



Universidad de Valladolid

**Facultad de Derecho**

**Master en Abogacía**

**Delitos contra la salud pública: el  
delito de tráfico de drogas**

Presentado por:

***Elena Curiel Centenero***

Tutelado por:

***D. Bernard Frank Macera Tiragallo***

*Valladolid, 13 de enero de 2021*



## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>1.1. TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 368 CP.....</b>	<b>6</b>
1.1.1. Regulación actual.....	6
1.1.2. Bien jurídico protegido.....	7
1.1.3. El elemento objetivo.....	10
1.1.3.1. Conductas típicas.....	10
1.1.3.2. Objeto material. ¿Qué son las drogas?.....	18
1.1.3.3. Cantidad típica. Límite entre delito y autoconsumo.....	22
1.1.3.4. Penalidad.....	24
1.1.4. El elemento subjetivo.....	27
<b>1.2. TIPOS AGRAVADOS.....</b>	<b>28</b>
<b>2. COMENTARIO SENTENCIA.....</b>	<b>35</b>
<b>2.1. HECHOS.....</b>	<b>35</b>
<b>2.2. RECURSO DE CASACIÓN.....</b>	<b>40</b>
2.2.1. Motivos que se alegan en el recurso de casación.....	40
2.2.2. Análisis jurídico de los motivos alegados.....	41
2.2.3. Fallo del Tribunal Supremo.....	49
<b>3. CONCLUSIONES.....</b>	<b>52</b>
<b>4. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>55</b>
<b>5. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>56</b>



# 1. INTRODUCCIÓN

En el presente Trabajo de Fin de Máster se pretende hacer un estudio del delito de tráfico de drogas por medio del análisis de una sentencia sobre un caso real del Tribunal Supremo.<sup>1</sup>

Es importante señalar que normalmente el tráfico de drogas suele ir asociado al consumo de estas sustancias. El uso indebido de estupefacientes, en tiempos pasados, no entrañaba gran problema social. Fue a partir de los años sesenta cuando se incrementó de manera alarmante y progresiva en el mundo occidental el consumo y tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Por tanto, se puede afirmar que la situación actual del tráfico y consumo de drogas es **uno de los mayores problemas de la sociedad**. En otros tiempos era habitual asociar este problema con sectores marginales de la sociedad, sin embargo, cada vez son más los grupos sociales que caen en estos hábitos. Son varias las razones que permiten concluir que el tráfico y consumo de drogas supone un problema social<sup>2</sup>:

- Genera una masa de beneficios económicos ocultos que, como consecuencia de la actividad ilícita y su blanqueamiento, terminan teniendo un gran peso en los centros de decisión económicos.
- Los Estados se muestran incapaces de poder controlar este dinero, que se mueve a gran velocidad. Además, se origina un gran desembolso económico para su prevención social.
- Este tipo de actividades generan trabajo no censado
- Se pone en peligro la salud de toda la sociedad con el fin de generar un beneficio injusto
- Uno de los mayores problemas es que capta a jóvenes, siendo muy difícil que consigan salir de estos hábitos.
- Aumenta la inseguridad ciudadana
- Resulta difícil mantener un control de estas actividades y su prevención es costosa.

Por otro lado, la **relación entre droga y delincuencia** es muy estrecha. Este tipo de sustancias, además de provocar graves daños a la salud, crean una gran dependencia y producen

---

<sup>1</sup> En aras de cumplir con las exigencias establecidas en la LO 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y Garantía de los derechos digitales, se sustituyen los datos reales del caso por datos ficticios.

<sup>2</sup> MOLINA PÉREZ, T: "La incidencia del narcotráfico en la sociedad actual" en *Anuario jurídico y económico Escorialense*, XXXIX, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2006, pg. 280-281.

toxicomanías. La toxicomanía tiene un carácter destructivo, aísla al consumidor, que cada vez necesita dosis mayores para sentir los mismos efectos. La situación de dependencia deriva en un aumento de la delincuencia, ya que es frecuente que las personas consumidoras de estas sustancias lleven a cabo delitos destinados a la obtención de los medios económicos necesarios para financiar su propio consumo. Además, este tipo de delitos suelen estar asociados con un índice de violencia elevado, debido al deterioro psíquico que sufren las personas consumidoras.

Por tanto, por medio de este trabajo se pretende hacer un estudio de este delito, cada vez más común en el mundo actual y, así, profundizar sobre diferentes cuestiones:

El trabajo comienza con una explicación del tipo básico del artículo 368 CP para conocer cuál es el bien jurídico protegido, las conductas consideradas ilícitas, el objeto material, el elemento subjetivo, el límite entre delito y autoconsumo y las penas con que se castigan estas actividades. Después, haré referencia al tipo agravado del artículo 369 del CP.

Por último, para poner en práctica todas estas cuestiones, efectúo un análisis de una sentencia real del Tribunal Supremo, centrándome en los motivos que se plantearon en el recurso de casación.

De esta manera, pretendo que queden claras las nociones básicas de esta figura delictiva y la manera en que se deben aplicar a supuestos que nos podamos encontrar en la vida real.

## **1.1. TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 368 CP**

### **1.1.1. Regulación actual**

La regulación del delito de tráfico de drogas ha ido evolucionando a lo largo de los años. En el ámbito de nuestro país, la regulación de este ilícito ha sufrido importantes modificaciones para poder adaptar las circunstancias penales a la realidad social o cultural del momento, así como a las necesidades derivadas de la participación de España en diferentes organismos internacionales y europeos y poder cumplir así las exigencias marcadas por estos.

Como consecuencia de la adhesión de España a la Convención de Viena de 20 de noviembre

de 1988, se llevó a cabo una reforma operada por la LO 8/1992, de 23 de diciembre (sobre el derogado Código Penal de 1973) que introdujo cinco nuevos artículos: 344 bis g) a 344 bis k), la entrega vigilada de drogas, el tráfico de precursores, la receptación específica y el comiso. Todo ello se introdujo en el vigente Código Penal de 1995, complementado por la Ley de Contrabando de 12 de diciembre de 1995 y por Convenios Internacionales. La última reforma en materia de tráfico de drogas se llevó a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, que pretende resolver los problemas de la individualización de la pena.

El delito de tráfico de drogas se encuentra regulado en el Capítulo III, Título XVII, Libro II del Código Penal, por lo que se encuentra dentro de los llamados “Delitos contra la Salud Pública”.

De esta manera, el **artículo 368 del Código Penal** regula el tipo básico del delito de tráfico de drogas estableciendo lo siguiente: *Los que ejerciten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines serán castigados con las penas de prisión de 3 a 9 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 1 a 3 años y multa del tanto al duplo en los demás casos.*

### 1.1.2. Bien jurídico protegido

Tal y como nos dice RODRÍGUEZ DEVESA: ***Todo delito implica necesariamente la lesión, o al menos la puesta en peligro de un bien jurídico protegido.***<sup>3</sup> Debe tenerse en cuenta el denominado principio de ofensividad, lesividad o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que puede entenderse como una implicación del Estado Social y Democrático de Derecho.

Como he dicho anteriormente, el delito de tráfico de drogas se encuentra regulado en el Capítulo III (“Delitos contra la salud pública”) del Título XVII (“De los delitos contra la seguridad colectiva”) del Libro II del Código Penal (artículos 359 a 378). Los delitos contra la salud pública son aquellos que, al cometerse, provocan daños a la salud colectiva y, por tanto, afectan de manera negativa al bienestar general.

---

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte general*. DYKINSON. Madrid, 1990, págs. 427 y 428.

La mayor parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es la **salud pública**, considerada un bien jurídico de carácter colectivo.<sup>4</sup> Tal y como señala MANJÓN-CABEZA OLMEDA *el bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas ha sido entendido como salud colectiva, es decir, como 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 una persona concreta que consume no sea grave.*<sup>5</sup>

Asimismo, la Jurisprudencia considera que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la salud pública, tal y como se desprende de numerosas sentencias.<sup>6</sup>

La salud pública como bien jurídico se encuentra reflejada en el **artículo 43 de la Constitución Española** (en adelante CE), que establece lo siguiente:

1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones de servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

Se configura como un bien jurídico colectivo merecedor de protección penal, aunque complementa a la salud individual. Si bien, frente a esta conclusión, se ha opuesto que la existencia de drogas legales, como el alcohol o el tabaco, que causan igual o mayor daño a la salud pública que otras sustancias consideradas ilegales pone en duda que la salud pública sea el bien jurídico protegido. En este sentido, algunos autores consideran que el hecho de que estas sustancias estén prohibidas puede estar ligado a la comisión por drogadicción de delitos que generan inseguridad en la población. Lo que genera mayor inseguridad en la población es la política prohibicionista en materia de drogas, teniendo en cuenta el elevado índice de delitos que se cometen por la necesidad de obtener este tipo de sustancias y hacer frente a su coste económico.<sup>7</sup> Esto nos lleva a preguntarnos, si no existiera esta política prohibicionista en relación a estas sustancias, como en el caso del alcohol o el tabaco, ¿el índice de comisión de este tipo de delitos sería igual de elevado? En este sentido, VIVES ANTÓN considera que la punición del tráfico de drogas que producen igual o menor daño a la salud pública que el alcohol o el tabaco puede fundamentarse en que su consumo se encuentra tan fuertemente

---

<sup>4</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, M: *Salud pública y drogas tóxicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 18 y ss.

<sup>5</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores incapaces*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T.LVI, 2003, pp 94 y ss.

<sup>6</sup> En este sentido, SSTs 154/2007 de 1 de marzo; 166/2005 de 8 de febrero; 444/2005 de 11 de abril; 131/2005 de 7 de febrero, entre otras.

<sup>7</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *El delito de tráfico de drogas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.24.



implantado en nuestra sociedad que su prohibición resultaría inútil y contraproducente; sin embargo, el consumo de las drogas ilegales aún no está generalizado en la sociedad hasta el punto de considerar que la pena sería contraproducente o inútil como barrera al crecimiento del consumo nocivo.<sup>8</sup>

Por otro lado, lo característico de los delitos contra la salud pública y, en concreto, del delito de tráfico de drogas, es que se trata de un delito de **peligro abstracto**. Esto quiere decir que el Código Penal, en su articulado, no tutela un bien o derecho concreto, sino la posibilidad de que la salud del mismo se vea afectada por cualquiera de las conductas tipificadas.

Del mismo modo lo piensa la Jurisprudencia mayoritaria: por ejemplo, la **STS 444/2005 de 11 de abril** señala que el delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona las 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.<sup>9</sup>

Sin embargo, no hay que asociar el peligro abstracto con la ausencia de verdadero peligro. Según señala la **STS 715/1993, de 25 de marzo**, el peligro ha de ser una **potencialidad del daño**, por lo que el peligro abstracto solo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por la realización de esa acción. Si en el caso concreto puede llegarse a la conclusión de que no hay peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de la antijuricidad del acto, por lo que no se cumplirá el tipo y el peligro abstracto podría convertirse en mera desobediencia y, por ende, no habría contenido material de antijuricidad. No se debe confundir el peligro abstracto con un peligro presunto, ya que vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

A su vez, la **STS 444/2005 de 11 de abril** señala que lo que realmente se sanciona es la puesta en peligro de un bien jurídico, por lo que deben quedar excluidas aquellas conductas en las que, a pesar de que parezca que se lleva a cabo la conducta típica, puede excluirse totalmente la existencia de un riesgo para el bien jurídico protegido. Desde el punto de vista de la antijuricidad material, es necesario que el hecho produzca una lesión del bien jurídico y no solo

---

<sup>8</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes*, Palma de Mallorca, 1986, p.268

<sup>9</sup> En este mismo sentido se pronuncian otras sentencias: SSTs 353/2007 de 13 de mayo; 77/2007 de 7 de febrero, entre otras.

infrinja una norma.

Por tanto, **para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deban determinarse esas personas.** <sup>10</sup>

### 1.1.3. El elemento objetivo

#### 1.1.3.1. Conductas típicas

De la redacción del artículo 368 CP, comprobamos que la conducta típica es sumamente amplia. Es importante señalar que el delito regulado en este artículo tiene **tres notas características**<sup>11</sup>

1. Es un **delito alternativo mixto**: se tipifican diferentes conductas, pero basta la realización de cualquiera de ellas para entender que el delito se ha consumado. Además, la realización de varias de estas actividades por el mismo sujeto no da lugar a varios delitos, aunque puede tenerse en cuenta posteriormente para la determinación de la pena.
2. Es un **delito abierto**: no se describen los comportamientos, solo se enumeran una serie de conductas que son ilícitas.
3. Es un **delito de progresión delictiva**: contiene todas las fases de afección al bien jurídico protegido, regula en el mismo tipo la pena contemplada tanto para la tentativa, como para el delito consumado.

