



**Universidad**  
Zaragoza



Real e Ilustre  
Colegio de Abogados de Zaragoza

# TRABAJO FIN DE MÁSTER

**Dictamen elaborado por**

Doina Ionela DOMNARIU

*«Tráfico de drogas- Delito contra la salud  
pública.*

*Responsabilidad jurídico-penal»*

**Directora**

Prof. Dr. Estrella ESCUCHURI AISA

En Zaragoza, a 13 de Diciembre de 2018



## ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO .....	5
II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN .....	7
III. NORMATIVA APLICABLE .....	7
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS .....	8
1. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS .....	8
1.1. Aproximación al tráfico de drogas .....	8
1.1.2 <i>Bien jurídico protegido</i> .....	8
1.1.3 <i>El concepto penal de «droga»</i> .....	10
1.2. Análisis de los elementos del tipo .....	12
1.2.1. <i>Aspectos generales del tipo básico: Artículo 368 CP</i> .....	12
1.2.2 <i>El elemento objetivo del tipo básico</i> .....	13
1.2.3 <i>Conductas constitutivas de delito previsto en el art. 368 CP.</i> .....	14
1.2.4 <i>Corta referencia a la autoría y participación</i> .....	18
1.2.5 <i>El elemento subjetivo del art. 368 CP</i> .....	19
1.2.6 <i>Tipo atenuado Art. 368.II CP</i> .....	20
1.3 Breve referencia al tipo agravado de cantidad de notoria importancia .....	22
1.4 Valoración del supuesto analizado en relación con el art 368CP .....	23
2. PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL. ....	26
ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA RECOGIDA EN EL ART. 570 TER CP .....	26
3. EL DELITO DE RECEPCIÓN .....	29
V. CONCLUSIONES .....	33
VI. BIBLIOGRAFÍA .....	39
VII. JURISPRUDENCIA CITADA .....	40
VIII. WEBGRAFIA: .....	41



## **ABREVIATURAS**

<b>Art./s.</b>	Artículo/s
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>Acuerdo TS</b>	Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DP</b>	Derecho Penal
<b>LO 1/2015</b>	Ley Orgánica 1/2015, 30 de marzo
<b>LO 2/2015</b>	Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder judicial
<b>LECrim</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>Núm.</b>	Número
<b>OM</b>	Orden Ministerial
<b>OMS</b>	Organización Mundial de la Salud
<b>Pág./p.p.</b>	página/s
<b>p. ej.</b>	por ejemplo
<b>TS</b>	Tribunal Supremo.
<b>STS/SSTS</b>	Sentencia/s del Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia



Emitido por Ionela DOMNARIU

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a la consulta formulada por Manuel, su hermano David, Mahamadou y Saturnino, sobre su posible responsabilidad en relación con un delito de tráfico de drogas, con arreglo a los siguientes:

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El 15 de marzo de 2015, consecuencia de la denuncia de un robo, que tuvo lugar en un domicilio de Zaragoza, la Policía Judicial de la Guardia Civil solicita la correspondiente autorización judicial para intervenir el teléfono propiedad de Manuel, con la intención de descubrir al autor, o los autores, del robo.

Existían indicios suficientes para suponer que los móviles robados estaban en posesión de Manuel. Las escuchas, autorizadas por el juez, descubrieron conversaciones entre unas personas, interlocutoras de Manuel, quienes no tenían ninguna relación con el robo, pero sí manifestaban interés por la marihuana.

**SEGUNDO:** Se tomaron medidas de seguimiento, y entradas en los domicilios de los sospechosos y el resultado del trabajo policial sacó a la luz que Manuel, su hermano David, Mahamadou, José y Saturnino eran sospechosos de formar un grupo que traficaba con drogas. Aparte, Manuel era presunto culpable de receptación.

**TERCERO:** Cuando se hizo el registro del domicilio de Manuel, este colaboró en todo momento con los órganos policiales, permitió la entrada en el domicilio y entregó voluntariamente 609,31gramos de marihuana (cannabis-sativa), embolsada en varias bolsitas. Entregó también los dos teléfonos móviles y declaró que entregó por ellos marihuana equivalente a 15€ y, que no tenía conocimiento del robo.

