



Universidad de Valladolid

Facultad De Derecho

Grado en Derecho

TRABAJO FIN DE GRADO: PROBLEMAS BÁSICOS DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Presentado por:
Myriam Frechilla García

Tutelado por:
Ángel Sanz Morán

Curso 2023/2024

INDICE

1.INTRODUCCIÓN.....	4
2. PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINALES.....	5
2.1 Modelos de política sobre drogas.....	5
2.2 Modelo español.....	9
3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	11
3.1 Discusiones doctrinales.....	11
3.2 Naturaleza del tráfico de drogas.....	13
4. ELEMENTOS DEL TIPO BÁSICO.....	15
4.1 El objeto material del delito.....	15
4.2 Conducta típica.....	20
4.3 Tipo atenuado del segundo párrafo del artículo 368.....	28
5. SUPUESTOS DE ATIPICIDAD.....	30
5.1 Consumo compartido o autoconsumo compartido.....	30
5.2 Venta de cantidades insignificantes.....	34
5.3 Entregas compasivas.....	36
5.4 La cuestión del precio y del adicto.....	39
6. TIPO SUBJETIVO.....	40
7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	41
8. CULPABILIDAD.....	42
9. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.....	43
10. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	47
11. CONCURSOS.....	50
12. CONCLUSIONES.....	55
13. BIBLIOGRAFÍA.....	56

RESUMEN

En el presente trabajo trataremos el tipo básico del delito de tráfico de drogas, analizando en primer lugar el debate político criminal que ha ido suscitando a lo largo de los años este delito en cuanto a que política debe seguirse para reprimir este problema, bien un modelo prohibicionista (seguido en España), un modelo de despenalización controlada, o bien un modelo intermedio entre ambos, basado en la reducción de daños. Delimitaremos el bien jurídico protegido, así como su naturaleza. Veremos que se entiende por salud pública y las diferentes interpretaciones que ha ido realizando el Tribunal Supremo. Trataremos los elementos del tipo básico, centrando el objeto material: drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefaciente; y las conductas típicas: cultivo, elaboración, tráfico, posesión con aquellos fines y promoción, favorecimiento y facilitación. A continuación, veremos que supuestos son considerados atípicos. Por último, examinaremos en que casos la jurisprudencia entiende que existe tentativa y participación y que tipo de concursos caben con este delito.

ABSTRACT

In this work, we will deal with the basic type of the crime of drug trafficking, analyzing first of all the criminal policy debate that this crime has raised over the years as to what policy should be followed to repress this problem, whether a prohibitionist model (followed in Spain), a model of controlled decriminalization, or an intermediate model between the two, based on harm reduction. We will define the protected legal asset and its nature. We will see what is understood by public health and the different interpretations made by the Supreme Court. Then we will deal with the elements of the basic type, focusing on the material object: toxic drugs, psychotropic substances, and narcotic drugs; and the typical conducts: cultivation, elaboration, trafficking, possession for those purposes and promotion, favoring and facilitation. Next, we will see which cases are considered atypical. Finally, we will examine in which cases the jurisprudence understands that there is attempt and participation and what type of concurrences fit in this crime.

PALABRAS CLAVE

Tráfico de drogas, drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas, estupefacientes, drogodependiente, salud pública, actos de cultivo.

KEYWORDS

Drug traffic, toxic drugs, psychotropic substances, narcotic drug, drug addict, public health, acts of cultivation.

1. INTRODUCCIÓN

La norma básica que tipifica el delito de tráfico de drogas se encuentra regulada en el artículo 368 del Código Penal del siguiente modo: *Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratase de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.*

Nos encontramos ante lo que la doctrina penal califica como un tipo abierto, en los cuales la ley se limita a describir las características de la conducta prohibida, debiendo de ser interpretado atendiendo al bien jurídico tutelado.

Se trata de una ley penal en blanco que debe ser completada con los listados correspondientes: a nivel internacional, Convenios Internacionales, destacando el Convenio de Viena relativo al tráfico de drogas; y a nivel nacional, los listados periódicos del Ministerio de Sanidad entre otros.

La naturaleza del delito de tráfico de drogas es la de un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada, es decir, no requiere de la materialización de la lesión para que se produzca el ilícito, siendo suficiente que exista un peligro o una probabilidad de lesión al bien jurídico.¹

Este tipo admite múltiples acciones, como el cultivo, la producción o el tráfico, que vienen expresamente tipificadas en el artículo 368, pero también admite otras acciones que no viene

¹ NÚÑEZ PAZ, M. Á., & GUILLÉN LÓPEZ, G. "Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal". *Revista Penal* (2008) pp. 87

explícitamente reguladas como son las derivadas de la promoción, favorecimiento o facilitación.

El tipo está redactado en términos tan amplios que dificulta la posibilidad de que existan formas de tentativa o de participación. Pese a ello la jurisprudencia si que ha abierto la posibilidad de que existan formas de tentativa inacabada y de participación en términos de complicidad.

2. PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINALES

2.1 Modelos de política sobre drogas

Fue en los años 80, ante el fracaso de las políticas sobre drogas que se habían llevado a cabo hasta el momento, cuando se desarrollaron dos tendencias (contrapuestas entre si) y una vía intermedia, formando de esta forma los tres modelos que tenemos actualmente sobre la política de drogas.

1. Modelo prohibicionista o de represión absoluta: este modelo tiene como idea principal llevar a cabo un incremento de la persecución, principalmente penal, de todas las conductas relacionadas. Los defensores de este modelo consideran que la lucha contra las drogas ilegales solo puede llevarse a cabo a través de la represión penal para que así no sea posible para los individuos acceder a ellas, por la amenaza que supone la sanción dada (la pena).²

La Convención de Viena de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre viene configurándolo a nivel internacional. A nivel nacional es el Código Penal.

2. Modelo de despenalización controlada: este modelo pone en duda el modelo de represión absoluta, afirmando que el objetivo que se propone (es decir, conseguir que el tráfico disminuya, así como el consumo de las sustancias ilegales) es un fracaso. El uso de esta política represiva lleva consigo efectos colaterales que son contraproducentes.

² MUÑOZ SANZHEZ, J. "La evolución de la política criminal de drogas en España" *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (4), (2020), p. 210

Este modelo propone una política alternativa, basada en los siguientes puntos³:

- Se considera que el punto sobre el que se debería centrar la política es en prevenir la demanda y en asistir a los consumidores.
- Supresión como forma delictual el tráfico de drogas entre adultos.
- Que se lleve a cabo un gran control administrativo en cuanto a la producción y venta de las drogas.
- Que el castigo penal se produzca en aquellos casos en los que se suministra drogas a menores de edad o personas sin capacidad para decidir de forma autónoma.

Este modelo ha sido concretado en varias propuestas llevadas en distintos países:

- En Suiza, Joset- Albrecht, propuso que se despenalizara tanto el consumo como el tráfico de cannabis, siendo castigadas únicamente las conductas que tuviesen como objetivo la difusión de drogas.
- En Italia, se llevó a cabo una propuesta de ley por el Partido Radical Italiano, proponiéndose un régimen alternativo en función de la sustancia psicoactiva de la que se trate,
- El Grupo de Estudios de Política Criminal, desarrollo el Manifiesto de Málaga, proponiendo que se llevase a cabo un régimen de comercio de forma controlada, asimilando en cierto modo al control que lleva la administración sobre los medicamentos.

3. Modelo global, integrado y equilibrado: (política de reducción de daños): se trata de la vía intermedia entre los dos modelos anteriormente mencionados. Es principalmente un modelo que racionaliza la actual política sobre drogas, considerando que el prohibicionismo como forma de eliminar el consumo no es eficaz. Pretende que se contrarresten los daños sobre los ciudadanos que suponen la perspectiva represiva, principalmente en disminuir los daños que esto puede suponer para la salud de los consumidores. En determinados ámbitos, este tipo de políticas se configuran como alternativas a las políticas represivas.

Este modelo, como indica su nombre, se decanta por llevar un enfoque "global, integrado, equilibrado y coordinado", en la que se controle la oferta y se reduzca la demanda, produciéndose un refuerzo mutuo. No rechaza el planteamiento prohibicionista, ya que,

³ MUÑOZ SANZHEZ, J. "La evolución de la política criminal... cit., p. 210

apuesta por él como forma de reducir la demanda, para fortalecer los tratamientos, rehabilitación y reinserción social de las personas drogodependientes.

Fue en la Declaración de la Sección especial de la Asamblea de Naciones Unidas, desarrollada en Nueva York entre los 8 y 10 de junio de 1998 cuando se planteó por primera vez este modelo. En comparación con la Convención de Viena de 1988 que pretendía la completa represión de las drogas por la vía penal, para controlar la oferta, la Declaración de 1998 se centra en reducir la demanda, algo insólito hasta el momento. Configura que *“la reducción de la demanda es un pilar fundamental del enfoque global para la lucha contra el problema de la droga”* y establece que se compromete a adquirir *“el compromiso político, social, sanitario y educativo sostenido de intervenir en programas de reducción de la demanda que contribuyan a reducir los problemas de salud pública, mejorar la salud y el bienestar personal, promover la integración social y económica, fortalecer los regímenes familiares y hacer a las comunidades mas seguras”*. No utiliza el concepto de “reducción de daño”, en el cual se enfocará la Unión Europea en este siglo para reprimir el problema de las drogas, hablando de ello en la Asamblea de las Naciones Unidas de 1998.

La Unión Europea en la Nota del Comité de Representantes al Consejo de 1 de diciembre, establece entre sus objetivos principales el reducir de forma sustancial el daño que producen las drogas en la salud de las personas. El Plan de acción de la Unión Europea en materia de lucha contra las drogas que desarrollo entre el 2000 y el 2004⁴ pone especial énfasis en reducción de la demanda, recomendando utilizar un planteamiento en materia de drogas que sea mas dinámico para prevenir y reducir los riesgos relacionados con la salud.

La Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2004 relativa a la prevención y la reducción de los daños para la salud asociados a la drogodependencia, tiene una gran relevancia en la regulación política de las drogas, recomendado a todos los Estados miembro que tengan como objetivo principal para proteger la salud pública *“la prevención la drogodependencia y la reducción de lo riesgos asociados a esta”*⁵. Además, establece una serie de intervenciones que tengan como objetico la reducción sustancial de los daños que las drogas producen en la salud (como

⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 26 de mayo de 1999, sobre la acción de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga (2000-2004). [COM (1999) 239 final - no publicada en el Diario Oficial].

⁵ Recomendación 2003/488/CE del Consejo, de 18 de junio de 2003, relativa a la prevención y la reducción de los daños para la salud asociados a la drogodependencia [Diario Oficial L 165 de 3.7.2003].

puede ser el SIDA, hepatitis B, tuberculosis...), así como los fallecidos asociados al consumo de estas. Las intervenciones mencionadas son: ⁶

- *informar y asesorar a los toxicómanos, a sus familias y a la opinión pública;*
- *incluir metodologías de trabajo ambulatorio (a escala local, contacto con los grupos de riesgo específicos) en sus políticas nacionales;*
- *estimular la participación de especialistas y voluntarios en el trabajo ambulatorio;*
- *fomentar el establecimiento de redes profesionales;*
- *proporcionar un tratamiento de sustitución completo (asistencia psicosocial apropiada y desintoxicación);*
- *prevenir el desvío de las sustancias de sustitución;*
- *prestar los mismos servicios a los toxicómanos que están en la cárcel que los previstos para los toxicómanos que no lo están, de tal forma que se respeten los esfuerzos realizados para no permitir que la droga entre en las cárceles;*
- *promover la vacunación contra la hepatitis B y medidas de prevención del SIDA, la hepatitis B y C, la tuberculosis y las enfermedades de transmisión sexual, así como la detección de dichas enfermedades;*
- *proporcionar un acceso adecuado a la distribución de preservativos y de material de inyección, así como programas y centros para su intercambio;*
- *disponer de servicios de emergencia para los casos de sobredosis;*
- *organizar la debida integración entre la asistencia primaria sanitaria (incluida la salud mental) y social y los enfoques especializados para la reducción de riesgos;*
- *apoyar la formación y cualificación del personal responsable de la reducción de riesgos.*

La Comisión al Parlamento europeo y al Consejo desarrollo en 2007 un Informe en el que mostraba que la mayoría de los Estados miembros habían llevado a cabo políticas que

⁶ Recomendación 2003/488/CE del Consejo, de 18 de junio de 2003, relativa a la prevención y la reducción de los daños para la salud asociados a la drogodependencia [Diario Oficial L 165 de 3.7.2003].

muestran la influencia de la Recomendación, además de haber servido dicha Recomendación como punto de referencia para llevar a cabo medidas que reduzcan el daño.

Tanto la Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-1012) como el Plan de acción en materia de lucha contra las drogas (2005-2012), insistieron en este enfoque basado en reducir la demanda y controlar la oferta, como base para afrontar los problemas relativos a las drogas de cara al futuro, pretendiendo que se fomente el uso de instrumentos ya existentes, así como llevar a cabo otros nuevos.

Para finalizar, fue en la Decisión Marco del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas⁷ donde se pudo observar una importante diferencia respecto de la Convención de Viena de 1988, ya que se suprime como conductas prohibidas penalmente la posesión adquisición o cultivo para consumo propio.

2.2 Modelo español

La Convención de Viena de 1988 establece un conjunto de prescripciones dirigidas hacia los Estados miembros para que establezcan una serie de medidas para que tipifiquen como delictivas determinadas conductas relativas a las drogas tóxicas. Tiene como objeto castigar todas las conductas que guarden relación con el tráfico y el consumo de drogas.

En el Código Penal español, el tráfico de drogas se regula actualmente en el artículo 368 tras la reforma efectuada en relación al anterior Código Penal (Texto Refundido del Código Penal de 1973, en la que el delito de tráfico de drogas se regulaba en los artículos 344 y siguientes), por Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, que fue completada por otras leyes Orgánicas (LO 8/1992, de 23 de diciembre, la cual fue derogada por la actual LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y LO 15/2003, de 25 de noviembre). Esta reforma se formuló siguiendo los borradores que se habían ido efectuando sobre la que sería finalmente la Convención de Viena de 1988 (ya que la reforma fue anterior a la Convención).