Pues bien, el artículo 368 CP se refiere a la ejecución de actos que **promuevan, favorezcan o faciliten** el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y contempla expresamente algunos de estos actos: **el cultivo, la elaboración, el tráfico o la posesión** con estos fines.

---

<sup>10</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores incapaces*”, ob. Cit., pg.95.

<sup>11</sup> REY HUIDOBRO, L: “*La reforma del Código Penal por la LO 5/2010 de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas*”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2010.

La doctrina ha criticado en numerosas ocasiones la redacción de este precepto debido a la amplitud de la regulación del tipo y la dificultad para la determinación de los grados de participación distintos a la autoría.

La conducta descrita es sumamente abierta, de manera que basta la realización de cualquiera de las actividades descritas para que se entienda consumado el delito, lo que afecta enormemente a la seguridad jurídica. La realidad es que, con esta redacción tan amplia, se están castigando simples actos preparatorios, por ello resulta tan difícil la admisión de otro grado de participación que no sea la autoría.

En primer lugar, para analizar el precepto, es necesario determinar qué se entiende por **promover, favorecer o facilitar:**

- **Promover:** significa hacer que se inicie la acción que va a dar lugar a la comisión del delito
- **Favorecer:** quiere decir “ayudar” para una determinada finalidad
- **Facilitar:** supone mediar para que alguien tenga una cosa o intervenir para que la consiga.

El principal problema es que con esta descripción se está equiparando dentro de las formas de participación la cooperación necesaria con la complicidad. Por ello, lo acertado habría sido establecer diferentes modalidades participativas y señalar una pena más adecuada a cada uno de los diferentes intervinientes.

La jurisprudencia ha clasificado las acciones que se enumeran en el precepto en tres grupos:

1. Actos de producción: el cultivo y la elaboración
2. Actos principales de tráfico: Transmisión gratuita y onerosa y actos de intermediación al tráfico.
3. Actos auxiliares del tráfico: posesión o tenencia y transporte, siempre que estén preordenados a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.

Por tanto, las actividades que enumera el artículo 368 CP son las siguientes:

### **a) Actos de cultivo**

Bajo el concepto de cultivo se incluyen aquellas actividades que se realizan sobre la tierra y las plantas y que tienen como objetivo el crecimiento de las últimas. Comprenden la siembra, la plantación y la recolección.<sup>12</sup>

En este sentido, JOSHI JUBERT considera que el cultivo es la **actividad preparatoria destinada a la producción de drogas**. Este autor considera que por cultivo “debe entenderse la siembra, la plantación y la recolección de elementos a partir de los cuales puedan obtenerse las sustancias mencionadas.<sup>13</sup>

Se trata de la tarea que se realiza sobre la tierra y las especies botánicas y que tiene como fin el desarrollo de las drogas. Los actos anteriores a la siembra, como la tenencia de las semillas o la preparación del terreno, serían actos preparatorios impunes, ya que no determinan el comienzo de la fase de ejecución. No obstante, una parte de la doctrina considera que la posesión de semillas determina la concurrencia de un delito de tráfico de drogas en grado de tentativa. Los actos de cultivo deben tener la finalidad de promover el consumo ilegal de droga, por lo que resultarían atípicas las conductas que no son idóneas objetivamente para este fin. Este sería el caso de los cultivos autorizados o aquellos que se destinan al consumo propio o compartido. El cultivo sólo alcanzará relevancia jurídica en la medida en que su práctica tenga como finalidad la producción de droga.<sup>14</sup>

En cuanto al objeto material, se considera que pueden ser todas aquellas especies botánicas que contengan o de las que puedan extraerse drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Por tanto, con el cultivo se hace referencia al conjunto de actividades preparatorias encaminadas a la producción de la droga que el legislador ha tipificado como delito, ya que se trata de antecedentes necesarios para la obtención de la droga cuyo posterior tráfico se pretende.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> En este sentido, STS 448/2009, de 9 de abril.

<sup>13</sup> JOSHI JUBERT, U: “*Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del artículo 368 CP*”, 1999, p.118

<sup>14</sup> SSTS 484/2015 de 7 de septiembre; 91/2018 de 21 de febrero.

<sup>15</sup> SOTO NIETO, F: “*El delito de tráfico ilegal de drogas*”. Editorial Trivium, Madrid, 1989, p.56

## **b) Actos de elaboración**

La segunda conducta específica que contempla el artículo 368 CP es la ejecución de actos de elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. LA RAE entiende por “elaborar” **“transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado”**.

ALCALE SÁNCHEZ se remite a los Convenios Internacionales ratificados por España, en concreto, al artículo 1.i del Convenio Único de 1961 establece 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”*.<sup>16</sup>

JOSHI JUBERT, en el ámbito de la doctrina especializada, considera que la parte objetiva de la conducta de elaboración consiste en realizar actos estrictos de transformación de una materia prima en otro producto que constituye droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica. Este autor menciona algunos de los procesos que podemos entender como “elaboración”.<sup>17</sup>

- **Obtención** de la droga: se trata del proceso mecánico o químico de separar las plantas de su producto. Conduce a un producto natural que puede necesitar de ulteriores transformaciones para ser consumido. En este momento no podemos hablar aún de delito consumado.
- **Producción**: se trata de un proceso químico que tiene lugar en laboratorios, ya sean profesionales o caseros, sin que el producto resultante sea directamente susceptible de ser consumido.
- **Preparación**: Consiste en la unión de varias sustancias utilizando un proceso químico o mecánico para la obtención de la sustancia estupefaciente. Podríamos incluir conductas como cortar la droga para obtener beneficios más elevados, mezclar heroína con etanol, o mezclar hachís de distintas procedencias.
- **Depuración** de la droga: supone el proceso de separación de las sustancias extrañas.

---

<sup>16</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, M: Salud pública y drogas tóxicas, ob. Cit, p.41

<sup>17</sup> JOSHI JUBERT, U: “Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del artículo 368 CP” ob. Cit. p. 128

- **Transformación:** se trata del cambio químico o mecánico de sustancias en nuevos estupefacientes con nuevas propiedades.
- **Manipulación:** transformación de la sustancia estupefaciente en otra sin que cambien sus propiedades.

El legislador, al describir la conducta típica, se refiere a la ejecución de actos de elaboración, además del cultivo y el tráfico, y podemos entender que elabora drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas quien realiza el proceso de obtención de la droga de la planta como quien produce la droga en un laboratorio. Por tanto, se trataría de todos aquellos procedimientos, mecánicos o químicos, que permiten obtener drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de las plantas naturales o de forma sintética o semisintética.

Debemos tener en cuenta que se debe tratar de sustancias susceptibles de ser convertidas en drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y que estos actos de elaboración deben ir dirigidos a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de estas sustancias, siendo en el caso contrario conductas atípicas. De esta manera, la elaboración autorizada, la elaboración dirigida al autoconsumo o consumo compartido y toda elaboración que no tenga la capacidad objetiva de difusión, será considerada atípica.

### ***b) Actos de tráfico***

Es la conducta que más nos interesa. El Código Penal establece el tráfico como conducta delictiva, pero no nos dice qué debemos entender por tráfico. Con el tráfico se pone fin a todo el proceso, siendo el cultivo y la elaboración los antecedentes necesarios.

Según la RAE traficar significa “comerciar, negociar con dinero y las mercancías”. Por tanto, se podría entender que el término tráfico es semejante al que utiliza el Código de Comercio y, por consiguiente, implicaría la idea de mercantilidad y de lucro.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> MOLINA PÉREZ, T: “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”. ob. Cit, p. 102

Si algo está claro es que nos encontramos ante un concepto sumamente amplio y que puede crear gran confusión. En este sentido, ALCALÉ SÁNCHEZ considera que hay que hacer una interpretación en sentido propio, entendiendo por tráfico “la entrega de drogas a cambio de algo que sustituya su valor económico”.<sup>19</sup>

Sin embargo, esto no quiere decir que para la existencia del delito se requiera ánimo de lucro, solo la forma típica del tráfico requiere la entrega de algo a cambio de la droga tóxica, de manera que, el que realiza la entrega de la sustancia lo hace movido por dicho ánimo. Nos encontramos ante una cuestión controvertida: un sector de la doctrina considera que resulta necesario que la entrega de la droga se produzca a cambio de una contraprestación, lo que significa que las donaciones supondrían “otro modo” de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de estas sustancias. La jurisprudencia mayoritaria del TS ha optado por dejar de lado la idea del comercio y del ánimo de lucro y se centra en la movilidad, extensión y propagación de estas sustancias.<sup>20</sup>

SEQUEROS SAZATORNIL considera que el concepto de tráfico excede del significado mercantilista que conlleva la acepción, entendida como comercio, negocio con dinero, compra o venta de mercaderías, permuta, etc. En el orden penal tiene un significado más amplio, de manera que comprende toda actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión de una cosa (en este caso, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas) de una persona a otra, con contraprestación o sin ella.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas sentencias; la **STS de 29 de mayo de 1991** estimaba que el concepto de tráfico debe considerarse en sentido vulgar, es decir, se debe incluir en su definición incluso los actos aislados, fuera del concepto de comercialización o mercantilización, siempre y cuando tengan la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal que se persigue. En este mismo sentido, la **STS 243/1997, de 22 de febrero**, establece que dentro de tráfico se comprende cualquier acto de tráfico en virtud del cual, fuera de la fase de preparación, cultivo o elaboración del producto, se hacer circular lo que es simple detención de la droga, por medio de transferencia a terceros en virtud de cualquier título, en principio, que permita el cambio de poseedor o detentador de la cantidad de que se trate.

---

<sup>19</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, M: “*Salud pública y drogas tóxicas P*” ob. cit. p.42 y ss.

<sup>20</sup> SSTs 1194/2003 DE 18 de septiembre; 607/1998 de 4 de mayo

Dentro de esta concepción tan amplia, podemos incluir las siguientes acciones necesarias para introducir la droga en el mercado: la compra; venta; permuta; el envío de droga por medio de envíos postales; el “menudeo” o tráfico a pequeña escala.

Por tanto, tráfico sería cualquier forma de extender o expandir la droga, independientemente de la idea puramente mercantilista, sin necesidad del ánimo de lucro ni la habitualidad. REY HUIDOBRO, no obstante, considera que es necesario acudir a leyes extrapenales para poder concretar qué debemos entender por tráfico.<sup>21</sup>

En este sentido, el artículo 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”*.

Pues bien, bajo la referencia “actos de tráfico” podemos englobar los siguientes actos:

- 1) **Actos de adquisición y venta de droga:** por adquisición debemos entender aquellos actos encaminados a procurar la obtención de la droga, ya sea comprándola de manera directa o a través de otros negocios. Por otro lado, los actos de venta son aquellos que están relacionados con la acción de vender. Para que sean considerados como “actos de tráfico” es necesario que concurren una serie de requisitos<sup>22</sup>: 1) Traslación de la propiedad de la sustancia del actual propietario al comprador (sin que sea necesario el cambio simultáneo de la posesión); 2) existencia de un precio o contraprestación.

Además, nos encontramos con el problema de determinar si es necesaria la posesión por parte del comprador para poder imputar el delito de tráfico de drogas. Es preciso señalar si el comprador actúa como un elemento más de la cadena o si representa el último eslabón<sup>23</sup>: en el primer caso, si el comprador tiene la finalidad de actuar como traficante, bastará con un encuentro de voluntades que estén dirigidas a adquirir la sustancia para que se inicie la comisión del delito (no obstante, en el caso de que no se tenga la disponibilidad de la cosa, estaremos ante simple tentativa del delito); en el caso

---

<sup>21</sup> REY HUIDOBRO: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, 1999. p. 54

<sup>22</sup> JOSHI JUBERT.U: *“Los delitos de tráfico de drogas. un estudio analítico del art. 368 CP”*, ob. Cit. p.133

<sup>23</sup> REY HUIDOBRO: *“El delito de tráfico de drogas. aspectos penales y procesales”*, ob. Cit. p.61



de que el sujeto no pretenda traficar con la droga, sino consumirla, no estaremos ante la comisión del delito, ya que el consumo es una conducta atípica.

- 2) **Donación:** Como ya hemos dicho, se trata de una cuestión controvertida. Es necesario comprobar si la cesión gratuita de la droga tiene como fin promover, favorecer o facilitar la expansión del producto, siendo entonces aplicable el art. 368 CP, o si, por el contrario, esta conducta se destina al propio consumo, siendo este comportamiento atípico. Esta última circunstancia tiene lugar básicamente en dos supuestos: consumo colectivo, o cuando las donaciones constituyan entregas de pequeñas dosis que se realizan entre consumidores habituales y que tiene vínculos de amistad.<sup>24</sup>
- 3) **Transporte, exportación, importación y tránsito:** Se considera que la importación, exportación y tránsito son actos constitutivos de transporte por lo que se analizan de manera conjunta.

