



Trabajo Fin de Grado

El delito de tráfico de drogas: especial
consideración de los supuestos de atipicidad

Autor

Arancha Muro Culebras

Director

Jorge Vizueta Fernández

Facultad de Derecho

2014

EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

ÍNDICE:

ABREVIATURAS UTILIZADAS	5
I. INTRODUCCIÓN DEL TRABAJO.....	7
1. CUESTIÓN TRATADA.....	7
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	7
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	8
II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS	9
1. CÓDIGOS PENALES ANTERIORES AL CÓDIGO PENAL DE 1973	9
2. CÓDIGO PENAL DE 1973 Y POSTERIORES REFORMAS.....	12
3. CÓDIGO PENAL DE 1995.....	13
III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	15
1. PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA.....	16
2. PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA MAYORITARIA	17
3. PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA MINORITARIA.....	18
IV. TIPO BÁSICO	22
1. TIPO OBJETIVO	22
1.1. Objeto del delito.....	22
1.2. Conductas típicas castigadas por el artículo 368 CP.....	26
2. TIPO SUBJETIVO	31
V. CONDUCTAS ATÍPICAS EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS	32
1. AUTOCONSUMO	32
2. CONSUMO COMPARTIDO	44
3. VENTA DE UNA CANTIDAD INSIGNIFICANTE DE DROGA.....	52
4. ENTREGAS COMPASIVAS	56

EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

VI. CONCLUSIONES PERSONALES	61
BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES	64

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

Código Penal

CP

Ley Orgánica

LO

Organización Mundial de la Salud

OMS

Convenio Único sobre Estupefacientes

CUE

Instituto Nacional de Toxicología

INT

Sentencia del Tribunal Supremo

STS

EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA

El presente trabajo versa sobre el delito de tráfico de drogas y, especialmente, sobre los supuestos de atipicidad relativos a tal ilícito. El delito de tráfico de drogas es un delito castigado por nuestro legislador en el Código Penal, concretamente en el artículo 368 que establece 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, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos 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».

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

A la hora de la elección del tema del proyecto de fin de grado, he tenido en cuenta que el tráfico de drogas es una cuestión que aparece con gran frecuencia en la actualidad, por lo que me parece muy interesante tratarla con profundidad para poder conocer las diferentes posturas que adopta tanto la doctrina como la jurisprudencia respecto a muy variados aspectos relativos a este delito. Además, dentro del delito de tráfico de drogas, he decidido centrarme fundamentalmente en las conductas atípicas, es decir, en las actividades relativas a las drogas que no están castigadas por nuestro Código Penal, puesto que considero de especial relevancia saber diferenciar las conductas que sí están tipificadas en el artículo 368 del Código Penal de las que no lo están, debido a que se trata de un tema en el que no hay una postura unánime ni siquiera por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero, sin embargo, sí se han establecido unos requisitos para que cada una de esas conductas se consideren atípicas. Así, las conductas que trataré en el epígrafe oportuno serán: el autoconsumo de drogas, el consumo compartido entre varias personas, la venta de una pequeña cantidad de droga y las entregas compasivas que se llevan a cabo para evitar sufrimientos o para evitar el síndrome de abstinencia.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

En el presente trabajo, la metodología seguida va a consistir en explicar, en primer lugar, el marco normativo del delito de tráfico de drogas, esto es, cómo ha estado regulado este delito en todos los Códigos Penales españoles y cómo ha ido variando su regulación a lo largo de los mismos, para poder así observar la diferencia entre las características que presentaba este delito en tiempos anteriores y las que presenta en la actualidad; en segundo lugar, trataré la cuestión del bien jurídico protegido por tal ilícito, aspecto que entiendo que tiene una gran importancia a la hora de diferenciar las conductas típicas de las que no lo son debido a que el bien jurídico que se protege con este delito es la salud pública, lo cual conlleva que una gran cantidad de comportamientos relativos a las drogas no estén tipificados por no suponer un peligro para la misma. A continuación, en tercer lugar, explicaré brevemente y sin detenerme demasiado el tipo básico del citado delito, dentro del cual abordaré cuestiones como qué sustancias se consideran «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» a efectos del artículo 368 del Código Penal, qué sustancias de todas las anteriores causan grave daño a la salud y cuáles no (aspecto importante a la hora de determinar la pena impuesta, ya que el artículo 368 CP se encarga de diferenciarlas imponiendo una pena distinta en función de que se trate de unas u otras) y qué conductas están expresamente castigadas por ese precepto. En cuarto lugar, para finalizar el proyecto de fin de grado, trataré el tema de las conductas atípicas relativas al delito de tráfico de drogas, que constituye el objeto primordial de este trabajo.

II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

1. CÓDIGOS PENALES ANTERIORES AL CÓDIGO PENAL DEL 1973

El delito de tráfico de drogas es un ilícito que se ha ido modificando a lo largo del tiempo y de las diversas reformas de los Códigos Penales en nuestro país, puesto que, como expresan ALFONSO SANJUÁN e IBÁÑEZ LÓPEZ, «las drogas siempre han existido, todos los pueblos han tenido su droga»¹. Me remonto al año 1822, momento en el cual el Código Penal de 1822 contenía ya algunos aspectos relacionados con las drogas, ya que el mismo establecía en su Título IV «de los delitos contra la salud pública», Capítulo II, artículo 366 que «ningún boticario ni practicante de botica venderá ni despachará veneno alguno, ni droga que pueda ser nociva a la salud, ni bebida ni medicamento en cuya preparación o confección entre parte alguna venenosa o que pueda ser nociva, ni menos ésta parte sola sin receta de médico o cirujano aprobado». Por tanto, este Código Penal reservó la venta y distribución de venenos y drogas que pudieran ser nocivos para la salud, a los boticarios titulados exclusivamente y castigaba a éstos cuando la venta se hacía sin la correspondiente receta de médico; norma que sirvió de base a los preceptos penales de Códigos posteriores, distinguiendo los casos en los que había habido únicamente un riesgo en el hecho y aquellos en los que además había habido un daño acreditado en la integridad de las personas. Este Código liberal tuvo escasa duración, ya que el 10 de octubre de 1823 fue derogado como consecuencia del régimen absolutista de Fernando VII que se forjó en España, de manera que desde este momento hasta el siguiente Código Penal (1848) rigieron las antiguas e inadecuadas disposiciones de la Novísima Recopilación.

De esta manera, tanto el Código Penal de 1822 como el posterior (Código Penal de 1848) regularon ampliamente, dentro de los delitos contra la salud pública, la expedición y venta de sustancias nocivas para la salud sin cumplir los requisitos establecidos en la Ley. Así, el Código Penal de 1848 dedicaba su Título V a los «delitos contra la salud pública» y el mismo establecía en su artículo 253 que «el que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, o los despachare o

¹ Véase ALFONSO SANJUÁN, M.; IBÁÑEZ LÓPEZ, P.: *Todo sobre las drogas legales e ilegales (incluido alcohol y tabaco)*, Madrid, 1992, p. 19.

vendiere o comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 50 a 500 duros» y en su artículo 254 que «el que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud o productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare o suministrare sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 40 a 400 duros». El legislador de 1848 trata, según PACHECO², de castigar «hechos sencillos y que no correspondan a un orden extraordinario, sino al orden común»; además, según este mismo autor «la razón de ser de estos preceptos reside en que las drogas, si bien tienen fuerza y vigor para producir a veces el bien, es a costa de tenerlo por causar en otras muchas el mal. Todo remedio heróico o de acción muy enérgica que sólo se aplica en casos extremos, es un veneno; todo lo que sirve para curar, sirve asimismo para dar la muerte; una sustancia que no sea peligrosa, de poca utilidad puede ser para ningún caso dado. Veneno es el opio, veneno es el mercurio, venenos son todos los medicamentos de alguna importancia [...]. Lo que se roza con el interés grande como es la salud pública, no puede menos de llamar así su consideración y sus preceptos».

Pocos años después, el Código Penal de 1848 fue reformado por el Código Penal de 1850 debido a que en aquella época el opio y su consumo era una realidad, por lo que autores importantes como PACHECO³, al comentar el Código, lo incluyó entre los venenos. Ambos Códigos Penales, el de 1848 y el de 1850, establecen dos aspectos importantes: en primer lugar, que sólo se elaboren o despachen sustancias en sí nocivas a la salud por quienes estén habilitados para ello; y en segundo lugar, que aún éstos no las despachen o vendan sin cumplir con lo establecido en los reglamentos. Además, como complemento del Código Penal de 1848 y de la reforma de 1850 respecto de los delitos contra la salud pública, el Gobierno de la Nación dictó una Real Orden de 18 de abril de 1860 por el que se publicaban las Ordenanzas de Farmacia «para el ejercicio de la profesión de farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales», las cuales sirvieron para determinar claramente qué sustancias eran nocivas para la salud.

Posteriormente, este Código Penal (1850) también fue objeto de reforma en el año 1870 por no satisfacer las necesidades del momento y sobre todo tras la Revolución

² Véase BELTRÁN BALLESTER, E., *Breve historia Social y jurídica del consumo y tráfico de drogas*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1990, p. 46.

³ Véase PACHECO, J. F., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1850, p. 362.

Liberal de 1868, reforma de la cual resultó el Código Penal de 1870 que regulaba los delitos contra la salud pública en su Capítulo II «de los delitos contra la salud pública», dentro del Título V «de la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública», ocupándose en su artículo 351 de regular la elaboración de sustancias nocivas para la salud realizadas sin autorización, estableciendo dicho precepto lo siguiente «el que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos para expenderlos, o los despachare, o vendiere, o comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 duros».

Del Código Penal de 1870 hubo un salto histórico hasta el Código Penal de 1928, el cual regulaba el delito de tráfico de drogas en el Capítulo V del Título VIII, en los artículos 557 y 558, bajo la rúbrica de «elaboración y comercio ilegal de productos químicos y drogas tóxicas», los cuales son una copia idéntica de los artículos 253 y 254 del Código Penal de 1848, con la única diferencia de que el artículo 558 del Código Penal de 1928 recoge en su segundo párrafo un supuesto agravado que dice así «cuando el tráfico ilícito sea de drogas tóxicas o estupefacientes, la pena será de 6 meses a 3 años de reclusión y multa de 2.000 a 20.000 pesetas», de manera que este Código fue el que inició la especial consideración de las drogas tóxicas y estupefacientes al separarlas de las restantes sustancias nocivas para la salud. Como señalan BELTRÁN BALLESTER⁴ y CUELLO CALÓN⁵, este Código Penal de 1928 completa la legislación contra los estupefacientes que fue iniciada por la Real Orden de 27 de febrero de 1918 y por el Real Decreto de 31 de julio de 1918 y continuada por la Real Orden de 22 de abril de 1920, Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1927 y Reales Decretos Leyes de 30 de abril y de 13 de noviembre de 1928.

El Código Penal de 1928 estuvo vigente pocos años, puesto que el 15 de abril de 1931, momento en el que se proclamó la República, el gobierno provisional publicó un Decreto anulando dicho Código y, entrando en vigor, por tanto, automáticamente, el Código Penal de 1870. En este momento, surge la necesidad de elaborar un nuevo Código Penal debido a que el Código de 1870 había sido promulgado en una época de

⁴ Véase BELTRÁN BALLESTER, E., “El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española”, en *Delitos contra la salud pública, Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia 1977, pp. 25 y ss.

⁵ Véase CUELLO CALÓN, E., «Comentarios al Código Penal de 1928», p. 65.

Monarquía Constitucional y en cambio, en estos años, el régimen establecido era republicano. Así pues, el Código Penal de 1932 entró en vigor el 1 de diciembre de ese mismo año, el cual trató en sus artículos 346 y siguientes el delito de tráfico de drogas, que se correspondían con los artículos 351 y siguientes del Código Penal de 1870.

Años más tarde, este Código Penal también fue modificado por el Código Penal de 1944, el cual se ocupaba del delito en cuestión en su Capítulo II, Título V, Libro II en los artículos 346 y siguientes, adaptando literalmente lo establecido en los artículos 351 a 353 del Código Penal de 1870, e incluía una circunstancia agravante recogida en el artículo 344, el cual enunciaba que «en los casos de los tres artículos anteriores, cuando se trate de drogas tóxicas o estupefacientes, se impondrá al culpable las penas inmediatas superiores a las señaladas en los mismos».

2. CÓDIGO PENAL DE 1973 Y POSTERIORES REFORMAS

Consecutivamente, se publicó el Código Penal de 1973, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de Noviembre, que en su título V, capítulo II, sección 2^a titulada «delitos contra la salud pública y el medio ambiente», regulaba en el artículo 344 el delito de tráfico de drogas.

Diez años más tarde, la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, provocó en España una reformulación de los delitos de tráfico de drogas que tuvo gran éxito en nuestro país. Esta Ley definió de una manera muy concreta los comportamientos punibles, consolidando ya la atipicidad penal de la posesión de drogas para el consumo propio y distinguiendo el tratamiento penal que se establecía para las drogas blandas y el que se establecía para las duras. De esta manera, el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/1983 decía así «los siguientes artículos del Código Penal quedan suprimidos, modificados o incorporados al mismo en los términos que a continuación se expresan» y entre ellos aparece el artículo 344, el cual queda redactado de la siguiente forma «los que promovieren, favorecieran o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico o los poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión

menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se trataren de sustancias que causen grave daño a la salud y de arresto mayor en los demás casos».

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo amplió la definición de las conductas punibles para dar cabida a todo tipo de contacto con las sustancias ilícitas, introduciendo también nuevas figuras (por ejemplo: la receptación) e incorporando circunstancias agravantes. Esta LO fue la que redactó el artículo 344 del Código Penal de 1973, resultando el siguiente así: «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a 100 millones de pesetas si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos».

Otra de las grandes reformas del Código Penal de 1973 fue la que se implantó con la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, la cual reguló por primera vez las entregas vigiladas y además traspuso al ordenamiento español determinados aspectos relativos a los beneficios económicos derivados del tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos establecidos en la Directiva 91/308 CEE. Esta LO renunció a que el Derecho español elaborara nuevas figuras delictivas, de manera que se limitó a copiar el contenido de los textos internacionales.

3. CÓDIGO PENAL DE 1995

Así pues, con las tres principales reformas del Código Penal de 1973 anteriormente comentadas, se llegó a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que en su título XVII titulado «de los delitos contra la seguridad colectiva», establece en su capítulo III, artículo 368 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, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y

multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos 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». Además, el párrafo 2º de este artículo continúa diciendo «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370». Este último párrafo del artículo 368 del Código Penal fue redactado por el apartado centésimo cuarto del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha sido la reforma más importante de nuestro Código Penal desde 1995.