⁷ Decisión Marco del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (Consejo de la Unión Europea DG H II 279/04, de 20 de septiembre de 2004)

Ya en la Exposición de Motivos se aprecia la finalidad de esta ley: incrementar las penas y ampliar las agravaciones del tipo.

Se trata de una regulación con una aptitud represiva ya que formula el tipo básico en términos amplísimos, siendo la promoción del consumo de estas drogas tóxicas el núcleo principal de la configuración legal. El tipo incluye la posesión "con aquellos fines" es decir, con el fin de cultivar, elaborar, traficar, favorecer, facilitar o promover el consumo de estas sustancias

Con la reforma se cumplieron las exigencias internacionales en cuanto a tipos agravados: se han conservado los ya existentes, incrementando el ámbito punitivo y se han creado nuevos tipos agravados. Además, se aumentaron las penas, superando todo un año de prisión y alcanzando las mas altas penas de prisión superiores a las de homicidio.

Existen dos aspectos en los que el legislador ha sido mas moderado dentro del modelo represivo que emplea, distanciándose en parte de las Naciones Unidas:⁸

- Continúa distinguiendo entre aquellas drogas que son susceptibles de causar grave daño a la salud de las que no.
- No castiga las conductas de consumo personal como venia indicando la Convención que se debía hacer. Esta ausencia de castigo solo es parcial ya que pese a que por la vía penal no se encuentra castigada, si que se sanciona de forma administrativa a través de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana de 2015, en la cual se consideran que son infracciones graves contra la seguridad ciudadana: "*El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares*"⁹; "*El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito*"¹⁰, "*La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en*

⁸ MUÑOZ SANZHEZ, J. "La evolución de la política criminal... cit., p. 213

⁹ LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana Artículo 36.16

¹⁰ LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana Artículo 36.17

*lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal.*¹¹; *“La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos”*¹²

Las multas por estas infracciones oscilarán entre los 601€ hasta los 30.000€, podrá suspenderse el permiso de conducir vehículos a motor hasta 3 meses, retirarse las armas y licencias o permisos que se tuviesen para las mismas, llevándose a cabo la incautación de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Por lo tanto, podemos concluir con que nuestro ordenamiento jurídico es un modelo prohibicionista, fuertemente represivo y con una gran intransigencia legislativa, oponiéndose a el contacto con las drogas.

En los ultimo años se ha ido introduciendo medidas centradas en reducir a demanda, a través de la introducción de una política de reducción de daños asociada al consumo, a través del Plan Nacional de Drogas de 1999 desarrollado por la Delegación de Gobierno, que impulsó la elaboración de la Estrategia Nacional sobre drogas 200-2008, a través del Real Decreto 1911/1999, de 17 de diciembre; además del Plan de acción 2005-2008, que recoge acciones dirigidas a reducir y prevenir los daños sobrevenidos que pueda producir el consumo de drogas.

Como políticas principales llevadas en España destacan:

- Dispensar metadona oral a las personas adictas a la heroína.
- Distribución de jeringuillas a los heroinómanos.
- Programas de deshabituación de heroinómanos desarrollados en Salas de consumo y las experiencias y les ha traído la heroína a los adictos.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

3.1. Discusiones doctrinales

¹¹ LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana artículo 36.18

¹² LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana artículo 36.19

Un bien es jurídicamente protegido en derecho cuando este se encuentra protegido por la ley. Este bien, ya sea tangible o intangible, goza de una garantía legal de no ser vulnerado por actos de terceros. En el caso del delito de tráfico de drogas el bien jurídico protegido es la salud pública, colectiva y comunitaria.

El problema viene cuando tratamos de delimitar que entendemos por salud pública. La Constitución Española en su artículo 15 nos dice que "todos tienen derecho a la vida, integridad física y moral", mostrándonos con ello la preocupación constitucional por preservar la salud de los ciudadanos sin menoscabo alguno, que a su vez se entiende en su faceta colectiva. El artículo 43 de la Constitución nos dice que los competentes de organizar y tutelar la salud pública son los poderes públicos utilizando las medidas preventivas y prestaciones y servicios que se necesiten, pasando a ser la salud pública uno de los principios de la política social y económica del Estado. Por lo que desde la perspectiva constitucional podemos entender que transgredir a la salud pública supone atacar los presupuestos indispensables de los que gozan los individuos para tener el estado óptimo de salud.¹³

La jurisprudencia y la doctrina confirman que la salud pública es el bien que se protege en el delito de tráfico de drogas, en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo nº 861/2007, de 24 de octubre en la que establece lo siguiente: "*El bien jurídico protegido por el tipo del art. 368 es la salud pública, que se ve seriamente comprometida por los efectos más o menos nocivos que produce el consumo de sustancias estupefacientes*".¹⁴

No es tan uniforme en relación a la determinación de que se entiende por salud pública ya que en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo nº 456/2006, de 24 de abril, afirma que salud pública y salud individual de quienes puedan verse directamente afectados por el hecho no coinciden como bien jurídico protegido, excluyéndose este último de la tutela de esta figura delictiva.¹⁵ O en la STS nº 890/2014 de 23 de diciembre, en la que se afirma que el delito contra la seguridad pública no protege de forma exclusiva la salud del destinatario o adquirente como si que suceder en otros delitos como el de lesiones.

¹³ NÚÑEZ PAZ, M. Á. "Moderna revision..."cit, pp. 85-86.

¹⁴ STS 861/2007, de 24 de octubre

¹⁵ STS 456/2006, de 24 de abril

El tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de marzo de 2006 defiende que el bien jurídico que se protege es la salud pública entendida como el bienestar de los integrantes de la comunidad en su dimensión individualizada. Lo cual no significa que lo que se proteja sean un conjunto de supuestos individuales, sino que debemos entenderlo como el impacto global que produce ese ataque a la sociedad como grupo colectivo.

Parte de la jurisprudencia defiende que el bien jurídico protegido es la salud pública, no la salud individual, si no entendiendo esta como un interés colectivo amparado en el concepto de "seguridad colectiva" mencionado en sentencias del Tribunal Supremo como las del 2 y 4 de julio de 2003 o 23 y 28 de enero de 2004.

En una línea jurisprudencial diferente, vemos como el objeto protegido es la interdicción de la promoción de drogas para dificultar tanto el consumo habitual como incitar a otros sujetos.¹⁶

Por lo tanto, podemos entender que la salud pública que trata de proteger el Código Penal es la salud pública colectiva, y por ende la salud individual cuando esta sea atacada, real o efectivamente por un tercero.

3.2 Naturaleza del tráfico de drogas

1. El delito de tráfico de drogas, como ya hemos indicado, es un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada.

Que sea un delito de peligro abstracto nos indica que no es necesario que se produzca ningún resultado para que se consuma el delito (es suficiente con llevar a cabo la conducta que describe el tipo). Es suficiente que el peligro sobre el bien jurídico exista sin ser necesario que se produzca el daño efectivo de este. Esto es reafirmado por el Tribunal Supremo en la sentencia 442/2005, de 11 de abril, señalando que el delito se caracteriza por lo siguiente:

1 °. Para que la conducta se encuadre en el tipo básico no es necesario que se produzca un resultado lesivo, ni siquiera que se aproxima a causar lesión.

¹⁶ SSTS 7 noviembre de 2000, 21 de junio de 2003.

2º. Se excluyen aquellas conductas que a priori llevan a cabo las conductas del tipo básico pero que por circunstancias excepcionales no producen un peligro al bien jurídico, ya que lo relevante en este delito es en palabras del Tribunal *“que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico”*. En esta línea es en la que se mueve el tribunal para absolver casos de venta de cantidades mínimas, ya que carecen de antijuricidad material ¹⁷.

Pese a esta afinación, en ocasiones el Tribunal Supremo prescinde de ella, afirmando que, en los casos de conflicto entre antijuricidad material y formal, ha de resolverse el conflicto en favor de la formal.

La consumación anticipada se origina a como consecuencia de su naturaleza como delito de peligro abstracto y de la redacción en términos tan amplios, abarcando el tipo básico cualquier conducta que lleve a cabo en el ciclo de la droga (cultivo, elaboración, transporte, distribución, la mera posesión en incluso comportamientos tendentes a su favorecimiento facilitación o promoción del consumo ilegal). Esto produce que exista una gran dificultad para apreciar tentativa (solo se aprecia en determinados supuestos). Incluso se encuadran dentro del tipo delictiva la provocación, conspiración u proposición para cometer el delito de tráfico de drogas, como indica el artículo 373 del Código Penal (castigándose con la pena inferior en uno o dos grados).

También es complicado apreciar participación, ya que se considera típica la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo.

Afirma la jurisprudencia que es un *“delito de consumación anticipada y de resultado cortado que, además de dificultar la tentativa como grado de ejecución de la infracción, también dificulta la complicidad en el sentido estricto del art. 29 C.P.”*¹⁸

2. Estamos ante un delito constituido como un tipo mixto alternativo, por lo que si se lleva a cabo cualquier conducta que se describe, se colma el tipo. Si un sujeto lleva a cabo mas de un comportamiento de los encuadrados en el tipo, este se castiga como un único delito, ya que la conducta que se toma para castigar es la mas avanzada.

¹⁷ STS 1889/2000, de 11 de diciembre (Tol 117397): *“la acción material aun siendo típica y por tanto formalmente antijurídica, carece de antijuricidad material”*.

¹⁸ STS 549/2010, de 2 de junio (Tol 1895171)

3. Llevar a cabo múltiples operaciones de tráfico de drogas no conduce a un delito continuado ni a un concurso de delito real.

4. Cuando en un único acto de tráfico, se trate tanto con drogas blandas como con drogas duras, solo se aplica una pena en relación al tráfico de las drogas duras.

5. En relación a los sujetos activos, es un delito común, ya que si los sujetos presentan características especiales se agravará la pena (agravaciones que encontramos en los artículos 369.1, 1ª, 3ª, 369 bis y 370 2º del Código Penal) o se aplicarán penas complementarias (regulado en el artículo 372 del Código Penal).

4. ELEMENTOS DEL TIPO BÁSICO

4.1. El objeto material del delito

Por objeto material del delito entendemos “*la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica*”¹⁹. En delito de tráfico de drogas viene determinado en el artículo 368 del Código Penal, en el que nos indica que este está compuesto por: *drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*.

Para entender lo que son las drogas, partiremos de la definición que le da la Organización Mundial de la Salud a este concepto: “*Droga es toda sustancia terapéutica o no que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración (inhalación, ingestión, fricción, administración parenteral, endovenosa), produce una alteración, de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas, de acuerdo con el tipo de sustancia, la frecuencia del consumo y la permanencia en el tiempo*”.

La doctrina mayoritaria entiende que “drogas tóxicas” es el genero en cual entran los conceptos de estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, siendo estos términos la forma de especificar la manera de proceder que tienen.

¹⁹ ORTS BERENGUER, E. GONZALEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de derecho penal: parte general*, (10ª edición.) Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p 324

Determinaremos las sustancias que pueden calificarse como "drogas", remitiéndonos a otras fuentes normativas distintas del Código Penal, que nos den una definición mas concreta de que se entiende por este tipo de sustancias.

Para saber que se entiende por estupefaciente, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/1984 nos indica que debemos acudir a la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas, en su artículo segundo nos indica lo siguiente: "*se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca*".²⁰ El procedimiento mencionado está regulado en el Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional.

Las sustancias psicotrópicas están incluidas en normas internacionales ratificadas por España como el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena de 21 de febrero de 1971, en el que nos delimita el concepto de sustancias psicotrópicas a "*todas aquellas sustancias naturales o sintéticas que aparezcan recogidas en las listas adjuntas al convenio*"²¹

Ninguno de los dos Convenios nos ofrece una definición ni de sustancia psicotrópica ni de estupefaciente, simplemente indican la Lista para ver cuales encuadraremos como uno y como otro.

Por lo tanto, para determinar el objeto penal del delito de tráfico de drogas tenemos que acudir o bien a la normativa interna o a las normas internacionales. El Convenio Único de 1961 faculta a los estados firmantes del convenio a incluir procedimientos basados en su normativa interna para establecer la consideración penal de las sustancias, lo cual nos muestra que dicho convenio no exige competencia exclusiva, por lo tanto, puede haber sustancias

²⁰ La lista I anexa al Convenio Único de 1961 incluye sustancias como el acetilmetadol, cocaína, diampromida, heroína, cannabis, metadona. Y la Lista II anexa al Convenio recoge entre otras sustancias la codeína, folcodina, propiram, etc.

²¹ Anexo al convenio de 21 de febrero de 1971, ratificado por instrumento de 2 de febrero de 1973 como la "mascalina, parahexilo, psicolibina...

determinadas sustancias recogidas en la normativa interna que no estén reguladas con el Convenio. A su vez, puede haber sustancias que estén amparadas en el Convenio Único y que no vengan expresamente recogidos en la Ley 17/1967 o alguna otra disposición española pero que sí que serían punibles ya que el convenio esta traspuesto conforme al derecho al encontrarse mencionado en la Ley 17/1967.

Por último, es importante a la hora de delimitar el objeto penal el papel que cumple el Tribunal Supremo a la hora de esclarecer que sustancias deben tener la consideración de ilícitas. El Tribunal Supremos sigue un criterio formal del concepto de "droga", entendiendo que esta es la que viene incluida en los listados nacionales e internacionales.

En algunas sentencias, se inclina por un concepto material, ayudándose de informes periciales, así como de los criterios establecidos en los Protocolos Internacionales para delimitar considerar nuevas sustancias como ilícitas. Dichos criterios son: la lesividad para la salud que produce la sustancia, grado de dependencia que genera al consumidor, cantidad de fallecimientos que produce la intoxicación por su consumición y nivel de tolerancia.²²

Por otro lado, debemos hacer una distinción entre aquellas drogas que causan grave daño a la salud y drogas que no causan graves daño a la salud, distinción imprescindible para poder establecer el limite penológico en función del daño que causen. Conforme al artículo 368 del Código Penal la promoción, favorecimiento o facilitación de consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que causen grave daño a la salud está castigado con penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo de valor de la droga. La pena será de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo para aquellas sustancias que no produzcan un daño grave a la salud.