Por **transporte** entendemos el acto destinado a trasladar los estupefacientes de un lugar a otro. La **importación y exportación** son conductas que se entienden del mismo modo, pero es necesario que el transporte de drogas se realice a personas que se encuentren en diferentes países.

Por su parte, el **envío** es el acto directamente encaminado a hacer llegar las sustancias a su destinatario, siendo los más comunes los envíos internacionales a través de correos<sup>25</sup>.

Finalmente, los actos de **tránsito** son aquellos en los que el transporte de drogas se lleva a cabo de un país determinado que no es el lugar de origen ni el de su destino, sino que simplemente sirve de paso. Según el art. 1 de la Convención De Naciones Unidas de Viena de 1988 el Estado de tránsito es 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.

---

<sup>24</sup> En este sentido, STS 401/2002, de 15 de abril.

<sup>25</sup> STS 1387/2000, de 14 de septiembre

### c) *Poseción*

Se trata de la última conducta tipificada en el artículo 368 CP. Es necesario que la posesión tenga la finalidad de promover, favorecer o facilitar siendo lo relevante a estos efectos la disponibilidad de la droga, con independencia de que el sujeto la detente físicamente, como ocurre en el caso de los grandes traficantes de droga, que por regla general no tiene contacto con el producto<sup>26</sup>.

Según la RAE la posesión es “la situación de poder de hecho sobre las cosas o los derechos, a la que se otorga una protección jurídica provisional que no prejuzga la titularidad de los mismos”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el objeto de determinar cuándo la posesión está dirigida al consumo propio (conducta atípica) o tiene por objeto promover, favorecer o facilitar el consumo a terceros, utiliza una serie de indicios de carácter objetivo como: la cantidad de droga poseída y su grado de pureza; las manipulaciones efectuadas sobre la misma; la tenencia de importantes cantidades de dinero de procedencia desconocida o en billetes pequeños o monedas; los útiles intervenidos; el lugar en el que ha sido encontrada y, especialmente, si se encontraba oculta; la actitud del poseedor frente a la policía y si es drogodependiente o, al menos, consumidor.<sup>27</sup>

#### 1.1.3.2. **Objeto material: ¿qué son las drogas?**

El artículo 368 CP hace referencia al **objeto material** del delito con la expresión “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”. Esta referencia legal ha de entenderse como una especificación genérica de las “drogas tóxicas”, ya que la droga es el género comprensivo de los estupefacientes y las sustancias psicotrópica, que aluden a los efectos sobre el organismo.<sup>28</sup>

De la redacción de este artículo podemos comprobar que el legislador evita dar un concepto jurídico penal de lo que se entiende por droga. Intentar dar una definición del concepto de

---

<sup>26</sup> SSTS 420/2020, de 22 de junio; 159/2020, de 18 de mayo.

<sup>27</sup> SSTS 235/2018, de 30 de abril; 1099/2007, de 27 de diciembre, entre otras.

<sup>28</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, M: *Salud pública y drogas tóxicas*. Ob. Cit., pp. 74 y 75.

droga es una cuestión complicada. No existen posiciones pacíficas ni en el ámbito vulgar, ni en el ámbito médico y, mucho menos, en el ámbito jurídico penal.

Según el Diccionario de la Real Academia Española **“droga”** es la *“sustancia mineral, vegetal, animal que se emplea en la medicina, la industria o las bellas artes; sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno”*; por **“estupefaciente”** se entiende *“la sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad, por ejemplo, morfina o cocaína”*; y por **“sustancia psicotrópica”** se entiende *“sustancia psicoactiva: que produce efectos, por lo general intensos, hasta el punto de causar cambio profundos en la personalidad”*. No obstante, se trata de definiciones amplias e inespecíficas.

La Organización Mundial de la Salud, (en adelante OMS) por su parte, establece que *“droga es toda sustancia que cuando se introduce en el organismo puede modificar una o varias de sus funciones y es susceptible de crear dependencia y puede, a su vez, crear tolerancia.”*<sup>29</sup>

Para que no surgieran problemas se ha intentado establecer una definición médica o farmacéutica antes de establecer un concepto penal. Sin embargo, la división entre droga lícita o ilícita en el campo médico es prácticamente inexistente. Las drogas tienen aplicaciones médicas y son beneficiosas, por lo que la frontera entre el uso abusivo y el uso benéfico no es fácil de delimitar.<sup>30</sup>

Por lo tanto, en el plano jurídico se dice que **“droga es aquella sustancia que así se considera legalmente”**.

Desde el punto de vista del concepto jurídico penal, hay una parte de la doctrina que considera que estamos ante una ley penal completa y que las Listas de drogas que aparecen en los Convenios Internacionales son orientativas.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera que estamos ante una **ley penal en blanco**. Por ley penal en blanco se entiende aquella que solo contiene una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten.<sup>31</sup> Por tanto, en nuestro caso, el artículo 368 CP se trataría de una ley penal en blanco que nos remite a los Convenios Internacionales suscritos

---

<sup>29</sup> Definición de la OMS. CERRO ESTEBAN, J.A: *“Drogas duras y drogas blandas, especial consideración a las drogas de diseño”*, en Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid, 1995, p.631.

<sup>30</sup> MOLINA PÉREZ, T: *“El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”* en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XXXVIII*, Real Centro Universitario San Lorenzo del Escorial, p.96.

<sup>31</sup> En este sentido, STS 848/1995, de 7 de julio.

por España y que forman parte del Ordenamiento Interno conforme al artículo 96.1 CE (*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*).

Esta es la línea en la que se ha manifestado la Jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo; **STS 378/2006, de 31 de marzo**, que afirma: “Nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el BOE”.

Por tanto, al ser el artículo 368 CP una norma penal en blanco, debemos acudir a otras leyes o disposiciones extrapenales para poder determinar su contenido prohibitivo. En concreto, para conocer qué drogas tienen la consideración de ilícitas, es necesario acudir a los Tratados Internacionales suscritos por España y que regulan esta materia:

- **Convención Única de 1961 de estupefacientes de Naciones Unidas** enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972: Su contenido fue incorporado a nuestro derecho por la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes adaptándolas al citado Convenio. Se trata de una norma cuya pretensión es unificar la regulación internacional sobre la materia. Debemos entender por estupefaciente las sustancias relacionadas con las Listas Anexas. Estas sustancias son, básicamente, el opio, sus alcaloides y sus derivados; cocaína y sus derivados; cannabis y la resina del cannabis.<sup>32</sup>
  
- **Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971:** Establece que “sustancia psicotrópica es cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de las Listas I, II, III y IV anexas al mismo”. Se define psicotrópico como la sustancia “que puede producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central que tenga como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio o del comportamiento, o de la percepción o estado del ánimo”. La Lista I está dedicada a los alucinógenos o ampliadores de la conciencia. Estas sustancias, extremadamente peligrosas, sólo están permitidas a fines científicos o médicos muy limitados y fiscalizados por lo que, cualquier otra actividad debe someterse a un

---

<sup>32</sup> MOLINA PÉREZ, T: “*El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas*”, ob. Cit. p.99.

permiso especial o autorización previa. Solo las autoridades competentes podrán autorizar, bajo estricto control, la importación o exportación de este tipo de sustancias. En definitiva, las sustancias psicotrópicas que se incluyen en este Convenio son: alucinógenos, que se considera que no tienen efectos terapéuticos y que son peligrosos para la salud física y mental; la anfetamina, los barbitúricos y los tranquilizantes.<sup>33</sup>

Cabe señalar que corresponde a la OMS la función de determinar, sobre bases médicas, si una sustancia debe o no incluirse en las listas. Posteriormente, la Comisión de Estupefacientes considera otros factores y establece si se incluye o no la sustancia en las listas.

En cuanto a la clasificación de las drogas **en función de su nocividad**, un criterio de común aceptación, desde el punto de vista científico, divide las drogas en dos grupos:

- **Drogas Duras:** Se caracterizan porque originan en el sujeto que las consume una fuerte dependencia física y psíquica, unida a una gran tolerancia. El consumidor necesita cada vez más cantidad de este tipo de sustancias y se ve envuelto en un proceso autodestructivo, ya que va perdiendo su capacidad de determinación. La voluntad del consumidor se ve afectada por la aparición del síndrome de abstinencia. Además de afectar a la persona del consumidor, genera desorganización social, necesidad de asistencia social y se constituyen en uno de los factores criminógenos más importantes en la actualidad, atribuyéndose a las mismas la mayor parte de la criminalidad violenta contra la propiedad.
  
- **Drogas Blandas:** Su índice de peligrosidad es menor, no generan dependencia física, sino psíquica y no producen tolerancia, ni provocan síndrome de abstinencia.

Esta distinción entre drogas duras y blandas coincide con lo establecido en el artículo 368 CP, que diferencia entre **drogas que causan un grave daño a la salud y las que no**. Esta clasificación ha ocasionado una polémica doctrinal. Algunos autores consideran que es necesario analizar de manera individual caso por caso. La Jurisprudencia, por su parte, considera que solo se deben tener en cuenta las sustancias que sean objeto de regulación

---

<sup>33</sup> MOLINA PÉREZ, T: *“El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”*, ob. Cit. p.100.

internacional, es decir, las que aparecen en las Listas Anexas a los Convenios Internacionales. No obstante, estas listas se limitan a enumerar las sustancias que deben ser consideradas como drogas tóxicas, pero no las clasifican teniendo en cuenta si causan o no un grave daño a la salud.

La clasificación de las drogas que causan un grave daño a la salud y las que no se ha tenido que llevar a cabo por el Tribunal Supremo. Para ello, se ha tenido en cuenta la naturaleza de la droga en cuestión. El resumen es que, a excepción de los derivados del cannabis sativa (marihuana, hachís y sus aceites) el resto de drogas tienen la consideración de duras.<sup>34</sup>

### **1.1.3.3. Cantidad típica. Límite entre delito y autoconsumo**

En ocasiones, la cantidad de droga que se posee o se vende es pequeña, determinando la atipicidad de la conducta. La **STS 1716/2002, de 27 de octubre de 2003**, determina que son atípicas las conductas de posesión o de tráfico respecto a drogas, psicotrópicos o estupefacientes, cuando la cantidad sea mínima y, atendiendo a su peso o pureza, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud de los que consumen, desapareciendo la antijuricidad de la conducta. La jurisprudencia de esta Sala declara impunes los casos de insignificancia de droga, sin exigir la concurrencia de los requisitos que deben darse para excluir la atipicidad en los casos de consumo compartido.

*“El peligro para la salud del delito de tráfico de drogas se halla en función de la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de consumidores y también en función de que tal sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud. Se entiende que esta potencialidad dañina desaparece en los supuestos de cantidad insignificante, por lo que en estos casos la sustancia transmitida no debe considerarse droga tóxica o psicotrópica, ni cabe apreciar riesgo para la salud, sea el receptor adicto o consumidor nuevo, y debe estimarse que no concurre el tipo delictivo, con independencia de que la sustancia se transmita gratuitamente o mediante precio”.*

En el caso de la posesión de droga, supondría un indicio de que la finalidad es el consumo propio y no el tráfico.

---

<sup>34</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, F: “El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico (Evolución Formativa, Doctrinal y Jurisprudencial), La Ley, Madrid, 2000, p.90.

Para unificar doctrina, el TS trabaja con los criterios que establece el **Instituto Nacional de Toxicología** (INT) para el establecimiento de la dosis diaria de consumo media diaria, así como de la dosis media psicoactiva (aquella que tendría algún efecto sobre el organismo). Esta dosis se considera determinante para definir el umbral de punibilidad:

- Heroína: 0,66 mg
- Cocaína: 50 mg
- Hachís: 10 mg
- LSD: 20 mcg
- MDMA: 20 mg
- Morfina: 2 mg

La doctrina se ha mostrado crítica con esta manera de proceder. Considera que, si bien, lo que se busca es aumentar la seguridad jurídica, la cantidad de droga que supone la dosis mínima psicoactiva (que no equivale a la necesaria para producir el efecto buscado con el consumo de la sustancia) no supondría un riesgo para la salud pública. No obstante, el TS acordó mantener este criterio del INT sobre la dosis mínima psicoactiva hasta que se lleve a cabo una reforma legal o se adopte un criterio alternativo<sup>35</sup>. La LO 5/2010, por la que se modificó el CP, no acordó nada sobre esta cuestión.

Por tanto, siempre que el sujeto se encuentre en posesión de dosis superiores de estas sustancias podremos hablar de cantidad típica susceptible de ser castigada.

En este punto cabe hablar del **autoconsumo**. La **STS 380/2020 de 8 de julio** señala que el autoconsumo no entra en el radio de acción del artículo 368 CP.