Por tanto, la regulación vigente hoy en día es el resultado de la evolución de los últimos años. Esta normativa se caracteriza por su carácter continuista en cuanto al delito de tráfico de drogas y por la ampliación tanto de nuevas figuras delictivas como de nuevos instrumentos dirigidos a asegurar una mayor eficacia en la persecución del presente delito. Esta cuestión será objeto principal del epígrafe correspondiente al tipo básico (epígrafe III), de manera que es allí donde se abordarán todos los aspectos relacionados al artículo 368 del vigente Código Penal.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Una vez comentada la importantísima evolución que ha sufrido el delito de tráfico de drogas a lo largo del tiempo y antes de entrar en el tipo básico del mismo, creo oportuno abordar en este momento el tema del bien jurídico protegido del citado delito, puesto que, como sostiene RODRÍGUEZ DEVESA⁶ «todo delito implica necesariamente la lesión, o al menos la puesta en peligro de un bien jurídico protegido». La determinación del bien jurídico protegido importa para delimitar las conductas típicas de las atípicas por ausencia de afectación al bien jurídico, para determinar las relaciones concursales con otros tipos y para indicar la naturaleza jurídica del delito⁷.

Para comenzar, me gustaría indicar que no es un tema en el que haya una posición unánime, sino al contrario, hay diversas opiniones por parte tanto de la jurisprudencia como de la doctrina.

Como ya he dicho anteriormente, ya en el Código Penal de 1973 se regulaba el delito de tráfico de drogas en la sección 2^a del Capítulo II del Título V del Libro II, que incluía los Delitos contra la salud pública y el medio ambiente dentro de los «Delitos de riesgo en general»; por tanto, debido a la ubicación de este delito, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia concibieron que el bien jurídico protegido por este delito era la salud pública⁸. Sin embargo, algunos otros autores (doctrina minoritaria) consideraban que con este delito se protegían otros bienes jurídicos como, entre otros, la libertad del consumidor, la seguridad ciudadana y los intereses fiscales, es decir, el interés del Estado en la producción y comercio de los estupefacientes, en los cuales me detendré a continuación. Además, en el vigente Código Penal de 1995, al encajarse este delito en el Título XVII, Capítulo III titulado «Delitos contra la salud pública», se puede observar claramente que hoy en día la discusión sobre el bien jurídico protegido continúa en esta misma línea.

⁶ Véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte General*, Edición 7^a, Madrid, 1979.

⁷ Véase JOSHI JUBERT. U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 27.

⁸ Véase JOSHI JUBERT. U., *Los delitos... cit.*, p. 28

1. PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA

En primer lugar, en este apartado sobre la determinación del bien jurídico protegido por parte de la jurisprudencia, pretendo mostrar el gran giro que ha dado la misma desde la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo hasta las últimas tendencias jurisprudenciales.

La jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo (años 1990-1998) considera unánimemente que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública, entendiendo que esta es la suma de las saludes de todos los individuos, es decir, la salud colectiva, que no es otra cosa que la suma del bienestar físico y psíquico de cada uno de los ciudadanos, ya que lo contrario nos llevaría a pensar que la colectividad o comunidad social tiene una salud distinta de aquella de todos y cada uno de los individuos que la integran. Dicho con otras palabras, la salud pública que se protege en el artículo 368 CP ha de ser entendida como un bien jurídico que se levanta sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico «salud pública» no es preciso constatar ni siquiera la afección negativa a la salud individual; de esta manera, el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública colectiva y en consecuencia la individual (física y psíquica) de cada uno de los miembros que integran la colectividad. Se trata, pues, de un bien jurídico impreciso y carente de individualización, ya que se refiere a la generalidad, es de carácter público y comunitario; además, es un valor esencial de la comunidad reconocido con carácter general en los artículos 43.1, 2 y 3 y artículo 51.1 de nuestra Constitución y en el Código Penal en todos aquellos artículos que tipifican aquellas conductas que más gravemente la atacan. Por lo tanto, según la jurisprudencia, las características del bien jurídico protegido son tres: en primer lugar, es un bien colectivo y de carácter público; en segundo lugar, protegiéndolo se pretende evitar un hábito contrario a la salud; y en tercer lugar, supone lesionar la salud de un número indeterminado de personas.

De esta forma lo señala reiterada jurisprudencia, como la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1.863 de 29 de Mayo de 1993 que establece lo siguiente «previniendo así el ataque al “bien jurídico” protegido, no otro que la salud pública colectiva y, consecuentemente, la individual (física y psíquica) de cada una de las personas que componen la comunidad, ya que lo contrario implicaría pensar que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta que aquella de todos y cada uno de los

individuos que la integran» o la Sentencia del Tribunal Supremo 176/1993 de 26 de Noviembre de 1993 que considera que «el bien jurídico protegido es la salud pública colectiva, por ello no es necesario que se concreten determinados sujetos pasivos lesionados en su salud personal por el consumo de drogas».

Posteriormente, la jurisprudencia llevó a cabo una interpretación teleológica de los preceptos, lo cual provocó que se excluyeran de su ámbito de aplicación determinadas conductas formalmente subsumibles en ellos por alguna de las siguientes razones: por tratarse de conductas adecuadas socialmente o conductas socialmente toleradas, por ser el riesgo insignificante, por no existir proporcionalidad entre la acción realizada y la pena prevista o por faltar la finalidad de traficar exigida por el tipo; es decir, la jurisprudencia excluye del tipo aquellas conductas que, a pesar de realizar formalmente todos los elementos del tipo, no ponen materialmente en peligro el bien jurídico protegido, cuestión que trataré extensamente en el epígrafe IV del presente trabajo por ser ésta el objeto principal del mismo.

Esta nueva perspectiva adoptada por la jurisprudencia se puede observar, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 358/2003 de 16 de Junio de 2003, la cual dice así «el peligro para la salud que encierra el delito de tráfico de drogas se halla en función de la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de consumidores, y también en función de que tal sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud», de manera que, al tratarse en este supuesto de una cantidad insignificante de droga, no habría delito por no existir riesgo alguno para la salud.

2. PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA MAYORITARIA

Por otra parte, la doctrina mayoritaria también defiende que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública, pero la concibe como un valor social y comunitario. En este sentido, MAQUEDA ABREU⁹ considera que el bien jurídico «salud pública» se emancipa así como valor instrumental de la tutela propia y directa de la salud individual.

⁹ Véase MAQUEDA ABREU, M. L.: «Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas», en *La Ley* nº 4624/1998, Madrid 1998, pág. 86.

A la hora de definir exactamente la salud pública y concretar su contenido es cuando surgen los problemas, puesto que, por una parte, la doctrina considera que tiene que ser algo distinto a la simple suma de las saludes individuales, pero, por otra parte, es muy difícil dotarlo de contenido sin tener en cuenta el concepto de salud individual¹⁰. Así pues, se han planteado diversas definiciones al respecto como por ejemplo: CARBONELL MATEU¹¹ que considera que «la salud pública es la capacidad de autodeterminación para seguir consumiendo o no la sustancia» o REY HUIDOBRO¹², el cual afirma que «cuando el Código alude a la salud pública no se refiere únicamente a enfermedades o epidemias que afectan a toda la población, sino a la alteración de las condiciones del individuo, incluidas las sociales; además, defender la salud colectiva conlleva defender también la salud individual de cada ciudadano, ya que no puede defenderse que una norma proteja la salud colectiva y olvide la individual, lo cual llevaría a pensar que la comunidad social posee una salud distinta de aquella que poseen los ciudadanos que la componen».

3. PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA MINORITARIA

Por un lado, algunos comentaristas, como COBO DEL ROSAL, BERISTAIN O ROMERAL MORALEDA¹³, defienden que el bien jurídico que se protege con el delito de tráfico de drogas es, no únicamente la salud pública, sino también otros intereses y valores de segundo grado como el control estatal de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas y las repercusiones que su consumo tiene en el orden económico, político, de seguridad ciudadana, etc., los cuales se manifiestan tanto en el derecho interno como en los preámbulos de algunos de los Convenios Internacionales sobre la materia

¹⁰ Véase JOSHI JUBERT. U., Los delitos... *cit.*, p. 34

¹¹ Véase CARBONELL MATEU, J. C., “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas”, en La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales, EDERSA, Madrid, 1986, p. 338.

¹² Véase 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]”, en *Comentarios a la legislación penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (Tráfico ilegal de drogas)*, Editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, pp. 62 y 63.

¹³ Véase COBO DEL ROSAL, M, “Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”, en *Delitos contra la salud Pública*, Universidad de Valencia, 1977, p. 163; BERISTAIN, A., “Dimensiones histórica, económica y política del tráfico de las drogas en la criminología crítica”, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, Colección de Estudios de estudios*, Valencia 1977, p. 59; ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses*, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 4.

ratificados por España (Convención Única de 1961, Convenio sobre uso de sustancias psicotrópicas de 1971, Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988). En cambio, aparecen algunos autores como NUÑEZ PAZ y GUILLÉN LÓPEZ¹⁴ que no comparten opinión con los anteriores comentaristas señalados, ya que consideran que los intereses económicos, políticos o, incluso la seguridad en general, no son valores protegidos por el artículo 368 CP y en este sentido se expresan así «creemos que quienes siguen la postura de defender en el delito de tráfico de drogas, junto a la salud pública, intereses como el control estatal de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas y las repercusiones que su consumo tiene en el orden económico, político, de seguridad ciudadana, etc., confunden los motivos políticos-criminales que subyacen en la tipificación de estas conductas con el verdadero bien jurídico protegido».

Por otro lado, también hay autores, como COBO DEL ROSAL y LORENZO SALGADO¹⁵, que opinan que el presente delito protege, además del bien jurídico «salud pública», intereses fiscales, lo cual se debe a que el artículo 1.1 de la derogada Ley de Contrabando de 1982 establecía que las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas tenían la consideración de bienes o productos estancos. A esta concepción se le ha criticado que supone convertir un interés administrativo del estado en un bien jurídico de carácter penal. En este sentido, NUÑEZ PAZ y GUILLÉN LÓPEZ¹⁶ defienden una postura contrapuesta, ya que, según ellos, se pone de relieve que con la vigente LO 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, ese interés fiscal queda desvanecido y es por ello por lo que queda suficientemente claro que el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de drogas no es el interés fiscal, sino la salud pública.

Además, otro interés o valor que algunos autores piensan que constituye el bien jurídico protegido del delito de tráfico de drogas es la libertad del consumidor, puesto que afirman que el presente ilícito supone un ataque directo a la misma ya que, al crear estados de dependencia en todos aquellos sujetos que las consumen, se genera un menoscabo en su voluntad y, como consecuencia, su capacidad de autodeterminación se

¹⁴ Véase NUÑEZ PAZ, M.A, y GUILLÉN LÓPEZ, G; “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del artículo 368 del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 22, Julio, 2008, p. 82.

¹⁵ Véase LORENZO SALGADO, J. M., *Las Drogas en el Ordenamiento Penal Español*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 199 y 190; COBO DEL ROSAL, M, “Consideraciones…”, cit., p. 163.

¹⁶ Véase NUÑEZ PAZ, M.A, y GUILLÉN LÓPEZ, G; “Moderna revisión…”, cit., p. 82.

ve afectada. A esta posición se le han dirigido las siguientes críticas¹⁷: en primer lugar, la libertad sólo queda afectada por aquellas drogas que causan dependencia física, mientras que la jurisprudencia aplica este tipo al tráfico con sustancias que no crean dicha dependencia y por lo tanto que no afectan a la libertad; en segundo lugar, todos los delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad del sujeto mientras que en el delito en cuestión (delito de tráfico de drogas) el traficante opera la mayoría de las veces con toxicómanos que prácticamente carecen ya de voluntad o la poseen en muy escasa medida; y, en tercer lugar, el artículo 368 CP va destinado a poner las premisas para que esa libertad pueda ejercitarse, puesto que la libertad moral se anula con la droga porque el sujeto inicial y libremente ha querido y ha tomado esa decisión, adquiriendo y consumiendo el producto estupefaciente. En esta línea se sitúan autores como COBO DEL ROSAL, mientras que otros como por ejemplo NUÑEZ PAZ, GUILLÉN LÓPEZ o JOSHI JUBERT¹⁸ únicamente están de acuerdo con esta postura en que las características de determinadas drogas producen estados de dependencia en las personas que las consumen y, por tanto, pueden influir de forma apreciable o incluso pueden anular la capacidad de decisión del individuo; aún con todo, estos autores consideran que el bien jurídico protegido con el delito de tráfico de drogas no es la libertad del consumidor, ya que la decisión de consumir o no estupefacientes es una decisión libre de cada persona, puesto que en caso contrario debería apreciarse además un delito de coacciones o incluso de lesiones.

Finalmente, dentro de la doctrina minoritaria, nos encontramos con autores que opinan que se trata de un delito plurifensivo, es decir, que los delitos de tráfico de drogas sirven a la protección de distintos bienes jurídicos, concretamente, la salud pública, intereses económicos o políticos, o incluso la seguridad en general¹⁹. A esta posición también se le han dirigido una serie de críticas, que son las siguientes: en primer lugar, confunde los motivos de política-criminal que subyacen en la tipificación de estas conductas con el verdadero bien jurídico protegido; y en segundo lugar, la posible comisión por parte de un drogadicto de delitos que provocan inseguridad

¹⁷ Véase REY HUIDOBRO, L.F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas”, en *Comentarios a la legislación penal*. Tomo XII, Editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

¹⁸ Véase NUÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G; “Moderna revisión...”, cit.; JOSHI JUBERT. U., *Los delitos...* cit., p. 38.

¹⁹ Véase BERISTAIN IPIÑA, A., *Las drogas y su legislación en España*, ADPCP, 1983, pp. 753 y ss.

ciudadana no es un efecto directo del tráfico de estupefacientes, sino que constituye un efecto de la enfermedad generada por el uso de la droga.

IV. TIPO BÁSICO

Centrándonos ya en el delito que nos ocupa (delito de tráfico de drogas), en este epígrafe voy a tratar el tipo básico del mismo, cuestión necesaria antes de entrar a explicar el objeto principal de este trabajo (conductas atípicas del citado delito), puesto que para saber qué conductas se consideran atípicas o lícitas, es preciso primero saber exactamente qué comportamientos se castigan con este ilícito.