En 1928 se introdujo por primera vez un precepto dedicado al delito de tráfico de drogas, pero el legislador no hizo distinción entre la amplia variedad de ellas que existían. En 1971, a raíz de las directrices internacionales, se llevo a cabo una reforma del artículo incrementando las penas impuestas, pero aun sin hacer distinción entre el daño que causen las drogas a la salud.

²² STS 1124/2004 de 15 de diciembre y STS 1486/1999, de 25 de octubre

Pese a que aun no existía una diferenciación expresa, el Tribunal Supremo optó por comenzar a tener en cuenta la naturaleza "blanda" de las drogas para la imposición de una pena menor. El problema es que esta consideración era facultativa ya que no había ninguna disposición que impusiese a los tribunales la obligatoriedad de llevarla a cabo.

Fue en 1983 cuando se llevo a cabo la reforma que introdujo la distinción entre drogas que causen un grave daño para la salud y drogas de escasa peligrosidad. Ahora el problema esta en delimitar la diferencia entre ambos tipos. El criterio que ha seguido la jurisprudencia ha sido valorar: la dependencia que genere al consumidor, el riesgo de tolerancia, la posibilidad de que un consumo abusivo de la sustancia produzca alteraciones del comportamientos o afectaciones psíquicas o neurológicas graves. Es difícil determinar repercusión que van a tener las drogas sobre el consumidor ya que esta va a depender de factores como la cantidad ingerida, el modo de administración, las características del consumidor, así como el entorno en que lo consume.

La Fiscalía General del Estado, apoyándose en resoluciones previas del Tribunal Supremo, fijó una serie de indicadores para hacer la distinción entre sustancias que causen grave daño para la salud y aquellas que no:²³ *“ Es elemento fundamental para la concreción del tipo básico la naturaleza de las sustancias. Si los actos de tráfico tienen por objeto «sustancias que causen grave daño a la salud», la pena asignada es prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas; «en los demás casos» la pena procedente es arresto mayor. El artículo 344 no contiene especificación alguna, pero, como declara la sentencia de 12 de marzo de 1984, las expresiones típicas se corresponden con las denominadas en lenguaje común drogas «duras y blandas», conceptualización que en cada caso calificarán los Tribunales a tenor de los dictámenes científicos, experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectas por su consumo y de las listas anexas al Convenio de 1961. Aun cuando en el anterior artículo 344 la pena era única y por tanto proporcionada a la calidad de la sustancia estupefaciente, es lo cierto que los Tribunales aplicaban el párrafo tercero para rebajar la pena en los supuestos de drogas cuyos efectos eran menos graves: así, el arbitrio en sentido positivo estaba determinado por la calidad y condición de las sustancias estupefacientes en su nocividad intrínseca. (Sentencias de 4-4-1975, 1-4-1977, 13-3-1979, 6-11-1982), reputándose, por ejemplo, el hachís droga menos dañina y perniciosa a la salud humana que la heroína o el L.S.D., sustancias de muchos y más perjudiciales efectos (Sentencia de 13-6-1977).*

²³ Circular 1/1984 sobre interpretación del art. 344 del Código Penal

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del actual artículo 344 mantiene una línea uniforme cuando se trata de apreciar los estupefacientes o psicotrópicos que deben incluirse en una u otra categoría.

Todos los derivados del cannabis se han reputado sustancias cuyo consumo no causa un grave daño a la salud. Así el hachís está considerado como perjudicial para la salud, sin grave daño, en las sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983, 10-11-1983, 16-11-1983, 21-11-1983, 30-11-1983, 2-12-1983, 3-12-1983, 2-1-1984, 16-1-1984, 17-1-1984, 18-1-1984, 24-1-1984, 26-1-1984, 31-1-1984, 6-2-1984, 11-2-1984, 20-2-1984, 23-2-1984, 9-3-1984, 12-3-1984, 13-3-1984, 20-3-1984, 28-3-1984. Lo mismo el aceite de hachís (Sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983 y 20-2-1984), las semillas de cannabis (Sentencia de 24-1-1984) y las plantas (Sentencia de 3-12-1983).

Sin excepciones, la heroína es considerada como sustancia que ocasiona grave daño a la salud (Sentencias de 29-10-1983, 15-12-1983, 26-12-1983, 23-2-1984, 24-2-1984, 5-3-1984 y 17-3-1984). Igual calificativo han merecido la cocaína (Sentencias de 25-10-1983, 11-11-1983, 13-3-1984 y 23-3-1984) y el ácido lisérgico o L.S.D. (Sentencias de 5-10-1983 y 8-2-1984), porque ocasiona daños mentales e incluso genéticos a sus adictos (Sentencia de 20-12-1983).

La jurisprudencia ha dispuesto un conjunto de criterios de peligrosidad alusivo al comportamiento y generación de dependencia y toxicidad que provoca sobre el organismo. En sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1994, determina que el mayor daño que produzcan las consideradas "drogas duras" esta formado por los siguientes efectos: "produce tolerancia, es decir, mayor dosificación, en su uso continuado para conseguir similares efectos; ocasionan dependencia o adicción física y psíquica; la letalidad del producto con bajas dosis, de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir, incluso por accidente, la muerte por sobredosis".²⁴

Partiendo de esta caracterización y junto con la definición de la Organización Mundial de la Salud que exige que para entrar en la caracterización de droga tóxica esta debe generar tolerancia y dependencia o adicción física o psíquica, las "drogas blandas" serán aquellas que, aun generando tolerancia, dependencia o adicción, lo hagan en una medida inferior que las "drogas duras" pero en mayor medida que aquellas drogas que si que se consideran legales como el alcohol o el tabaco.

²⁴ STS de 12 de diciembre de 1994.

Por lo tanto, lo determinante para la distinción entre unas drogas y otras será tanto la composición intrínseca como las reacciones y consecuencias que generen en el organismo. La jurisprudencia ha considerado drogas que generan grave daño a la salud la cocaína²⁵, la heroína²⁶, las anfetaminas y derivados como el MDMA o éxtasis²⁷ entre otras. Y como drogas que no causan grave daño a la salud ha incluido el únicamente el cannabis y sus derivados.²⁸

4.2 Conducta típica

Entendemos por conducta típica a aquella conducta, acción u omisión humana considerada delito o falta al reunir una serie de características que la hacen tener esta consideración. En el caso del delito de tráfico de drogas, la conducta típica viene regulada en términos muy amplios en el tipo básico del artículo 368 del Código Penal al disponer que "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines... "

De este artículo podríamos decir que se da una descripción abierta, progresiva y alternativa de las diferentes maneras de comisión del delito. Abierta porque las conductas consideradas típicas no están estrictamente delimitadas; progresiva porque en ella se encuentran todos los ciclos de afectación del bien jurídico, y por último decimos que es alternativa ya que la realización de cualquiera de las formas contempladas hace que la conducta se considere típica. De forma general podemos establecer que existen una serie de características o requisitos son comunes a cualquiera de las conductas recogidas en el artículo 368 de Código Penal.

- Promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas ilegales, ya sea cultivándolos, elaborándolos, traficándolos o poseyéndolos o de alguna otra forma.
- Que el sujeto activo sea conocedor de la conducta que esta realizando y que sus actos lleven a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de las sustancias integradas en el objeto material de este delito.

²⁵ STS de 4 de junio de 2002

²⁶ STS de 31 de marzo de 1999

²⁷ STS de 30 de octubre de 2002

²⁸ STS de 4 de julio de 2002

- Que los actos llevados a cabo sean llevados a cabo en favor de un mercado ilegal.

4.2.1 Cultivo

El cultivo, según el artículo 1 del Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961, se entiende "el de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis", siendo esta definición insuficiente ya que no abarca todas las posibilidades de cultivo que pueden ser objeto de producción de sustancias nocivas.

La Ley 17/1967 de 8 de abril, en su artículo 7 habla de cultivo como las "plantas destinadas a producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear como tal." definición mas completa que la del Convenio Único. En este artículo, se permite el cultivo de este tipo de sustancias únicamente cuando tengan un fin industrial, científico o docente siempre y cuando se haya obtenido de forma previa la autorización previa del Servicio de Control de Estupefacientes y Psicotrópicos, la cual depende de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo.

El término cultivo al que alude nuestro Código Penal está pensado en la siembra, planificación y recolección de elementos de los que pueden resultar drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas²⁹, teniendo este cultivo que cumplir con la finalidad de promover, facilitar o favorecer el consumo de forma ilegal, debiendo el sujeto que lo lleva a cabo conocer de ello.

Por lo tanto, el cultivo es una actividad preparatoria dirigida a la elaboración de droga, sin importar si finalmente se llevará a cabo el tráfico o no. El legislador ha tipificado el cultivo como delito en si, existiendo el delito antes de que la droga exista en si, ya que la preparación de esta ya constituye delito. Será atípico el cultivo destinado para el autoconsumo.

La simple tenencia de semillas o preparar el terreno no convierte al tenedor como sujeto de delito ya que el cultivo requiere que se haya comenzado a producir la droga.³⁰

²⁹ JOSHI JUBERT, U. *Los Delitos de Tráfico de Drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP* Barcelona (José María Boch), 1999, p 118

³⁰ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *El delito de tráfico de drogas*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) Valencia (Tirant lo Blanch) 2008, p. 30.

En España los casos de cultivo son mínimos ya que generalmente las drogas tóxicas, estupefaciente y sustancias psicotrópicas provienen de la importación clandestina, encontrándonos en determinadas ocasiones casos de siembra de cannabis en pequeñas porciones, siendo esta en muchos casos impune ya que entra dentro de la cantidad legalmente permitida debido a que esta destinada al autoconsumo.³¹

4.2.2 Elaboración o fabricación

El Convenio Único de 1961, nos habla fabricación en vez de elaboración, entendiendo como tal en su artículo 1.1.n) *“todos los procedimientos distintos de la producción, que permitan obtener estupefaciente, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros.”*

La Ley 17/1967 habla también de fabricación en el artículo 11, disponiendo lo siguiente: *“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.”*

Por tanto y como nos indican autores como SEQUEROS SAZATORIL³², el concepto de elaboración debe quedar comprendido dentro del término de fabricación, ya que en la primera regulación de este delito del artículo 344 del Código Penal (derogado), se hablaba de fabricación siendo posteriormente por término elaboración. Además, este autor se sirve de las normas previamente mencionadas para darle contenido al concepto.

Sin embargo, debemos entender la elaboración de forma mas amplia que la fabricación, ya que además de comprender todos los procedimientos que permitan la obtención de estupefacientes, incluyendo en estos la refinación y transformación de unos productos en otros, esta incluye también cualquier sustancia que se haya obtenido a través de mezclas y

³¹ STS de 22 de junio de 1983 en la que nos señala que los actos de auto consumo no están tipificados en el artículo 344 CP (actual 368 CP) siendo atípicos por lo que impunes

³² SEQUEROS SAZATORNIL F. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial* Madrid (La Ley S.A.), 2000, pp. 100.

combinaciones de otros productos con rasgos propios de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.³³

Dentro del término elaboración, incluimos la prohibición tanto de la obtención de las drogas tóxicas por medio de las plantas de forma directa, tanto como los que llevan a cabo su producción en laboratorios.³⁴

Al igual que el cultivo, en la elaboración aun nos encontramos en fase de preparación de la droga, siendo esta fase ya delictiva y no considerándose tentativa la elaboración en si, pese a que el tráfico no se vaya a efectuar a corto plazo. Lo determinante en este sentido es que el tráfico sea una posibilidad.

Al igual que en el cultivo, se excluye la tipicidad de aquellas conductas que hayan sido autorizadas, aquellas cuyo destino sea el autoconsumo y aquellas que no tengan capacidad objetivo-subjetiva para la propagación de la sustancia generada para su consumo, como podría suceder en los supuestos de elaboración de drogas tóxicas que forman parte de una investigación.

4.2.3 Tráfico

La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas aporta una definición mas concreta del tráfico en su primer artículo, señalándonos que por tráfico ilícito entendemos lo establecido en los párrafos 1 y 2 del artículo 3.³⁵

³³ SERRANO GÓMEZ A, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid (Dykinson), 1997, p 723

³⁴ ACALE SÁNCHEZ M, *Salud pública y drogas tóxicas* Madrid (Tirant lo Blanch) 2002 pp. 41 y 42.

³⁵ Entendemos que las conductas que se consideran tráfico señaladas en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito son las siguientes: (i) *La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971; ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada*

La Ley 17/1967 en el artículo quince define el tráfico ilícito como “*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 el presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma.*”.

Desde la perspectiva de este artículo apreciamos que el término tráfico en materia penal excede del concepto mercantil, abarcando cualquier actividad que implique el traslado del dominio o de la posesión de la droga entre dos o mas personas, a cambio de una contraprestación o no.³⁶

Lo primordial para la consideración del tráfico ilícito es que este vaya destinado de cualquier forma que las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas sean difundidas, sin importar si esto se ha llevado a cabo por un acto asilado o no.³⁷ No es necesario que concurra precio o animo de lucro para que sea considerado típico (en base a lo establecido en el tipo básico), pero la Jurisprudencia si que se ha considerado que la falta de precio puede llevar a una causa de atipicidad.

Existe discusión sobre el alcance del concepto de tráfico, pero una de las acciones que comprende este termino de forma indudable es la venta ilegítima, entendiendo por tal la venta (directa o a través de un intermediario), el ofrecimiento y negociación don fines de venta, todos los actos llevados por los intermediarios previos a la venta, suministrar la droga y el cobro del precio.³⁸

En segundo lugar, podríamos encuadrar la permuta como uno de los actos de tráfico. Por permuta en el ámbito de tráfico ilícito entendemos es intercambio de la droga tóxica por otro producto acordado entre las partes.