Por su parte, la **SAP Valladolid 28 de octubre de 2020** señala que es reiterada la Jurisprudencia que indica que el Código Penal no castiga el autoconsumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de manera que la mera tenencia solamente puede ser objeto de punibilidad cuando se acredita el ánimo de transmisión a terceros por parte de quien detenta la posesión de la nociva sustancia, ánimo que ha de extraerse de una serie de datos objetivos como son la **cantidad de sustancia aprehendida**, modalidades de posesión, lugar en que se encuentra, capacidad adquisitiva del sujeto en relación con el valor de la droga, actitud adoptada al producirse la ocupación de aquella, falta de acreditamiento de previa dependencia al consumo por parte del procesado, etc.

---

<sup>35</sup> Acuerdo Pleno TS no Jurisdiccional 3 de febrero de 2005

Asimismo, la **STS 86/1993, de 28 de enero**, nos dice que la determinación de la cantidad susceptible de ser destinada, presuntamente, al propio consumo es cuestión discutida. Debemos analizar cada caso concreto, aunque ello no puede impedir el establecimiento de criterios indicadores “por orientación aproximada” que sirvan de guía a los Jueces. No obstante, también se deben tener en cuenta otros factores personales que, aunque sean subjetivos, pueden cambiar el resultado final además de la pureza de la droga en su composición y proporción.

El TS señala que, cuando lo que se cuestiona es si la droga poseída estaba destinada al tráfico o al consumo de terceras personas, es necesario acudir a la **prueba indiciaria** para conocer el destino que pretende darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona, ya que hay un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra manera que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias.

Puede inducirse el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unida a otras circunstancias, como la modalidad de la posesión, el lugar en el que se encuentra la droga, la existencia de material o instrumentos adecuados a fin de traficar, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada por el mismo al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor.<sup>36</sup>

Por tanto, podemos concluir que **el ser consumidor no excluye de manera absoluta el propósito de traficar, por lo que será necesario ponderar si la droga aprehendida excede de las previsiones de un consumo normal.**<sup>37</sup>

#### **1.1.3.4. Penalidad**

La duración de la pena privativa de libertad que establece el artículo 368 CP es diferente dependiendo de si la sustancia en cuestión causa un grave daño a la salud o no:

---

<sup>36</sup> En este sentido, SSTS 2020/2016 de 16 de marzo; 429/2016 de 18 de mayo, entre otras.

<sup>37</sup> STS 899/2016, de 30 de noviembre; 741/2016, de 6 de octubre.



- En el caso de sustancias que causan un grave daño a la salud se establece la pena de prisión de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito
- En todos los demás casos, se impone la pena de prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al duplo del valor de la droga.

Cabe señalar que la LO 5 /2010 modificó el marco penal estableciendo la pena de prisión de 3 a 6 años frente al anterior límite superior de 9 años de pena privativa de libertad. Por tanto, se establece una rebaja del límite máximo que responde a lo que se venía haciendo en la práctica judicial, en la que no se aplicaba el marco penal completo por considerar que la pena era excesiva. De hecho, eran frecuentes los indultos a propuesta o con informe favorable del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal.

En los supuestos en que concurren las agravaciones de los artículos 369 y 370 CP las penas a imponer también se verán reducidas a partir de esta rebaja del límite máximo. Cuando estemos ante sustancias que no causan grave daño a la salud se mantiene el margen de 1 a 3 años de la regulación anterior.

Por tanto, resulta fundamental diferenciar las clases de drogas. En este punto nos encontramos con opiniones diferentes: algunos autores consideran que se debe tener en cuenta el **sujeto concreto**, considerando drogas que causan un grave daño aquellas que deterioran la salud individual; otros defienden una **perspectiva colectiva**, por lo que quedarían englobadas aquellas que causan daño a la salud pública; por último, están los autores que defienden una **perspectiva mixta**, que aúna estas dos vertientes.

La jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo ha optado por la segunda perspectiva. Atiende fundamentalmente a factores como la generación de adicción, que crea dependencia en el consumidor y el nivel de tolerancia que produce en el organismo, obligando a aumentar la dosis, provocando el síndrome de abstinencia su falta de ingestión.

Serían drogas que causan un grave daño a la salud, entre otras: la heroína, la cocaína, el speed, el éxtasis o MDMA, el MDA o píldora del amor, el MDEA o Eva, el LSD y la metadona.

Por el contrario, no causan grave daño los derivados del cáñamo o cannabis- grifa, marihuana, hachís y aceite- rophinol, tranxilium y el frankimazin.

En cuanto a la anfetamina y sus derivados su clasificación ha sido controvertida, aunque suelen incluirse en el grupo de drogas que causan grave daño a la salud.

### **Rebaja facultativa de la pena:**

De manera excepcional puede aplicarse la pena inferior en grado, con independencia del tipo de droga de que se trate, teniendo en cuenta la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del sujeto, siempre que no concurran circunstancias agravantes de los arts. 369 y 370 CP.

Esto quiere decir que, en aquellos casos en los que pueda concurrir tanto una agravación como una atenuante, la atenuación queda sin efecto. En los casos de extrema gravedad, o cuando el sujeto pertenezca a una organización delictiva, la agravación resulta incompatible con la atenuación. Los supuestos problemáticos, como los llamados “correos de la coca”, que suelen transportar grandes cantidades de droga en situación de necesidad, quedarían fuera de este ámbito.

La rebaja de la pena tiene carácter excepcional, por lo que el Juez debe motivar necesariamente la sentencia, aunque se ha aplicado de manera generalizada a todos los casos de venta de una o pocas dosis de consumo, que suelen ser los que más presencia tienen en la práctica; también respecto a los hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación legislativa, en aplicación de la ley penal más favorable al reo. Esto no se aprecia en aquellos casos en los que se atiende a la “habitualidad” de las conductas de tráfico a la entidad de la gravedad del hecho.

Conviene precisar que la LO 5/2020 acogió la previsión del Acuerdo Tribunal Supremo Pleno no Jurisdiccional de 25 de octubre de 2005 sobre la posibilidad de reducir la pena en aquellos casos de escasa entidad y siempre que no concurrieran determinadas circunstancias agravantes.

La reducción del límite máximo en el caso de drogas que causen grave daño a la salud y la rebaja facultativa de la pena contribuyen a paliar las críticas sobre la desproporción de las penas de la doctrina. No obstante, el TS sigue limitando el ámbito de aplicación del tipo y ajusta los márgenes de la agravación de notoria importancia para evitar el castigo desproporcionado.

## **Remisión de la pena y revocación de la suspensión:**

Para poder acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida es necesario acreditar la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. En caso contrario, se ordenará su cumplimiento, a no ser que, oídos los informes correspondientes, el Juez o Tribunal estime necesaria la continuación del tratamiento. En este caso se puede conceder una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a 2 años.

### **1.1.4. El elemento subjetivo**

Es necesario que concurran en el sujeto infractor dos elementos básicos en la comisión del delito:

- 1) Conocimiento no viciado de que las sustancias son drogas y de su carácter nocivo
- 2) La finalidad de promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal a terceros ajenos a la acción que se desarrolla.<sup>38</sup>

Por lo tanto, estamos ante un **delito de carácter doloso**. El dolo penal requiere necesariamente la concurrencia de dos elementos: uno intelectual y otro volitivo, entrando en juego la “imputabilidad”. El sujeto ha de actuar con conciencia y voluntad en la realización de los elementos objetivos del tipo. La imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente, es decir, que el sujeto reúna las condiciones necesarias para que se le pueda hacer responsable del dolo o culpa. El sujeto será inimputable cuando no esté en condiciones de lo ilícito del hecho, o cuando le falte la capacidad de actuar conforme a este conocimiento, la condición psíquica extrínseca al delito.<sup>39</sup>

Debemos preguntarnos qué ocurre en aquellos casos en que el traficante es, a su vez, consumidor de droga. ¿Se le puede imputar el delito? O, por el contrario, **¿El consumo de drogas es causa de inimputabilidad?**

El Código Penal hace mención expresamente al estado de “intoxicación plena por el consumo

---

<sup>38</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, F: “*El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico*. Ob. Cit.p.93.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M: “*Derecho Penal Español. Parte General*”. Madrid, 1995, p.42.

de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos” como causa de inimputabilidad. Considera los efectos independientemente de la causa que los produjo. Para poder determinar la inimputabilidad del sujeto será necesario atender en cada caso concreto al conjunto de circunstancias que le llevaron a cometer esos actos y si fue a causa de la drogodependencia.

El hecho de que el traficante sea también adicto, sirviéndose de su actividad para poder hacer frente a los costes económicos de su adicción, puede provocar alteraciones en su intelecto y voluntad que vicien su capacidad de conocer y querer, modificando su culpabilidad, dando lugar a exenciones o atenuaciones de conducta.

Pues bien, **el elemento subjetivo del injusto lo constituye la preordenación al tráfico de la droga objeto del delito**. La doctrina del TS sostiene que la posesión de la droga para el autoconsumo no es en sí delictiva. Si bien, la posesión de una cantidad de este tipo de sustancias que exceda de la posesión normal de un consumidor para varios días, es un indicativo de la preordenación al tráfico de droga.

La comisión del delito requiere la concurrencia de un elemento objetivo, la tenencia o posesión de la droga (elemento susceptible de prueba directa); y otro elemento subjetivo, que se traduce en una actitud personal consistente en la preordenación al tráfico. El elemento subjetivo no es susceptible de prueba directa, por lo que habrán de tenerse en cuenta otros factores: la intención del destino de la droga que se posee, la cantidad ocupada, la forma en la que se encuentra, la condición o no de drogadicto del poseedor, el lugar en el que se halle ocultada, etc.<sup>40</sup>

En definitiva, sólo será punible la posesión de drogas si concurre a su vez intención de traficar y, para su sanción, será necesario probar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo.<sup>41</sup>

## 1.2. TIPOS AGRAVADOS

El **art. 369** del Código Penal establece una serie de circunstancias cuya concurrencia determina

---

<sup>40</sup> En este sentido, STS 17 enero y 24 febrero de 1984; 17 de julio de 1986, 21 de noviembre de 1990, entre otras.

<sup>41</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, F: *“El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico”* ob. Cit, p.94.

la aplicación de la pena superior en grado establecida en el artículo 368 CP. El artículo 369 CP ha sufrido a lo largo del tiempo **dos reformas** que conviene mencionar:

Por un lado, la **LO 5/2003, de 25 de noviembre**, que se inscribe dentro de la tendencia mundial a castigar de manera más severa los comportamientos de tráfico de drogas.<sup>42</sup>

Por otro lado, la **LO 5/2010, de 22 de junio**, que suprime el ordinal 2 del artículo sobre la organización delictiva con la finalidad de difundir este tipo de sustancias, que pasa ahora a regularse en el art.369 bis CP. Asimismo, se suprime el ordinal 10 (relativo a la introducción o salida ilegal de sustancias del territorio nacional) acabando los problemas concursales existentes con el delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de la regulación anterior; así como el apartado 2 del art. 369 CP.

Todas estas circunstancias tienen unas características comunes: se trata de circunstancias agravantes específicas diferentes a las establecidas en el art.22 CP. Solo se aplican cuando el sujeto activo lleve a cabo alguna de las conductas recogidas en el art.368 CP y será necesario que se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos del tipo.<sup>43</sup> Lo que justifica la aplicación de esta agravación es la potencialidad del bien jurídico que se protege, la salud pública. Por último, no es posible apreciar un concurso de delitos entre el delito consumado del art.368 CP y la tentativa del art.369 CP.<sup>44</sup>

Podemos clasificar los supuestos que contempla este artículo de la siguiente manera:

- Según la condición del sujeto activo o la conducta realizada por el mismo (1ª y 2ª)
- En función de la condición del sujeto pasivo (4ª)
- Teniendo en cuenta el lugar de la comisión de los hechos (3ª y 7ª)
- Atendiendo al objeto material, según las características o cantidad de las sustancias en cuestión (5ª y 6ª)
- Según el medio empleado en la comisión de los hechos (8ª)

Cabe señalar que basta la concurrencia de cualquiera de ellas para apreciar la agravación y en el caso de que concurren 2 o más se tendrá en cuenta para la determinación de la pena.

---

<sup>42</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F.J: “*El delito de tráfico de drogas*”. Ob. Cit. p.155

<sup>43</sup> REY HUIDOBRO: “*El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*” ob. Cit.p.208-213.

<sup>44</sup> En este sentido, STS 110/2013, de 13 de febrero; SAP León 64/2001, de 27 de julio.

