que una vez más se deja latente la necesidad de coordinar y armonizar las legislaciones estatales a fin de conseguir erradicar problemas comunes que se plantean en todos los Estados, fundamentalmente aquellos que pertenecen a la UE.

- 8) Responsabilidad de las personas jurídicas. La LO 5/2010, de 22 de junio encargada de modificar el CP superó el principio *societatis no delinquere*, estableciéndose concretamente en el art. 369 bis CP, la responsabilidad penal para las personas jurídicas en cuanto a la comisión del delito de tráfico de drogas, partiendo de lo dispuesto en el art. 31 bis CP que impone como requisitos para que se pueda apreciar dicha responsabilidad penal, la necesidad de que existe un “hecho de conexión” con la actuación de la persona física en la comisión del delito, así como que se hayan adoptado las medidas necesarias en la entidad jurídica de la que se trate, para que reduzca o evite el riesgo de comisión de delitos. Ese propio art. excluye la responsabilidad penal de ciertas entidades como son aquellas que ejerzan potestades públicas, siendo por lo tanto penalmente responsables únicamente las entidades de derecho privado con personalidad jurídica reconocida legalmente.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ▲ ÁCALE SÁNCHEZ, María, Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ▲ AÑÓN CALVETE, Juan, El consumo compartido de drogas, página web: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Consumo-compartido-drogas_11_856555003.html consultado el día 26 de abril de 2016.
- ▲ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 1999.
- ▲ ARROYO FERNÁNDEZ, Amparo, Drogas de diseño en el ámbito judicial, Revista de Medicina Integral, Volumen 41, nº 2, 2003 página web <http://www.elsevier.es/es-revista-medicina-integral-63-articulo-drogas-diseno-el-ambito-judicial-13045404> consultado el día 27 de abril de 2016.
- ▲ BELTRÁN BALLESTER, Enrique, Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas, Autor Editor, Madrid, 1990.
- ▲ BRUN GÓNZALEZ, Drogas de diseño y nuevas sustancias psicoactivas legales, Revista Espolea, página web: <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/ddt-nuevasspa.pdf>, consultado en la fecha 3 de enero de 2016.
- ▲ CALDERÓN CEREZO, Ángel, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 1ª edición, Deusto jurídico, 2005.
- ▲ CARMONA SALGADO, Concepción, Un estudio a través de los casos resueltos en: ZULGALDÍA ESPINAR, Jose María, /MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena (dirs.), Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ▲ COBO DEL ROSAL, Manuel, Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, Universidad de Valencia, Valencia, 1977.

- ♣ COMBA José, La justicia en manos de la ciencia. Revista Skopein, 2015, 20-96.
- ♣ CORROZA IÑIGO, Elena/ RUIZ de ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y contenido (1991-2008) Atelier, Barcelona, 2007.
- ♣ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, El marco normativo de las drogas en España, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1987, 368-443.
- ♣ DIÉZ RIPOLLÉS, Jose Luis, Tenencias políticos- criminales en materia de drogas. Revista jueces para la democracia, 1993, 38-59.
- ♣ DIÉZ RIPOLLÉS, Jose Luis/ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, La ilicitud de la autoorganización del consumo de drogas, Revista Libertad Fundacion Internacional de Ciencias Penales, 2013, 112-154.
- ♣ DOPICO GÓMER ALLER, Jacobo, Los supuestos de atipicidad en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA Francisco Javier/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coords.) El delito de tráfico de drogas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 65-91.
- ♣ EXPÓSITO LÓPEZ, Ana, El delito de tráfico de drogas, Revista de Derecho de UNED, 2012, 91-124.
- ♣ FERNANDEZ OGALLAR, Beatriz, El Derecho Penal armonizado de la UE, Dykinson, Madrid, 2014.
- ♣ GALLEGO SOLER, Jose Iganacio, Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377, 378 CP y tratamientos jurisprudenciales, Bosch, Madrid, 1999.
- ♣ GARCÍA-PABLOS, Antonio, La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas políticos criminales, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1986.

- ▲ GRANADOS PÉREZ, Carlos, Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas, La Ley, Madrid, 2007.

- ▲ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana, Los tipos agravados en particular en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA Francisco, Javier/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coords.) El delito de tráfico de drogas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 161-223.

- ▲ JARAMILLO RESTREPO Juan David, Organizaciones criminales: Bases para una teoría general en: POSADA MAYA, Ricardo (coord.), Discriminación principio de jurisdicción universal y temas de derecho penal, Uniandes, 2013, 133-147.

- ▲ JOSHI JUBERT, Ujala, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del CP, Bosch, Barcelona, 1999.