También nombró a la persona que se los ha dado. De las escuchas telefónicas no resultó ninguna referencia al robo, que podría dar lugar a una interpretación contraria.

Manuel compartía piso con su hermano David. Ambos son estudiantes en la Universidad de Zaragoza, y se declaran consumidores ocasionales de marihuana,

especialmente en fines de semana y fiestas. Ninguno de ellos tiene antecedentes penales. También sostienen que la marihuana era para consumo personal de ambos.

**CUARTO:** Mahamadou es procedente de Gambia, padece drogadicción y tuvo una condena anterior de 6 meses, con suspensión, por tráfico de drogas. En su domicilio se decomisaron 629,37 gramos de marihuana, así como una báscula de pesaje. Ha colaborado en todo momento con los agentes de policía y entregó voluntariamente las bolsitas con marihuana y la báscula.

Al verse «pillado» otra vez, entiende que el delito es grave y, que no es, este, el modo de vida que quiere llevar, y se inscribe en el programa de deshabituación de drogas en La Comunidad terapéutica, Proyecto Hombre. Como esto pasó, inmediatamente después del registro de su casa, en 2015, a la hora del recurso, casi dos años después podría estar curado.

**QUINTO:** Con el seguimiento del domicilio de Mahamadou se identificó a Saturnino, cuando salía del mismo, teniendo en su posesión 63,2 gramos de marihuana. En el registro de su domicilio no se encontraron drogas.

**SEXTO:** En base a la documentación entregada al Juzgado, el Ministerio Fiscal solicita la apertura del Juicio Oral ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, por el Procedimiento Abreviado, considerando que Manuel es autor de un delito de receptación, y todos ellos, Manuel, David, Mahamadou y Saturnino son autores (art. 27 y 28CP) de un delito de tráfico de drogas del art. 368 y 369.5 del CP y de un delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter 1 b CP. El MF solicita las siguientes penas.

Para Manuel: Dos años de prisión por el delito de receptación, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, 4 años y medio de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio por el tiempo que dura la condena por tráfico de drogas y un año de prisión con la consiguiente accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Para Mahamadou: Por el delito de tráfico de estupefacientes la pena de 6 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo para



el tiempo de la condena y por pertenencia a grupo criminal, un año de prisión y accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo, durante al tiempo de condena.

Para Saturnino 2 años de prisión y la accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de un año de prisión y accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo para el tiempo de la condena, por pertenencia a grupo criminal.

## **II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN**

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

1.º En primer lugar se va a analizar si las conductas pueden ser integradas en alguna de las figuras delictivas relacionadas con el tráfico de drogas de los arts. 368 a 378 incluidos en el Título XVII Capítulo III, CP que se ocupa de «De los delitos contra la salud pública».

2.º Examen de la figura de grupo criminal (art. 570 ter CP) incluida en el título XXII, Capítulo VI «De las organizaciones y grupos criminales».

3.º Posible responsabilidad por un delito de receptación del art.298.2 CP.

En concreto se estudiará si concurren los elementos típicos de los delitos referidos para poder determinar su eventual responsabilidad penal.

## **III. NORMATIVA APLICABLE**

Para la resolución de las cuestiones planteadas se va a considerar la siguiente normativa, junto con la jurisprudencia y doctrina, de aplicación a las mismas.

- Constitución Española: Arts.: 43.1, 2 y 3 y 51.1.
- Código penal en vigor. Principalmente los arts. 368; 570.ter; 298.
- Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972. 8 de agosto de 1975, Nueva York<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup><http://www.pnsd.mscbs.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i16.pdf> visitada el 4.10.18.

- Ley 17 /1967 de 8 de abril, que adapta la legislación española a la Convención Única de 1961.
- Convención sobre sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971
- La Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988<sup>2</sup>.
- Directiva (UE) 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2017, por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo<sup>3</sup> para incluir las nuevas sustancias psicotrópicas en la definición de droga.

## IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 1. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

#### 1.1. Aproximación al tráfico de drogas.

##### 1.1.1 *Bien jurídico protegido*

En el Código Penal los delitos de tráfico de drogas se encuentran regulados en el Capítulo III (Delitos contra la salud pública) del Título XVII («De los delitos contra la seguridad colectiva») del Libro II del CP.

La doctrina estima, en su mayoría, que el bien jurídico protegido, en estos delitos, es la salud pública, entendida esta, como bien jurídico de carácter colectivo. Según la STS 986/2003, de 2 de julio: «La salud pública, como bien jurídico protegido, debe ser algo más y algo diferente a la mera suma de saludes individuales».

Sólo tesis minoritarias consideran que el bien jurídico que se protege es la autonomía personal o libertad en relación con la salud.

El bien jurídico encuentra reconocimiento en la Constitución, en el art. 43, apartados 1 y 2 CE. En el apartado 1 se declara: «*se reconoce el derecho a la protección*

---

<sup>2</sup><http://www.pnsd.mscbs.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i64.pdf> visitada el 17.10.18.

<sup>3</sup>DM 2004/757 de 25/10/04 sobre normas mínimas sobre delitos y penas aplicables al tráfico de drogas.

*de la salud*», y en el apartado 2 se establece que «*compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*».

La STS de 5 de noviembre de 1990, señala la salud pública, «como uno de los valores esenciales comunitarios, está reconocida con carácter general en nuestra Constitución, en sus artículos 43. 1, 2 y 3 y 51. 1 y en el Código Penal en los artículos que tipifican aquellas conductas que más gravemente la atacan».

Se traduce esto, por un lado, en la importancia que se da a la salud de los ciudadanos, y, por otro lado el derecho y la obligación del estado de regular todo lo referente al tráfico de drogas, como considera, entre otros, Cobo Del Rosal, quien dice que la intervención estatal en el tráfico de la droga es una obligación de un Estado democrático, que debe interferir «no solo por razones de seguridad o económicas, sino para la defensa de la libertad de la persona, pues la libertad termina donde ella misma, conceptualmente promociona o comporta su negación»<sup>4</sup>.

Para que se ponga de manifiesto la «ratio puniendi» del Estado, en el ámbito del delito de tráfico de drogas, debe ser comprobado, por el juez, que la salud pública, como bien colectivo, ha sido lesionado por las actuaciones del, o, de los, sujetos concretos, aunque sea genéricamente. Aunque no es nada fácil, demostrarlo.

La acción que lesiona el bien jurídico es la difusión de la droga, independientemente del menoscabo de la salud de algún consumidor individual. De esta forma la lesión del bien jurídico «salud pública» supone que la conducta debe resultar «idónea desde una perspectiva ex ante para afectar a la vida o a la integridad de las personas», caso contrario, cuando este peligro está excluido, o es insignificante, se deberá excluir, también, la responsabilidad penal<sup>5</sup>. Hay varias sentencias que hacen referencia a lo citado, entre las cuales, la STS n.º 38/2013, de 15 de marzo, indica: «[...] la doctrina de esta Sala, sobre todo, la elaborada tras el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003, ha establecido que el delito contra la salud pública, por tráfico ilegal de

---

<sup>4</sup>Cobo Del Rosal, M. “Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes” en *Delitos contra la salud pública*, Colección de estudios de la Universidad de Valencia pág. 147 y ss.

<sup>5</sup>ROMEO MALANDA, S., «Delitos contra la seguridad colectiva II. Delitos contra la salud pública», en Romeo Casabona; Sola Reche; Boldova Pasamar, *Derecho penal. Parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Comares, Granada, 2016, pág. 594.

drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión”». La salud pública como bien jurídico protegido coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectado por el hecho, de modo que este último bien jurídico, no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero ha de referirse a una valoración de la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública. Y es la norma penal, la que dicta qué conductas, de las que pueden afectar a la salud pública, son constitutivas de delito».

### **1.1.2. El concepto penal de «droga»**

En el ordenamiento jurídico español no existe un concepto penal de «droga». Por esto existen diversas posiciones sobre el alcance penal de este concepto, como objeto material del delito de tráfico.