³⁶ SEQUEROS SAZATORNIL F. *El tráfico de drogas...*, cit., p. 101

³⁷ CLEMENT DURÁN, C. GARCÍA GONZALEZ, J. PASTOR ALCOY, F. PEREZ MARTÍNEZ, A. *Las drogas en el Código penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia (Editorial práctica de derecho, S.L.), 1998, pp. 22 y 23.

³⁸ ROMERAL MORALED A, A. y GARCÍA BLAZQUEZ, M *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses* Granada (Comares), 1993, p. 40.

El transporte, ya sean importaciones, exportaciones o tránsito, se encuentra comprendido dentro del delito ya que pese a no encontrarse expresamente en el artículo 368 del Código Penal, sí que aparece recogido en Convenios Internacionales como en la Convención Única de 1961 artículo primero apartado "m".

Lo relevante del transporte es que este tiene como fin mover las mercancías para poder llegar a diferentes lugares de venta, siendo importante que quien lleve a cabo esta acción sea conocedor de que está movilizándose sustancias tóxicas, ya que por el contrario podríamos tratarse de un supuesto de autoría mediata, quedando el ejecutor impune.³⁹

El almacenamiento y depósito de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, también queda comprendido dentro de este tipo delictivo, siempre y cuando el objetivo de estos sea el tráfico ilegal con terceras personas, siendo necesario que quien lleve a cabo estas acciones tengan conocimiento de lo que está guardando, incurriendo de lo contrario en error de tipo.

Por último, cabe señalar que, como característica común a todas las conductas de tráfico para que estas sean punibles, tienen que ir con el objetivo de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de las sustancias tóxicas, quedando por tanto excluidos de este tipo aquellas conductas de tráfico que hayan sido debidamente autorizadas, ni el tráfico destinado al autoconsumo, ni la entrega de pequeñas cantidades a familiares o personas con drogodependencia y tampoco el tráfico que carezca de idoneidad, tanto objetiva como subjetiva.⁴⁰

4.2.4 Posesión con aquellos fines

Para referirnos a la posesión que entra dentro de este tipo, no debemos partir de su mera tenencia, debe existir un ánimo o intención de traficar para que este acto sea punible, por ello la expresión "con aquellos fines", la cual entiende la doctrina mayoritaria que va dirigido a todos los actos comprendidos en el artículo 368 del Código Penal (es decir, poseer con

³⁹ CLEMENT DURÁN, C. GARCÍA GONZALEZ, J. PASTOR ALCOY, F y PEREZ MARTÍNEZ, A. *Las drogas...*, cit., p. 22

⁴⁰ STS de 22 de junio de 1998

intención de cultivar, elaborar, traficar o promover, favorecer o facilitar el consumo.⁴¹ El agente debe tener dominio funcional de la cosa (debe tener opción y disponibilidad de disponer de ella).⁴²

Deben concurrir dos elementos para que la posesión sea típica: uno objetivo, el cual exige la tenencia material de la sustancia (posesión mediata); y otro subjetivo, ese animo de traficar o transmitir a terceros.⁴³

Por lo tanto, la posesión tiene que estar destinada al tráfico para ser esta punible, lo cual es algo difícil de probar, debiendo la jurisprudencia tener en cuenta los actos que se llevaron a cabo antes, durante y después de la tenencia de la droga. Además los elementos que nos ayudan a desmotar si el sujeto poseedor tiene esas intenciones son los siguientes: habrá que atender a la cantidad de droga que se tiene en posesión, a si el poseedor es o no toxicómano, los procedimientos o manipulaciones que se hayan realizado sobre la droga, el sitio en que se haya encontrado y embargado; y por ultimo, todos los elementos relacionados con el uso de herramientas para el tráfico, así como los dispositivos para consumir, conservar y transportar esos elementos, son importantes.⁴⁴

Al igual que para los actos de cultivo, elaboración y tráfico, la posesión destinada al cultivo o elaboración propio o para consumo propio, no encuadraría dentro de este tipo penal, siendo por tanto atípicas.

El Instituto Nacional de Toxicología, ha llevado a cabo un cuadro con las dosis diarias que un consumidor habitual normalmente consume en función del tipo de estupefaciente o sustancia psicotrópica que ingiera, estableciendo el Tribunal Supremo que se considera que dicha tenencia comenzará a ser delictiva cuando se posea la cantidad media estimada por el Instituto Nacional de Toxicología multiplicado por diez:

⁴¹ JOSHI JUBERT, U. *Los Delitos de Tráfico de Drogas I...* cit., p. 197

⁴² NÚÑEZ PAZ, M. Á. "Moderna revision..." cit., p. 99

⁴³ ROMERAL MORALEDA, A y GARCÍA BLAZQUEZ, M. *Tráfico y consumo...*, cit., p. 50.

⁴⁴ CALDERÓN SUSÍN, E. "Posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido" en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Madrid (CDJ, CGPJ), 2000, p. 25

SUSTANCIA	UNIDAD DE PESO	DOSIS MINIMA PSICOACTIVA	CONSUMO DIARIO MÁXIMO	TENENCIA CONSIDERADA DELICTIVA
Hachís	Gramos	0,01 g	5 g	50 g
Marihuana	Gramos	0,01 g (vía oral) 0.005 g de superficie	15-20 g	150-200 g
Cocaína	Miligramos	50 mg	1500 mg	15000 mg
MDA/MDMA	Miligramos	20-50 mg	480 mg	4800 mg
Heroína	Miligramos	0,66 mg	600 mg	6000 mg
LSD	Miligramos	0,02-0,025 mg	0,6 mg	6 mg
Metanfetamina	Miligramos	-	60 mg	600 mg
Morfina	Miligramos	2 mg	2000 mg	20000 mg
Metadona	Miligramos	5 mg	240 mg	2400 mg

4.2.5. Promoción, favorecimiento y facilitación

En base al artículo 368 del Código Penal la "promoción, favorecimiento y facilitación del consumo de drogas tóxicas" se enfoca en acciones que fomentan, facilitan o apoyen la distribución, venta, consumo o cualquier otra actividad ilegal relacionada con las drogas. Esto puede incluir acciones como: publicitar drogas, facilitar puntos de venta, ayudar en la distribución, suministrar medios para la fabricación o tráfico de drogas, reclutar personas para llevar a cabo actividades en relación a las drogas ilegales, o cualquier otra acción que contribuya de alguna manera a la actividad delictiva relacionada con las drogas tóxica, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

La promoción la interpretamos en el sentido de actos de propaganda o emitir ofertas de venta, mientras que la facilitación o favorecimiento las entendemos como aquellas conductas que hacen mas fácil el acceso a las sustancias tóxicas, bien entregando esa misma persona la droga, bien siendo un intermediario de ella.

Esta clase de conducta típica se introdujo en la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de febrero, siendo estas conductas consideradas como específicas antes de esta regulación.

Se trata de conductas cuyo espacio de aplicación es bastante abierto, siendo criticado en numerosas ocasiones por la doctrina ya que consideran que puede lesionar el principio de legalidad, por llegar a abarcar conductas que viéndolas en sentido estricto no comprenden un acto de tráfico. Así, gran parte de la doctrina entiende que una correcta regulación de este tipo hubiese sido a través de un sistema cerrado en beneficio de la seguridad jurídica.

Conductas como la donación quedan incluidas dentro de este tipo. Así lo confirma la jurisprudencia, ya que al entregarle a alguien un estupefaciente o sustancia psicotrópica, le esta facilitando el consumo, al igual que le promueve y favorece para ello.⁴⁵

Por donación entendemos aquellos actos consistentes en transferir la disponibilidad de la droga, de forma gratuita, a terceros, considerándose este acto delictivo por que contribuye a la proliferación del uso indebido de este tipo de sustancias ilegales.

4.3 Tipo atenuado del segundo párrafo del artículo 368

En el segundo párrafo del artículo 368 nos encontramos con una atenuante atendiendo a lo siguiente: *“los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”*.

Para apreciar esta atenuante no es necesario que concurren ambas circunstancias de forma acumulativa, con que haya menor antijuricidad (escasa entidad) o menor culpabilidad (circunstancias personales) sería suficiente⁴⁶. Se debe atender a ambas circunstancias, pero no es necesario que concurren elementos positivos de cada uno de ellos. Se aplicará el subtipo si al constatarse la escasa entidad del hecho, se valoran las circunstancias personales y no encontramos ninguna circunstancia que desaconseje la aplicación del subtipo.

⁴⁵ STS de 16 julio de 1994, Joaquín Martín Canivell (RJ 6457): *“estas conductas serán constitutivas de delito cuando determinen un peligro abstracto de facilitación, promoción o favorecimiento del consumo ilegal de drogas o sustancias, porque la finalidad de la norma penal es la tutela del bien jurídico de la salud pública mediante la represión y evitación del peligro general o común de facilitación del consumo de drogas para personas indeterminadas...”*.

⁴⁶ SSTS 32/2011, de 25 de enero; 51/2011, de 11 de febrero; y 448/2011, de 19 de mayo, entre otras)

Gran importancia en la materia tiene la Sentencia 2734/2021 que nos señala los siguientes puntos:⁴⁷

- La escasa entidad del hecho es un requisito "insoslayable", mientras que las circunstancias personales estarán abiertas a la valoración del tribunal, sin ser este un requisito exigible. No da importancia a la cantidad de droga si no a la entidad del hecho y señala como circunstancias de escasa entidad lo siguiente: "*sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; simple vigilancia realizada por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y ajena a móviles lucrativos...*".
- Considera el Tribunal que la cuantía es uno de los puntos de referencia para la ley para considerar la gravedad, siendo la "*reducida cuantía de la droga manejada*" uno de los datos que el interprete tenga en consideración para estimar la escasa entidad del hecho.
- Este segundo párrafo del artículo 368 fue impulsado por un acuerdo de sala no jurisdiccional, como se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, cuando se comprobó que el mínimo de la pena del tipo básico en algunos casos era desproporcionado, y así poder ajustar la penalidad en función de la verdadera gravedad.
- Se indica también que se debe atender a las circunstancias personales, pero a diferencia de lo que señala para la necesidad de "escasa entidad", no exige la concurrencia de "*circunstancias que aconsejen la atenuación*". La valoración de circunstancias como la edad, el nivel de educación, las experiencias de vida, el origen social, el entorno familiar... pueden llevar a tres resultados: 1) encontrar circunstancias que favorezcan a la atenuación; 2) detectar factores subjetivos que desaconsejen la atenuación; 3) que no se revele nada significativo, siendo por tanto este parámetro neutro. En los dos últimos supuestos no se excluirá siempre la atenuación, pero en el caso del segundo sería necesario una intensidad cualificada del parámetro objetivo.

⁴⁷ STS 2734/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:2734

Es posible que, aunque el hecho pueda considerarse "de escasa entidad", existan condiciones en el culpable que impidan la aplicación del subtipo: "*siendo determinante el criterio objetivo basta que el subjetivo no lo obstaculice negativamente*".⁴⁸

- Concluye esta sentencia determinando que la clave estará en la nimiedad de la entidad del hecho.

5. SUPUESTOS DE ATIPICIDAD

Los supuestos de atipicidad son aquellas conductas que no son típicas, es decir, aquellas que no se encuadran dentro de un tipo penal. Por lo tanto, en este apartado vamos a analizar cuales son los casos atípicos en el delito de tráfico de drogas.

Ya aludimos a la atipicidad de este tipo de sustancias cuando va dirigida al autoconsumo (viendo que cantidades se consideran autoconsumo); y cuando se esté autorizado para cualquier tipo de uso de la droga: para usos industriales, de investigación, terapéuticos y docentes, regulados en la Ley 17/1967 por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas, en el Real Decreto 2828/1977 por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación, desarrollado por la Orden de 14 de enero de 1981.

El error de prohibición es rechazado por la jurisprudencia ya que consideran que el no es posible la alegación de este como pretensión ya que su ilicitud es "notoria", siendo accesible para cualquier persona el conocimiento de la ilicitud del tráfico de drogas.⁴⁹ A continuación, analizaremos otros casos que también son atípicos:

5.1 Consumo compartido o autoconsumo compartido

Se considera atípico, según la jurisprudencia, la conducta del que es encargado de comprar la droga por varios que ponen un "fondo común" y después distribuir la cantidad obtenida entre

⁴⁸ STS 188/2012, de 16 de marzo

⁴⁹ SSTS 163/2005, de 10 de octubre (*Tol 648713*) y 698/2006, de 26 de junio (*Tol 964508*)

todos ⁵⁰, así como la invitación o entrega de forma gratuita a otras personas drogodependientes de drogas para ser consumida instantáneamente.

Por tanto, entendemos que existen tres grupos diferentes de "consumo compartido" ⁵¹:

- 1 °. "Servidor de la posesión" o "posesión en nombre de": se refiere a los supuestos en que se crea un fondo común por un grupo de adictos, para que uno de ellos adquiriera las sustancias para después consumirla todos juntos.⁵² El "fondo común" es tratado como un acuerdo de voluntades que contiene aportaciones de dinero conjuntas, siendo la droga adquirida por todos, o por uno que la adquiere para todos.
- 2 °. Invitaciones recíprocas que se realizan entre adictos para ser consumidas colectivamente, es decir, compartir por varios adictos el consumo de drogas.
- 3 °. Las entregas o invitaciones gratuitas de drogas a personas drogodependientes o consumidores esporádicos, para consumirlo de forma compartida

La atipicidad del autoconsumo compartido deriva de la atipicidad del autoconsumo individual. Viene por tanto de la falta de peligro de difusión de las drogas a terceras personas, ya que es este animo de difusión lo que determina el elemento típico.

Esta será atípica si se siguen una serie de requisitos⁵³:

- 1 °. Los consumidores deben ser adictos. Esto no excluye que esta conducta se extienda a aquellos que consumen drogas de forma esporádica o a lo que se conoce como "el consumidor de fin de semana"⁵⁴.