El artículo 368 CP, ya mencionado anteriormente, dispone 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, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos 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». En este precepto es, pues, donde se establece el tipo básico del delito de tráfico de drogas, que se trata de un delito de peligro abstracto, es decir, que el delito se consuma sin necesidad de lesión, siendo suficiente con que concurra el simple peligro o probabilidad de lesión del bien jurídico que, como hemos explicado en el epígrafe anterior, es la salud pública.²⁰

1. TIPO OBJETIVO

1.1 Objeto del delito

En primer lugar, se extrae de este precepto que el objeto de la acción de tal delito está descrito con los términos «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas». Como ya he señalado anteriormente, el vigente Código Penal, igual que el anterior, no define estos conceptos, causando por tanto un gran debate sobre el concepto penal de droga, en el cual existen dos direcciones principales:

Por un lado, la jurisprudencia y una relevante línea doctrinal consideran que el concepto de droga ha de integrarse con los textos e instrumentos internacionales, los cuales proporcionan unas listas de sustancias. Por tanto, según esta postura, hay que acudir a los Convenios Internacionales para poder dar una definición del concepto de «droga», ya que, según los autores de esta línea, únicamente serán drogas, a efectos del

²⁰ Véase NUÑEZ PAZ, M.A, Y GUILLÉN LÓPEZ, G; “Moderna revisión...”, *cit.*, p. 87.

artículo 368 CP, aquellas sustancias incluidas en aquellas Listas. Así, por una parte, los estupefacientes están regulados en el Convenio Único de 1961 de Naciones Unidas sobre estupefacientes, según el cual los estupefacientes son sustancias destinadas a disminuir el dolor pero cuyo uso indebido puede dar lugar a una toxicomanía. Este Convenio ha sido adaptado al ámbito nacional de nuestro país a través de la Ley 17/1967 de 8 de abril de estupefacientes, estableciendo por tanto dicha ley que se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas anexas I y II del Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional con arreglo al citado Convenio o en el ámbito nacional a través del procedimiento que reglamentariamente se determine. En conclusión, para este Convenio, se consideran estupefacientes concretamente el opio, sus alcaloides y sus derivados; la coca y sus derivados, y el cannabis y la resina de cannabis. Por otra parte, las sustancias psicotrópicas se encuentran recogidas en el Convenio Internacional sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971, que ha sido adaptado también al derecho español a través del Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre, según los cuales una sustancia psicotrópica es cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la lista I, II, III o IV cuyas características principales son producir una serie de efectos: un estado de dependencia y una estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción o del estado de ánimo. Así, a rasgos generales, las sustancias psicotrópicas incluidas en este Convenio son los alucinógenos que se consideran que no tienen efectos terapéuticos pero que son muy peligrosos para la salud física y mental, las anfetaminas, los barbitúricos y los tranquilizantes.

Por otro lado, otra línea doctrinal piensa que se trata de un concepto autónomo que debe ser incorporado por los Jueces y Tribunales en cada caso concreto, teniendo en cuenta sobre todo el concepto médico propuesto por la OMS, de manera que rechaza la sujeción automática a los textos internacionales. En este sentido, han defendido que «se puede entender por droga la sustancia, natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca en las personas: el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (dependencia psíquica), la tendencia a aumentar la dosis (tolerancia) y la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente

necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia»²¹. Un concepto como el enunciado abarca sustancias cuyo consumo y tráfico es legal, como el alcohol y el tabaco, de manera que es esta la razón por la que la mayoría de autores defienden la primera postura indicada.

Ante ambas posiciones, DE LA CUESTA ARZAMENDI dice así: «considero que a la luz de las expresiones empleadas por el legislador desde 1983 y por razones de seguridad jurídica, resulta preferible la primera de las direcciones, si bien con una matización: salvo que, por sus propias características, las sustancias se aparten del concepto médico o farmacológico de droga. Todo ello sin perjuicio de entender también al margen del tipo los supuestos en que queda excluida la afectación del bien jurídico protegido por la insignificante cantidad o incluso debido a las transformaciones degenerativas de las sustancias mismas»²².

El hecho de que la mayoría de la doctrina opine que hay que acudir a los Convenios y Tratados Internacionales suscritos por España se debe a que nuestra legislación, al no haber establecido tal concepto, se remite a leyes extrapenales, zanjando la polémica doctrinal y vinculando al juez a las listas en las que se enumera qué sustancias son drogas²³. Si lo cierto es, pues, que no se determina legalmente el objeto material del delito, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán elementos normativos que habrán de ser colmados por la vía de la interpretación. Y es por ello por lo que diversos autores han entrado a definir tal concepto, como por ejemplo CERRO ESTEBAN que dispone que droga será «toda sustancia que, introducida en un organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones y es susceptible de crear dependencia y que puede, a la vez, crear tolerancia»²⁴ o LAURIE al establecer que droga es «cualquier sustancia química que altere el estado de ánimo, la

²¹ Véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Edición 18^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

²² Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal” en *CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial. Política Criminal Comparada, Hoy y Mañana*, Madrid, 1999, p. 90.

²³ Véase MOLINA PÉREZ, T., “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”, en *Anuario Jurídico y Económico*, nº 44, Enero 2011, p. 97.

²⁴ Véase CERRO ESTEBAN, J. A. del, “Drogas duras y drogas blandas. Especial consideración de las denominadas drogas de diseño”, en *Estudios del Ministerio Fiscal, cursos de formación* (1-1994), Madrid 1995, p. 631.

percepción o el conocimiento, y de la que se abusa con un aparente perjuicio para la sociedad»²⁵.

En segundo lugar, también es una cuestión transcendental que debo y quiero resaltar, el hecho de que el artículo 368 CP prevea distintas penas en función de si la droga causa un grave daño a la salud o no, de manera que es importante diferenciar las drogas que causan un grave daño a la salud de aquellas que no provocan tal efecto, es decir, diferenciar entre drogas duras y drogas blandas.

Esta distinción fue introducida ya en la Ley Orgánica 8/1983 y se mantuvo en la Ley Orgánica 1/1988, de manera que tampoco el Código Penal ni ninguna otra Ley se han encargado de diferenciar las sustancias que causan un grave daño a la salud y las que deben ser incluidas en los «demás casos» según el artículo 368 CP. Por lo tanto, se trata de una labor que ha llevado a cabo la jurisprudencia, la cual se ha encargado de analizar las características, pureza y concentración de cada tipo de droga con el fin de clasificarlas a efectos del artículo 368 CP. De esta manera, el Tribunal Supremo, de acuerdo con los protocolos internacionales, ha elaborado los siguientes criterios generales que sirven de guía para tal delimitación: capacidad lesiva para la salud individual, nivel de dependencia física (posibilidad de provocar el síndrome de abstinencia) y/o psíquica (necesidad de seguir consumiendo) que provoca en el consumidor, grado de tolerancia (necesidad de aumentar la dosis para conseguir el mismo efecto) y número de fallecimientos que provoca su intoxicación. Así pues, en la práctica, teniendo en cuenta los anteriores criterios, se consideran drogas duras (que causan grave daño a la salud) la morfina, la heroína, la metadona, la codeína, la cocaína, el éxtasis, el LSD, el opio y sus derivados, entre otras; mientras que se incluyen en los «demás casos» (no causan grave daño a la salud) el cannabis y sus derivados, el Tranquimazín, el Tranxilium, el Rivotril, el Rophinol, etc.

En cuanto a drogas que causan un grave daño a la salud, por ejemplo la cocaína, se pronuncian diversas sentencias en tal sentido, estableciendo, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2.612 de 12 de Julio de 1990 que «es doctrina reiterada de esta Sala [...] que al no venir especificada o numerada en el art. 344 del Código Penal cuáles sean las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas

²⁵ Véase LAURIE, P., *Las drogas. Aspectos médicos, psicológicos y sociales*, Madrid 1969, p. 10.

que causan grave daño a la salud y cuáles no, su determinación ha de ser deducida necesariamente de otras leyes o decisiones extrapenales, de convenios o acuerdos suscritos por el Estado Español [...] como son las listas anexas I y II del Convenio único de Estupefacientes de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, [...] y el Real Decreto 2.829/1977, de 6 de diciembre, en cuya lista I, se indica la cocaína como gravemente dañosa para la salud, por lo que la afirmación de esta cualidad de gravemente dañosa para la salud no era necesario consignarla expresamente en el relato de hechos al estar resuelto, de manera unívoca y constante por la doctrina jurisprudencial que tiene reconocidos sus devastadores efectos generales en el sistema nervioso central, sobre el que ejerce una acción difásica, excitante primero y paralizante después, aparte de los enormes riesgos derivados de los cuadros tóxicos agudos que pueden llegar hasta la muerte» o la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 695 de 29 de Abril de 1985 que dice que «partiendo de esta base, olvida el recurso que la sustancia intervenida es cocaína, cuya ingestión produce grave daño a la salud, conforme ha declarado ya esta Sala, de acuerdo con los conocimientos científicos, que se le vienen suministrando, en los casos de tráfico de drogas».

Y, en cuanto a drogas que no causan un grave daño a la salud, por ejemplo el hachís, también encontramos cantidad de sentencias, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 852/2013 de 14 de Noviembre de 2013 que se expresa diciendo que «se trata de varias operaciones de distribución clandestina de hachís a cambio de precio. Es cierto que se trata de actos de menudeo que afectan a una sustancia que no causa grave daño a la salud» o la Sentencia del Tribunal Supremo 602/2012 de 10 de Julio de 2012, Sentencia del Tribunal Supremo 259/2014 de 2 de Abril de 2014, entre otras.

1.2 Conductas típicas castigadas por el artículo 368 CP

Nuestro legislador, en el citado artículo, castiga una serie de conductas que son: ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico; promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas; o poseer drogas con aquellos fines. Antes de pasar a explicar todas y cada una de las conductas reguladas en dicho precepto, debo decir que los requisitos comunes a todos estos comportamientos son: que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, ya sea mediante alguno de los actos mencionados en el artículo 368 CP o de cualquier otra forma; que el sujeto activo conozca la conducta

que está realizando y sepa que sus actos están promoviendo, favoreciendo o facilitando el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y que esa promoción, favorecimiento o facilitación del consumo lo sea de consumo ilegal (no se incluyen, por tanto, el tabaco y las bebidas alcohólicas).

De esta forma se expresan diversas sentencias como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria 149/2008 de 12 de Noviembre de 2008 que dice así «como con reiteración mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo [...], la modalidad delictiva tipificada en el art. 368 del vigente C. Penal, requiere la concurrencia de tres elementos básicos, esto es: primero, la realización de algún acto de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines, esto es, la producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico, transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de dichas sustancias, [...]; como segundo elemento del delito de tráfico de drogas se exige que su objeto material sea alguna sustancia prohibida de las recogidas en las listas de los convenios internacionales suscritos por España, [...]; y por último, el elemento subjetivo tendencial del destino al tráfico, ilícito por carente de autorización legal o reglamentaria, de las sustancias en cuestión, elementos que en ausencia de la directa constatación de actos de tráfico, han de inferirse de una serie de circunstancias que rodean al hecho como son la cantidad de droga, medios o instrumentos adulterantes o para la comercialización de la droga concomitantemente poseída, las circunstancias y medios con los que cuente el sujeto que sean incongruentes con su posición económica, singularmente su condición de no consumidor o adicto a las drogas y cualesquiera otra reveladora de sus intenciones de participar en las conductas antedichas».

A) Actos de cultivo, elaboración o tráfico

Por actos de cultivo se entiende la siembra o plantación y el cuidado de la planta de la cual puede obtenerse la droga; así, el artículo 1 del CUE de 1961 establece que, salvo indicación expresa en contrario o que el contexto exija otra interpretación, «por cultivo se entiende el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis», dejando de lado numerosas plantas que pueden entrar también en esta

clasificación. Por ello, resulta más completo el concepto que plasma el artículo 7 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, refiriéndose al cultivo como aquel de plantas destinadas a la producción de sustancias estupefacientes o que se pueden emplear como tales²⁶. NUÑEZ PAZ y GUILLÉN LÓPEZ²⁷ se manifiestan en tal sentido, es decir, insisten en que es preferible utilizar esta última definición de la legislación estatal ya que, de otra manera, la expresión «cultivo» puede resultar incorrecta debido a que no puede haber actos de cultivo de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sino únicamente de plantas o especies botánicas que las contengan en sí o de las que puedan obtenerse.

En cuanto a la elaboración, NUÑEZ PAZ Y GUILLÉN LÓPEZ²⁸ afirman que ninguno de los convenios internacionales sobre dicha materia da una definición del término «elaboración», pero sí del de fabricación, al igual que lo define la Ley 17/ 1967, de 8 de abril. Estos conceptos pueden utilizarse como sinónimos, pero resulta más conveniente el de elaboración por su mayor amplitud, ya que incluye todos los procedimientos diferentes a la producción que permiten obtener estupefacientes²⁹. La elaboración también comprende cualquier producto obtenido a través de mezclas u otro tipo de composiciones que posean características similares a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que en dichas combinaciones se utilice en todo o en parte alguno de esos productos³⁰.

Seguido de la elaboración, el artículo 368 CP también prohíbe el tráfico de drogas, pero no precisa qué se entiende por «tráfico». La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia definen el tráfico de drogas como el traslado de la misma a una o varias personas, aunque se realice de forma gratuita, es decir, es la traslación del dominio o la posesión³¹. Sin embargo, algunos autores entienden que si se concibe el tráfico de esta forma, hay que comprender dentro del mismo todos aquellos actos que, a título oneroso o gratuito, trasladan el dominio o la posesión a un tercero. Así, LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ³² explican que ciertos autores, como Arroyo Zapatero, entienden el concepto de tráfico en sentido mercantil y consideran inherente a

²⁶ Véase JOSHI JUBERT. U., *Los delitos...* cit., p. 118.

²⁷ Véase NUÑEZ PAZ, M.A, Y GUILLÉN LÓPEZ, G; «Moderna revisión...», cit., p. 92.

²⁸ Véase NUÑEZ PAZ, M.A, Y GUILLÉN LÓPEZ, G; «Moderna revisión...», cit., p. 93.

²⁹ Véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español...*, cit., p. 1073.

³⁰ Véase SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 723.

³¹ Véase SEQUEROS SAZATORNIL, F., «Las drogas tóxicas II. Configuración actual de su tratamiento legal y otras consideraciones», en *Actualidad Penal*, nº 20, 1987, p. 952.

³² Véase LANDECHO VELASCO, C. M., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid 1996, p. 351.

este delito la contraprestación, por lo que la donación o invitación se deduce que son atípicas, cuestión que trataré en el epígrafe IV del presente trabajo por ser ésta de nuestro interés; mientras que otros autores opinan que, en materia penal, el significado del concepto «tráfico» excede de su concepción mercantilista originaria.³³

B) Promover, favorecer y facilitar el consumo ilegal de otro modo

La fórmula «o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas» fue introducida ya en la LO 1/1988 de 24 de marzo, la cual amplió las conductas castigadas en tal delito. La inclusión de dicha fórmula supuso una cláusula abierta que alcanza figuras que anteriormente no eran sancionadas³⁴.

De este modo, la conducta típica ya no se encuentra únicamente en los actos de cultivo, elaboración o tráfico, sino en promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal; por tanto, al implantar en la norma penal estos verbos, se entiende que el legislador pretende sancionar todas aquellas conductas dirigidas a que un tercero consuma droga. BURGOS PAVÓN afirma que «el promover, el favorecer o el facilitar son verbos nucleares en los que se integran los actos a través de los cuales se realizan el tráfico, el cultivo o la elaboración»³⁵.