El objeto material lo constituyen las «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».<sup>6</sup>

El concepto médico tradicional (según OMS) considera droga todas las sustancias cuya introducción en el organismo humano, provoca dependencia física o psíquica y también induce tolerancia, entendida, aquí, como aquello que tiende a aumentar la dosis para conseguir los mismos efectos que al principio. Sin embargo, indica Romeo Malanda que para definir estos conceptos hay que atender a lo dispuesto en la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. Esta norma indica en su artículo primero que el

---

<sup>6</sup>STS 713/2013, de 24 de septiembre

concepto de droga se vincula a las sustancias contempladas en los convenios de Naciones Unidas<sup>7</sup>.

El concepto internacional de droga es el que utiliza unánimemente los Tribunales españoles que consideran como drogas, aquellas sustancias que están incorporadas en las listas anexas a los distintos Convenios internacionales en materia de tráfico de drogas, suscritas por España, incluidas las modificaciones de estas.

Estas modificaciones de las listas anexas de los convenios internacionales, para que tengan efecto en España, necesitan un acto que las incorpore en nuestra legislación, que normalmente son Órdenes Ministeriales.

La Convención Única de 1961 fue incorporada a nuestro Derecho Positivo por la Ley 17/1967, de 8 de abril. El artículo 2.1 de esta ley dispone que se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca.

En el artículo 10 de la Convención de 1988 se definen las sustancias psicotrópicas como cualquier sustancia natural o sintética o, cualquier material natural que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio Único sobre sustancias psicotrópicas, de 1971.

De hecho, los convenios recogen siempre las listas de los anteriores convenios, modificándoles y actualizando les con las nuevas sustancias que, desgraciadamente aparecen en el mercado internacional.

La principal ventaja de la utilización de este concepto internacional de la droga, es que, a nivel mundial, se definen a las mismas sustancias del mismo modo, con la consiguiente homogeneización en la represión de los actos que intervienen en el tráfico de drogas.

La sustancia discutida en este trabajo es la marihuana, una de la forma de consumo de la planta de cannabis-sativa.

---

<sup>7</sup>ROMEO MALANDA, S., «Delitos contra la seguridad colectiva II. Delitos contra la salud pública», en Romeo Casabona; Sola Reche; Boldova Pasamar, *Derecho penal. Parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Comares, Granada, 2016, pág. 616.

Desde la Convención sobre drogas de 1961, el cannabis está en las listas I y IV, reservadas a las drogas más peligrosas, junto a la heroína, entre otras sustancias, y a las que se les reconoce escaso valor médico. La marihuana se introdujo en esos apartados pese a no existir un estudio de la OMS que confirmase ese escaso valor médico, un requisito que establecen los propios tratados.

En los últimos lustros, alrededor de una veintena de países ha legislado sobre el acceso médico al cannabis y sus derivados, ya que han demostrado resultados en una variedad de tratamientos, desde algunas formas de epilepsia hasta terapias paliativas.<sup>8</sup>

Es posible que la legislación cambie en el futuro en el sentido de despenalización del cannabis, pero hasta entonces, pasamos a analizar los elementos del tipo de tráfico de drogas, según la legislación vigente, ya citada más arriba.

## **1.2 Análisis de los elementos del tipo**

### **1.2.1. Aspectos generales del tipo básico: Artículo 368 CP**

El tipo básico del delito de tráfico de drogas se recoge en el art. 368 CP donde se castiga a los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico y también a los que promueven o facilitan el tráfico, por cualquier otro modo.

Después de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, del CP<sup>9</sup> cuando se disminuye la penalidad máxima de nueve, a seis años, para sustancias que causan grave daño a la salud, el artículo 368.1 queda de la siguiente forma:

*«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*

---

<sup>8</sup> Información publicada en el periódico «Público» el día 22 de agosto de 2018.

<sup>9</sup>Art. 368 CP 1995: *Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de **prisión de tres a nueve años** y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se 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.* “

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

### **1.2.2 El elemento objetivo del tipo básico**

El objeto material del delito: sustancia tóxica, estupefaciente y psicotrópico. Hemos explicado en las páginas anteriores que, a falta de concreción penal en el ordenamiento jurídico español, se acude, para la necesaria concreción, a las listas anexas de los convenios internacionales.