⁵⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜCHEL. *Derecho Penal ...* cit., p. 1287

⁵¹ DIÉZ RIPOLLÉS/ MUÑOZ SÁNCHEZ, "La ilicitud de la autoorganización del consumo de drogas", *Revista Libertas Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n°1, 2013, pp112-154

⁵² STS 281/2003, de 1 de octubre en la que la Policía llevó a cabo un registro en un bar de Barakaldo, encontrándose 3.804 gramos de cocaína. El acusado alegó que dicha cantidad era para consumo compartido con otros amigos ya que iban a acudir próximamente a una despedida de soltero. Finalmente, se le absolvió, entendiendo la sala que se trataba de consumo compartido.

⁵³ SSTS 776/2004 de 16 de junio (*Tol 614292*); 873/2005 de 1 de julio (*Tol 703365*)

⁵⁴ STS 408/2005, de 23 de marzo (*Tol 633152*)

- 2 °. El consumo debe llevarse a cabo en un lugar cerrado, en el que se impida que intervengan terceros y no existe un riesgo de difusión.
- 3 °. El consumo de la droga suministrada debe ser inmediato (no para ser almacenado).
- 4 °. La cantidad de droga facilitada debe ser "insignificante", valorándose el límite de esta en función del número de consumidores a los que vaya dirigida, del tipo de droga tóxica que se trate y de la habitualidad de los sujetos que la van a consumir a ese tipo de sustancia.
- 5 °. El grupo debe estar formado por pocas personas, que sean ciertas y determinadas, considerando el consumo como un acto íntimo.
- 6 °. No debe exigirse un precio o contraprestación a cambio.

Clubs de cannabis o asociaciones de cáñamo

Estamos ante entidades privadas que se constituyen para que los consumidores habituales de este tipo de sustancias (hachís y marihuana) las adquieran y consuman en sus locales, que no se encuentran abiertos al público general).

Las actividades llevadas a cabo en este tipo de asociaciones en ocasiones han sido condenadas por tráfico de drogas y en otras han sido absueltas. La primera sentencia de la época que trata estos temas es la STS, Pleno, 484/2015, de 7 de septiembre, posterior al precedente de la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, que en palabras de la STS 2694/2022, esta se pronunció sobre el⁵⁵ *"cultivo a gran escala de cannabis" que estuviese dirigido a abastecer a consumidores que se encontrasen reunidos en asociaciones para tal efecto, estableciendo la tipicidad de "los comportamientos concretados en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de sustancias tóxicas con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar, y aun cuando no concurra ánimo de lucro."*

Esta doctrina en un primer momento no condensó de forma unánime, pero a día de hoy se encuentra consolidada a través de numerosas resoluciones cuyas sentencias evocan: SSTS 87/2019, 19 de febrero; 261/2019, de 24 de mayo; 521/2019, de 30 de octubre; 205/2020, de 21 de mayo; 378/2020 y 380/2020, ambas de 8 de julio; 564/2020, de 30 de octubre; 722/2020, 30 de diciembre; 508/2021, de 10 de junio; o 534/2021, de 17 de junio

⁵⁵ STS 2694/2022, de 8 de julio

En la resolución de 7 de septiembre de 2015 del Tribunal Supremo se condenó a los sujetos que dirigían una asociación bilbaína de "Estudios y Usuarios del Cáñamo" la cual fue constituida e inscrita amparándose en la normativa estatal. Se les condenó como autores del delito contra la seguridad pública del artículo 368 del Código Penal y se estableció lo siguiente⁵⁶: *"la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones. (...)*

En el supuesto ahora analizado un reducido núcleo de personas organiza y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo, ... y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores -aunque sean también consumidores- frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente.

Tratándose de consumo, que no de cultivo compartido, habrá que estar a las pautas reiteradas en la jurisprudencia bien entendidas, es decir, no como requisitos sine qua non, sino como criterios o indicadores que orientan en la tarea de discriminar entre el autoconsumo colectivo y la facilitación del consumo a terceros. Lo decisivo no es tanto el ajustamiento exacto a esos requisitos, a modo de un listado reglamentario, cuanto la comprobación de la afectación del bien jurídico en los términos en que el legislador quiere protegerlo. "

El Tribunal Supremo en su sentencia 855/2021, de 10 de noviembre, establece que⁵⁷ *"organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana de considerables proporciones con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar, desborda los contornos de la doctrina que proclama la atipicidad del consumo compartido. "*

Sin embargo, en una sentencia posterior del 27 de junio de 2016 parece apartarse de los criterios establecidos en la sentencia anteriormente mencionada, considerando que estamos ante un supuesto de error de prohibición invencible, ya que, al no haber un informe

⁵⁶ STS 484/2015, de 7 de septiembre de 2015

⁵⁷ STS 855/2021, de 10 de noviembre

desfavorable del Ministerio Fiscal, no están exigidos a buscar mas información que asegure la licitud de la asociación. Concretamente establece lo siguiente⁵⁸: *“Téngase en cuenta que el Ministerio Fiscal, según su Estatuto aprobado por Ley 50/1981 modificado por las Leyes 14/2003 y 24/2007, tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad – art. 1 -, y ante el informe del Ministerio Fiscal que –aún con las reservas que de futuro se contienen– viene a reconocer explícitamente la legalidad de la Asociación, no se nos alcanza a qué otra fuente de conocimiento más solvente podrían/deberían haber acudido los absueltos para salir de una duda que objetivamente no tenían por la propia claridad y contundencia del informe referido.*

Claramente no le era exigible ninguna otra conducta o indagación”

Por lo tanto, podemos concluir que existen contradicciones aparentes entre las sentencias analizadas, no siendo clara el criterio a seguir de la jurisprudencia.

5.2 Venta de cantidades insignificantes

Se considera atípica la venta de cantidades insignificantes ya que no generan un peligro al bien jurídico protegido, es decir, la salud pública, quedando así fuera del tipo.

Se considera que el punto de partida para considerar que estas cantidades están fuera del tipo el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno del TS de 3 de febrero de 2005, que fijó que las cantidades mínimas psicoactivas no entrañan un peligro a la salud de las personas. Previamente a este acuerdo había una gran discusión jurisprudencial sobre que cantidades debían tenerse en cuenta.

Una sentencia del 1996 ya había establecido que *“En casos de tráfico de drogas cuando la cantidad de droga es insignificante hasta el punto de no provocar efecto nocivo para la salud, carece la acción de antijuricidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo”*.⁵⁹

La línea en la que se ha movido el Tribunal Supremo sobre esta cuestión ha ido variando a lo largo de los años.

⁵⁸ STS 563/2016, de 27 de junio de 2016

⁵⁹ STS 772/1996, de 28 de octubre

Hasta el 2003, la jurisprudencia consideraba atípica la venta de pequeñas cantidades de droga, ya que consideraban que estas cantidades no ponían en peligro el bien jurídico protegido (la salud pública), ya que la difusión de droga en cantidades tan pequeñas no era posible. La antijuricidad por tanto derivaba de que, en lo supuestos de cantidades insignificantes, la droga no es potencialmente dañosa por no ser posible su difusión a terceros y por no ser idónea por cantidad y pureza. El límite que impuso la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la tipicidad estaba en la dosis de abuso.^{60 61}

Esta línea jurisprudencial cambio a partir de 2003, estableciendo que será suficiente para ser punible la cantidad de la dosis mínima psicoactiva (siendo esta bastante mas inferior a la cantidad de dosis de abuso).⁶²

Fue, a raíz de la incompatibilidad entre las dos corrientes formuladas cuando le Instituto Nacional de Toxicología estableció cuales eran los mínimos que estaban exentos de afectas a la salud de las personas. (Vista anteriormente la tabla llevada a cabo por el Instituto Nacional de Toxicología).

Las resoluciones mas corrientes mantienen esta corriente, siendo atípica la cantidad que se encuentre por debajo del mínimo psicoactivo.

La absolución por tanto se basa en dos razones:

- Aplicación del principio de insignificancia cuando estamos ante cantidades inferiores al mínimo psicoactivo, ya que se produce *la desnaturalización cualitativa o extrema nimiedad cuantitativa*.⁶³
- Por no ser posible la acreditación de la pureza de la sustancia, no pudiendo ser interpretada contra el reo.

⁶⁰ El abuso de drogas es según el Instituto Nacional de Cáncer: “Uso de drogas ilícitas o uso de medicamentos de venta con receta médica o de venta libre, con fines diferentes a los que están destinados, o para su consumo en cantidades excesivas. El abuso de drogas a veces conduce a problemas sociales, físicos, emocionales y laborales. También se llama adicción a las drogas y drogadicción.”

⁶¹ STS 1640/2003 de 28 de noviembre (Tol 350734)

⁶² STS 901/2003, de 21 de junio (Tol 294358)

⁶³ SSTS 62/2009, de 30 de enero (Tol 1454061) y 486/2010, de 18 de mayo (Tol 1865415)

La afirmación de que una dosis mínima psicoactiva no es capaz de excluir de forma radical los efectos nocivos que puede causar la droga, según MANJÓN- CABEZA OLMEDA, no es correcta por varios puntos: ⁶⁴

- 1 °. La dosis mínima psicoactiva no causa el efecto que el consumidor busca, sino que es la cantidad mínima a partir de la cual esa sustancia va a producir algún efecto en la persona. Por lo tanto, esta cantidad no produce una intoxicación ni menos aun un problema para la salud publica. Se debe rechazar empleado por el Tribunal en algunas sentencias entre umbral toxicológico” y dosis mínima psicoactiva.
- 2 °. El informe llevado a cabo por el Instituto Nacional de Toxicología establece cuales son las cantidades consideradas como mínimo psicoactivo, pero también cuales son las de dosis de abuso, habitual y cotidiano. Cuando estamos ante los supuestos de notoria importancia y de autoconsumo (impune) el Tribunal Supremo utiliza como indicador la dosis de consumo diario.
- 3 °. Es, para esta autora, consagrar “*la seguridad jurídica del exceso y de la desproporción*” tener como tope de la tipicidad el mínimo psicoactivo.

5.3 Entregas compasivas

Este supuesto tiene como fin evitar el sufrimiento que causa a las personas adictas o drogodependientes el síndrome de abstinencia.

Este supuesto es considerado por la jurisprudencia como donaciones (en vez de como ventas) para evitar a los sujetos ya adictos a este tipo de sustancia, lo que se conoce como el síndrome de abstinencia⁶⁵, debiendo haber entre el donante y el donatario una relación familiar o personal.

⁶⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜCHEL. *Derecho Penal...* cit., pp. 1280 y 1281

⁶⁵ La abstinencia según el Instituto Nacional del Cáncer es: “ *Término utilizado para describir los síntomas físicos y mentales de una persona cuando deja de fumar o reduce de manera repentina el consumo de una sustancia adictiva, como los opiáceos y los opioides, los productos de nicotina o las bebidas alcohólicas. Los síntomas de abstinencia que presentan las personas dependen*

Las primeras resoluciones atribuidas a este tipo de supuestos, no lo calificaban como atípico, pero sí que proponían indultos parciales o atenuantes, incluso haciendo analogía con el estado de necesidad incompleto, afirmándose error de prohibición invencible. Si lo que se buscaba con la donación era conseguir la deshabituación, nos encontramos ante una ausencia de antijuricidad material, exigiéndose que el peligro sea abstracto y que el fin de la donación fuese erradicar el consumo.⁶⁶

Actualmente, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos para los casos en los que se pretende evitar el síndrome de abstinencia, siendo considerados atípicos:

- 1 °. El destinatario de la droga tóxica debe ser adicto, ya que es la única situación en la que se encuentra justificada la consecución de estas conductas.
- 2 °. Quien efectúe la entrega (el sujeto activo) debe ser o bien un familiar o bien una persona allegada del donatario.
- 3 °. Que con la cantidad donada no exista un riesgo de que pueda ser transmitida a terceros ajenos. En ocasiones es necesario que la ingesta de la droga se realice ante el donante, para evitar riesgos.
- 4 °. La cantidad donada debe ser pequeña, yendo desde una dosis terapéutica, hasta dosis de consumo. La dosis terapéutica pierde sentido en algunas ocasiones ya que hay sustancias las cuales no se utilizan en ningún caso con fines terapéuticos. Además, la cantidad de una dosis terapéutica será variable en función de cuales sean las circunstancias del receptor y del cual sea el fin que se persigue. Las limitaciones deben ser flexibles, alcanzando las dosis de consumo diario (indicadas por el Instituto

de muchos factores, como el tipo de sustancia, la frecuencia de su uso y el período de tiempo durante el que se ha consumido. También se llama cuadro de abstinencia y síndrome de abstinencia. " Diccionario de cáncer del NCI. (s. f).

⁶⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜCHEL. *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pp. 1285 y 1286

Nacional de Toxicología), pudiéndose esta cantidad ser multiplicada atendiendo a la situación concreta.⁶⁷

5 °. No debe exigirse un precio o una contraprestación a cambio, debiendo ser por tanto gratuito, ya que el sujeto activo lo que pretende es llevar a cabo actos en favor del interés del adicto.

6 °. Debe llevarse a cabo únicamente con fines altruistas, humanitarios o compasivos entendiendo la jurisprudencia mayoritaria que deben estar encaminados a eludir el síndrome de abstinencia.⁶⁸

Diferente es la situación en que el objetivo de la donación no es evitar el síndrome de abstinencia, sino la deshabituación, en la que el suministro es continuado y pautado, reduciéndose de forma progresiva las dosis. Este caso se conoce como adecuación social⁶⁹, porque no supone un peligro para la salud pública, ya que no existe el riesgo de difusión entre diferentes sujetos, y se lleva a cabo con el fin de mejorar la salud del individuo. La STS del 29 de abril de 1993 (Tol 400873), dispuso lo siguiente: “... en el ámbito de la deshabituación o rehabilitación de drogadictos se contemplan como acciones adecuadas, tanto el suministro controlado de drogas, como la sustitución del consumo o suministro de la droga fuente de la adicción por otros compatibles -así, la metadona- igualmente prohibidas fuera de ese ámbito, pero que se estiman útiles para el fin último de la deshabituación”.