En conclusión y para no detenerme demasiado en cuestiones que únicamente pretendo dejar claras antes de entrar en el objeto de mi trabajo, MOLINA PÉREZ se expresa manifestando que el artículo 368 CP contiene un sistema de incriminación de conductas, denominado «en cascada» porque la frase «o de otro modo» lo que pretende es abarcar todas las fases del tráfico ilegal para evitar las posibles lagunas en los comportamientos que contiene³⁶. Así pues, estos verbos, según reiterada jurisprudencia, acogen actos muy diversos como transportar la droga, organizar y dar cobertura a las operaciones, facilitar el dinero para comprar droga, informar sobre puntos de venta, etc.

³³ Véase LORENZO SALGADO, J. M., “Reforma de 1983 y tráfico de drogas”, en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986.

³⁴ Véase CARBONELL MATEU, J. C., “Consideraciones técnico-jurídicas...”, cit., p. 344.

³⁵ Véase BURGOS PAVÓN, F., “Un año de jurisprudencia sobre drogas de la Audiencia Provincial de Madrid”, en *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de formación*, o.c., pp. 703 y ss.

³⁶ Véase MOLINA PÉREZ, T., “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”, en *Anuario Jurídico y Económico*, nº 44, Enero 2011, p. 109.

C) Posesión con aquellos fines

A modo de introducción, me gustaría hacer saber en este apartado que la expresión «con aquellos fines» ha provocado en la doctrina grandes desacuerdos sobre cuáles son los verdaderos fines a los que alude el artículo 368 CP. Por una parte, algunos comentaristas opinan que, con la citada expresión, el legislador se refiere al cultivo, elaboración o tráfico; mientras que, por otra parte, otro sector estima como típica la posesión de droga para promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal³⁷. Finalmente, la doctrina mayoritaria afirma que el legislador pretende castigar todos los actos enumerados en el artículo en cuestión, es decir, la posesión dirigida al cultivo, elaboración o tráfico o la encaminada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas³⁸.

Centrándonos ya en el significado de tal expresión, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia afirman que la posesión de drogas a la que hace referencia el artículo 368 CP es típica cuando en ella concurren dos elementos: por un lado, el elemento objetivo, que exige la tenencia o posesión de la droga; y por otro lado, el elemento subjetivo o tendencial, que es la preordenación al tráfico o a su transmisión a terceros³⁹. Así, con la expresión «con aquellos fines», el legislador tipifica la posesión de drogas que esté predestinada al tráfico⁴⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, la posesión de la droga para autoconsumo es atípica, como explicaré detenidamente en el epígrafe IV.

³⁷ Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El marco normativo de las drogas en España*, RGLJ, t.XCV de la segunda época, nº 3, Septiembre, 1987, p. 396; REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 24.

³⁸ Véase JOSHI JUBERT, U., *Los Delitos...*, *cit.*, p. 197; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, *cit.*, p.570; BOIX REIG, J. y COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal, Parte Especial*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 341.

³⁹ Véase ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. *Tráfico y consumo de drogas...*, *cit.*, p. 50.

⁴⁰ Véase JOSHI JUBERT. U., *Los delitos...*, *cit.*, p. 199-204.

2. TIPO SUBJETIVO

El tráfico de drogas es un delito claramente doloso⁴¹. El dolo, en este ilícito, debe comprender todos los elementos objetivos del tipo, es decir, tanto el conocimiento de que la sustancia de la que se trate es nociva para la salud⁴² como la voluntad individual de cometer cualquiera de los comportamientos establecidos en el artículo 368 CP⁴³, o dicho con otras palabras, el *animus* de cultivar, elaborar, traficar o promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas⁴⁴. Este último elemento, es decir, la finalidad de que la droga llegue al alcance de terceras personas para su consumo ilegal, es un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 913/2013 de 12 de Diciembre de 2013 establece que «la voluntad con la que un hecho se ejecuta forma parte también del hecho mismo. Lo que, por lo demás, es congruente con una concepción del delito en el que la acción encierra en sí la carga de la propia voluntad, superando concepciones más tradicionales en las que la ruptura entre el plano objetivo y subjetivo del delito era elemento definitorio de su estructura analítica. La conducta humana no es neutra y la intención del agente no puede desgajarse de la acción para ser luego artificialmente analizada en el momento del examen de la culpabilidad. Evidentemente, las cuestiones relativas al conocimiento o a la voluntad [...] sólo pueden ser proclamadas mediante un juicio de inferencia formulado a partir de datos objetivos puestos de manifiesto por la actividad probatoria de las partes. [...]. De acuerdo con esta idea, afirmar el *animus* del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente assertiva, mediante la que se afirma un hecho».

Sin adentrarnos más en todo esto, pretendiendo únicamente aclarar los elementos del delito en cuestión, continúo con el siguiente epígrafe (epígrafe IV) en el cual se basa principalmente mi trabajo.

⁴¹ Véase LORENZO SALGADO, J. M., *Las Drogas en el Ordenamiento...*, cit., pp. 122 y 123; CORDOBA RODA, J., “El delito de tráfico de drogas”, en *Estudios penales y criminológicos*, Cursos y Congresos de la Universidad de Compostela, 1981, p. 26.

⁴² Véase MUÑOZ CONDE, F., “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en *Reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 200.

⁴³ Véase SEQUEROS SAZARTORNIL, F., “El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial”, en *La Ley*, S.A., Madrid, España, 2000, p. 93; ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. *Tráfico y consumo de drogas...*, cit., p. 50 y ss.

⁴⁴ Véase SOTO NIETO, F., “Estudio básico del artículo 344 del Código Penal” en *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos contra la Salud Pública*, número 21/1992, pp. 102 y ss.

V. CONDUCTAS ATÍPICAS EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Una vez vistas las cuestiones introductorias del delito de tráfico de drogas y ya explicadas todas las conductas que el legislador pretende castigar con la redacción del artículo 368 CP, me centro en el objeto primordial del presente trabajo, esto es, en las conductas atípicas relativas al delito de tráfico de drogas.

1. AUTOCONSUMO

En primer lugar, la primera conducta atípica que vamos a tratar en este trabajo es el autoconsumo de drogas que, aunque administrativamente esté prohibido, se trata de una conducta no castigada penalmente, puesto que no pone en peligro el bien jurídico protegido por este delito, esto es, la salud pública. Ahora bien, en relación con este comportamiento, el problema surge en el momento en el que hay que determinar si nos encontramos ante un supuesto de autoconsumo de drogas (supuesto atípico) o, por el contrario, estamos ante un supuesto de tráfico de drogas (supuesto típico). La diferencia entre ellos reside en la finalidad que persiga el sujeto en cuestión, de manera que al tratarse de un elemento subjetivo, existen grandes dificultades para probar si la droga que se posee está destinada al autoconsumo o a su tráfico para el consumo ilegal.

Lógicamente, cabe la confesión por parte del sujeto de su intención de traficar con esa droga, así como la posible declaración testifical de quienes habían concertado la compra de la droga a su poseedor⁴⁵. No obstante, lo más frecuente es que dichas pruebas no existan y por tanto tenga que acudirse a la prueba indirecta o indicaria⁴⁶, que según la Sentencia del Tribunal Supremo 258/2007 de 24 de abril del 2007 exige como requisitos: pluralidad de hechos-base o indicios, precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo, necesidad de que sean periféricos o concomitantes, respecto al dato fáctico a probar, interrelación entre esos indicios, racionalidad en la inferencia, enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano y expresión de la motivación de cómo se llegó a la inferencia, para que pueda conocerse públicamente el discurso del tribunal.

⁴⁵ Véase HERRERO ÁLVAREZ, S., “Las drogas de uso recreativo en el derecho penal español” en *Adicciones*, Volumen 15, 2003, p. 370.

⁴⁶ Véase MAYÁN SANTOS, M.E., “La importancia de la cantidad y composición en los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópica” en *Noticias Jurídicas*, 2007.

Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 117/2009 de 17 de febrero de 2009 que dice así «en el caso presente en el que se trata de tráfico de drogas han de quedar acreditados los aspectos objetivos relativos a los actos típicos descritos en el art. 368 y tratándose de tenencia con destino al tráfico es preciso que la prueba acredite que la finalidad de la tenencia es precisamente proceder a la venta o a la ejecución de cualquier otro acto de tráfico. Respecto a la concurrencia de este elemento subjetivo del tipo que se exige para considerar delictiva la posesión de la droga, su probanza puede venir o de la mano de la prueba directa, como sucede en los casos de confesión del propio sujeto, o testigos que compraron la sustancia prohibida o la vieron ofrecer en venta o de cómo conocieron tal intención de entrega a terceros y así lo declaran. Sin embargo, lo más frecuente es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios, por medio de la cual, a través de ciertos hechos básicos plenamente acreditados, a través de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia, se infiera la existencia de aquel elemento subjetivo».

Además, en estos casos el Tribunal Supremo considera que se debe llevar a cabo una valoración jurídica teniendo en cuenta una serie de indicios o factores para comprobar si esa cantidad de droga está destinada al autoconsumo o no⁴⁷. Sin embargo, antes de entrar a explicar estos indicios, me gustaría analizar la postura del Tribunal Supremo en cuanto a la cuestión de si el destino de la posesión de droga puede ser deducido de un solo hecho probado o se exige una pluralidad de indicios para poder determinar tal circunstancia⁴⁸. Respecto a ello, el Tribunal Supremo en la mayoría de sus sentencias exige que concurran una pluralidad de indicios afirmando que «el indicio aislado generalmente se ofrece inconsistente y ambiguo, debiendo darse en concurso o pluralidad con otros, radicando en su coincidencia o afinidad significativa la fuerza indicativa o de dirección que se les reconoce»⁴⁹; en cambio, también podemos encontrarnos con otras sentencias en las que la cantidad de la sustancia incautada es el

⁴⁷ Véanse MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 37; HERRERO ÁLVAREZ, S., “Las drogas...”, cit., p. 370; HERRERO ÁLVAREZ, S., “Tratamiento legal de la MDMA y otras drogas psicoestimulantes en el nuevo Código Penal español de 1995”, Editorial Masson, Barcelona, 1997; NÚÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G., “Moderna revisión...”, cit., p. 110.

⁴⁸ Véase ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 2.

⁴⁹ Véase ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “Criterios del Tribunal Supremo...”, cit., p. 2.

único indicio que estima el Tribunal para comprobar si la posesión de tales sustancias estaba orientada al autoconsumo o al tráfico. Ante estas dos posiciones, Aránguez Sánchez considera que es necesario ponderarlas, de manera que cuando se incaute una cantidad considerable de droga, únicamente el indicio de la cantidad de droga sirva para determinar que la posesión está preordenada al tráfico; pero, por el contrario, cuando la cantidad sea mínima (ya que en la mayoría de las situaciones la cantidad no será tan exagerada), deberá suponerse que, en virtud del principio *in dubio pro reo*, la tenencia de la droga está dirigida al autoconsumo y únicamente a través de múltiples, claros e inequívocos indicios que contradigan de manera suficiente la presunción de tenencia para el autoconsumo de la que partimos, podría entenderse que tal posesión estuviera preordenada al tráfico. Por tanto, aunque la cantidad de droga incautada fuera minúscula, no debería tenerse en cuenta únicamente el criterio de la cantidad de droga, debido a que lo que no es posible, en opinión de este autor y de la mía propia, es suponer que en todos aquellos casos en los que la droga incautada no supere un determinado límite, deba considerarse directamente que su destino es el autoconsumo, puesto que este criterio presumiría la impunidad de aquellos traficantes que venden «al menudeo», es decir, de pequeñas en pequeñas cantidades.

Así, el caso realmente más difícil de resolver es aquel en el que la pequeña cantidad de droga poseída es el único elemento para poder determinar si tal sustancia está dirigida al tráfico de la misma o a su autoconsumo; ante este supuesto, Molina Pérez considera que, en virtud del principio *in dubio pro reo* anteriormente citado, el juez debe considerar que la droga incautada está destinada al propio consumo siempre que no aparezca ningún indicio y, en consecuencia, debe absolver del delito del que se le imputa al acusado⁵⁰.

Concluida ya esta cuestión, continúo examinando los indicios que tiene en cuenta el Tribunal Supremo a la hora de realizar la valoración jurídica de la que hemos estado hablando hasta ahora. Estos factores o indicios son, entre otros, los siguientes:

1. Cantidad de droga incautada, su variedad, pureza y presentación. La cantidad de droga poseída es uno de los criterios básicos para comprobar el destino de la droga y según el Tribunal Supremo en su Sentencia 3/1997 de 17 de enero de 1997 se trata de «una cuestión ciertamente irritante por los agravios

⁵⁰ Véase MOLINA PÉREZ, T., “El elemento objetivo...”, *cit.*, p. 111.

comparativos que pueden originarse si se hace caso omiso de los supuestos del caso concreto». En cuanto a este criterio, el Tribunal Supremo utiliza una tabla confeccionada por el Instituto Nacional de Toxicología el 18 de octubre de 2001 sobre las dosis medias de consumo diario permitidas que son las siguientes: heroína 3 grs., cocaína 7,5 grs., marihuana 100 grs., hachís 25 grs., LSD 3 mgrs, anfetamina 900 mgrs, MDMA 1.440 mgrs⁵¹. Estos criterios los mantiene el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, como podemos observar por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo 1778/2000 de 21 de noviembre. Sin embargo, no solo se toma en consideración la cantidad de la droga ocupada, sino también otros aspectos como la pureza de ésta, la variedad de sustancias o su presentación.

En cuanto a la pureza de la droga, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1997 afirma que «la jurisprudencia ha establecido en forma reiteradísima que a partir de ciertas cantidades de droga cabe inferir que la tenencia tiene la finalidad de tráfico y ello, aunque no conste la pureza de la misma, dado que lo decisivo, cuando las cantidades son considerables, como en este caso, es el número de dosis que es posible conformar con la droga poseída. La pureza, en realidad, sólo podía tener importancia cuando la cantidad sea tan pequeña que no admitiera fraccionamiento alguno. De lo contrario el peligro para el bien jurídico protegido no depende en modo alguno de la pureza de la droga poseída».