También hemos dicho que la marihuana está comprendida en las listas I y IV, ya desde la Convención Única de 1961.

Para determinar la penalidad del delito de tráfico de drogas, tenemos que acudir al formato normativo, después de la reforma del CP, de 2010, que diferencia las drogas que hacen grave daño a la salud de los que no hacen grave daño a la salud, pero sin que se determine legalmente algún criterio, que posibilite catalogar, a las sustancias, en uno u otro grupo. Entendiendo que en ambos casos se hace referencia a la salud personal y que la reacción de la sustancia activa de la droga, repercute diferentemente en cada persona.

La jurisprudencia ha elaborado criterios, en base de su casuística, sobre el potencial lesivo de las sustancias:

- a) Causan grave daño a la salud: cocaína, heroína, metadona, morfina, opio, lsd, anfetaminas, drogas sintéticas, etc.<sup>10</sup>
- b) No causan grave daño a la salud: los derivados canábicos que contienen, como principio activo, el THC (El THC, también conocido como tetrahidrocannabinol, es el agente químico que provoca los efectos psicológicos de la marihuana), cualquiera que sea su presentación. (marihuana, grifa, kiff, aceite de resina).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> STS 366/ 2015, de 16 de junio; STS 360/2004, de 18 de marzo, entre otras.

<sup>11</sup> Acuerdo Sala TS de 13 de diciembre de 2004, STS 409/2013, de 21 de mayo

### 1.2.3. Conductas constitutivas de delito previsto en el art. 368 CP

En relación con las conductas típicas el código incluye las de cultivo, elaboración, tráfico o realizar de cualquier otro modo actos que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o «*las posean con aquellos fines*». Hay mucha jurisprudencia sobre las conductas de cultivo y la elaboración de drogas, pero, por estar fuera de interés en nuestro dictamen, no las voy a comentar. Nos centraremos en las conductas de tráfico y de posesión preordenada al tráfico.

#### a) Tráfico:

En primer lugar, tenemos en cuenta el principio general que, el Derecho penal es una rama autónoma del ordenamiento jurídico español, por lo tanto, el concepto penal «tráfico» no es el mismo que el concepto civilístico, referido a operaciones mercantiles que suponen mercantilidad y lucro.

El concepto «tráfico» es muy amplio, ya que comprende cualquier actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión de droga de una persona a otra y es indiferente si hay contraprestación económica o no<sup>12</sup>. Según la jurisprudencia se considera como tal cualquier acción a través de la cual se introducen en el mercado las sustancias ilegales: sea compra, venta, directa o por intermediarios, transporte, guarda, envío o recibimiento para otros, de drogas. (SSTS 299/2015 de 14 de mayo, 1008/2013 de 8 de enero). Alguna sentencia considera la donación como tráfico, otras, la consideran facilitación al consumo, pero ambas son consideradas conductas típicas.

La fórmula utilizada por el legislador de «cualquier otro modo» de promoción, favorecimiento o facilitación al consumo, abre una enorme amplitud para todo tipo de actuaciones. Esta amplitud ha sido muy criticada por la doctrina, por ser contraria al principio de legalidad y a la seguridad jurídica<sup>13</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia no ha

---

<sup>12</sup>NÚÑEZ PAZ, M. A.; GUILLÉN LÓPEZ, G., «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código penal», *Revista penal*, n.º 22 (2008), pág. 95.

<sup>13</sup>NÚÑEZ PAZ, M. A.; GUILLÉN LÓPEZ G., «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código penal», *Revista penal*, n.º 22 (2008), pág. 97.



sentenciado situaciones que han carecido de efectos dañinos, suficientes para que sirvan de fundamento para una condena<sup>14</sup>.