Por tanto, en el precepto podemos encontrar las siguientes **circunstancias agravantes**:

**1) Autoridad, funcionario público, educador u otros profesionales (art. 369.1 CP):**

Se hace referencia a la condición que ostenta el sujeto activo, cuando el culpable es una autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente, educador y obran en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

El fundamento de la agravación lo encontramos en el mayor desvalor que tiene la acción cuando el sujeto activo se aprovecha de su cargo, profesión u oficio para facilitar la comisión del delito, consiguiendo una mayor difusión de este tipo de sustancias y/o obrar con mayor impunidad.<sup>45</sup> Su introducción en el Código Penal cumple lo estipulado en la Convención de Viena de 1988 (art. 3.5.e) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que recomienda tener en cuenta el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y que el delito guarde relación con el mismo.

Para poder apreciar la agravación es necesario que el sujeto **realice la acción en el ejercicio de sus funciones**, sin que resulte suficiente para poder aplicarla el mero aprovechamiento de los conocimientos adquiridos gracias a su puesto de trabajo. La actuación a título particular supondría la aplicación del tipo básico del art. 368 CP.

**2) Participación en otras actividades organizadas o cuya ejecución sea facilitada por el delito (art. 369.2 CP)**

La agravación se justifica por la preocupación que muestra la comunidad internacional en relación con la vinculación entre el delito de tráfico de drogas y otras actividades delictivas organizadas. El Código Penal ha ido más allá de lo establecido en la Convención de Viena de 1988 (art. 3.5.b): la agravación de la pena queda limitada a los supuestos de participación del sujeto en otras actividades delictivas internacionales organizadas o en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito. La Fiscalía General del Estado considera que la interpretación más acertada sería aquella que limita la participación a actividades de carácter ilícito.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> SSTS 946/1997, de 30 de junio; 1762/1994, de 11 de octubre.

<sup>46</sup> FGE Circ 2/2005

### **3) Hechos realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados (art. 369.3 CP):**

El motivo de la agravación se encuentra en la protección y las facilidades que ofrecen estos establecimientos para llevar a cabo la conducta típica bajo apariencia de una actividad de otra índole, así como por el mayor potencial de distribución, lo que repercute en un mayor riesgo para el bien jurídico protegido.<sup>47</sup>

La jurisprudencia señala una serie de requisitos que deben concurrir para apreciar la agravación:

- Existencia de un acto de promoción o tráfico en el sentido del art. 368 CP;
- Que el acto tenga lugar en un establecimiento abierto al público;
- Que se lleve a cabo por los responsables o empleados;
- Que exista ánimo de difusión de droga a terceros

El establecimiento abierto al público es aquel en el que se desarrolla una actividad mercantil, empresarial, financiera o de cualquier clase al que puede acceder cualquier persona y que cuenta con infraestructura y aprovechamiento.<sup>48</sup>

No basta con que se utilice este establecimiento como almacén o escondite de la droga o del dinero obtenido del tráfico, sino que es necesario que se produzca la distribución de droga a terceros en el propio establecimiento, tal y como señala la Sentencia del TS 1293/2005, de 9 de noviembre.

### **4) Suministro de sustancias a menores, disminuidos psíquicos o personas en tratamiento de rehabilitación (Art. 369.4 CP)**

Según la doctrina esta circunstancia agravante trae causa en la vulnerabilidad de este tipo de sujetos, debido a su menor capacidad para poder decidir y valorar los riesgos que conlleva consumir drogas y que da lugar a una situación de superioridad del sujeto activo respecto del sujeto pasivo.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> En este sentido, SSTS 257/2015, de 6 de mayo; 941/2011, de 14 de septiembre; 1022/2011, de 10 de octubre.

<sup>48</sup> SSTS 1022/2011, de 10 de octubre; 1905/2002, de 14 de noviembre

<sup>49</sup> STS 1199/2002, de 28 de junio

## 5) Cantidad de las sustancias de notoria importancia (art. 369.5 CP)

El fundamento de la agravación se encuentra en el mayor riesgo para el bien jurídico que se deriva de la potencial puesta en circulación y posterior consumo de grandes cantidades de droga<sup>50</sup>. Además, se pretende castigar con especial dureza a aquellos que obtienen importantes beneficios económicos por medio de esta actividad.

Corresponde a la jurisprudencia establecer el límite mínimo de la agravación, cosa que puede dar lugar a una falta de seguridad jurídica. Con el fin de unificar criterios, el Tribunal Supremo ha fijado la cantidad mínima para apreciar la notoria importancia en 500 dosis de consumo diario, teniendo en cuenta la sustancia en estado puro, salvo en el caso del hachís y sus derivados.<sup>51</sup>

En el caso de la cocaína, el límite se encontraría en 750 g, 300 g para la heroína, 10 kg para la marihuana, 2-5 kg para el hachís, 300 mg para el LSD y 240 g para el MDA o píldora del amor, MDMA o éxtasis y MDEA o eva.

Cabe señalar que los métodos conforme a los que se determina el **grado de pureza** de la sustancia presentan **un margen de error del 5%**, tal y como señala la **STS 993/2011, de 11 de octubre**. Esto supone que no se aplica la agravación en aquellos casos en los que la cantidad de droga supere el límite de la notoria importancia quedando, sin embargo, por debajo del límite cuando se aplica ese margen del 5% de posible error.

Además, debe tenerse en cuenta para la cuantificación de las cantidades la parte proporcional destinada al autoconsumo. También se aprecia la agravante cuando las diferentes sustancias incautadas no alcanzan de manera individual la notoria importancia, pero de manera conjunta superan las 500 dosis de consumo diario.<sup>52</sup>

En el caso de que la droga se incaute a diferentes personas y el total supere la cantidad de notoria importancia, el TS aplica la agravante aun cuando lo incautado a cada uno de manera individual no supere la cantidad, en los casos en los que quepa apreciar **unidad delictiva**.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> SSTS 154/2007, de 1 de marzo; 1427/2000, de 21 de septiembre

<sup>51</sup> Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 19-10-01; 13-12-04

<sup>52</sup> En este sentido, SSTS 212/2007, de 22 de febrero; 442/2005, de 11 de abril; 763/2003, de 30 de mayo

<sup>53</sup> STS 886/2004, de 13 de septiembre



**6) Sustancias adulteradas, manipuladas o mezcladas entre sí o con otras (art. 369.6 CP):**

La razón de ser de la agravación se encuentra en el **mayor daño para la salud** que puede causar el consumo de tales sustancias cuando han sido objeto de tales procedimientos. Solo resulta posible apreciar la agravación cuando la salud de los consumidores se vea potencialmente más amenazada, y no cuando la adulteración o manipulación tenga como resultado una rebaja de la toxicidad de la sustancia o tenga otra finalidad.

La alta toxicidad de la sustancia debe tener su origen en la “adulteración”, “manipulación”, o “mezcla”, por lo que no se aplicaría la agravante cuando se trata de droga de gran pureza con potencial lesivo que no ha sido manipulada. Hay que tener en cuenta que algunas de estas sustancias, como la cocaína y la heroína, no se obtienen de plantas, sino que son el resultado de un proceso químico, por lo que es este proceso el que determina el grado de pureza de la sustancia.

**7) Conductas realizadas en centros docentes, establecimientos militares o penitenciarios o centros de rehabilitación (art. 369. 7 CP):**

La *ratio legis* de esta agravación se encuentra en el **mayor riesgo de difusión de la droga**, ya que en este tipo de establecimientos se tiene contacto con un mayor número de sujetos, así como en la perturbación de estos centros y sus actividades, incidiendo de manera negativa en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar.<sup>54</sup>

En los casos en los que la cantidad de sustancia introducida en el centro en cuestión sea mínima, el Tribunal supremo ha optado por no apreciar la agravante, ya que el riesgo reputa inexistente.<sup>55</sup>

Algunas de las personas que pueden resultar afectadas en este caso son sujetos que ya están sometidos a especial protección por su vulnerabilidad (menores, disminuidos...), cuya situación se tiene en consideración respecto de la modalidad agravada del art. 369.4 CP

Asimismo, puede ocurrir que el sujeto activo sea **autoridad o funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador** que obre en el **ejercicio de su cargo**,

---

<sup>54</sup> En este sentido, SSTS 279/2015, de 11 de mayo; 784/2007, de 2 de octubre

<sup>55</sup> STS 523/1995, de 3 de mayo

**profesión u oficio.** Esto se podrá tener en cuenta en la posterior determinación de la pena.

**8) Empleo de violencia, exhibición o uso de armas para cometer el hecho (art. 369.8 CP):**

El fundamento de esta agravación lo encontramos en la mayor gravedad de la conducta en estos casos debido a la **afectación de otros bienes jurídicos**, como la libertad o la integridad física o moral, lo que dará lugar a un concurso de delitos.

Esta agravación no suele ser muy habitual en la práctica, ya que normalmente los sujetos que actúan en este ámbito lo hacen de manera voluntaria. Para que se pueda aplicar **es necesario que la violencia o arma se utilice para cometer el delito**, es decir, para el aseguramiento o defensa de los actos de cultivo, elaboración, tráfico, o cualquier otro que promueva, facilite o favorezca el consumo ilegal de estas sustancias, sin que sea suficiente que se utilicen para evitar el descubrimiento, la detención por parte de la policía o que su empleo tenga por objeto la protección del sujeto.

Por último, cabe mencionar **otras circunstancias agravantes** que se recogen el **artículo 370 CP**:

- **Empleo de menores de 18 años o de disminuidos psíquicos para cometer estos delitos (art. 370.1):**

Se trata de **personas que necesitan especial protección** frente al peligro que supone para su personalidad y su integridad física o psíquica la implicación en estas actividades delictivas. Además, la agravación se justifica por la mayor facilidad para la comisión del delito en estos casos, eludiéndose responsabilidades criminales.<sup>56</sup>

Se castiga la utilización de estas personas para la comisión de las acciones que recoge el tipo básico, por lo que se incluye cualquier conducta que el menor realice por sí mismo (coautoría)

---

<sup>56</sup> SSTs 304/2007, de 10 de abril; 314/2007, de 25 de abril

o a cuya realización contribuya (participación). En estos casos el menor también va a responder penalmente por los hechos realizados.

La jurisprudencia exige cierta capacidad de discernimiento del sujeto, así como una participación activa por su parte. Para poder aplicar la agravante es necesario que el autor utilice al menor, sin que resulte de aplicación cuando su contribución sea decisión libre tomada por él.

- **Condición de jefe, administrador o encargado de determinadas organizaciones (art. 370.2 CP)**

Se impone la pena superior en uno o dos grados (respecto a la recogida en el art. 369 CP) cuando los **jefes, administradores o encargados participen en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.**

- **Conductas de extrema gravedad (art. 370.3 CP):**

Se recogen en este punto una serie de circunstancias que determinan la extrema gravedad de la conducta, bastando la concurrencia de una de ellas para que se eleve la pena en uno o dos grados. El fundamento lo encontramos en el **potencial daño a la salud pública** que se deriva de la cantidad de droga, así como de la forma en que se lleven a cabo las actividades, tendentes a conseguir una gran difusión de la droga.

## **2. COMENTARIO DE SENTENCIA**

### **2.1. HECHOS**

Las presentes actuaciones comenzaron a partir de la investigación del Grupo de Menudeo de Drogas de la BPPJ de Valladolid en torno a varias personas que podrían estar involucradas en un grupo criminal dedicado a la venta de drogas y sustancias estupefacientes a mediana escala a pequeños traficantes de Valladolid.

Por tanto, se trata de un caso en el que encontramos con un gran número de personas involucradas y acusadas, pero nosotros solo vamos a centrarnos en los hechos relativos a uno de ellos, **Mario**. Los **hechos** relacionados con nuestro representado comienzan con la investigación que realizó la policía en relación con otros dos implicados en la causa: **Javier y Ramón**:

**Primero.-** Gracias a las intervenciones telefónicas se pudo corroborar que Javier llevaba a cabo negocios con traficantes y participaba en la venta directa a compradores y consumidores de sustancias estupefacientes. Por tanto, su función es la de especialista en el transporte de la sustancia estupefaciente y detector de dispositivos de vigilancia de los cuerpos de seguridad.

Por su parte, Ramón es el encargado de proporcionar las sustancias estupefacientes a los “transportistas” para que se las entreguen a sus clientes de la región.

**Segundo.-** Tras investigar durante días, se organizó un dispositivo de vigilancia en una localidad de Valladolid en el que los funcionarios de la Brigada de la Policía Judicial de Valladolid observaron como uno de los investigados, Javier, se encontraba con otro individuo, Ramón. Ambos habían quedado en el domicilio de Ramón. Ramón proporcionó a Javier una bolsa que éste último introdujo en su vehículo, iniciando la marcha por las carreteras de Valladolid y Segovia.