Por otro lado, dentro de este criterio, también debe tenerse en cuenta la variedad de drogas aprehendidas, puesto que, como expresa la STS 775/1997 de 31 de mayo de 1997, si se incauta una gran pluralidad de sustancias, es más lógico pensar que tales sustancias están dirigidas al tráfico de drogas que al consumo propio. No obstante, esta regla general también presenta algunas excepciones, ya que en otras sentencias el Tribunal Supremo ha afirmado que el hecho de adquirir varias drogas conjuntamente no excluye la posesión para el propio consumo siempre que su utilización conjunta sea compatible, debiendo añadir a lo anterior que existen también sentencias en las que, a pesar de la gran variedad de drogas incautadas a una persona, se absuelve al acusado de un delito de

⁵¹ Véase MAYÁN ANTOS, M.E., *La importancia de la cantidad..., cit.*, p. 673.

tráfico de drogas por tener en cuenta también otros criterios diferentes. En este sentido, me gustaría destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 1881/1995 de 30 de diciembre de 1995 en la cual se ocuparon a una persona las siguientes sustancias: «una bolsita con 4,8 gramos de Anfetamina con una riqueza del 21,0%, 2 comprimidos (0,5 gramos) con el anagrama “hoz y martillo” de MDEA (N-etil MDA), 1 comprimido (0,2 gramos) de MDEA (N-etil MDA), 0,2 gramos de hachís con una riqueza del 9,8 % expresa en 9-THC, veinte pegatinas-sellos con dibujo azul impregnadas con LSD, diecisiete comprimidos (4,4 gramos) con el anagrama “hoz y martillo” de MDEA (N-etil MDA) con una riqueza media del 29,5 % expresada en MDEA BASE, 309 pegatinas-sellos de color amarillo con dibujo “un pie” impregnadas con LSD, once comprimidos (3,1 gramos) con anagrama “cabeza de res” de MDEA (M-etil MDA) con una riqueza media del 30,6 % expresada en MDEA BASE, 0,100 gramos de ANFETAMINA con una riqueza del 10,3 % expresada en ANFETAMINA BASE, 24 comprimidos (6,4 -METILENDIOXIMETANFETAMINA), con una riqueza del 16,6% expresada en MDMA BASE, y 7,5 gramos de picadura de CANNABIS SATIVA L. con una riqueza del 1.7% expresada en 9-THC». Sin embargo, a pesar de la amplísima variedad de sustancias confiscadas, se absolió al acusado de un delito de tráfico de drogas por ser consumidor habitual desde los 14 años de edad.

Por último, antes de pasar al siguiente indicio, dentro de este criterio el Tribunal también analiza la presentación de la droga, esto es, cómo aparece distribuida la droga en el momento en el que se incauta. Respecto a esta cuestión, no hay una unánime y consolidada jurisprudencia, sino al contrario, una jurisprudencia muy confusa, de manera que la presentación de la droga es un criterio subjetivo e inseguro que los tribunales deben aplicarlo de manera muy cuidadosa⁵².

2. Condición o no de consumidor del poseedor del estupefaciente y que se acremente la cantidad que consume. En relación a este indicio, puede ocurrir que el poseedor de la droga tenga la condición de consumidor, respecto de lo cual la Sentencia del Tribunal Supremo 224/1997 de 18 de marzo de 1997 establece que «la inferencia de que la tenencia de la droga estaba preordenada al tráfico

⁵² Véase ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “Criterios del Tribunal Supremo...”, *cit.*, p. 2.

puede ser compatible con la condición de consumidor del acusado, si bien en tales casos el dato de la cuantía ha de ser estimado de modo más flexible y atendiendo a si la cuantía de la sustancia aprehendida excede de las previsiones de un consumidor normal, al ser con frecuencia coincidentes las condiciones de consumidor y traficante». Lo anterior significa que, a pesar de que la condición de consumidor del poseedor de la droga sea un criterio a favor del autoconsumo, cuando una parte de esa droga esté destinada al propio consumo y otra parte vaya dirigida al tráfico de la misma, se aplicará el artículo 368 CP, debido a que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1.280 de 27 de abril de 1995 reconoce la existencia tanto del «consumidor-traficante» (consumidor que trafica para financiar su consumo) como la del «traficante-consumidor» (traficante que, ocasionalmente, consume sus productos). Por otro lado, también puede resultar que el poseedor de tales sustancias no tenga la condición de consumidor, en cuyo caso normalmente se considerarán dirigidas al tráfico cantidades de droga muy por debajo del criterio orientativo establecido anteriormente, esto es, pequeñas cantidades; así lo expresa el Auto del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1995 (RJ 1995\7861) al afirmar que «la posesión de diversas sustancias estupefacientes por parte de una persona que no las consume sólo puede ser explicada si se tiene la intención de transmitirla a terceras personas». Como decía, esto es lo que ocurre normalmente, pero no siempre es así, ya que también existen escasas sentencias (por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 519 de 13 de abril de 1981) que no comparten tal decisión al considerar que «la finalidad de tráfico no puede deducirse del único hecho de que el procesado no es consumidor de drogas, ya que quien habitualmente no lo es, puede, en alguna ocasión, tener tentación de consumirla». A mi parecer, ésta última posición, que es la minoritaria en la jurisprudencia, resulta más lógica, puesto que no consideraría justo el hecho de que una persona no consumidora que tuviera sustancias estupefacientes, únicamente por el hecho de no ser consumidora, fuera acusada de un delito de tráfico de drogas, ya que ésta podría poseerlas para consumirlas en un momento dado.

Un aspecto importante aquí es que el poseedor de la droga, en caso de que sea consumidor, debe demostrar su condición de consumidor con pruebas documentales como historiales clínicos, enfermedades, atenciones recibidas en centros especializados de deshabituación, informes médicos forenses, etc.⁵³. Un ejemplo de tal cuestión es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 176/2005 de 11 de febrero de 2005, en la cual se incautó a una persona una cantidad de droga que excedía de la dosis que la jurisprudencia estima que es necesaria para el autoconsumo; a pesar de ello, el acusado fue absuelto de un delito de tráfico de drogas al ser considerado consumidor a la vista de un informe médico forense. Por tanto, generalmente esta circunstancia es objeto de prueba directa; sin embargo, no siempre es así, ya que en muchas ocasiones la misma se evalúa a través de indicios. En aquellos casos en los que el poseedor de la droga es consumidor pero no puede constatar tal condición, la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo rechaza el autoconsumo; a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3.006 de 28 de noviembre de 1989 señala que «no consta en el factum, que ninguno de los procesados fuera adicto al LSD, por lo que hay que apreciar el ánimo de traficar, pues la ocupación de estupefaciente a un poseedor no consumidor conlleva una presunción *ex lege* de destino al tráfico, que puede ser enervada, si realmente apareciesen otros datos que efectivamente la destruyan, pero que en principio es un indicio elocuente, que unido a otros, como los expuestos con anterioridad, lleven a la convicción del comercio de dicha droga». Ante esta postura, Aránguez Sánchez opina que el Tribunal Supremo olvida en su jurisprudencia que el consumidor ocasional y el no consumidor que pretende iniciarse en el uso de drogas también pueden poseer estas sustancias sin ánimo de tráfico, de manera que afirma «en mi opinión, que no conste la adicción a la sustancia es indudablemente un indicio de la voluntad de difundirla entre terceros, pero tal indicio debe ser acogido con cautelas cuando la cantidad de droga intervenida no alcance una cuantía inusual en un consumidor esporádico»⁵⁴.

⁵³ Véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. *El tráfico de drogas...*, cit., p. 39.

⁵⁴ Véase ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “Criterios del Tribunal Supremo...”, cit., p. 6.

3. Posesión de productos utilizados para adulterar la droga y de instrumentos para dividir la droga en dosis como por ejemplo un dinamómetro, una balanza de precisión, una navaja con señales de que ha sido utilizada para cortar las barras de hachís, pajitas de plástico para la cocaína, pequeños recortes de plásticos para sellar las bolsitas de heroína, speed o cocaína, etc. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 2078/1988 de 2 de julio de 1993 condena al acusado de un delito de tráfico de drogas al encontrar en su domicilio, además de una gran cantidad de droga, una balanza de precisión y una navaja con restos de cocaína; este Tribunal se expresa diciendo que «no se niega la presencia de significativos elementos probatorios como son la existencia en el domicilio del acusado de una balanza de precisión, restos de droga en la punta de una navaja, y 1,2438 gramos de sustancia estupefaciente distribuida en 16 papelinas con una riqueza de 10,02 por 100 de cocaína y 38,22 por 100 de lidocaína; dichos elementos, reconocidos en juicio por el acusado y demostrados por el informe del Instituto Nacional de Toxicología, serían bastantes para justificar, en principio, la inferencia de una posesión preordenada al tráfico».

En algunas ocasiones, se han dado situaciones en las que el acusado justifica el hecho de tener una balanza de precisión para no ser engañado o para reducir progresivamente la dosis de droga consumida diariamente. Ante ello, el Tribunal Supremo mantiene dos posturas diferenciadas: por un lado, en algunas de sus sentencias, como ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo 3314/1990 de 1 de diciembre de 1992, entiende que se trata de «manifestaciones carentes de lógica y que sólo pueden entenderse en el ejercicio de su derecho a no autoinculparse»; por otro lado, en otras sentencias, como por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo 4145/1986 de 30 de junio de 1989, el Tribunal se manifiesta expresando que «al haber carecido el Tribunal a quo de elementos que le hubieran permitido excluir el autoconsumo y de la comprobación de las cantidades suficientes para inducir el fin de tráfico, es indudable que la balanza sólo indica la necesidad de pesar las dosis requeridas tanto para el autoconsumo como el tráfico. Inclinarse sin más por este último importaría una vulneración del principio in dubio pro reo y por tanto, del artículo 24.2 de la Constitución Española». Personalmente, considero

más convincente la posición adoptada por esta parte de la jurisprudencia explicada en último lugar, puesto que entiendo que el hecho de que una persona tenga en su poder una balanza de precisión no significa que esta persona destine las sustancias estupefacientes poseídas al tráfico de las mismas.

4. Circunstancia del hallazgo policial de la sustancia, lugar de la incautación y motivos utilizados por el poseedor de la droga para explicar por qué se encontraba ahí. Según reiterada jurisprudencia, la incautación de droga en zonas en las que es habitual el tráfico de drogas es un indicio de la voluntad de traficar y más concretamente en aquellos casos en los que el poseedor de la droga no explica los motivos por los cuales se ha desplazado a ese lugar, en aquellos en los que el sujeto muestra una clara predisposición por acudir a ese lugar o en aquellos en los que la incautación se realiza cuando el poseedor de la droga se dirige hacia ese lugar. En cambio, en opinión de Aránguez Sánchez⁵⁵, este criterio no resulta convincente, debido a que los lugares más frecuentados por los traficantes para vender la droga también serán los más visitados por los consumidores para comprarla.

Además del lugar de incautación de la droga, otra circunstancia que el Tribunal Supremo también toma en consideración a la hora de diferenciar entre tráfico de drogas y autoconsumo es la hora en la que se produce la incautación. Así, habitualmente, el Tribunal Supremo suele considerar que se trata de un caso de tráfico de drogas cuando tales sustancias son ocupadas la madrugada de un sábado; a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1996 (RJ 1996/2838) entiende que la conclusión de que la droga va destinada al tráfico «se refuerza con la hora en que el acusado es sorprendido-5.30 horas de la madrugada de un sábado con droga de las denominadas de fin de semana cuya ingesta normalmente comienza en la tarde-noche del viernes y termina el domingo». En opinión nuevamente de Aránguez Sánchez, la cual comparto totalmente, el momento de la ocupación de la droga no es determinante puesto que no hay horas establecidas para traficar sustancias estupefacientes ni horas para consumirlas.

⁵⁵ Véase ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “Criterios del Tribunal Supremo...”, *cit.*, p. 2.

5. Tenencia de grandes cantidades de dinero sin que se justifique su procedencia y que no respondan a una actividad lícita. Generalmente, el Tribunal Supremo invierte la carga de la prueba obligando al poseedor del dinero encontrado a que justifique su origen y ratificando su convicción de que tiene un origen ilícito si la explicación no le convence; esto ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 943 de 15 de marzo de 1995 en la cual el acusado alega que el dinero lo ganó en dos bingos la noche anterior; sin embargo, el Tribunal dicta sentencia condenando al acusado a un delito de tráfico de drogas por no haber probado tal justificación siendo fácilmente demostrable. Por contra, existe una línea jurisprudencial minoritaria, la cual considero más acertada, que entiende que no se puede deducir que las cantidades de dinero encontradas junto a la droga procedan de actos de tráfico de drogas si no existe un indicio que justifique tal conclusión, de manera que aunque se encuentren enormes cantidades de dinero junto a la droga incautada, no pueden ser confiscadas si no hay prueba alguna de su procedencia ilícita. En mi opinión, como ya he señalado, esta postura debería ser, en la mayoría de los casos, adoptada por el Tribunal Supremo, debido a que en el ámbito penal se parte del principio de la presunción de inocencia, de manera que toda persona sería inocente mientras no se demostrará lo contrario.
6. Existencia en poder del poseedor de la droga o en su domicilio de anotaciones o contabilidades que indiquen la venta de droga. A modo de ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2014 de 13 de marzo de 2014 se condena a los acusados explicando esta Sala que «examinados los indicios referidos, esto es, la cantidad hallada, los objetos encontrados, como las bolsitas de auto cierre, y las anotaciones mencionadas, la inferencia que realiza la sala es lógica y no adolece de arbitrariedad», de manera que uno de los indicios a tener en cuenta son las anotaciones encontradas en las que aparecen escritas cantidades de drogas, precios de las mismas o nombres de personas, entre otras cuestiones.
7. Grabaciones judicialmente autorizadas de conversaciones telefónicas relativas a la compraventa de tales sustancias. En relación con este indicio, la Sentencia del Tribunal Supremo 242/2014 de 27 de marzo de 2014 dispone que «en todo caso, lo relevante es la determinación de la persona que usa el teléfono, siendo

así que cabe la intervención del número utilizado por quien resulta sospechoso de la participación en el delito investigado, con independencia de que sea el titular formal de la línea».

8. Visitas continuadas de consumidores de drogas en el domicilio de la persona a la que se le ha confiscado la droga tratándose de visitas demasiado breves. Un ejemplo de este criterio aparece en la Sentencia del Tribunal Supremo 332/2013 de 9 de abril de 2013, la cual establece que «el flujo constante de personas se desprende del resultado de las vigilancias; así los agentes pudieron contabilizar hasta 26 visitas durante cuarenta y cinco minutos de vigilancia efectuada el día 2 de marzo de 2006, 22 visitas durante cuarenta y cinco minutos de vigilancia el día 10 de marzo de 2006 y 18 visitas durante sesenta minutos de vigilancia llevada a cabo el 22 de mayo de 2006 (en el oficio policial se pormenorizan los datos de muchos de los visitantes). Con esto, la convicción de la unidad policial trasmisida a la autoridad judicial era que el investigado se dedicaba, con habitualidad y como medio de vida, al tráfico de estupefacientes».
9. Comportamiento adoptado al producirse la incautación policial de la droga, intentando deshacerse de ella, ocultarla o darse a la fuga. Una parte de la jurisprudencia concede cierta importancia a este indicio; concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo 158/1991 de 9 de diciembre de 1992 trata sobre un sujeto que, justo antes de ser registrado por la policía, se introduce varios envoltorios de heroína en la boca y comienza a masticarlos mientras se resiste a la intervención de los agentes, quienes consiguen finalmente extraer esa sustancia de la boca. El laboratorio únicamente pudo comprobar que se trataba de heroína pero no consiguió determinar su cuantía ni su pureza; a pesar de ello, el juez, teniendo en cuenta únicamente el indicio de intentar destruir la droga, llegó a la conclusión de que esa persona era traficante y de que la posesión de tales sustancias tenía la finalidad de ser transmitida a terceros. En contraposición, otra parte de la jurisprudencia, con la que comparto opinión personalmente, entiende que este indicio no permite deducir una intención de tráfico ilegal⁵⁶, puesto que como ha señalado reiterada jurisprudencia, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1992, es

⁵⁶ Véase HERRERO ÁLVAREZ, S., “Las drogas...”, cit., p. 370.

lógico esconder la droga que se transporta, bien se destine al tráfico o bien al propio consumo, ya que el poseedor de la misma sabe que, sea cual sea la finalidad de aquélla, si le descubren le van a confiscar la droga.