⁶⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜCHEL. *Derecho Penal ...* cit. p. 1286

⁶⁸ STS 887/2003, de 13 de junio dispone lo siguiente “La Jurisprudencia ha considerado como supuesto excepcional de atipicidad de la conducta la de aquellas personas que sin contraprestación alguna hacen llegar a familiares próximos o allegados que se encuentran en prisión cantidades mínimas de drogas tóxicas con la finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia, debiendo subrayarse que estas donaciones constituyen, en principio, una conducta típicamente prevista en el artículo 368 CP, y por ello la falta de punibilidad de la misma tiene que referirse a supuestos mínimos y aplicarse de forma excepcional y restrictiva, justificándose cuando se pretende únicamente mitigar momentáneamente los sufrimientos propios del estado referido mediante la entrega de cantidades mínimas de droga, para su consumo inmediato y sin riesgo de difusión”. En esta misma línea se mueven las STS 784/ 2007, de 2 de octubre; SAP de Badajoz (Sección 2) 18/2002, de 12 de diciembre; SAP de Madrid (Sección 5) 218/ 2011, de 17 de junio.

⁶⁹ Según el diccionario panhispánico del español jurídico, la adecuación social es: “Cualidad de una conducta que formalmente parece típica por ser subsumible en la descripción de un tipo delictivo consistente en ser considerada en determinadas circunstancias por la totalidad o gran mayoría de la sociedad como correcta, adecuada, impecable, sin que haya una regulación jurídica discrepante”

En algunas sentencias del tribunal supremo, se consideran atípicas aquellas entregas de drogas ilegales llevadas a cabo con el fin de evitar que el consumidor transcurra por ambientes insalubres.

Los requisitos vistos para las entregas compasivas se utilizan también cuando el sujeto al que se hace llegar la droga se encuentra encarcelado.

5.4. La cuestión del precio y del adicto

La jurisprudencia ha venido exigiendo que el receptor de la droga sea adicto o consumidor, pero la realidad es que si la sustancia va dirigida a una persona concreta (o unas personas concretas en los supuestos del consumo compartido), no se genera un peligro para salud pública colectiva, siendo aplicable con esta interpretación, ya siendo la entrega de la droga para evitar el síndrome de abstinencia, para conseguir la deshabituación, o incluso si simplemente se esta facilitando el consumo a una persona concreta, independientemente de si ha mediado o no o precio o de que relación tengan el receptor y el proveedor de la droga. Este requisito no es deducible del tipo básico, ya que nada dice sobre ello. Únicamente es importante la condición de adicto para poder aplicar la agravación de suministro, pero no para hablar de tipicidad o atipicidad.

De forma mayoritaria, la jurisprudencia ha interpretado que la ausencia de precio es uno de los principales requisitos para determinar la atipicidad. Del tipo básico comprendido en el artículo 368 del Código Penal no se desprende esta interpretación. Incluso el Tribunal Supremo ha establecido lo siguiente: *“el tipo penal no exige la venta de la droga, pues también es penalmente típica la donación de este tipo de sustancias y, en definitiva, la transmisión de ese tipo de sustancias por cualquier otro título, en cuanto tales modos supongan un favorecimiento del consumo de las drogas”*.⁷⁰

Pese a esta interpretación, las sentencias que estiman la atipicidad en determinadas conductas son insistentes en la necesidad de la falta de precio como requisito, lo cual realmente es incorrecto ya que lo que determina la atipicidad no es la falta de precio sino la falta de peligro para la salud pública o porque son adecuados socialmente.

⁷⁰ STS 276/2007, de 30 de marzo (Tol 1060344)

6. TIPO SUBJETIVO

El delito de tráfico de drogas es un delito doloso, entendido así tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en el que no caben comportamientos imprudentes, lo que conduce a que cualquier error de tipo, ya sea vencible o invencible, sea impune, pero no se suele poder usar en la práctica, por la dificultad de probarlo.

El tipo subjetivo debe estar formado por dos elementos básicos: en primer lugar, se debe tener conocimiento que las sustancias son drogas ilegales, conociendo de la nocividad que dicha sustancia puede generar a la salud y, en segundo lugar, el objetivo de la tenencia de dichas sustancias debe ser su promoción, favorecimiento o facilitación a terceros.

El elemento subjetivo del injusto lo constituye la preordinación 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 destinada al autoconsumo para varios días es un indicativo de la preordinación 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 preordinación al tráfico. El elemento subjetivo no es susceptible de prueba directa, por lo que habrán de tenerse en cuenta otros factores como pueden ser 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.⁷¹

Por lo tanto, 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.⁷²

Son muy frecuentes las alegaciones de falta de conocimiento o duda sobre cual era el objeto que se trasladaba o sobre que tipo de droga o sustancia se portaba, así como su cantidad,

⁷¹ STS 17 enero 1984; 17 de julio de 1986, 21 de noviembre de 1990.

⁷² SEQUEROS SAZATORNIL F. *El tráfico de drogas...*, cit., p. 94

calidad o edad del sujeto al que se entregaba. La jurisprudencia resuelve estos casos estableciendo que es suficiente que exista dolo eventual para que la conducta sea típica.⁷³

Hay doctrina reiterada con respecto al dolo eventual en los siguientes puntos:⁷⁴

- Como indica el Tribunal Supremo en su sentencia 545/2010, de 15 de junio (Tol 1883888): “*no querer saber los elementos del tipo objetivo... equivale a querer y aceptar todos los elementos*”.
- Si la alegación se basa en el desconocimiento de la calidad o cantidad de la droga, habiéndose aceptado transportarla, no se considera que exista error de conocimiento, simplemente indiferencia. El hecho de no tener plena certeza sobre el objeto que se transporta no excluye el dolo, bien porque aplicamos el principio de ignorancia deliberada⁷⁵, o bien en base al principio de indiferencia⁷⁶.

7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación son aquellas circunstancias que, a pesar de haberse realizado la conducta típica, se elimina la antijuridicidad del hecho. En el caso específico del delito de tráfico de drogas, las causas de justificación son muy limitadas a causa de su naturaleza y en la práctica del tráfico de drogas, estas causas de justificación se aplican de forma muy restrictiva. Una situación específica que podría llegar a considerarse como causas de justificación es el estado de necesidad extremo: si una persona se ve obligada a traficar con drogas para evitar un daño mayor e inminente que no puede evitarse de otro modo (aunque esta justificación es extremadamente difícil de acreditar en los tribunales).

⁷³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜCHEL. *Derecho Penal ...* cit., pp. 1284 y 1285

⁷⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜCHEL. *Derecho Penal ...* cit., p. 1285

⁷⁵ El principio de ignorancia deliberada, según el diccionario panhispánico del español jurídico es: “principio que dispone que aquel que no quiere saber aquello que puede y debe conocer y sin embargo se beneficia de su situación se hace responsable de las consecuencias penales de su actuar”. STS 307/2011, de 25 de abril.

⁷⁶ Prestar la colaboración solicitada, sin preocuparse de cuales serán las consecuencias SSTs 1044/2005 de 21 de septiembre (Tol 725620); 533/2007, de 12 de junio (Tol 1106852).

En una sentencia del 8 de marzo de 2005, el Tribunal Supremo declaró lo siguiente acerca del estado de necesidad como eximente⁷⁷: *“el estado de necesidad exige como mínimo presupuesto de su apreciación la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. Por tanto, los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla como incompleta, son:*

1.o) La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (...).

2.o) La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (...).”

Finaliza destacando que en el delito de tráfico de drogas, la justificación completa o incompleta será muy restrictiva, rechazando el estado de necesidad por penuria económica, ya que el mal causado es mayor que el de la precariedad económica.

8. CULPABILIDAD

En el dolo penal, como ya se ha señalado, es necesaria la concurrencia de un elemento intelectual y otro volitivo, desempeñando un papel importante la imputabilidad o capacidad de culpabilidad⁷⁸. Es necesario que el sujeto actúe con conciencia y voluntad cuando lleva a cabo el delito. Un sujeto será por tanto inimputable cuando no sea capaz de comprender la ilicitud de su acción o cuando carezca de capacidad para actuar de acuerdo con ese conocimiento, debido a una condición psíquica externa al delito.⁷⁹

Una causa de exclusión de culpabilidad sería por miedo insuperable en el supuesto de coacción o amenaza: situación en la que una persona participa en el tráfico de drogas bajo

⁷⁷ STS 340/2005, de 8 de marzo

⁷⁸ *“Término jurídico que hace referencia a adjudicar a una persona, mentalmente capaz de delinquir, la comisión de un delito o hecho delictivo. En España, la condición de imputable se presume en todo acusado y su repercusión ha de demostrarse, al igual que el hecho delictivo mismo”*. CONCEPTOSJURIDICOS.COM. (2023, 20 abril). *Imputabilidad Penal en España: concepto y elementos*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/imputabilidad/>

⁷⁹ SEQUEROS SAZATORNIL F. *El tráfico de drogas...*, cit., p. 93.

amenaza de un mal grave e inminente que no pueda evitar de otro modo, pudiendo invocar la eximente de coacción.

La cuestión surge ahora sobre que sucede cuando un traficante es a su vez consumidor de drogas. ¿se le imputaría el delito o sería una causa de inimputabilidad?

El Código Penal menciona explícitamente en el artículo 20.2 como eximente de responsabilidad criminal “ *El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos*”. 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.

9.TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto y consumación anticipada, siendo necesario que la conducta sea potencial para que el peligro sobre el bien jurídico se cree. Indica el Tribunal Supremo que este tipo de delitos son de resultado, y por tanto apreciando que es el peligro el resultado, siendo este delito compatible con la tentativa. El delito proviene de la tenencia de la droga con el objetivo de traficar con ella. El acuerdo de adquirirla o establecer cual será el lugar en el cual se va a producir la transacción, entrega y pago de la droga, sin que se produzca de forma efectiva esa transacción por razones ajenas a la voluntad de los adquirientes, no forma parte del tipo.⁸⁰

Esta idea fue respaldada por el Tribunal Supremo en sentencias de 12 de diciembre de 2001, 21 de febrero de 2002 y 20 de marzo de 2003, estableciendo lo siguiente: “ *la doctrina de esta Sala señala la dificultad de apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, dada la amplitud de la descripción legal de la acción típica, al tratarse de un delito de peligro abstracto cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor. Cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado a tener disponibilidad, ni aun potencial, sobre*

⁸⁰ PÁRAMO DE SANTIAGO, C. “Tentativa y consumación en el tráfico de drogas. La agravante de organización.” *Revista CEFlegal* num 77 (2007), p. 112

la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata”. Debemos extender este criterio a los casos en los que la entrega de la droga esta siendo controlada por la policía, cuando la detención se produce nada mas entregarse, ya que en estos casos la entrega es considerada fugaz y que no se ha llegado a disponer de forma efectiva de ella.

Al tratarse de un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada en la gran mayoría de los tipos penales contra la salud pública, la tentativa y actos preparatorios (que se suelen castigar como consumación) cuentan con escaso margen para ser castigados, siendo compleja la apreciación de ejecución imperfecta.

El simple hecho de poseer con animo de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de este tipo de drogas tóxicas ya esta incluido dentro del tipo, siendo complejo pensar que actos previos a poseer caben como ejecutivos, teniendo estos una capacidad mínima para generar un peligro sobre el bien jurídico protegido.

Promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de sustancias tóxicas o la mera posesión forman parte del tipo como ya se ha señalado. El problema lo encontramos en las acciones previas que van dirigidas a materializar estos actos. Estos actos pueden ser calificados como simples actos preparatorios (punibles o no atendiendo al caso concreto) o podemos encuadrarlos dentro de la tentativa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y Audiencia Nacional (seguida por los tribunales superiores de justicia y audiencias provinciales) ha tratado de seguir un criterio consistente en delimitar la tentativa punible de mera preparación que es impune. El criterio se ha basado en la disponibilidad que tenga el individuo sobre la droga.

Por tanto, entenderemos que si la conducta del acusado encaminada al trafico de drogas (pese a que no se logre el fin esperado) se concreta en la posible disposición de la sustancia tóxica, debe ser entendido dentro de los parámetros de perfección del delito. En cambio, si no se aprecia la disponibilidad potencial de la droga tóxica y la acción correspondiente es secundaria respecto de la acción principal, esta corresponderá a una tentativa inacabada. Por ultimo, aquellos actos llevados a cabo con el fin de contribuir al trafico de este tipo de

sustancias ilegales, pero que por su mínima envergadura no son susceptibles de disposición, no serán calificados como punibles.⁸¹

En el delito de tráfico de drogas, a diferencia de lo que sucede con otros delitos contra la salud pública, los actos preparatorios (conspiración, proposición, provocación) si que son castigados. Así lo establece el artículo 373 del Código Penal al señalar lo siguiente: “ *La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 al 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores*”.

Por lo tanto, como se indica en sentencias del Tribunal Supremo, como la Sentencia del Tribunal Supremo 689/2014 de 21 de octubre, cabe la posibilidad que durante el periodo que transcurre entre que se acuerda la adquisición de la sustancia tóxica hasta que finalmente se entrega, puede haber determinadas conductas no incluidas como propias dentro del delito consumado, si: 1º únicamente se ha acordado la transmisión de la droga sin hacerse efectiva, calificándose esta como conspiración (habiendo por tanto responsabilidad penal); 2º se ha iniciado la ejecución a través de actos encaminados a la adquisición , por medio de una actividad que sea tanto unívoca como próxima, que conduzca a la tenencia de la droga, estaríamos ante una tentativa inacabada; 3º se ha completado la ejecución pero la posesión continua sin ser efectiva, cabría calificarlo como una tentativa acabada; 4º por último, se producirá la consumación cuando finalmente se posea materialmente la droga, pudiendo ya disponer de forma efectiva de ella.⁸²

Por ultimo, debemos mencionar el artículo 371 del Código Penal que alude a las acciones denominadas “tráfico de precursores”, que establece lo siguiente: “*1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.*”

⁸¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Derecho penal. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2023 p. 672

⁸² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Derecho penal...*, cit., pp. 672 y 673

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones”.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2. ”

La Ley Orgánica 5/2010 no ha modificado directamente el artículo 371, cuya última revisión, específicamente en su apartado 2, fue realizada por la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre.