Después de realizar un recorrido muy extraño, Javier llegó a otra localidad de Valladolid. La policía intervino su teléfono y comprobaron que llamó a otro individuo, cuyo número correspondía a Mario. En esa llamada Javier informaba a Mario de que le estaba esperando en la puerta de su casa, pero Mario no se encontraba allí. Tras una breve conversación, en la que Mario le recriminaba haber llegado antes de la hora prevista, Javier le dijo que tenía prisa y no podía esperar, así que le dejaba “el vino” bajo un árbol que se encontraba en el jardín exterior de acceso libre desde la calle, en la puerta de la vivienda de Mario. En esta misma conversación hablaban de una tercera persona, Ramón, que era quien había organizado la cita entre ambos equivocándose con la hora y había proporcionado a Javier la droga para que se la entregara a Mario y éste procediera a su venta a terceras personas.

Como la policía ya tenía sospechas de que se trataba de un intercambio de droga, uno de los funcionarios recogió el paquete que Javier había dejado en el jardín de Mario y observó que, efectivamente, contenía sustancias estupefacientes.

Los funcionarios esperaron hasta que Mario llegó al lugar y se procedió a su **detención por un presunto delito de tráfico de drogas**, así como a la **entrada y registro de su domicilio**.

Fruto del registro se intervinieron las siguientes sustancias y objetos:

- **Sustancias intervenidas en el jardín de Mario:** Bolsa de plástico negra con cinta marrón conteniendo:
  - Un paquete con 2,09196 kg brutos de sustancia que, una vez seca y analizada, resultó ser 519,67 gramos netos de anfetamina, con una riqueza de 56,72%;
  - Un paquete conteniendo 501,67 gramos netos de cocaína con una riqueza de 33,5%
  - Un papel amarillo con 0.44 gramos netos de cocaína con una riqueza de 51,52%
  - Una tableta con 97,27 gramos netos de resina de cannabis con una riqueza de 14,47%
  - 2 bolsas de plástico transparente con 50,08 gramos netos de cocaína con una riqueza de 71,56%

Mario iba a destinar todas estas sustancias a su venta a terceras personas, cuyo valor en el mercado clandestino ascendía a **43.369,20 euros**.

- **Sustancias intervenidas en el momento de su detención**
  - Un iphone
  - Tablet Ipad Air
  - Vehículo Nissan matrícula XXXXXXXX

Todo ello lo había obtenido con las ganancias de la venta de sustancias estupefacientes.

- **Sustancias intervenidas durante el registro de su domicilio**
  - 222,75 gramos brutos de sustancia que, una vez seca, resultó ser 65,92 gramos netos de anfetamina con una riqueza de 46,41%
  - 11,88 gramos netos de MDMA con una riqueza de 75,39%
  - 106,75 gramos netos de cocaína con una riqueza de 20,37%

- 24,91 gramos netos de cocaína con una riqueza de 20,49%
- 8,17 gramos netos de cocaína con una riqueza de 41,84 %
- 0,49 gramos netos de cocaína con una riqueza de 73,6 gramos.

Todas las sustancias estupefacientes intervenidas estaban destinadas a transmitir a terceras personas a cambio de dinero u objetos de valor y hubiera alcanzado la venta un valor de **6.473,21 euros** en el mercado clandestino.

También se intervinieron otros 950 euros que procedían de la venta de sustancias estupefacientes ya realizadas.

Los **hechos imputados** a Mario en el Auto de Imputación son los siguientes:

Mario es cliente de Ramón y le compra sustancias estupefacientes para, posteriormente, distribuir las entre sus compradores. Esto se acredita por medio de la conversación que intervino la policía entre Mario y Javier, encargado de transportar y distribuir la droga que le proporciona Ramón, en la que concretaron el lugar y la hora del encuentro para intercambiar la sustancia estupefaciente facilitada por Ramón a cambio del dinero que le pagó Mario.

Durante esa conversación, Mario mostró su disconformidad con la hora de llegada de Javier a su domicilio, el lugar de entrega de la droga, ya que la hora pactada en un inicio eran las 17:30. Javier le dijo que no esperaría hasta esa hora porque el riesgo de intervención policial aumentaba al estar en posesión de la droga. Por tanto, le dijo a Mario que dejaba “el vino” (refiriéndose a la droga) en su jardín debajo de un pino y que él no era responsable de que Ramón no le hubiera comunicado bien la hora del intercambio.

Tras la detención de Mario y la entrega y registro en su domicilio se intervinieron las sustancias descritas anteriormente.

Como consecuencia del atestado policial, las actuaciones fueron tramitadas por el **Juzgado de Instrucción N.5 de Valladolid**. El Instructor llevó a cabo las oportunas diligencias probatorias y acordó continuar por los trámites del **Procedimiento abreviado**.

Se dio traslado de las diligencias al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que solicitaran la apertura del Juicio Oral o el sobreseimiento de la causa. Se acordó la apertura del Juicio Oral y se señaló a la **Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid** como órgano competente para el conocimiento y el fallo de la causa. Posteriormente, se dio traslado de las actuaciones a la defensa y a los acusados, que evacuaron el trámite formulando escrito de defensa y remitieron o autos a esta Sala.

Una vez recibidas las actuaciones y examinadas las pruebas propuestas, se dictó auto admitiendo las pruebas y se acordó su práctica. Tras comenzar el Juicio Oral, al amparo de lo dispuesto en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), el Ministerio Fiscal presentó un nuevo **escrito de calificación** en el que introdujo algunas modificaciones y calificó los hechos de la siguiente manera:

**El Ministerio Fiscal acusó a Mario como autor de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud con la circunstancia agravante de notoria importancia, a la pena de OCHO AÑOS Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 190.000 EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un año, para el caso que fuera procedente su imposición con los límites del artículo 53.2 CP.**

La **defensa** de Mario, en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas **estimó que los hechos no eran constitutivos de delito, por lo que procedía su LIBRE ABSOLUCIÓN. Subsidiariamente, de entenderse la existencia del delito, solamente debería responder como cómplice, correspondiendo en tal caso la pena de dos años de prisión.**

Finalmente, la **Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid**, tras analizar el caso, dictó su fallo condenando a nuestro representado como autor de un delito contra la salud pública, con la circunstancia agravante de notoria importancia de los artículos 368.1 y 369.5 CP, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN** con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA**

**DE 190.000 EUROS. Además, impuso al acusado 1/50 partes de las costas procesales. Asimismo, se decretó el decomiso de la droga, vehículos, teléfonos y efectos intervenidos en los términos del artículo 374 y concordantes del CP.**

Una vez notificada la Sentencia a las partes, las defensas de los condenados Javier, Ramón y Mario (nuestro defendido) prepararon recursos de casación por infracción de Ley, que fueron remitidos a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

## **2.2. RECURSO DE CASACIÓN**

### **2.2.1. Motivos que se alegan en el recurso de casación**

Se entiende que durante la fase de Instrucción se han cometido varias vulneraciones de derechos fundamentales, por lo que resulta imposible dictar una sentencia condenatoria contra nuestro cliente.

Los motivos que se alegan son los siguientes:

**Primero.-** Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4º de la LOPJ y 852 de la LECrim, por entender **vulnerado** lo dispuesto en el **art.24 CE**, que recoge el derecho de todas las personas a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

**Segundo.-** Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4º de la LOPJ y 852 de la LECrim, al entender **vulnerado** lo dispuesto en el **artículo 18.2 CE**, que establece que el domicilio es inviolable y ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial salvo en caso de delito flagrante.

**Tercero.-** Por **error en la apreciación de la prueba**, al amparo de artículo 849.2 LECrim



(Ley 1/1882), basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

**Cuarto.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del art.5 de la LOPJ y 852 LECrim, al entender **vulnerado el art. 24 CE**, que establece el derecho de toda persona a un proceso con todas las garantías, por entender que no existe cadena de custodia respecto a las sustancias intervenidas en el domicilio de nuestro representado.

**Quinto.**-Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art.5.4 LOPJ y 852 de la LECrim, al entender vulnerado el art.24 CE, por no haber contado nuestro representado con asistencia letrada durante los interrogatorios policiales.

**Sexto.**-Por **quebrantamiento de forma**, al amparo del núm.1, inciso primero del art. 851.3 LECrim, al entender que la Sentencia de primera instancia no resuelve todos los puntos que han sido objeto de defensa.

**Séptimo.**- Por infracción de Ley, al amparo del art.849.1 LECrim, al haberse infringido los **artículos 20.2 CP o subsidiariamente el art.21.2 CP**.

**Octavo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art.5.4 LOPJ y 852 LECrim, al entender que ha sido vulnerado el principio de igualdad ante la Ley y derecho a un proceso con todas las garantías recogidos en los **arts.14 y 24.2 CE**.

### 2.2.2. Análisis jurídico de los motivos

-I-

En **primer lugar**, entendemos que se ha producido una **vulneración del art. 24 CE**, art. 520.2 LECrim y 118, ya que **toda persona tiene derecho a ser informada en el momento de su detención de los hechos que se le atribuyen y de las razones que motivan su privación de libertad.**

Si nos centramos en el íter de la detención, podemos comprobar que el día 29 se produjo la detención de Mario, el registro tuvo lugar el día 30 (00:30 h. de madrugada), y el día 31 recibió asistencia letrada. Durante todo este tiempo no se le informó en ningún momento la verdadera

razón de su detención. Fue durante la declaración ante el Juez y la comparecencia (celebrada el día 1) cuando tuvo noticia de que se le imputaba la posesión de más de 40.000 euros en droga que la policía había encontrado supuestamente en el jardín de su domicilio. Este hecho supuso, a nuestro parecer, una gran limitación de su derecho a la defensa y a la asistencia letrada.

La droga incautada en el jardín de Mario se encontraba ya en comisaría antes de que tuviera lugar su detención. Durante la declaración que consta en el sumario solo le hicieron preguntas sobre la droga que los agentes hallaron en el interior de su vivienda, pero no hay constancia de que fuera informado de la droga encontrada en el jardín.

Tampoco consta en la declaración que el letrado de oficio que asistió a nuestro cliente tuviera acceso previo al atestado policial donde se reflejaban los hechos que se imputaban a Mario y que dieron lugar a su detención. **La Sentencia 217/1997, de 4 de diciembre del Tribunal Constitucional** señala de manera reiterada que el derecho a la asistencia letrada debe ser real y efectivo. El hecho de que no se diera acceso al atestado al letrado de oficio no garantiza la plenitud y efectividad de su asistencia al detenido. Solo con un acceso completo al atestado antes de la declaración del detenido se puede asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales de asistencia letrada y defensa, ya que el asesoramiento jurídico requiere un conocimiento absoluto de todo lo actuado.

Por tanto, si atendemos al art. 24 CE podemos ver que no se ha cumplido el derecho de nuestro cliente a un proceso con todas las garantías y, por ende, no debería ser condenado.

## -II-

En **segundo lugar**, entendemos que se ha vulnerado el **derecho a la inviolabilidad del domicilio** que recoge el art. 18.2 CE, que nos dice:

*“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.*

Pues bien, los agentes, tras intervenir el teléfono de Javier y escuchar su conversación con Mario, se percataron de que se iba a realizar una transacción de droga. Uno de los agentes fue al domicilio de nuestro cliente y vio salir del jardín a Javier. Tras registrar el jardín encontró bajo un árbol una bolsa que contenía la droga en cuestión. La puerta del jardín se encontraba abierta.

Esto quiere decir que los agentes registraron el jardín de nuestro cliente sin ningún tipo de autorización judicial ni consentimiento del titular del domicilio para poder hacerlo.

Consta en autos, mediante una nota simple del registro y certificación catastral que el jardín donde se encontró la droga forma parte del domicilio de Mario: hay una valla perimetral y una puerta de acceso.

Por tanto, se produce una clara **vulneración del art. 18.2 CE**, en relación con los arts. 545 a 578 LECrim. Hay numerosas sentencias del Tribunal Supremo sobre este tema, por ejemplo:

**STS 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002**, que nos dice que el jardín circuncidante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta (como ocurre en nuestro caso).

Por su parte, la **Sala 2ª del TS en su sentencia 329/2016, de 20 de abril**, señala que el Estado no puede adentrarse si autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Esto se refleja en el propio art. 18.2 CE. El hecho de que la puerta del jardín de Mario estuviera abierta en ese momento no excluye la expectativa de intimidad.

Nos encontramos ante un derecho fundamental reconocido por la propia Constitución, de manera que solamente se puede llevar a cabo un registro con el consentimiento del titular, cuando se trate de un delito flagrante, o cuando medie resolución judicial. Además, también se encuentra reconocido en el **artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**:

*“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.  
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

Debemos descartar el supuesto de delito flagrante, ya que, según la **Sentencia 511/1999, de 6 de marzo de 2001 del Tribunal Supremo**, se trata de aquel que se está cometiendo o que se acaba de cometer cuando el delincuente es sorprendido, considerándose también delincuente

in fraganti a quien es sorprendido inmediatamente después de la comisión del delito, con efectos o instrumentos que infundan la vehemente sospecha de su participación en él. En nuestro caso no existe esta flagrancia, ya que nuestro representado no es detenido cuando va a recoger la bolsa que contiene la droga, sino en el momento de acceder a su vivienda, cuando la droga ya había sido incautada por el agente.