Interesa hablar, en este punto de la permuta, como otra de las operaciones que se pueden incluir dentro del concepto de tráfico cuando una de las partes entrega droga a cambio de otro producto o prestación. En el ámbito del delito descrito en el art. 368 CP, es claro que se debe considerar al que entrega la droga como traficante y, en consecuencia, autor de un delito contra la salud pública se haya o no consumado la permuta. Además, en tales supuestos el traficante en el momento que acepta esos objetos promueve otros delitos contra la propiedad y, por tanto, se constituye en autor de un delito de receptación. A este aspecto nos vamos a referir más adelante.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria incluyen dentro del concepto tráfico un conjunto de acciones heterogéneas que engloban cualquier suceso aislado de transmisión del producto o el simple propósito de hacerlo; es decir que el tipo se satisface con cualquier acto aislado o no, siempre y cuando contribuya de algún modo a la difusión de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas<sup>15</sup>.

*b) Posesión «con aquellos fines»*

También, en la descripción de las conductas típicas, se alude a la posesión de drogas «con aquellos fines». Esto es, por posesión. En este delito, no se considera sólo la ocupación de la sustancia por el sujeto, sino posesión «con aquellos fines», en referencia a la posesión preordenada al tráfico o a su transmisión a terceros.

---

<sup>14</sup>La jurisprudencia considera que son atípicos: la tenencia o el tráfico de sustancias en cantidades inferiores a la dosis mínima psicoactiva; los supuestos de autoconsumo compartido (siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) que se trate de un grupo identificado y determinado de consumidores; b) todos los miembros del grupo deben ser consumidores, aunque sea de forma esporádica; c) el consumo ha de realizarse en un lugar cerrado sin que haya riesgo de difusión; d) la cantidad de la droga debe ser pequeña y capaz de ser consumida en el mismo acto; e) debe tratarse de un consumo normal e inmediato de todas las sustancias adquiridas; f) no debe mediar ánimo de lucro); entrega de drogas por razones humanitarias normalmente por familiares o personas próximas.

<sup>15</sup>SOTO NIETO, Francisco, «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», pág. 52.

Lo esencial en cualquier forma de tenencia de droga es que ésta se encuentre sometida de alguna forma a la voluntad del agente; es decir, opción y posibilidad de disposición sobre la droga (dominio funcional de la cosa). Son dos los elementos que han de converger para considerar como típica la posesión de droga: el objetivo, que exige la tenencia o posesión de la droga; y el subjetivo o tendencial, que es la preordenación al tráfico o a su transmisión a terceros. Con la declaración «con aquellos fines» el legislador tipifica la posesión de drogas predestinada al tráfico. Esto nos indica que el infractor ha de tener el conocimiento del carácter perjudicial de la sustancia objeto de tráfico y, además, concurrir su intención de expandir el tráfico ilícito de drogas. La expresión «con aquellos fines» ha provocado en la doctrina desacuerdos sobre cuáles son los verdaderos fines a los que atañe el art. 368 CP. Un grupo de comentaristas considera que con la expresión «con aquellos fines» el legislador alude al cultivo, elaboración o tráfico, pues estiman que en caso de referirse a «promover, favorecer o facilitar», hubiera dicho «con estos fines». Otros consideran que esta fórmula está referida sólo a los actos dirigidos a promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito de drogas. Finalmente, la doctrina mayoritaria considera que los fines aludidos por el legislador con esa expresión son todos a los que se refiere el art. 368 CP; esto es, la posesión dirigida al cultivo, elaboración o tráfico, o la encaminada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas<sup>16</sup>.

Para delimitar la finalidad de los actos se recurre a elementos indiciarios para diferenciar la posesión para el tráfico, de la posesión para autoconsumo. Estos elementos son: : precisar la cantidad de droga decomisada; comprobación del carácter de adicto o por lo menos de consumidor; forma en que guardaba de droga; lugar en que se entregaba la sustancia tóxica; capacidad adquisitiva del procesado en relación con el precio de la droga; actitud asumida al momento de la detención; tipos de drogas poseídas; utensilios encontrados al momento de la detención (balanzas de precisión, químicos, etc.); y, la posesión de sumas importantes de efectivo al momento de la detención<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Derecho Penal, Parte Especial», IIª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p.570; COBO DEL ROSAL, MANUEL y otros, «Derecho penal, Parte Especial», 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p.341.