Para finalizar este subepígrafe, una vez explicados todos y cada uno de los indicios que tiene en cuenta el Tribunal Supremo, pretendo mostrar, además de los ya tratados, algunos ejemplos que este Tribunal ha considerado como supuestos de tráfico de drogas⁵⁷. Así, entre otros, destacan los siguientes:

- Ejercer labores de vigilancia de forma alternativa en el lugar de compra y venta de sustancias estupefacientes.
- Superar la posesión para más de cinco meses de consumo propio siendo un simple consumidor esporádico debido a la falta de acreditación de la condición de consumidor drogodependiente.
- Recibir numerosas visitas de escasa duración en el domicilio del sospechoso, realizadas por diferentes personas y sin razón alguna, siendo el sospechoso reincidente por tráfico de drogas.
- Vender droga en un local con la obligación de consumirla en ese lugar para evitar ser vistos.

⁵⁷ Véase MAYÁN ANTOS, M.E., *La importancia de la cantidad..., cit.*, p. 674.

2. CONSUMO COMPARTIDO

En segundo lugar, otra de las conductas atípicas relativas al delito de tráfico de drogas es el consumo compartido, por no poner tampoco en peligro el bien jurídico protegido por tal delito, esto es, el fundamento de su atipicidad penal reside en que tales conductas no parecen capaces de producir un riesgo para la salud pública⁵⁸. Es necesario recordar en este punto que el artículo 368 CP exige que para considerar una conducta como típica es necesario que el comportamiento concreto sea apto para dar lugar a una difusión indiscriminada de la droga. En consecuencia, no se dará esta difusión indiscriminada de la droga ni, por lo tanto, una aptitud de la conducta para producir un daño a la salud pública, cuando el comportamiento se limite a distribuir la droga entre un círculo cerrado de personas previamente decididas a consumirla como ocurre en el consumo compartido. Por «círculo cerrado de personas» se entiende un conjunto de individuos que se encuentran estrechamente vinculados entre sí por una relación interpersonal previa al momento de acceso a la droga⁵⁹. Esta relación interpersonal se puede referir a una relación de convivencia, de amistad o incluso de recreación común como ha admitido la jurisprudencia en determinadas sentencias; así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 1781/1991 de 2 de julio de 1993 señala que «cuando en el domicilio o ámbito de convivencia de dos personas se encuentra depositada o guardada droga en cuantía que no excede de los niveles de un normal consumo, de la cual hace uso uno de los convivientes, por ser consumidor habitual, y, esporádicamente, su consorte, (estos) ejercen una posición compartida de la droga, en la que es muy difícil apreciar una conducta de facilitación o menos aún de disposición por parte del introductor de la droga, y estas razones -para excluir los hechos de las tipicidades penales- suben de punto cuando se advierte que no existe en tal comportamiento peligro común y general para el bien jurídico colectivo de la salud pública, ya que se realiza por los cónyuges como un acto más de su ordinaria convivencia en el domicilio común».

Llegados hasta aquí, resulta conveniente tratar el tema de la donación. Como ya señalaba anteriormente en el epígrafe III dedicado al tipo básico del delito de tráfico de drogas, en cuanto a la modalidad de «tráfico» hay diversas opiniones: por un lado,

⁵⁸ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas”, en *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 1, Madrid, Julio 2013, p. 114.

⁵⁹ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas”, *cit.*, p. 118.

ciertos autores⁶⁰ entienden que la donación o la invitación a consumir se hallan dentro del artículo 368 CP sin necesidad de incorporarse en el concepto de tráfico⁶¹, estableciendo que toda donación es punible o típica, debido a que promueve, favorece o facilita el consumo de la droga⁶²; por otro lado, en cambio, algunos autores restringen el concepto de tráfico a aquellos actos de entrega a cambio de una contraprestación económica, lo cual excluye del tráfico los supuestos de donación considerando que se trata de una conducta atípica. Sin embargo, aunque se siguiera esta última postura, la donación quedaría abarcada por el verbo típico «favorecer», de manera que queda claro que la donación es una conducta típica del artículo 368 CP, si bien es necesario distinguir todos los tipos de donación que pueden darse, lo cual trataré a continuación.

Al respecto, parece interesante la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 995 de 22 de junio de 1983 en la que se advierte que los actos de autoconsumo no se hallan sancionados en el artículo 368 CP y, por tanto, son atípicos e impunes sucediendo lo mismo con los actos de cultivo, siempre y cuando el destino de la producción sea el propio consumo del producto. Aunque hay que aclarar que, si bien es cierto, en estos casos el cultivo de la planta del cannabis no constituye delito cuando va dirigido al consumo del cultivador, no sucede lo mismo cuando éste, aun sin fines demostrados de lucro, cultiva el producto para repartirlo el mismo con sus amigos, puesto que en estos casos ya estaríamos ante un acto de donación, acto que promueve, favorece o facilita el consumo de dicha droga.

Además, la figura de la donación en la jurisprudencia ha ido variando a lo largo del tiempo, como así afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 132/1999 de 3 de Febrero de 1999 al expresarse diciendo que «es cierto que respecto de la donación del estupefaciente ha variado sustancialmente la doctrina del Tribunal Supremo. Porque la antigua doctrina entendía que la reducción del tráfico ilegal a sólo aquellos supuestos en los que el autor recibiera un precio, carecía de sentido porque éste no constituye una condición esencial del bien jurídico lesionado que ha de protegerse, ni tampoco del reproche jurídico y penal de la conducta, razón por la cual la cesión gratuita de la droga era una de las modalidades del precepto legal. En cambio, la doctrina ya vigente y

⁶⁰ Véanse NÚÑEZ PAZ. M.A y GUILLÉN LÓPEZ. G., “Moderna revisión...”, *cit.*, p. 97; EXPÓSITO LÓPEZ, A., “El delito de tráfico de drogas”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 10, 2012.

⁶¹ Véase MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, *cit.*, p. 632.

⁶² Véase BOIX REIG, J., “Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas”, *cit.*, p. 390.

unánime establece que la invitación gratuita al consumo es en principio delictiva, pues el bien jurídico protegido se ve afectado cuando se facilita y se favorece el ilícito consumo, sobre todo teniendo en cuenta que el reproche legal nada tiene que ver con el ánimo de lucro. Pero excepcionalmente, sin embargo, el consumo compartido entre adictos a la droga (igual si se trata de adictos que aportan lo necesario para formar un frente común destinado a la adquisición y consumo inmediato del estupefaciente) puede ser impune por la insignificancia penal de tal conducta y porque en estos casos se trata en realidad de una modalidad del autoconsumo no punible, aún a pesar de que fuere uno de los consumidores el donante de la droga».

Así pues, como decía, la donación, en principio, es una conducta típica, de manera que podría resultar extraño que se tratara tal cuestión en el epígrafe destinado a las conductas atípicas. Pues bien, esto se explica porque en Derecho hay distintos tipos de donación y no todos ellos constituyen conductas castigadas por el artículo 368 CP; así, por ejemplo, habría que distinguir entre la entrega de la droga para consumo colectivo y las donaciones de pequeñas cantidades entre consumidores habituales unidos por amistad que se realizan o bien para evitar el síndrome de abstinencia o bien para lograr un futuro suministro ante la situación de que el donante carezca de la droga. Esta última conducta será tratada en un apartado posterior, si bien ahora me detendré a explicar el consumo compartido de droga, comportamiento que, apartándose de la donación, se considera como atípico.

La jurisprudencia concentra bajo la denominación de «consumo compartido» dos supuestos diferentes:

1. En primer lugar, lo que es denominado «servidor de la posesión», «posesión en nombre de los demás», «posesión colectiva para el propio consumo», «mandato o instrumento del ejercicio de la posesión de otro» y, más recientemente, «autoconsumo plural entre consumidores». Todas estas expresiones se refieren a aquellos casos en los que varios adictos a la droga realizan unas determinadas aportaciones de dinero para crear, entre todos, un fondo común con la finalidad de que uno de ellos adquiera tal sustancia para consumirla conjuntamente. Esto es lo que ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3.946 de 18 de diciembre de 1992, en la cual se establece que «existe una bolsa común aportada por el recurrente y sus compañeros de

servicio militar para celebrar conjuntamente el fin de dicho servicio, por lo que Juan Carlos era mero encargado de realizar la compra común de speed, que se trocó por el vendedor en butreniorfina y su tenencia de la droga era ostentada no sólo en propio nombre sino en nombre y al servicio de los demás -en la parte que habían sufragado-, los cuales venían a ser también poseedores de la anfetamina aunque no tuvieran una relación de contacto con la misma, y como todos eran consumidores de la droga, ello se traduce en posesión colectiva para el propio consumo, lo que excluye el factor tendencial de transmitir la droga a terceras personas ajena a dicho grupo». A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 92/2011 de 23 de Septiembre de 2011 indica que «son continuas las llamadas de atención de la jurisprudencia acerca de compatibilizar la exigencia del principio de legalidad con la amplitud descriptiva del artículo 368 del Código penal, siendo ineludible la inclusión en su ámbito de todas las conductas de donación o transporte y otros que se engloban en el concepto “actos de favorecimiento” que expresa literalmente la norma. Tomando como referencia que el bien tutelado es la salud pública -de ahí el carácter de delitos abstractos- debe adicionarse el elemento subjetivo del injusto propio de todo delito de tendencia, como es el propósito y voluntad del autor de promover, facilitar o favorecer por cualquier medio el consumo ilegal de drogas tóxicas. De ahí, que queden comprendidas en dicha infracción penal todas las conductas de favorecimiento, transporte, promoción, donación o compraventa a terceros, y exceptuados únicamente los supuestos de autoconsumo personal del poseedor o incluso consumo compartido entre sujetos adictos, siempre y cuando no medie precio».

2. En segundo lugar, las denominadas «recíprocas invitaciones entre adictos» o «consumo colectivo compartido», que corresponde a aquellas situaciones en las que varios drogodependientes comparten el consumo de sustancias estupefacientes. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1.052 de 6 de abril de 1989 indica que «la jurisprudencia de esta Sala, desde la sentencia de 17 de enero de 1977 hasta la más recientes de 6 de abril, 26 y 27 de junio de 1981, 26 de marzo de 1982, 15 de marzo, 20 y 26 de junio de 1985, ha

entendido que la invitación a otros sujetos para el consumo de drogas, aunque lo fuere gratuitamente, es conducta que sobrepasa el límite permitido por el artículo 344 del Código, y pudiera ensancharse, como hipotética modalidad de autoconsumo, a las recíprocas invitaciones entre adictos de la droga que cada uno porta para atender a su propia necesidad». Sin embargo, la jurisprudencia ha ido cambiando de postura a lo largo del tiempo y en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3.381 de 2 de noviembre de 1992 se establece que «en el caso presente, en el que simplemente hubo un acto aislado de consumo por dos personas, ambas adictas a la cocaína, referido a una cantidad ínfima, lo que comúnmente se llama una raya, y ante lo insignificante de tal conducta, ha de entenderse que nos encontramos ante un caso más de autoconsumo que es impune».

En estos supuestos, normalmente, la entrega o invitación gratuita de droga se realiza a personas adictas o, al menos, personas que sean consumidoras esporádicas de esa sustancia, ya que la Sentencia del Tribunal Supremo 1102/2003 de 3 de julio de 2003 incluye en estos supuestos de atipicidad la entrega o invitación gratuita de la droga para su consumo compartido a una persona que no sea adicta, pero que sea un consumidor esporádico de esa sustancia. En relación a esto, una postura jurisprudencial minoritaria entiende que aquellos casos en los que se entrega una cantidad de droga a una persona concreta ya consumidora, aunque no sea para su consumo compartido, también serían atípicos con el argumento de que esa conducta carece de capacidad para producir peligro alguno de difusión de la droga a terceros⁶³.

Todos los supuestos anteriormente explicados son, como ya he dicho, conductas atípicas. Esta atipicidad, según reiteradas sentencias, deriva de la inexistencia del

⁶³ Por tanto, aunque normalmente la jurisprudencia incluya en estos supuestos, denominados «invitaciones recíprocas», aquellos casos en los que la entrega se realiza a personas que son adictas o consumidores esporádicos y excluya aquellos otros en los que el destinatario de la sustancia no es un consumidor habitual o consumidor esporádico de tal sustancia, una posición minoritaria declara también la atipicidad de esa conducta en estos últimos casos, siempre que se entregue una pequeña cantidad (que sólo alcance para una consumición) y que quede totalmente excluido el peligro de difusión entre varios consumidores. A modo de ejemplo, podemos observar la Sentencia del Tribunal Supremo 4604/1990 de 22 de febrero de 1993, la cual trata de una persona que entrega, en el interior de un vehículo, una pequeña cantidad de droga a dos chicas, una de las cuales no había consumido tal sustancia con anterioridad.

peligro común de difusión de la droga entre terceras personas indiscriminadamente⁶⁴ como ya he explicado al principio de este apartado; así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 4604/1990 de 22 de febrero de 1993 al declarar que «se debe excluir la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de estos delitos quede totalmente excluido (...); es posible afirmar la exclusión de la tipicidad en aquellos casos en los que está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público». En cambio, para otra parte de la jurisprudencia, la atipicidad se fundamenta en la ausencia del tipo subjetivo, afirmando la Sentencia del Tribunal Supremo 4863/1990 de 18 de diciembre de 1992 que «ello se traduce en posesión colectiva para el propio consumo, lo que excluye el factor tendencial de transmitir la droga a terceras personas ajenas a dicho grupo que venía así a funcionar como unión de hecho frente a terceros». Ambas posturas pueden entrelazarse, ya que lógicamente no será necesario analizar ese elemento subjetivo si previamente se descarta el tipo objetivo por ausencia del elemento de peligro común⁶⁵.

Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que falta el elemento del tipo objetivo de peligro común de difusión de la droga entre terceras personas indiscriminadamente y que, por tanto, tales conductas son atípicas, siempre que concurren una serie de requisitos que recoge en su jurisprudencia⁶⁶:

1. Los destinatarios del consumo han de ser adictos o, al menos, consumidores frecuentes, para excluir la finalidad de distribución y ampliación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud a personas hasta ese momento ajenas al mismo.

2. El consumo debe producirse en un lugar cerrado o, en todo caso, oculto a la contemplación por terceros ajenos. En relación con este requisito, es interesante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 1105/2003 de 24 de julio de 2003 en la cual no se aprecia que concurra el requisito de que el consumo se realice en lugar cerrado, pues se trata de una fiesta realizada en una carpa del Ayuntamiento abierta al público, lo que conlleva que nada

⁶⁴ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas”, *cit.*, p. 131.

⁶⁵ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas”, *cit.*, p. 131.

⁶⁶ Véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. *El tráfico de drogas..., cit.*, p. 44.

garantiza que terceros ajenos a quienes proyectaron el consumo pudieran ser finalmente copartícipes en el mismo.

3. La cantidad ha de ser insignificante o, al menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.
4. La comunidad que participe en ese encuentro ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 237/2003 de 17 de febrero de 2003 afirma que el hecho de que el consumo se haya producido en un lugar cerrado (una discoteca que habían alquilado para celebrar una fiesta de cumpleaños), elimina toda trascendencia pública y social de autoconsumo.
5. Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas como sus condiciones personales.
6. Debe tratarse de una previsión de consumo inmediato, previamente planificado de forma concreta o muy próxima en el tiempo al acto de posesión de las sustancias por parte del acusado.
7. No debe existir contraprestación alguna.

Los requisitos de que la acción tenga lugar en un lugar cerrado, que no haya existido contraprestación alguna, que la cantidad de droga sea insignificante y que se trate de un consumo inmediato son requisitos que se exigen de forma unánime por toda la jurisprudencia. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 270/2011 de 20 de abril de 2011 dice así «concurren todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la atipicidad del consumo compartido, el recurrente ha negado que la sustancia incautada fuera destinada al tráfico, manteniendo la misma versión: que nunca ha vendido droga a nadie, que las pastillas pertenecían al declarante y a todos sus amigos, que no estaba vendiendo en el lavabo, lo que unido al escaso número de pastillas ocupadas, sin que la cantidad de sustancia psicotrópica intervenida exceda de la que

pudiera considerarse normal de acopio de un consumidor habitual, que obviamente una pastilla no es tráfico y las incautadas se corresponden con dosis destinadas a consumo propio, debió llevar a la absolución del acusado». En cambio, los otros requisitos establecidos son exigencias que se requieren en algunos determinados supuestos. Así, en la mayoría de las sentencias, se exige que, en relación con la naturaleza de los destinatarios, como ya hemos tratado anteriormente, estos sean personas adictas o al menos habituadas al consumo; mientras que otras sentencias determinan la impunidad de estas situaciones aun cuando el destinatario no sea adicto o persona habituada al consumo. Además de esto, la jurisprudencia ha añadido otro requisito para los casos de entrega o invitación gratuita de droga que es que la acción de compartir sea esporádica e íntima sin trascendencia pública y social, es decir, que ese círculo de personas esté integrado por un reducido número de personas; en contra, no se exige este requisito para las situaciones en las que existe una relación de convivencia entre quien posee o entrega la droga y el destinatario de la misma y, en conclusión, considera como consumo compartido los casos en los que se produce reiteración de la entrega.

3. VENTA DE UNA CANTIDAD INSIGNIFICANTE DE DROGAS

En tercer lugar, otra de las conductas que no están castigadas en el artículo 368 CP es la venta de una pequeña cantidad de droga que no supera la denominada «dosis mínima psicoactiva», entendiéndose por dosis mínima psicoactiva aquella cantidad mínima de una sustancia química que tiene efecto en el organismo⁶⁷. Esta conducta ha sido objeto de numerosas discusiones jurisprudenciales debido a que el delito de tráfico de drogas tipificado en nuestro Código Penal no establece la cantidad a partir de la cual la actuación será subsumible en el tipo, dejando un amplio margen de interpretación a los Tribunales⁶⁸. Así, la jurisprudencia era contradictoria:

Por un lado, una línea de la jurisprudencia toma en consideración el principio de insignificancia, conforme al cual la conducta es atípica cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud. Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 1889/2000 de 11 de diciembre de 2000 al manifestar que «esta Sala Segunda viene también declarando incluso en casos de tráfico que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo por el bien jurídico protegido en el tipo». En la actualidad todavía existen sentencias del Tribunal Supremo en las cuales se menciona el principio de insignificancia al enjuiciar actos de tráfico de pequeñas cantidades de drogas tóxicas, relacionándolo con la ausencia de lesividad para el bien jurídico, es decir, esta posición entiende que al ser el delito de tráfico de drogas un delito de peligro abstracto, debe existir un riesgo de daño para el bien jurídico protegido y como las cantidades insignificantes no producen ese riesgo, «se elimina la antijuricidad material del hecho, transmutando en atípica la conducta enjuiciada (principio de insignificancia)» según indica la Sentencia del Tribunal Supremo 183/2008 de 29 de abril de 2008. Por ello, esta misma sentencia dispone que «debe quedar excluida la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, al resultar la droga intervenida incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud». Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo 380/2009 de 16 de abril de 2009 establece que «la insignificancia ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva y limitarse a los casos en que la desnaturalización

⁶⁷ Véase MAYÁN SANTOS, M.E., *La importancia de la cantidad*, cit., p. 761.

⁶⁸ Véase GONZÁLEZ MARSAL, C., “Dosis mínima psicoactiva: Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica Facultad de Derecho Universidad Católica de Guayaquil*, p. 338.

cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que ésta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. Es decir, cuando por dicha absoluta nimiedad la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo».

Por otro lado, otra línea de la jurisprudencia considera que no puede aplicarse el principio de insignificancia por la gravedad del delito de tráfico de drogas⁶⁹. Actualmente, aparecen sentencias que se oponen a este principio en los delitos de tráfico de drogas, de manera que la idea de que el principio de insignificancia no sea aplicable a todos los delitos, sino únicamente a aquellos no considerados graves, ha vuelto a aparecer en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. De esta manera, la Sentencia del Tribunal Supremo 53/2009 de 26 de enero de 2009 sostiene que «en los delitos graves, como es el caso de los delitos contra la salud pública por tráfico ilegal de sustancias prohibidas susceptibles de causar grave daño a la salud, no es admisible la alegación del denominado principio de insignificancia». Junto a ello, en los últimos años se ha producido un intento de diferenciación entre la psicoactividad y la toxicidad, entendiendo como típico únicamente el tráfico de una cantidad de droga que no sólo tuviera efecto psicoactivo, sino también capacidad de intoxicación⁷⁰. Así, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó en 2009 una sentencia en la que consideraba que el límite de la tipicidad no debía fijarse según la insignificancia, sino en función de la toxicidad, esto es, la cantidad suficiente para que una persona esté drogada.

Ante esta controversia, el Tribunal Supremo consideró necesario relacionar los criterios aplicados para considerar típico el tráfico de una pequeña cantidad de droga, de manera que el 24 de enero de 2003 se celebró un Pleno no jurisdiccional en el que, lejos de asumir un criterio uniforme como había ocurrido en otras ocasiones, se acordó solicitar un dictamen técnico para establecer la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga⁷¹. Así, el Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología emitió un informe que incluía los datos de las dosis de consumo diario, dosis de abuso habitual y dosis mínima psicoactiva; sin embargo, dicho informe no fue

⁶⁹ Véase GONZÁLEZ MARSAL, C., “Dosis mínima psicoactiva...”, *cit.*, , p. 338.

⁷⁰ Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El delito de tráfico de drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 116.

⁷¹ Véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *El tráfico...*, *cit.*, p. 53.

estimado en sala general, sino que fue resumido por el Gabinete técnico del Tribunal Supremo y remitido el «cuadro resumen» a los Magistrados para que fuera utilizado como criterio de referencia a la hora de enjuiciar supuestos de tráfico de pequeñas cantidades de droga⁷². Ese «cuadro resumen» es el siguiente:

SUSTANCIA TÓXICA	HEROINA	COCAINA	HACHÍS	LSD	MDMA	MORFINA
DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA	0,66 mg o 0,00066 gr	50 mg o 0,05 gr	10 mg o 0,01 gr	20 mg o 0,000002 gr	20 mg o 0,02 gr	2 mg o 0,002 gr

Estas cantidades límite del informe del Instituto Nacional de Toxicología no son exactamente las asumidas por el Tribunal Supremo, puesto que ha habido numerosas críticas basadas en que esas cantidades eran demasiado bajas permitiendo la absolución en muchas ocasiones conforme al principio de insignificancia. Por tanto, estas cantidades son simplemente unas referencias susceptibles de ser matizadas en cada caso concreto por el Tribunal Supremo; así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 298/2004 de 12 de marzo de 2004 cuando dispone que «ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios, ni tampoco priva obviamente a las Salas sentenciadoras de su facultad de valorar dichos informes conforme a las reglas de la sana crítica, en un proceso penal que se caracteriza por la vigencia del principio contradictorio».

Además, dichas cantidades se refieren al principio activo de la sustancia (cantidad neta de droga) con exclusión de otros componentes con los que se haya podido mezclar o adulterar la droga. Por tanto, el porcentaje de riqueza de la sustancia también es relevante a la hora de determinar si existe o no delito, puesto que se utiliza

⁷² Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El delito..., cit.*, p. 341.

para averiguar si esa sustancia es capaz de producir riesgos para la salud o no; sin embargo, únicamente deberá ser considerado cuando las cantidades de droga sean escasas.

4. ENTREGAS COMPASIVAS

En cuarto y último lugar, para finalizar este epígrafe, voy a tratar el tema de las entregas compasivas, las cuales constituyen otro de los supuestos atípicos del delito de tráfico de drogas. Estas conductas se refieren a aquellos casos en los que un sujeto realiza una entrega de droga a un familiar o allegado con un móvil peculiar relativo a la evitación de sufrimientos o a la consecución de una paulatina deshabituación respecto al consumo de la droga por parte del destinatario de la droga⁷³, es decir, para evitarle el síndrome de abstinencia.

Todas estas conductas han sido objeto de un especial tratamiento por parte del Tribunal Supremo, el cual ha establecido las notas características comunes a todas ellas, que son: en primer lugar, todas esas conductas se refieren a la entrega gratuita de drogas, es decir, se trata siempre de donaciones, de manera que quedan al margen conductas como la venta o el intercambio de droga; en segundo lugar, la sustancia que se entrega, en la mayoría de los casos, es una droga que causa grave daño a la salud y, más concretamente, se trata normalmente de heroína; en tercer lugar, la droga se suele entregar a personas adictas con las que el sujeto autor de la entrega guarda una relación de parentesco, conyugal o de convivencia sentimental; en cuarto lugar, la entrega se lleva a cabo con la finalidad de evitar al destinatario el sufrimiento derivado de un próximo o actual síndrome de abstinencia de la droga o con la finalidad de procurar la deshabituación progresiva de esa dependencia a través del consumo controlado y decreciente de tales sustancias; y en quinto y último lugar, en la mayoría de estos supuestos el sujeto autor de la entrega no es un consumidor adicto a la droga transmitida.

En relación con estos comportamientos, la jurisprudencia no ha mantenido de forma unánime su atipicidad, sino que se han distinguido dos posiciones contrapuestas en la Sala 2^a del Tribunal Supremo⁷⁴.

⁷³ Véase HERRERO ÁLVAREZ, S., “Entregas de droga de tipicidad penal dudosa: consideraciones sobre la jurisprudencia de última hora del Tribunal Supremo” en *Protesto, revista del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, número 16, marzo 1994.

⁷⁴ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas”, *cit.*, p. 133.

Por una parte, una línea jurisprudencial minoritaria afirma la tipicidad de estas conductas, disponiendo la Sentencia del Tribunal Supremo 3729/1993 de 14 de octubre de 1994 que «la entrega de sustancias psicotrópicas a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal», basando esa decisión en que con la entrega de la droga «no se auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción».

Por otra parte, en contraposición, la postura mayoritaria defiende la atipicidad de la conducta, reforzándose esta línea de la jurisprudencia hasta tal punto que desde el año 1994 la Sala 2^a del Tribunal Supremo acepta la teoría de la impunidad en todos sus pronunciamientos, según manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 573/1996 de 16 de septiembre de 1996 al establecer que «en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos por un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o verbos contenidos en el art. 344 -hoy 368- del Código Penal. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho». Esta tesis apareció por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo 1471/1991 de 29 de mayo de 1993 donde se afirma que «si bien es cierto que entre las conductas comprendidas en el citado artículo 344 está la de facilitar el consumo de la droga por terceros, se hace preciso por razones sociales, humanitarias y la finalidad de la norma distinguir, a efectos de su relevancia penal, los tipos o fines de facilitación, diferenciando los supuestos en los que se pretende promover la expansión del producto de aquellos otros en que la finalidad es reducir el consumo de una persona adicta a efectos de una paulatina deshabituación hasta el posterior ingreso en un centro de desintoxicación, en cuyo caso la acción no debe considerarse plenamente típica».

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que estos supuestos de entregas compasivas serán atípicos y, por tanto, no constituirán delito alguno, cuando reúnan los siguientes requisitos⁷⁵:

1. Que la entrega de las sustancias estupefacientes se haga a una persona concreta que sea un familiar o allegado del sujeto autor de la droga, consumidora previamente, con la finalidad de evitarle los sufrimientos y angustias del síndrome de abstinencia. Inicialmente, las únicas finalidades para las que se admitían estas entregas compasivas eran unas finalidades altruistas y humanitarias para defender al destinatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia o con fines de deshabituación; posteriormente, se añadió la finalidad de evitar los riesgos del consumo clandestino, de manera que esto es lo que ha llevado a la doctrina a denominar tales supuestos «entregas altruistas o compasivas»⁷⁶.
2. Que no se exija contraprestación o remuneración alguna.
3. Que no haya posibilidad de difusión pública de la droga.
4. Que el consumo se produzca en presencia del donante de la droga. Sin embargo, hay algunos autores que consideran que es necesario que el consumo sea inmediato pero, en cambio, el consumo puede producirse en presencia o no de quien entrega la droga⁷⁷.
5. Que se trate de cantidades mínimas (las cantidades varían de unas a otras sentencias, dependiendo de las circunstancias del caso concreto: una o varias dosis de consumo).