Las pruebas que motivan la detención de nuestro cliente se han obtenido de manera ilegal, entrando en juego la llamada **DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO**. Esta doctrina hace referencia a las pruebas de un delito obtenidas de manera ilícita, las cuales impiden que puedan ser utilizadas posteriormente en el proceso judicial: cualquier prueba que directa o indirectamente esté viciada debe ser nula. En nuestro caso se han obtenido las pruebas del delito vulnerando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en la Constitución, por lo que el resultado probatorio es ilegítimo y debe ser nulo, arrastrando a todas aquellas otras pruebas relacionadas y derivadas de este hecho. **La nulidad de la incautación de la supuesta droga en el jardín del domicilio de Mario invalida la droga encontrada en el interior del domicilio, desapareciendo de este modo el elemento objetivo configurador del tipo.**

### -III-

En **tercer lugar**, consideramos que hay error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECrim (Ley 1/1882), basándonos en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Durante la instrucción se ha pretendido, en todo momento, justificar la entrada y registro en el jardín sin la autorización judicial, intentando parecer que se encontraban en el ámbito del delito flagrante e intentando eliminar la forma y el lugar donde se intervino la droga. Se intenta justificar una actuación que es contraria a derecho.

### -IV-

En **cuarto lugar**, cabe señalar la inexistencia de cadena de custodia.

La cadena de custodia hace referencia al conjunto de diligencias (normalmente de carácter policial) que identifican los instrumentos o los efectos del delito, a través de los cuales se refleja documentalmente, tanto el propio proceso investigador como las medidas adoptadas para

garantizar la identidad entre el objeto inicialmente incautado y el finalmente investigado. Cuando se comprueben deficiencias que despierten dudas fundadas habrá que prescindir de esa fuente de prueba, cuando no se respeten las garantías esenciales del procedimiento y el derecho de defensa.

En nuestro caso consideramos que no ha existido esta cadena de custodia. La droga incautada debajo del árbol del jardín no es fotografiada ni pesada y tampoco se levantó acta de aprehensión. Por ello, no existe cadena de custodia, ya que desde su inicio la aprehensión del agente policial se encuentra viciada.

Las **etapas** de la cadena de custodia son las siguientes:

- Inspección preliminar y búsqueda de indicios
- Fijación de la evidencia. Se trata de una etapa muy importante en lo que respecta a la ubicación exacta u la fijación del estado de los indicios y facilita la reconstrucción de los hechos por medio de recursos audiovisuales y documentales.
- Recolección de los indicios. Es esencial realizar el levantamiento de materiales, que sirvan de prueba del hecho delictivo, por medio de procedimientos que no contaminen ni alteren la evidencia con factores externos.
- Embalaje de la evidencia. Se debe individualizar y garantizar la integridad del elemento probatorio mediante el adecuado empaque, lacrado y etiquetado.
- Transporte y entrega de la evidencia. El indicio debe contar con una custodia segura hasta su destino y, en la medida de lo posible, de forma inmediata para que no haya ningún tipo de alteración.
- Análisis pericial. Se debe describir de manera detallada el estado en el que se reciben estos indicios y garantizar resultados válidos y confiables.
- Devolución o destrucción. Se deben devolver o destruir los indicios, según lo ordene la autoridad competente, teniendo en cuenta los requerimientos legales de cada uno de los procedimientos.

Pues bien, la **Sala 2ª del TS en su Sentencia nº775/2015, de 3 de diciembre de 2015**, entiende como “cadena de custodia” el conjunto de actos cuyo objeto es la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, que deben cumplimentar una serie de requisitos para poder asegurar la autenticidad,

inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba. La integridad de la cadena de custodia garantiza que, desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. **La sustancia prohibida intervenida en el curso de la investigación de los delitos contra la salud pública circular o transita por diferentes lugares, por lo que es necesario para que se emitan los dictámenes correspondientes tener la seguridad de que lo que se traslada es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye** (SSTS. 6/2010, de 27-1 (EDJ 2010/11524); 776/2011, de 26-7; 1043/2011, de 14-10; 347/2012, de 25-4 (EDJ 2012/97407); 83/2013, de 13-2 (EDJ 2013/10438); y 933/2013, de 12-12 (EDJ 2013/249489)).

Por tanto, en las actuaciones solo consta la entrega y el análisis pericial, ya que ni se documentó la incautación, ni se levanto acta, ni se produjo embalaje alguno, solo hay una comunicación de hechos al Juzgador solicitando la entrada y registro en el domicilio de nuestro cliente.

Cabe señalar que existe una infracción del art. 292 de la LECrim que hace referencia a la necesidad de los funcionarios de la Policía Judicial de extender atestado de todas las diligencias que practiquen.

Todo ello da lugar a la **vulneración del art. 24 CE**, que recoge el **derecho a un proceso con todas las garantías**.

Si se acusa a Mario de poseer droga para su venta a terceros es necesario acreditar que concurre tanto el **elemento subjetivo** como el **elemento objetivo** del tipo:

- Elemento subjetivo: El TS requiere que se acrediten una pluralidad de indicios para poder determinar la concurrencia del elemento subjetivo. En el domicilio de nuestro representado no se encontraron básculas de precisión, sino una báscula de cocina; tampoco alambres, recortes de plástico, utensilios de corte, etc. Por ello, podemos afirmar que no existen indicios que avalen la concurrencia del elemento subjetivo configurador del tipo penal.
- Elemento objetivo:
  - En cuanto a la droga encontrada en el interior del domicilio: Las sustancias

encontradas en el interior de la vivienda pueden ser para autoconsumo, teniendo en cuenta la cantidad encontrada, el informe de drogodependencia que se ha aportado y la vida laboral, que demuestra que Mario tiene medios suficientes para poder sufragar la adquisición de droga para su propio consumo.

- En cuanto a la droga encontrada en el jardín: Reiteramos la necesidad de anular esta prueba. Subsidiariamente nos encontramos ante un depósito momentáneo, ya que no hay elementos probatorios que hagan suponer que Mario se dedica al tráfico. No se encontró dinero para poder pagar los 40.000 euros de droga que se encontraban bajo el árbol. Como hemos señalado, no se encontraron sustancias de corte, alambres, embalajes, bolsas de auto cierre, etc., por lo que la actuación de Mario, en todo caso, sería mera complicidad. Se trata de una actuación fácilmente reemplazable y accesoria, de escasa eficacia para el tráfico ilegal. Es posible que el domicilio de mi representado fuera simplemente un punto de encuentro para el verdadero comprador de la mercancía.

Por tanto, en el caso de que no se contemplen las nulidades solicitadas, debería aplicarse el **principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas**, respecto al resto de los condenados que realmente han llevado a cabo las conductas que recoge el tipo.

La **Sentencia de la Sala 2ª del TS del 11 de diciembre de 1997** establece que, si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos. La discrecionalidad del Juez, en orden a la individualización de la pena, está jurídicamente relacionada con el principio de proporcionalidad. No tiene sentido que, a los jefes de estas operaciones, protagonistas de la mayor parte de los tomos del sumario, se les impongan penas similares, cuando han realizado conductas más delictivas que nuestro representado.

-V-

En **quinto lugar**, se vulnera el **derecho de nuestro representado a contar con asistencia letrada durante los interrogatorios policiales**, en virtud de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ. Se vulneran los arts. 24 CE, 520.2 LECrim y 118 LECrim.

En el momento en el que se realizó el interrogatorio nuestro cliente se encontraba detenido, por lo que para garantizar sus derechos fundamentales es imprescindible la presencia letrada

en esa diligencia policial. Se llevó a cabo el interrogatorio cuando Mario se encontraba preso en el centro penitenciario de Villanubla. Para ello se solicitó permiso al Instructor, que lo concedió siempre y cuando se realizase “respetando todas las garantías legales”. La defensa no tuvo conocimiento del interrogatorio hasta días después de su práctica, por lo que se interrogó a Mario sin asistencia letrada.

La **Sentencia del TC 252/1994** nos dice que el derecho a la asistencia letrada del detenido tiende a asegurar (con la presencia personal del Letrado) que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufran coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma.

#### -VI-

En **sexto lugar**, se alega el **quebrantamiento de forma**, al amparo del núm. Uno, inciso primero del **art. 851.3 LECrim**, por no resolver la Sentencia de Instancia todos los puntos que han sido objeto de la defensa, en concreto:

- Registro ilegal y vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.
- Inexistencia de cadena de custodia.
- Aplicación de la atenuante de drogodependencia
- Vulneración del principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas respecto al resto de los condenados

Todas estas cuestiones no fueron debidamente resueltas por la Sentencia de la Audiencia Provincial.

#### -VII-

En **séptimo lugar**, se alega la **infracción de los artículos 20.2 CP** o, subsidiariamente, el **artículo 21.2** del mismo cuerpo legal.

El art. 20.2 CP establece que *están exentos de responsabilidad los que al tiempo de cometer la infracción penal se hallen en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de*



*un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

Por su parte, el art. 21.2 CP establece como circunstancia atenuante la actuación del culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas anteriormente.

En autos se acreditó la toxicomanía que sufre nuestro representado, por lo que se solicitó que, en el caso de apreciarse la existencia de delito, se aplicase la eximente del art. 20.2 CP y, subsidiariamente, la atenuante muy cualificada del art. 21.2 CP. En la Sentencia recurrida no se concedió la atenuante a Mario, pero sí a otros acusados, por lo que se vulnera el principio de igualdad ante la ley.

#### **-VIII-**

En octavo y último lugar, se alega la **infracción del principio de igualdad ante la Ley y el derecho a un proceso con todas las garantías**, recogidos en los artículos 14 y 24.2 CE, por lo expuesto en el anterior motivo.

Por todo ello, se **solicita la absolución de nuestro representado como autor responsable de un delito contra la salud pública y, subsidiariamente, en todo caso se imponga la pena de 2 años de prisión y accesorias.**

### **2.2.3. Fallo del Tribunal Supremo**

Tras analizar los motivos alegados en el recurso de casación, el TS llegó a la siguiente conclusión, centrándose en mayor medida en el motivo segundo en el que se alega la **vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio:**

El TS considera que el domicilio está formado por el espacio en el que se manifiestan y se desarrollan las más importantes manifestaciones de la vida íntima del sujeto. Se trata del ambiente en el que se ejerce lo más genuino de la privacidad de una persona, formando un todo discernible con su dignidad, recogida en el art. 10 CE. El valor constitucional es el núcleo de la conciencia moral de aquella, que solo goza de plena calidad cuando es tratada por el orden jurídico como un fin en su mismo. En la historia del constitucionalismo, la inviolabilidad domiciliar ha sido considerada con pleno fundamento como **una de las “tres**

**inviolabilidades**”, junto con la personal y la de las comunicaciones.

Cuando se habla de intimidad, es una manera de referirse a la necesidad vital de un espacio de reserva o retiro, de un mundo propio de cada persona. El domicilio es la sede de la vida privada, por lo que debe ser objeto de protección constitucional. Cuando se plantean dudas sobre la caracterización de un determinado lugar como domicilio, suele acudir a criterios como la estructura del mismo, su destino, el carácter doméstico de las actividades que se realizan en él y la potencial indeterminación de estas, para diferenciarlo de otros lugares destinados a actividades específicas, pero no domésticas.

Pues bien, en nuestro caso se trata del jardín del domicilio de nuestro representado, donde se incautó una bolsa que contenía unos 40.000 euros en droga. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el jardín de que se trata forma un todo con la vivienda, tanto por razón de la contigüidad espacial, como por la forma inequívoca de su delimitación, como por razón del destino. **La Sentencia de Instancia determinó, para poder privar al jardín de la consideración de domicilio, que las actividades que se pudieran realizar dentro del mismo resultaban visibles desde el exterior, por lo que no podía considerarse parte del domicilio.** No obstante, el **TS no comparte este criterio**, ya que ello llevaría a negar la condición de domicilio a muchas infraviviendas que, por la mala calidad de los materiales empleados en su construcción o por la precariedad de esta, hicieran observable la vida familiar desarrollada en su interior.

El criterio que se alega se confirma por la **STS 1803/2002, de 4 de noviembre**, que determina que el jardín circuncidante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta”. Este caso guarda una gran semejanza a nuestro supuesto.

Del mismo modo, el **Pleno no Jurisdiccional de la misma Sala del TS, de 15 de diciembre de 2016**, considera domicilio a efectos penales las dependencias que mantengan con la vivienda una relación connotada por la contigüidad, el cerramiento (que no tiene por qué ser un muro), la comunicabilidad o la constitución de una unidad física, es decir, que formen un todo.