<sup>17</sup>RAMÓN RIBAS, E., «(Art. 368)», en Quintero Olivares (dir.); Morales Prats (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Thomson Reuters/Aranzadi, 10.ª ed., Cizur Menor, 2016, pág. 1466 y s., con referencias jurisprudenciales.

Por ser de gran interés a nuestro caso, voy a desarrollar un poco la importancia de los indicios, arriba citados para determinar fielmente el destino de la droga poseída.

**b.1. *La cantidad intervenida***

Es el primer indicio sobre la existencia, o no, de preordenación al tráfico de la sustancia, o de autoconsumo. La jurisprudencia toma como límites de referencia, en relación con la cantidad encontrada al sujeto, la cantidad que el sujeto puede consumir de tres a cinco días (SSTS 84/2015, de 18 de febrero, 724/2014, de 13 de noviembre). Tampoco es esto de mucha claridad porque, depende de cada sujeto: de su grado de adicción, de asimilación y de resistencia a la droga.

La cantidad de droga puede indicar por sí sola la intención de traficar: cuando es elevada, excluye el autoconsumo. Al contrario, si la cantidad es insignificante y no hay otros indicios de tráfico, se considera autoconsumo, atípico en nuestra legislación (STS 843/2013 de 12 de noviembre).

Cuando no existen otros indicios, la tenencia de droga para autoconsumo para 3 o 5 días, se debería valorar no sancionable penalmente, cuando no se superan los valores mínimos. Esas cantidades son: heroína 3grs, cocaína 7,5gr, 100gr. marihuana, 25gr hachís, etc.

Aquí se debe precisar que las cantidades se refieren a la sustancia psicoactiva contenida, no a la total cantidad poseída, es decir, a la pureza de la sustancia. Excepción se hace en el caso del cánnabis y sus derivados, hachís, marihuana, donde se tiene en cuenta la totalidad de la cantidad decomisada (STS 741/2013, de 17 de octubre).

**b.2. *La pureza de la droga ligada al principio de lesividad.***

Es el tenido en cuenta a la hora de medir la punibilidad, en función de la afectación material del bien jurídico penal. Y es el que permite dejar fuera del ámbito punible, a conductas insignificantes y a cantidades por debajo de los mínimos establecidos.

El legislador no especifica desde qué cantidad se considera preordenación al tráfico, pero la jurisprudencia tiene en cuenta las cantidades mínimas referidas en los Acuerdos de la Sala 3ª del TS (los Acuerdos TS de 20 de enero de 2003, y de 3 de febrero de 2005),

valorando únicamente, la dosis mínima psicoactiva, que debe concurrir para que exista el delito. El Acuerdo del TC 323/2007 ha dictado racionales y conformes al principio de legalidad penal, los contenidos de estos Acuerdos.

El Instituto Nacional de Toxicología indicó la dosis mínima psicoactiva que afecta el sistema nervioso central, para varios tipos de droga: 0,66mgrs heroína, 50mgrs cocaína, 10mgrs hachís, etc.

#### **1.2.4 Corta referencia a la autoría y participación**

El delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, como ya se ha dicho en este trabajo, de mera actividad, de consideración de consumación anticipada y la jurisprudencia mayoritaria castiga como tentativa, sólo en las situaciones cuando no se ha tenido posesión física de la droga.

Por ser tan amplio el dominio de aplicación de este artículo, la jurisprudencia considera autores a los que participan en el tráfico de drogas, siendo de difícil separación la autoría de la participación. Si «facilitar» es una conducta de autoría, todo cómplice de tráfico de drogas «facilita» –como autor- el tráfico de drogas<sup>18</sup>. Debido a ser tan abierto el campo de interpretación, la más mínima intervención ya define la autoría y excluye otras formas de intervención.