Sin embargo, la Ley 5/2010 ha tenido un impacto indirecto en el tráfico de precursores. Por un lado, el último párrafo ya no será aplicable porque el art. 369.2 al que se refiere ha quedado sin contenido. Por otro lado, la pertenencia a una organización dedicada al tráfico de precursores se combina con la nueva regulación del Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, titulado “De las organizaciones y grupos criminales”, por lo que la pena a imponer en ciertos casos puede ser la establecida en este capítulo.

En los casos donde el delito de tráfico de precursores se da junto con el tráfico de drogas, el primero queda absorbido por el segundo, ya que constituye una anticipación de la intervención penal, penalizando actos preparatorios del tráfico de drogas

La jurisprudencia ha interpretado que este es un tipo delictivo de mera actividad, ya que el elemento objetivo se cumple simplemente al poseer los equipos, materiales y sustancias mencionados. El dolo abarca no solo la acción típica, sino también las acciones a las que sirve de antesala o propósito; esto se indica en el precepto cuando exige que el poseedor actúe "a sabiendas".

La anticipación de la protección penal ha llevado a considerar como objeto del delito no solo las drogas ya elaboradas, sino también los productos llamados "precursores"⁸³. La respuesta penal se adelanta así a los actos meramente preparatorios, estableciendo barreras de intervención penal más tempranas; de modo que, al igual que la posesión de drogas es punible cuando hay intención de distribuir las, la posesión de precursores solo es punible cuando se es consciente de que serán utilizados ilícitamente en el cultivo, producción o fabricación de drogas.

10. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Conforme a lo establecido en el Código Penal en su artículo 28 autores son aquellos que *"realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán autores a) Los que inducen directamente a otro y otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado"* y cómplices, según el artículo 29, son aquellos *"que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho como actos anteriores o simultáneos"*.

Consideramos autor en el delito de tráfico de drogas a aquella persona a la que le pertenece el dominio, único o compartido, llevando a cabo cualquiera de las siguientes conductas: cultivo, elaboración, tráfico, promoción, facilitación, favorecimiento, posesión con el fin de traficar o favorecer el consumo. Se prevé como forma especial de autoría la contenida en el artículo 370.2 del Código Penal para jefes, directores o encargados de organizaciones delictivas, para los que se aplica la pena superior en uno o dos grados y multa del tanto al triple. Se prevé la autoría mediata cuando se utiliza a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer este tipo de delitos, según el artículo 370.1 del Código Penal.

La participación en el delito de tráfico de drogas es admitida en escasas ocasiones por la jurisprudencia ya que la redacción tan amplia que se le da al tipo básica no admite apenas formas de participación ya que el hecho de "promover, facilitar o favorecer" ya encuadraría dentro de la autoría.

⁸³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. < <https://dpej.rae.es/> > [27/06/2024] se establece que el tráfico de precursores es: *"Conjunto de comportamientos delictivos que recaen sobre equipos, materiales, sustancias y otros productos que se utilizan en la elaboración de las drogas (balanzas de precisión, alambiques, prensas, molinillos, objetos para envasar la droga o semillas destinadas al cultivo)"*

Cabe la complicidad entendiendo esta como cooperación física o psíquica accesoria, no siendo por tanto necesaria. La complicidad ha sido aceptada por la jurisprudencia en los casos en los que se ha presenciado la operación o en los que la colaboración a esta ha sido mínima, o incluso en acciones que favorecen al traficante, pero no al tráfico⁸⁴, tener como encargo únicamente trasladar de un lado a otro los fardos de droga⁸⁵, ser el encargado de ajustar la emisora de radio para poder comunicarse con el barco que lleva el transporte de la sustancia⁸⁶, ocultar droga sin ser el poseedor de ella, ya que la posee otro⁸⁷, facilitar la dirección del domicilio del vendedor⁸⁸, responder ya atender las llamadas de los proveedores⁸⁹, ser marinero del braco que carga sustancias prohibidas⁹⁰. No se considera complicidad, ya que forma parte de la autoría, a aquellas situaciones en que se sigue las ordenes de un jefe, facilita el buque que servirá para transportar la droga o quien transmite información importante y relevante⁹¹.

El principal problema que encontramos es la dificultad que existe a la hora de distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, moviéndose la ayudándose la jurisprudencia de los principios de proporcionalidad y de necesidad de pena para distinguirlos.⁹²

El Tribunal Supremo ha establecido un conjunto de criterios para poder distinguir los grados de participación para poder castigar a cada participante con la pena correspondiente en función de su culpabilidad, siendo esta (la medida de culpabilidad) la que marca la diferencia entre autores y partícipes de los cómplices.

⁸⁴ Doctrina del favorecimiento del favorecedor SSTs 384/2009, de 13 de abril (*Tol 1514432*) y 259/2003, de 25 de febrero (*Tol 265665*)

⁸⁵ STS 254/2009, de 5 de marzo (*Tol 1499135*)

⁸⁶ STS 120/2003, de 28 de febrero

⁸⁷ STS 1993/2001, de 18 de octubre (*Tol 103137*)

⁸⁸ STS 500/2003, de 7 de abril (*Tol 276408*)

⁸⁹ STS 960/2001, de 21 de diciembre

⁹⁰ STS 616/2003, de 18 de abril (*Tol 274539*)

⁹¹ STS 753/2010, de 19 de julio (*Tol 1920461*)

⁹² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15. ed. Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 667 y 668.

Entendemos que en aquellas situaciones en que sea posible demostrar de manera indiscutible que la conducta es accesoria y subordinada, estamos ante una situación de cooperación no necesaria: complicidad.

En la Sentencia 6823/1997, de 14 de noviembre, el Tribunal Supremo consideró como complicidad la conducta de una mujer que convivía con su novio, el cual vendía drogas. El objeto de la imputación se basaba en haber convivido con el autor del delito en el lugar donde las drogas se almacenaban, auxiliando incluso en determinadas ocasiones en la entrega de estas sustancias. En este supuesto la diferencia entre autor y cómplice es clara. El Tribunal Supremo invocó al “favorecimiento del favorecimiento” para poder caracterizar la complicidad, señalando lo siguiente: “*en aquellos casos en que hay un principal responsable dueño de la acción delictiva y además, hay otra persona cuyo comportamiento, referido a actividades de contenido muy secundario, aparece claramente subordinado a esa otra acción principal, entiendo posible la condena por complicidad, lo que aparece como imprescindible, a veces, como ocurre en el caso presente, para adecuar la pena a las diferentes categorías de participación en los hechos. Favorecer el consumo ilícito de drogas constituye la autoría del artículo 344 [actual artículo 368], pero cuando hay alguien que solo actúa como „favorecedor del favorecedor” en un evidente plano meramente subalterno hemos de acudir a la figura de la complicidad*”.⁹³

Ha sido fijado como parámetro para entender que existe complicidad “*aquellas conductas que no favorecen directamente al tráfico, sino que benefician al traficante- lo que se ha llamado favorecimiento del favorecedor*”, señalando también que “*la complicidad quedaría reservada para actuaciones periféricas, no nucleares, prescindibles y no esenciales, sin perjuicio de reconocer que el cómplice participe del mismo dolo que el autor, solo que su aporte – eficaz – es periférico, prescindible y no necesario*”.⁹⁴

Es por tanto la complicidad una acción que causalmente es eficaz pero no es ni determinante ni necesaria, sino que es accesoria y periférica.

Es aceptada la cooperación necesaria en aquellos supuestos como la vigilancia, la guarda de la droga que el dueño dispone, los intermediarios cuya función es poner en contacto al comprador y al vendedor, dejar el domicilio para que en él se lleve a cabo el tráfico.

⁹³ STS 6823/1997, de 14 de noviembre.

⁹⁴ STS 1594/2012, de 29 de febrero

El encubrimiento es en principio negado por la jurisprudencia. Cualquier "encubrimiento" que se realice en posesión de la droga se califica como cooperación o complicidad, no como encubrimiento, ya que el delito es consumado cuando comienza la posesión, prologándose esta tanto tiempo como dure la posesión. Si que se ha aceptado el encubrimiento en situaciones en las que, ya habiéndose detenido a los autores, se extrae del domicilio el dinero que procede del tráfico.

11. CONCURSOS

Se conoce como concurso de delitos a aquellas situaciones en las que una misma persona realiza dos o más infracciones penales. Esta puede cometerse bien de forma simultánea, bien con cierto espacio temporal. Vienen regulados en el Código Penal. Según el diccionario panhispánico del español jurídico: *"Es concurso ideal de delitos el supuesto en que una sola acción criminal vulnera dos o más bienes jurídicos y es constitutiva de dos o más delitos. Es concurso real de delitos el supuesto en que un sujeto realiza una pluralidad de acciones distintas que lesionan bienes jurídicos diversos, dando lugar a la existencia de varios delitos independientes entre sí."*

A raíz de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, se originó un problema concursal, entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando, sumergida en la necesidad de imponer sanciones más severas a las actividades relacionadas con el tráfico de drogas cuando estas ocurrían cruzando nuestras fronteras, consideró aplicable a dichos casos ambas normativas: tanto la Ley de Contrabando como los preceptos reguladores y sancionadores del tráfico de drogas en la Ley penal codificada. Así, entendió que quien transportaba droga entre diferentes Estados estaba cometiendo varios delitos simultáneamente y sería sancionado como autor de un concurso ideal entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando.

Para determinar si legalmente deben aplicarse ambos preceptos, concurso de delitos, o solo uno de ellos, concurso de normas, es necesario examinar cual es el bien jurídico protegido en ambos casos. Si el bien jurídico es el mismo en ambas normativas, es decir, si ambas buscan proteger el mismo valor, bastará con aplicar solo uno de los preceptos. Sin embargo,

si las normativas protegen bienes jurídicos diferentes, entonces será necesario aplicar ambos preceptos conjuntamente.⁹⁵

La sentencia de 26 de agosto de 1984 indicó que los delitos de contrabando constituyen⁹⁶ *“infracciones contra la Hacienda o Erario Público, en su especie de “infracciones aduaneras”, o lo que es lo mismo, que, como su mismo nomen iuris de contrabando indica, se trata de castigar el comercio, en sentido amplio, de géneros prohibidos y, más en concreto, su importación o exportación clandestinas, con mengua de la renta de Aduanas; es decir, que el bien jurídico protegido en estos delitos es el interés de la Administración Pública en controlar el tráfico de géneros sujetos al arancel de Aduanas o de efectos estancados o prohibidos, si quiera detrás de este objetivo inmediato, que es fácil deducir de la lectura de la Ley vigente, se hallan intereses mediatos, alguno tan evidente como el económico nacional o razones de seguridad, higiene u otra causa cualquiera a que alude la propia Ley en su artículo 23.2, no menos que la propia naturaleza del objeto de contrabando: Las drogas o estupefacientes, junto a las armas, explosivos u otros cuya tenencia constituya delito (art. 1º 3.1º de la Ley), de lo que es fácil colegir diversos motivos de incriminación, entre ellos, como uno más, el de la salud pública”*.

Argumenta también que tanto la posesión de drogas con intención de tráfico como su transporte, considerado como un acto auxiliar cercano a la idea de tráfico, son delitos relacionados con la salud pública. Si además ese transporte se realiza de manera que infrinja la Ley de Contrabando, ambos delitos serán aplicables según el artículo 71 del Código Penal, estando ante un concurso ideal de delitos.

Los primeros signos de un cambio evidente en el razonamiento utilizado hasta entonces por el Tribunal Supremo se pueden encontrar en la Sentencia del 16 de septiembre de 1987 (RA 6.466). El cambio se produjo por la naturaleza furtiva u oculta del tráfico de drogas, dado que se trata de productos no aptos para su presentación en la Aduana. En esta resolución, el Tribunal Supremo señala lo siguiente⁹⁷: *es obvio que los introductores de drogas en España lo verifican clandestinamente no con el fin de burlar los aranceles de Aduanas y de atentar así contra el Erario Público, sino por no serles dable presentarlas para su despacho en las oficinas correspondientes, abonando los oportunos*

⁹⁵ SOTO NIETO, F. *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, Madrid (Trivium), 1989, pp. 199

⁹⁶ STS de 26 de agosto de 1984 (RA 4.288)

⁹⁷ STS del 16 de septiembre de 1987 (RA 6.466)

derechos por su importación. No se trata, pues, de una propia infracción de contrabando, sino de una conducta equiparada a las de contrabando por el legislador

La resolución del 29 de diciembre de 1990 (RA 10.111)⁹⁸ aceptó la evolución de la jurisprudencia, pasando de reconocer la pluralidad de bienes jurídicos a admitir una mayor antijuridicidad en la conducta de contrabando en comparación con el simple tráfico de drogas. La Sentencia del 1 de octubre de 1992 (RA 7.891) es aún más clara y señala la confusión inicial que surgió al abordar este problema⁹⁹: *«en cuanto que estas aprehensiones no son susceptibles de liquidación aduanera»*, estableciéndose que el bien jurídico en estas situaciones es el mismo, la salud pública, con una concreción: *«La droga que procede del extranjero es la fuente normal y aplastantemente mayoritaria del abastecimiento nacional»*.

Fue en 1997 cuando se produjo un cambio de doctrina motivado por la sentencia de 1 de diciembre. Estableció que¹⁰⁰ *“un delito de peligro abstracto para la salud de sujetos indeterminados no puede ser sancionado con una pena máxima escasamente menor que la aplicable si se hubiera causado la muerte de una persona determinada, sólo porque la droga fue introducida desde el exterior sin lesionar ningún otro bien jurídico*

Esta nueva interpretación vino a causa del aumento penológico que realizó el legislador en el delito de tráfico de drogas. Su intención con esta elevación de la pena era frenar el concurso ideal entre el tráfico de drogas y el contrabando, introduciéndose la idea de que introducir drogas desde el extranjero es un “hecho acompañante típico” como dice la Sentencia 1562/1997¹⁰¹: *Por lo tanto, en la medida en la que el concurso de normas por consunción dependen en gran medida de la magnitud de las penas amenazadas, es indudable que la introducción de la droga desde el extranjero, si aumenta la gravedad del hecho, puede ser adecuadamente reprimida con las nuevas penas previstas en el Código Penal para el tráfico de drogas, quedando subsumida la supuesta lesión de la norma del contrabando en la del tráfico de drogas en virtud del principio “lex consumens derogat legis consumptae”. Por lo tanto, la introducción de la droga desde el extranjero sería un “hecho acompañante característico” del tráfico de drogas prohibidas, que, por regla, no se producen en España, y que, como ocurre con otros delitos*

⁹⁸ STS 29 de diciembre de 1990 (RA 10.111)

⁹⁹ STS 1 de octubre de 1992 (RA 7.891)

¹⁰⁰ STS 1 de diciembre de 1997

¹⁰¹ STS 1562/1997, de 10 de diciembre

(por ejemplo, con el robo y las coacciones o las injurias y los delitos contra la libertad sexual), el legislador ya ha tomado en cuenta por la frecuencia de su concurrencia en la pena que prevé para el delito consumente”.