- ▲ LUZÓN CUESTA, José María, Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. 12ª edición, Dykinson, Madrid, 2004.

- ▲ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 2016.

- ▲ MAJÓN-CABEZA OLMEDA Araceli El bien jurídico protegido. Otros intereses presentes en la tipificación. Delito de peligro abstracto en: ALVARÉZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA Francisco, Javier/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coords.) El delito de tráfico de drogas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 21-29.

- ▲ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2008.

- ▲ MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial, Edisoter S.L, Madrid, 2013.

- ▲ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José María, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, Bosch, Barcelona, 2012.
- ▲ MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, Los delitos de pertenencia a organización criminal y grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial, Revista Estudios Penales y Criminológicos, 2014. 511-560.
- ▲ MOLINA PÉREZ, Teresa, Elemento jurídico objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Revista Anuario Jurídico y económico esculiarense, 2005, 93-116.
- ▲ MOLINA MANSILLA, María, Evolución de la normativa española en materia de tráfico de drogas durante el siglo XIX. Revista Anuario de la Facultad de Derecho, 2005-2006, 154-205.
- ▲ MORANT VIDAL, Jesús, El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, Práctica de derecho, Valencia, 2005.
- ▲ MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, La delincuencia organizada y el delito de tráfico de drogas en: MORILLAS CUEVAS (cord.) Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines, Dykinson, Madrid, 2003, 25-27.
- ▲ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ▲ NAVARRO BLASCO, Eduardo, La reforma en materia de delitos contra la salud pública, arts. 368, 369, 369 bis y 370 CP en: QUINTERO OLIVARES (dir.) La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, Aranzadi, Barcelona, 2010.

- ▲ NUÑEZ PAZ María Isabel/ GUILLÉN LÓPEZ, Germán, Moderna Revisión del delito de tráfico de drogas: Estudio actual del art. 368 del CP. Revista Penal, 2008.
- ▲ PASTOR MUÑOZ, Nuria, El delito de tráfico de drogas en: SILVIA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.)/ RAGUÉS I VALLES, Ramón (coord.) Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 4º Edición, Iustel, Madrid, 2015, 275-279.
- ▲ PEDREIRA GÓNZALEZ, Félix María Actos de cultivo, elaboración y tráfico en: ALVARÉZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA Francisco, Javier/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coords.) El delito de tráfico de drogas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 29-42.
- ▲ PIETRO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, El delito de tráfico y consumo de droga, Bosch, Madrid, 1986.
- ▲ REY HUIDOBRO, Luis Fernando, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ▲ REY HUIDOBRO, Luis Fernando, La reforma del Código Penal por la LO 5/2010 de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas, Revista Aranzadi Doctrinal, 2010, 149-164.
- ▲ RODRIGO LUELMO, Francisco José, El crimen organizado en Europa: una gran amenaza para la seguridad y orden público, Revista Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, 2009, 33-41.
- ▲ RODRÍGUEZ DEVESA, Jose María, Derecho Penal, Parte Especial, 11 edición, Dykinson, Madrid, 2002.
- ▲ SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, La Ley, Madrid, 2000.

- ▲ SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ SERRANO MAÍLLO, Alfonso, El delito de tráfico de drogas en: SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ SERRANO MAÍLLO, Alfonso/ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/ VÁZQUEZ GÓNZALEZ, Carlos, Curso de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2015.
- ▲ SOTO NIETO, Francisco, El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando, Trivium, Madrid, 1989.
- ▲ SOTO NIETO, Francisco, El delito de tráfico de drogas y la continuidad delictiva, Revista la Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 1999, 2016-2017.
- ▲ SOTO NIETO, Francisco, El delito de tráfico de drogas y el estado de necesidad, Revista La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2000, 1692-1694.
- ▲ www.herreroabogados.com/word/Drogas.pps, consultada el día 28 de diciembre de 2015.
- ▲ <http://www.undrugcontrol.info/es/control-de-drogas-de-la-onu/jife>, consultada el día 4 de enero de 2016.
- ▲ https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/bulletin/2007/Century_of_Drug_Control-S-WEB_FILE.pdf, fecha de consulta 7 de enero de 2016. Alude al Boletín oficial de estupefacientes, volumen 1 y 2, 2007, creado por la Oficina de NU contra la droga y el delito.
- ▲ http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Consumo-compartido-drogas_11_856555003.html consultado el día 26 de abril de 2016.
- ▲ <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10463-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-delito-de-trafico-de-drogas/> consultado el día 18 de mayo de 2016
- ▲ La jurisprudencia citada a lo largo del trabajo figura en el ANEXO II.