**Los agentes que llevaron a cabo la incautación operaban solo bajo sospecha de que lo depositado en el jardín pudiera ser alguna clase de droga ilegal, por lo que su actuación no se produjo en presencia de un delito flagrante que habría permitido una**

**intervención directa sin autorización, por lo que la entrada y el registro se llevó a cabo de manera inconstitucional.**

Por todo ello, el TS estima la vulneración de art. 18.2 CE, de manera que todo lo obtenido como resultado del allanamiento ilegítimo que se denuncia no puede formar parte y debe ser excluido del cuadro probatorio.

Esto supone que todo aquello relacionado con la droga incautada en el jardín de nuestro representado es nulo, no puede tenerse en cuenta para condenar a Mario, ya que la prueba se obtuvo de manera ilegal.

La estimación de este motivo deja sin contenido todos aquellos motivos relacionados con la droga incautada en el jardín de Mario, en concreto:

- Primero.- Vulneración del derecho del recurrente a ser informado de los hechos objeto de la imputación. Lo que se le ocultó fue la incautación de la droga en el jardín de su vivienda, expulsada del cuadro probatorio, por lo que queda sin contenido.
- Cuarto.- Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, por no haber asegurado la cadena de custodia de las sustancias incautadas. Como la droga incautada en el jardín se excluye del marco probatorio, queda sin contenido.

El resto de los motivos alegados en el recurso de casación se desestiman. De esta manera, el TS dictó su **FALLO**, decidiendo **estimar parcialmente el recurso de casación** interpuesto contra la Sentencia de la Sección 4ª de la AP de Valladolid:

Se modifica la sentencia de instancia en lo relativo a la condena de nuestro representado, Mario, por un delito contra la salud pública relativo a drogas que causan un grave daño a la salud, **y se le condena ahora, tras excluir del marco probatorio la droga incautada en su jardín, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN y al pago de una MULTA DE 13.000 EUROS.**

Por tanto, con el recurso de casación **se consigue reducir considerablemente la pena impuesta inicialmente a nuestro representado por la Sentencia de Instancia**, que le condenaba como autor de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan

grave daño a la salud, con la circunstancia agravante de notoria importancia, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE CIENTO NOVENTA MIL EUROS.

### 3. CONCLUSIONES

El tráfico de drogas suele ir asociado al consumo de las mismas, lo que lo convierte en **uno de los mayores problemas sociales** de nuestro tiempo. Además, la relación entre drogas y delincuencias cada vez es mayor.

El delito de tráfico de drogas se encuentra regulado en el Código Penal en el Capítulo III, Título XVII, Libro II, dentro de los llamados “Delitos contra la Salud Pública” (arts. 359 a 378).

El **bien jurídico** que se protege es la salud pública, considerada como un bien público de carácter colectivo que engloba la salud de todos los individuos.

Otra cuestión característica de los delitos contra la salud pública y, en concreto, del delito de tráfico de drogas, es que se trata de delitos de **peligro abstracto**. Esto quiere decir que el CP no tutela un bien o derecho concreto, sino la posibilidad de que la salud del mismo se vea afectada por cualquiera de las conductas tipificadas. El peligro abstracto quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado.

El **tipo básico** del delito de tráfico de drogas se encuentra recogido en el **art. 368 CP** donde se recoge un amplio abanico de conductas típicas configuradoras del elemento objetivo del delito. A pesar de que se tipifiquen varias conductas basta la realización de cualquiera de ellas para entender que el delito se ha consumado. La realización de varias de estas conductas por el mismo sujeto no da lugar a varios delitos, aunque puede tenerse en cuenta para la posterior determinación de la pena. Se trata de un delito abierto, ya que solo se enumeran las conductas típicas sin que se describa el comportamiento que debe tener el sujeto.

Pues bien, el art. 368 CP castiga la **ejecución de actos que promuevan, favorezcan o**

**faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y contempla algunos de estos actos: cultivo, elaboración, tráfico o posesión con estos fines.** Estamos ante un precepto que regula de manera amplia el tipo, lo que dificulta la determinación de los grados de participación diferentes a la autoría.

Según la Jurisprudencia podemos distinguir tres tipos de acciones:

- Actos de producción: cultivo y elaboración
- Actos principales de tráfico: transmisión gratuita y onerosa y actos de intermediación al tráfico.
- Actos auxiliares del tráfico: posesión o tenencia y transporte de las sustancias.

El **objeto material** del delito son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque el CP no nos da un significado de “droga”. Por tanto, podemos concluir que en el plano jurídico “droga es aquella sustancia que así se considera legalmente”. En función de su nocividad podemos diferenciar entre drogas que causan un grave daño a la salud y las que no.

Cuando la cantidad de droga que se vende o se posee es pequeña, la conducta se considera atípica, ya que no existe un riesgo efectivo para la salud de terceras personas. La Jurisprudencia ha reiterado en numerosas de sus sentencias que el **autoconsumo** no entra en el radio de acción del art. 368 CP. La mera tenencia solo puede ser objeto de punibilidad cuando se acredita el ánimo de transmisión a terceros. Este ánimo podemos extraerlo de diferentes datos objetivos, como la cantidad de sustancia aprehendida.

Por lo que respecta a las **penas**, el art. 368 CP determina la duración de la pena privativa de libertad en función de si la sustancia en cuestión causa un grave daño a la salud o no:

- Si causa un grave daño a la salud: pena de prisión de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.
- Si no causa un grave daño a la salud: pena de prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al duplo de la droga objeto del delito.

De manera excepcional puede aplicarse la pena inferior en grado, con independencia del tipo de droga de que se trate, teniendo en cuenta la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del sujeto.

En cuanto al **elemento subjetivo** del tipo, estamos ante un delito doloso. El sujeto ha de actuar con **conciencia y voluntad** de querer promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal a terceros ajenos. Esto quiere decir que el sujeto será inimputable cuando no esté en condiciones de lo ilícito del hecho. El elemento subjetivo lo constituye la preordenación al tráfico de la droga objeto del delito.

Los **tipos agravados** vienen recogidos en los **arts. 369 y 370 CP**, que establecen una serie de circunstancias que determinan la imposición de las penas superiores en grado y multas de mayor cuantía. Estos tipos agravados se determinan por:

- Las circunstancias personales del autor
- La vulnerabilidad de los sujetos pasivos
- Las características de las sustancias objeto del delito
- Las características de los espacios donde se lleva a cabo la actividad delictiva
- Los medios empleados por el autor para su realización
- Otras circunstancias especialmente cualificadas (art. 370)

En cuanto al análisis del **supuesto práctico**, la SAP de Valladolid condenó a Mario, nuestro representado, como autor de un delito contra la salud pública, con la circunstancia agravante de notoria importancia de los arts. 368.1 y 369.5 CP, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN y MULTA de 190.000€.

A Mario se le imputaba la posesión de 43.369,2 euros en drogas que los agentes incautaron bajo un árbol del jardín de su domicilio tras la operación de vigilancia llevada a cabo en torno a otras personas relacionadas con la causa. Tras detenerle, se registró el interior de su domicilio donde también se hallaron 6.473,21 euros en drogas. Todas estas sustancias iban a ser destinadas a la venta ilegal a terceras personas. Por tanto, Mario se encargaba de comprar drogas a otro de los imputados y de venderlas posteriormente a sus clientes, obteniendo beneficios por ello.

Se interpuso **recurso de casación ante el Tribunal Supremo** alegando diferentes motivos. Cabe destacar el hecho de que los agentes llevaron a cabo el registro e incautación de la droga

del jardín del domicilio de Mario sin autorización alguna, **vulnerando el art. 18.2 CE** que recoge el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Esto fue clave para conseguir la reducción de la pena impuesta a Mario, ya que la verdadera razón de su detención fue esta droga incautada en su jardín. El TS estimó este motivo dando lugar a la nulidad como prueba de la droga incautada en el jardín, dejando sin contenido todo aquello relacionado con este hecho.

De esta manera, el TS estimó parcialmente el recurso de casación y dictó su fallo condenando a Mario como autor de un delito contra la salud pública relativo a drogas que causan un grave daño a la salud, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN y al pago de una MULTA DE 13.000 EUROS, excluyendo del marco probatorio todo aquello relacionado con la droga incautada en el jardín de su domicilio y reduciendo considerablemente la pena impuesta inicialmente por la Sentencia de Instancia.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

ALCALE SÁNCHEZ, M: “Salud pública y drogas tóxicas”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: “El delito de tráfico de drogas”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J: “El derecho penal español. Parte especial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

JOSHI JUBERT, U: “Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del artículo 368 CP

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A: “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores incapaces”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T.LVI, 2003

MOLINA PÉREZ, T: “La incidencia del narcotráfico en la sociedad actual” en Anuario jurídico y económico Escorialense, XXXIX, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2006

MOLINA PÉREZ, T: “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas” en Anuario Jurídico y Económico Escurialense XXXVIII, Real Centro Universitario San Lorenzo del Escorial

MUÑOZ CONDE, F: “Derecho Penal. Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

REY HUIDOBRO, L: “La reforma del Código Penal por la LO 5/2010 de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2010

REY HUIDOBRO, L: “El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales”, 1999

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español. Parte general. DYKINSON. Madrid, 1990

SEQUEROS SAZATORNIL, F: “El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico (Evolución Formativa, Doctrinal y Jurisprudencial), La Ley, Madrid, 2000

SOTO NIETO, F: “El delito de tráfico ilegal de drogas”. Editorial Trívium, Madrid, 1989

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes, Palma de Mallorca, 1986

### **Webgrafía**

<https://online.elderecho.com/login.do?ei=eHRpdXliYg%253D%253D>

## **5. JURISPRUDENCIA**

STS 154/2007 de 1 de marzo de 2007

STS 166/2005 de 8 de febrero de 2005

STS 444/2005 de 11 de abril de 2005

STS 131/2005 de 7 de febrero de 2005

STS 353/2007 de 13 de mayo de 2007

STS 77/2007 de 7 de febrero de 2007

STS 715/1993 de 25 de marzo de 1993



STS 484/2015 de 7 de septiembre de 2015  
STS 91/2018 de 21 de febrero de 2018  
STS 448/2009, de 9 de abril de 2009  
STS 1194/2003 de 18 de septiembre de 2003  
STS 607/1998 de 4 de mayo de 1998  
STS 243/1997 de 22 de febrero de 1997  
STS 401/2002 de 15 de abril de 2002  
STS 1387/2000 de 14 de septiembre de 2000  
STS 420/2020, de 22 de junio de 2020  
STS 159/2020, de 18 de mayo de 2020  
STS 235/2018 de 30 de abril de 2018  
STS 1099/2007 de 27 de diciembre de 2007  
STS 378/2006 de 31 de marzo de 2006  
STS 848/1995 de 7 de julio de 1995  
STS 1716/2002 de 27 de octubre de 2003  
Acuerdo Pleno TS no Jurisdiccional 3 de febrero de 2005  
STS 380/2020 de 8 de julio de 2020  
SAP Valladolid 28 de octubre de 2020  
STS 86/1993 de 28 de enero de 1994  
STS 2020/2016 de 16 de marzo de 2020  
STS 429/2016 de 18 de mayo de 2016  
STS 899/2016 de 30 de noviembre de 2016  
STS 741/2016 de 6 de octubre de 2016  
STS 110/2013, de 13 de febrero de 2013  
SAP León 64/2001 de 27 de julio de 2001  
STS 946/1997 de 30 de junio de 1997  
STS 1762/1994 de 11 de octubre de 1994  
STS 874/2006 de 18 de septiembre de 2006  
STS 1293/2005 de 9 de noviembre de 2005  
STS 257/2015 de 6 de mayo de 2015  
STS 941/2011 de 14 de septiembre de 2011  
STS 1022/2011 de 10 de octubre de 2011  
STS 1905/2002 de 14 de noviembre de 2002  
STS 993/2011 de 11 de octubre de 2011  
STS 1199/2002, de 28 de junio de 2002

STS 154/2007 de 1 de marzo de 2007  
STS 1427/2000 de 21 de septiembre de 2000  
STS 886/2004 de 13 de septiembre de 2004  
STS 279/2015 de 11 de mayo de 2015  
STS 784/2007 de 2 de octubre de 2007  
STS 523/1995 de 3 de mayo de 1995  
STS 304/2007 de 10 de abril de 2007  
STS 314/2007 de 25 de abril de 2007  
STC 217/1997 de 4 de diciembre de 1997  
STS 1803/2002 de 4 de noviembre de 2002  
STS 329/2016 de 20 de abril de 2016  
STS 511/1999 de 6 de marzo de 2001  
STS 775/2015 de 3 de diciembre de 2015  
STS 1803/2002 de 4 de noviembre de 2002  
Pleno no Jurisdiccional TS de 15 de diciembre de 2016