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 857/2004 de 28 de junio de 2004 declara que «la conducta del recurrente está excluida de la norma penal ya que no existe riesgo ni propósito de difusión de la droga y que la única finalidad es ayudar a su mujer que es drogodependiente. Se invoca, pues, la existencia de uno de los supuestos que esta Sala ha denominado de entrega altruista y compasiva de sustancias estupefacientes sin

⁷⁵ Véanse MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *El tráfico...*, cit., p. 46; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas”, cit., p. 134.

⁷⁶ Véase GÓMEZ-ALLER, D., *Transmisiones atípicas de drogas. Críticas a la jurisprudencia de la excepcionalidad*. Tirant to Blanch, 2012, p. 65 y ss.

⁷⁷ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas”, cit., p. 134.

contraprestación económica. Ciertamente esta Sala (véase Sentencia 401/2003, de 15 de abril) ha considerado carentes de antijuridicidad y atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o allegados de cantidades mínimas de drogas tóxicas con finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen. Igualmente se exige que no exista riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada. Y en la Sentencia de esta Sala 84/1997, de 22 de enero se declara que el consumo se cierra en la persona del interno al que va destinada la papelina, que sería inmediato, sin que pueda afirmarse, por consiguiente, que exista peligro abstracto para la salud de indeterminados consumidores, no resultando afectada la salud pública, que es el bien especialmente protegido por esta figura delictiva». Por tanto, cuando concurren los requisitos previamente establecidos, el Tribunal Supremo estimará que no se pone en peligro abstracto el bien jurídico protegido (salud pública) y, consecuentemente, no se tratará de una conducta delictiva.

Además, los casos más numerosos de entregas compasivas son aquellos en los que el destinatario de la droga se encuentra en un establecimiento penitenciario. La doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo declara típica la entrega de droga a un familiar cuando se produce en un centro penitenciario⁷⁸ porque, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2011⁷⁹, «al no tratarse de entrega directa ni por tanto consumo inmediato no podía controlarse el peligro de difusión a terceros» o por la posibilidad de negar la finalidad altruista, debido a que en los centros penitenciarios existen los servicios médicos necesarios para tratar el síndrome de abstinencia o asistir a su rehabilitación personal. Por el contrario, una línea minoritaria de la Sala 2^a del Tribunal Supremo afirma la atipicidad de las entregas de droga en centros penitenciarios, aun cuando el consumo no se lleve a cabo en presencia del donante, siempre que por las circunstancias concretas de cada supuesto no exista la posibilidad de difusión entre terceras personas o que esa posibilidad sea muy reducida por ser escasa la cantidad de droga que se entrega en relación con el consumo habitual del drogadicto.

⁷⁸ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas”, *cit.*, p. 136.

⁷⁹ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2011.

Un ejemplo relevante de transmisión de droga a título gratuito de un familiar a una persona presa en un centro penitenciario es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1996⁸⁰ en la cual una joven (hermana del preso) escondió 10 pastillas del psicofármaco Tranxilium y otras 20 de Rohipnol en las asas de una bolsa de deporte; la madre de ambos fue a visitar a su hijo a la prisión pero la hermana no le comentó que el bolso que ésta le había entregado para su hermano llevaba escondidos psicofármacos y al entrar la madre en prisión los guardias del centro penitenciario lo detectaron y la joven hermana fue juzgada por un delito de tráfico de drogas. La Audiencia Provincial absolvio a la acusada pero el Ministerio Fiscal recurrió al Tribunal Supremo alegando que se estaba violando el artículo 368 CP, puesto que este precepto castiga a los que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Ante esto, el Tribunal Supremo declaró que «no se puede hablar de delito cuando un familiar proporciona pequeñas cantidades de drogas con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación o a impedir los riesgos que origina la crisis de abstinencia», teniendo en cuenta además que la hermana actuó con un fin altruista sin contraprestación alguna. Esta sentencia fue sorprendente para la asociación de Madres contra la Droga⁸¹, puesto que normalmente en la práctica es habitual que los familiares acusados de intentar pasar drogas a los presos aleguen miedo insuperable para eludir las condenas judiciales y este suele ser el argumento con el que se absuelve a los condenados, lo cual no ocurre en este caso concreto.

⁸⁰ Véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *El tráfico..., cit.*, p. 47.

⁸¹ Véase MARTINEZ RODRIGUEZ, J.A., *El tráfico..., cit.*, p. 47.

VI. CONCLUSIONES PERSONALES

En conclusión, respecto al tema del bien jurídico protegido por el delito de tráfico de drogas, he visto que no hay una opinión unánime en la jurisprudencia y en la doctrina, sino que existen diferentes posturas. En lo que respecta a la doctrina, la opinión mayoritaria, por un lado, defiende que el bien jurídico protegido en este ilícito es la salud pública entendida como un valor social y comunitario, mientras que la opinión minoritaria, por otro, considera que no solo se pretende proteger la salud pública, sino también otros bienes jurídicos como la libertad del consumidor, la seguridad ciudadana o los intereses fiscales. Además, también hemos visto la evolución que ha sufrido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a este aspecto, entendiendo actualmente la misma que el bien jurídico protegido es la salud pública entendida como la suma de las saludes individuales, es decir, la salud colectiva o la suma del bienestar físico y psíquico de cada uno de los ciudadanos. En mi opinión, considero más acertada la opinión de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que a mi parecer lo relevante del delito de tráfico de drogas es evitar que se produzcan daños en la salud de terceras personas, y es por ello por lo que no están castigadas penalmente determinadas conductas en las que la posesión de droga no se destina a su transmisión a terceros.

A continuación, respecto al tipo objetivo de este delito y, concretamente, a la definición de droga, también he visto que hay diferentes posturas en la doctrina, ya que algunos autores consideran que los conceptos de «drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicoactivas» deben integrarse con los textos e instrumentos internacionales, mientras que otros entienden que se trata de conceptos autónomos que deben ser interpretados por los Jueces y Tribunales en cada caso concreto teniendo en cuenta el concepto médico establecido por la OMS. Ante ambas opiniones, me decanto por la primera debido a que el hecho de que dichos conceptos no estén definidos en el Código Penal supone que estamos ante una laguna normativa, de manera que hay que acudir a las leyes internacionales. Dentro del tipo objetivo, he tratado además la distinción entre las sustancias que causan un grave daño a la salud y las que no causan un daño grave a la salud, es decir, la diferencia entre las drogas duras y las drogas blandas. El artículo 368 CP únicamente se limita a diferenciar las penas establecidas para cada uno de los supuestos, mientras que no se detiene a fijar qué sustancias causan un grave daño a la

salud y cuáles no, de manera que ésta ha sido una tarea llevada a cabo por la jurisprudencia. Por último, dentro del tipo objetivo del delito de tráfico de drogas, he explicado cada una de las conductas que castiga el artículo 368 CP: el cultivo, la elaboración, el tráfico, la promoción, la facilitación, el favorecimiento y la posesión con la finalidad de traficar.

Finalmente, he dedicado mi trabajo a hablar sobre los supuestos de atipicidad relativos a este delito, concretamente el autoconsumo, el consumo compartido, la venta de una pequeña cantidad de droga y las entregas compasivas a familiares o allegados.

En cuanto al autoconsumo, he explicado todos y cada uno de los indicios que tiene en cuenta el Tribunal Supremo a la hora de calificar esa conducta como típica o atípica; estos son, entre otros, la cantidad de droga incautada, su pureza, su variedad y su presentación, la condición o no de consumidor del poseedor de la droga, la posesión de productos utilizados para adulterar la droga o de instrumentos para repartir la droga en dosis, la circunstancia del hallazgo policial de la sustancia (el lugar de la incautación y los motivos explicados por el poseedor de la droga de por qué se encontraba en dicho lugar), la tenencia de grandes cantidades de dinero sin que se justifique su procedencia y siempre que no corresponda a una actividad lícita, existencia en poder del poseedor de anotaciones o contabilidades que indiquen la venta de droga, las grabaciones judicialmente autorizadas de conversaciones telefónicas relativas a la venta de droga, las visitas continuadas y de corta duración al domicilio del poseedor de tales sustancias y el comportamiento adoptado por el poseedor al producirse la incautación de la droga.

En cuanto al consumo compartido, he distinguido los dos supuestos claros que son habituales en la práctica: por un lado, aquellos supuestos en los que una persona se encarga de comprar la droga para su consumo por parte de un grupo de personas y, por otro lado, aquellas situaciones en las cuales se invita gratuitamente a una persona (adicta, consumidor esporádico o ni siquiera consumidor) a consumir una pequeña cantidad de droga. Además, dentro de este apartado he tratado el tema de la donación, puesto que algunos autores consideran que la donación es un supuesto típico castigado por el artículo 368 CP mientras que otros entienden que se trata de una conducta atípica puesto que restringen el concepto de “tráfico” a aquellos supuestos en los que hay una contraprestación a cambio de la droga.

En cuanto a la venta de una pequeña cantidad de droga, tampoco hay una postura unánime en la jurisprudencia, sino que una línea de ésta toma en consideración el principio de insignificancia, conforme al cual una conducta es atípica cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir daño en la salud de quien la consume; por otro lado, otra línea de la jurisprudencia considera que no puede aplicarse el principio de insignificancia al delito de tráfico de drogas debido a la gravedad de tal delito. Ante esta controversia, el Tribunal Supremo entendió que era adecuado fijar unas determinadas cantidades a partir de las cuales la venta de una cantidad de droga se consideraba típica, de manera que el INT emitió un informe estableciendo estas cantidades pero, posteriormente, dicho informe fue simplificado por el Gabinete técnico del Tribunal Supremo.

Por último, en cuanto a las entregas compasivas a familiares o allegados, la jurisprudencia también plantea dudas acerca de si tales comportamientos son o no atípicos. Por tanto, el Tribunal Supremo finalmente considera que estas conductas serán atípicas cuando reúnan una serie de requisitos: que la entrega de la sustancia se haga a una persona concreta que sea un familiar o allegado del sujeto autor de la droga y que sea previamente consumidora, que la entrega se lleve a cabo con la finalidad de evitarle sufrimientos o el síndrome de abstinencia, que no se exija contraprestación o remuneración alguna, que no haya posibilidad de difusión pública de la droga, que el consumo se produzca en presencia del autor de la droga y que se trate de cantidades mínimas.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

ALFONSO SANJUÁN, M., IBÁÑEZ LÓPEZ, P., *Todo sobre las drogas legales e ilegales (incluido alcohol y tabaco)*, Madrid, 1992.

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

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

BELTRÁN BALLESTER, E., *Breve historia Social y jurídica del consumo y tráfico de drogas*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1990.

BELTRÁN BALLESTER, E., “El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española”, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, 1977.

BERISTAIN IPIÑA, A., “Dimensiones histórica, económica y política del tráfico de las drogas en la criminología crítica”, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Colección de Estudios de estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia, 1977.

BERISTAIN IPIÑA, A., *Las drogas y su legislación en España*, ADPCP, 1983.

BOIX REIG, J. y COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal, Parte Especial*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

BURGOS PAVÓN, F., “Un año de jurisprudencia sobre drogas de la Audiencia Provincial de Madrid”, en *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de formación*, o.c.

CARBONELL MATEU, J. C., “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas”, en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986.

CERRO ESTEBAN, J. A. del, “Drogas duras y drogas blandas. Especial consideración de las denominadas drogas de diseño”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1995.

COBO DEL ROSAL, M., “Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”, en *Delitos contra la salud Pública*, Universidad de Valencia, 1977.

CORDOBA RODA, J., “El delito de tráfico de drogas”, en *Estudios penales y criminológicos*, Cursos y Congresos de la Universidad de Compostela, 1981.

CUELLO CALÓN, E., “Comentarios al Código Penal de 1928”.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El marco normativo de las drogas en España*, RGLJ, t.XCV de la segunda época, nº 3, Septiembre, 1987.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal” en *CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial. Política Criminal Comparada, Hoy y Mañana*, Madrid, 1999.

DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Libertas” en *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 1, Madrid, Julio, 2013.

EXPÓSITO LÓPEZ, A., “El delito de tráfico de drogas” en *Revista de Derecho UNED*, nº 10, 2012.

GÓMEZ-ALLER, D., *Transmisiones atípicas de drogas. Críticas a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Tirant to Blanch, 2012.

GONZALEZ MARSAL, C., “Dosis mínima psicoactiva: Jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Revista Jurídica Facultad de Derecho Universidad Católica de Guayaquil*.

HERRERO ÁLVAREZ, S., “Entregas de droga de tipicidad penal dudosa: consideraciones sobre la jurisprudencia de última hora del Tribunal Supremo” en *Protesto, revista del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, número 16, marzo, 1994.

HERRERO ÁLVAREZ, S., “Las drogas de uso recreativo en el derecho penal español” en *Adicciones*, Volumen 15, 2003.

HERRERO ÁLVAREZ, S., “Tratamiento legal de la MDMA y otras drogas psicoestimulantes en el nuevo Código Penal español de 1995”, Editorial Masson, Barcelona, 1997.

JOSHI JUBERT. U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, José María Bosch, Barcelona, 1999.

LANDECHO VELASCO, C. M., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., Derecho penal español. Parte especial, Madrid 1996.

LAURIE, P., Las drogas. Aspectos médicos, psicológicos y sociales, Madrid, 1969.

LORENZO SALGADO, J. M., *Las Drogas en el Ordenamiento Penal Español*, Bosch, Barcelona, 1983.

LORENZO SALGADO, J. M., “Reforma de 1983 y tráfico de drogas”, en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986.

MAQUEDA ABREU, M. L., “Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas”, en *La Ley nº 4624/1998*, Madrid, 1998.

MARTINEZ RODRIGUEZ, J.A. *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, Bosch, Barcelona, 2012.

MAYÁN SANTOS, M.A., “La importancia de la cantidad y composición en los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” en *Noticias Jurídicas*, 2007.

MOLINA PÉREZ, T., “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”, en *Anuario Jurídico y Económico*, nº 44, Enero, 2011.

MUÑOZ CONDE, F., “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en *Reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Edición 18^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NUÑEZ PAZ, M.A., GUILLÉN LÓPEZ, G., “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del artículo 368 del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 22, Julio, 2008.

PACHECO, J. F., “Comentarios al Código Penal”, Madrid, 1850.

PACHECHO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, Edición 5^a, Madrid, 1881.

REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

REY HUIDOBRO, L.F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas”, en *Comentarios a la legislación penal*, tomo XII, editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses*, Editorial Comares, Granada, 1993.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte General*, Edición 7^a, Madrid, 1979.

SEQUEROS SAZARTORNIL, F., “El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial”, en *La Ley*, S.A., Madrid, 2000.

SEQUEROS SAZARTORNIL, F., “Las drogas tóxicas II. Configuración actual de su tratamiento legal y otras consideraciones”, en *Actualidad Penal*, nº 20, 1987.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1997.

SOTO NIETO, F., “Estudio básico del artículo 344 del Código Penal” en *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos contra la Salud Pública*, número 21/1992.