No habrían sido necesarias discusiones jurisdiccionales si desde un primer momento se hubiera considerado el objetivo de la Ley de Contrabando, que es evitar las defraudaciones fiscales. Esta defraudación fiscal implica, evidentemente, la existencia de una mercancía que debe ser declarada ante la Aduana en el caso de importaciones y exportaciones. Es decir, se trata de mercancías de «curso legal» o productos regulados, reconocidos legalmente, o productos prohibidos que tienen una autorización legal para su importación, como los destinados a tratamientos médicos, sin tener sentido tener en cuenta el interés fiscal del Estado cuando las sustancias con las que se trafica en el contrabando están prohibidas.¹⁰²

El Estado no tiene sobre las drogas ningún derecho tributario, ni están sujetas a restricciones fiscales ya que su comercio, salvo excepciones, está prohibido. Por lo tanto no se puede aceptar que el Tribunal Supremo tenga en cuenta intereses económicos en el contrabando de drogas, ya que estamos ante géneros prohibidos y por tanto no comercializables.¹⁰³ Por lo tanto desde esta perspectiva el único bien jurídico que resulta lesionado es la salud pública, aplicándose la Ley de Contrabando únicamente cuando se comercialice con drogas que gozan de una autorización administrativa para fines farmacéuticos, rehusándose a presentar la mercancía, encontrándonos en este caso ante un concurso ideal de delitos ente el contrabando y el tráfico de drogas.

En conclusión, no podemos hablar ni de concurso de normas penales ni de concurso de delitos ya que la única norma penal que se infringe es la que está destinada a proteger la salud pública, siendo por lo tanto incorrecta la redacción de la Ley de Contrabando, ya que el tráfico de drogas no causa lesión alguna al Erario Público, a excepción de los casos autorizados.

¹⁰² CARBONELL MATEU, J.C., “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas”, *La problemática de la droga en España (análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, p. 349

¹⁰³ REY HUIDOBRO, L. F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]”, *a la Legislación penal*, (dir) Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1990, p 383-384

Aparte del debate doctrinal que ha suscitado el concurso entre estos dos delitos, con el delito de tráfico de drogas si cabe el concurso de delitos con delitos como el blanqueo de capital, lesiones imprudentes u homicidios imprudentes, resultando especialmente problemática la relación entre el delito de tráfico de drogas y blanqueo de capital.

La sentencia 884/2012 establece cuales son los criterios básicos para apreciar concurso de delitos entre ambos¹⁰⁴: “ *el delito de blanqueo de capitales es un delito autónomo que tipifica y describe unas conductas concretas distintas al integrar el delito antecedente del que tienen causa los bienes receptados (STS 1501/2003, del 9 de diciembre). En consecuencia, el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real y no ante una modalidad de absorción, de conformidad con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 (STS 260/2006, de 1 de diciembre) pues si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontramos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta carácter como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. Por tanto, no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto a la participación e incriminación doble en los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero esta ajustada a la más estricta legalidad*”.

Rechazo de a posibilidad de continuidad delictiva

La jurisprudencia rechaza la posibilidad de continuidad delictiva con el delito de tráfico de drogas. Así lo indica la sentencia 974/2012 indicando que¹⁰⁵ en la construcción de los tipos penales que emplean conceptos generales, es decir, expresiones que engloban tanto una acción prohibida como varias similares, basta con una sola de esas acciones para que el delito se considere consumado, y su repetición no implica la adición de un nuevo delito. En el delito del tráfico de drogas se refiere a «actos de cultivo, elaboración o tráfico» de sustancias estupefacientes. Esta sentencia señala que el uso en plural del término «actos» nos obliga a entender que una pluralidad de estos queda incluida en el propio tipo penal. en términos similares se mueve la sentencia 595/2005, de 9 de mayo.

¹⁰⁴ STS 884/2012, de 8 de noviembre

¹⁰⁵ STS 974/2012, de 5 de diciembre

12. CONCLUSIONES

El tipo básico del delito de tráfico de drogas se centra en llevar a cabo actos de cultivo, elaborar o traficar con drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, así como promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal de estas sustancias o poseerlas para estos fines.

La forma de represión del delito de tráfico de drogas ha llevado a los Estados a elaborar políticas para conseguir su represión. El modelo prohibicionista, centrado en la persecución penal de las conductas relacionadas, ha sido sigo el modelo que ha seguido España con una tendencia en los últimos años de introducir medidas que reduzcan la demanda, pretendiendo con ello un acercamiento hacia un modelo intermedio centrado en la reducción de daños.

La salud pública colectiva es según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo el bien jurídico. Al ser un delito de peligro abstracto, basta con que exista una amenaza real o efectiva de que el bien jurídico pueda ser puesto en peligro para que se vulnere este, sin que sea necesario que se produzca un daño efectivo.

Es un delito abierto al contemplar múltiples acciones ilícitas que no están expresamente recogidas en el precepto; mixto alternativo de mera actividad, consumándose si se lleva a cabo cualquier conducta del tipo.

El objeto material, como indica el tipo, está compuesto por las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, teniendo estas una regulación en los Convenios Internacionales ratificados por España. Se hace una diferenciación entre drogas duras (aquellas que causan grave daño a la salud) y drogas blandas (aquellas que provocan un daño menor).

Se consideran típicas todas aquellas acciones que tengan por objetivo el cultivo, la elaboración el tráfico, o las que promuevan favorezcan o faciliten el consumo ilegal o las posean con aquellos fines.

Se considera atípico tanto el autoconsumo como el consumo compartido, la venta de cantidades insignificantes y las entregas compasivas dirigidas a evitar el síndrome de

abstinencia, evitar que transcurra por ambientes insalubres o suministrar las sustancias con el objetivo de la deshabitación del sujeto

El sujeto que realiza la conducta típica debe tener conocimiento de que las sustancias son ilegales, debiendo el sujeto ser capaz de comprender la ilicitud de la acción y debiendo tener capacidad para actuar con conocimiento.

La tentativa y los actos preparatorios cuentan con escaso margen al tratarse de un delito de peligro abstracto y consumación anticipada, cabiendo esta en determinadas ocasiones. Algo similar sucede con la posibilidad de apreciar participación ya que se encuentra redactado en términos tan amplios que caben pocas formas de participación.

Por último, el concurso entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando ha sido objeto de un cambio de criterio doctrinal, considerándose en un primero momento que existía entre ambos delitos un concurso real de delitos, cambiándose esta idea a raíz de una sentencia del tribunal supremo de 1997, en la que se dejó de apreciar la existencia de concurso ideal de delitos ya que se consideró que el objetivo de la Ley de Contrabando era evitar defraudaciones fiscales de mercancías de curso legal, no entrando en esta consideración las drogas tóxicas al ser estas ilegales, considerándose por tanto que en estas situaciones el bien jurídico lesionado es el mismo, la salud pública, no existiendo por tanto concurso alguno.

Además, cabe destacar que, si que cabe concurso de delitos con el homicidio y lesiones imprudentes, y con el blanqueo de capital, siendo este el mas problemático.

13. BIBLIOGRAFIA

- ACALE SÁNCHEZ, M, *Salud pública y drogas tóxicas* Madrid (Tirant lo Blanch), 2002
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜCHEL. *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.
- CALDERÓN SUSÍN, E. "Posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido" en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Madrid (CDJ, CGPJ)

- CARBONELL MATEU, J.C., "Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas", *La problemática de la droga en España (análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986,
- CLEMENT DURÁN, C. GARCÍA GONZALEZ, J. PASTOR ALCOY, F. PEREZ MARTÍNEZ, A. *Las drogas en el Código penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia (Editorial práctica de derecho, S.L.), 1998
- DIÉZ RIPOLLÉS/ MUÑOZ SÁNCHEZ, "La ilicitud de la autoorganización del consumo de drogas", *Revista Libertas Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº1, 2013
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Derecho penal. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2023
- JOSHI JUBERT, U. *Los Delitos de Tráfico de Drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP* Barcelona (José María Boch), 1999
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *El delito de tráfico de drogas*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) Valencia (Tirant lo Blanch) 2008
- MOHAMED HAMMU, R. Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas: Cuestiones especialmente polémicas, Granada (Universidad de Granada), 2017
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15. Valencia (Tirant lo Blanch), 2004
- MUÑOZ SANZHEZ, J. "La evolución de la política criminal de drogas en España" *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (4), (2020).
- NÚÑEZ PAZ, M. Á., y GUILLÉN LÓPEZ, G "Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal". *Revista Penal*. (2008).
- ORT'S BERENGUER, E. GONZALEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de derecho penal: parte general*, (10ª edición.) Valencia (Tirant lo Blanch), 2023
- PÁRAMO DE SANTIAGO, C. "Tentativa y consumación en el tráfico de drogas. La agravante de organización." *Revista CEFlegal* num 77 (2007)
- REY HUIDOBRO, L. F., "El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]", *a la Legislación penal*, (dir) Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1990
- ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLAZQUEZ, M *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses* Granada (Comares), 1993
- SEQUEROS SAZATORNIL F. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial* Madrid (La Ley S.A.), 2000

- SERRANO GÓMEZ A, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid (Dykinson), 1997
- SOTO NIETO, F. *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, Madrid (Trivium), 1989

JURISPRUDENCIA

- SAP de Badajoz (Sección 2) 18/2002, de 12 de diciembre
- SAP de Madrid (Sección 5) 218/ 2011, de 17 de junio.
- STS de 22 de junio de 1983
- STS de 17 de enero de 1984
- STS de 26 de agosto de 1984 (RA 4.288)
- STS de 17 de julio de 1986
- STS del 16 de septiembre de 1987 (RA 6.466)
- STS de 21 de noviembre de 1990
- STS 29 de diciembre de 1990 (RA 10.111)
- STS 1 de octubre de 1992 (RA 7.891)
- STS de 12 de diciembre de 1994 ES:TS: 1994:17828
- STS de 16 julio de 1994, (RJ 6457)
- STS 772/1996, de 28 de octubre
- STS 6823/1997, de 14 de noviembre
- STS 1 de diciembre de 1997
- STS 1562/1997, de 10 de diciembre
- STS de 22 de junio de 1998
- STS de 31 de marzo de 1999
- STS 1486/1999, de 25 de octubre
- STS de 7 noviembre de 2000
- STS 1889/2000, de 11 de diciembre (*Tol 117397*)
- STS 1993/2001, de 18 de octubre (*Tol 103137*)
- STS 960/2001, 21 de diciembre
- STS de 4 de junio de 2002
- STS de 4 de julio de 2002
- STS de 30 de octubre de 2002
- STS 259/2003, de 25 de febrero (*Tol 265665*)
- STS 120/2003, de 28 de febrero

- STS 500/2003, de 7 de abril (*Tol 276408*)
- STS 616/2003 de 18 de abril (*Tol 274539*)
- STS 887/2003, de 13 de junio
- STS 901/2003, de 21 de junio (*Tol 294358*)
- STS 281/2003, de 1 de octubre
- STS 1640/2003 de 28 de noviembre (*Tol 350734*)
- STS 776/2004 de 16 de junio (*Tol 614292*)
- STS 1124/2004 de 15 de diciembre
- STS 408/2005, de 23 de marzo (*Tol 633152*)
- STS 595/2005, de 9 de mayo.
- STS 873/2005 de 1 de julio (*Tol 703365*)
- STS 1044/2005 de 21 de septiembre (*Tol 725620*)
- STS 163/2005, de 10 de octubre (*Tol 648713*)
- STS 456/2006, de 24 de abril
- STS 698/2006, de 26 de junio (*Tol 964508*)
- STS 260/2006, de 1 de diciembre
- STS 276/2007, de 30 de marzo (*Tol 1060344*)
- STS 533/2007, de 12 de junio (*Tol 1106852*)
- STS 784/ 2007, de 2 de octubre
- STS 861/2007, de 24 de octubre
- STS 62/2009, de 30 de enero (*Tol 1454061*)
- STS 254/2009, de 5 de marzo (*Tol 1499135*)
- STS 384/2009, de 13 de abril (*Tol 1514432*)
- STS 486/2010, de 18 de mayo (*Tol 1865415*)
- STS 549/2010, de 2 de junio (*Tol 1895171*)
- STS 753/2010, de 19 de julio (*Tol 1920461*)
- STS 307/2011, de 25 de abril.
- STS 1594/2012, de 29 de febrero
- STS 884/2012, de 8 de noviembre
- STS 974/2012, de 5 de diciembre
- STS 286/2015 de 19 de mayo (ECLI: ES:TS: 2015:2084)
- STS 484/2015, de 7 de septiembre (ECLI:ES: TS: 2022:2694)
- STS 563/2016, de 27 de junio de 2016
- STS 855/2021, de 10 de noviembre

- STS 2694/2022 de 8 de julio (ECLI:ES:TS: 2022:2694)

WEBGRAFIA

- INSTITUTO NACIONAL DEL CANCER *Cáncer en español*. (s. f.). Cancer.gov. <https://www.cancer.gov/espanol> [10/06/2024]
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. < <https://dpej.rae.es/> > [10/06/2024].
- CONCEPTOSJURIDICOS.COM. (2023, 20 abril). *Imputabilidad Penal en España: concepto y elementos*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/imputabilidad/>