Se trata en definitiva de entender el tráfico de drogas como un delito unitario, en el cual participan varios sujetos en diferentes momentos y con diferente intervención. No cabe apreciar un delito continuado de tráfico, sino una suma de delitos con tantos sujetos cuantos intervienen y cuyos comportamientos serán analizados individualmente, con el fin de establecer la figura típica donde se cuadra cada actuación (STS 487/2010 de 9 de junio). La unicidad se manifiesta también en lo que concierne a la condena de los que trafican con varias sustancias: será un sólo delito que se castiga, el de tráfico, no serán dos delitos (STS 927/2010, de 4 de noviembre).

---

<sup>18</sup>STS núm. 623/2014 de 30 de septiembre.

### **1.2.5 El elemento subjetivo del art. 368 CP**

El tipo subjetivo del delito de tráfico requiere junto al dolo, en la conducta típica de posesión, un elemento subjetivo especial, consistente en la destinación de las drogas poseídas, a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal.

El dolo se conforma por los contenidos de la voluntad que rige la acción; es decir, por el conocimiento del autor sobre los elementos objetivos del tipo, las circunstancias, su deseo de realizar la conducta y provocar el resultado. En el caso concreto del tráfico de drogas, para su realización se requiere de la plena intención del agente para la ejecución del delito, por lo cual, no sería factible su aparición culposa. El dolo, en el delito de tráfico de drogas, comprende tanto el conocimiento del carácter nocivo para la salud de la sustancia de que se trate (es suficiente una valoración paralela en la esfera de lo profano), como la voluntad particular de incurrir en cualquiera de las múltiples formas de conducta que el tipo del art. 368 CP señala. En otras palabras, el animus de cultivar, elaborar, traficar o promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas. Si la intención es favorecer el consumo propio, el dolo no existe.

El error sobre el carácter dañino de la droga en cuestión puede apreciarse como una falta sobre un elemento integrante de la infracción penal, lo cual determinaría la exclusión de la conducta de la esfera de lo punible, aunque en la práctica no se hace uso de tal posibilidad.<sup>19</sup> Asimismo, puede ocurrir que el sujeto desconozca que la sustancia que, por ejemplo, entrega a un tercero es una de las prohibidas en el art. 368 CP, o que piense que se trata de un paquete de café. El error sobre el carácter prohibido. Esta posibilidad podría haber tenido alguna aplicación hace 20 años, pero hoy en día, el acceso a la información es tan amplio y diverso (periódicos, televisión, radio) que es casi imposible que una persona normal no sepa que la droga es dañina y su tráfico es ilegal.

La acreditación del elemento subjetivo en las conductas típicas del art. 368 CP, no es una tarea sencilla, porque el sujeto debe realizar la acción con el fin de que se logre ese resultado exterior que está más allá del tipo objetivo, aunque no se lleve a cabo, consistente en cultivar, elaborar o traficar con drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o, de otro modo, promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal. En

---

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, «Derecho Penal. Parte Especial», 12ª ed., cit., p. 634.

ocasiones, resulta complicado diferenciar, por las cantidades de droga localizada, entre una tenencia de tóxicos para el propio consumo y la posesión que está orientada al tráfico, salvo, claro está que el sujeto reconozca su intención de traficar. Resulta aún más difícil descubrir el móvil anímico en aquellos casos en donde el consumidor es a un tiempo pequeño traficante, o «camello», que realiza dicho comportamiento para conseguir la dosis estupefaciente que necesita.<sup>20</sup> Con el fin de evitar tal confusión, las cantidades no muy elevadas de droga se interpretan como tenencia para consumo propio.

### 1.2.6 Tipo atenuado Art. 368 segundo párrafo

En el segundo párrafo del art 368 CP se recoge un tipo atenuado:

*«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».*

La disminución de la pena vino como resultado de la intervención, tanto de la jurisprudencia, como de la doctrina creada, por considerarse falta de proporcionalidad en el castigo de este delito, ya que el CP anterior, era próximo al castigo por homicidio. Cabe destacar también, la introducción de la posibilidad de diferenciar entre sustancias que hacen grave daño a la salud de las otras que es la otra novedad de la reforma de 2010 del CP.

El párrafo 2º añadido al art. 368 CP, permite al juzgador imponer la pena inferior en grado, atendiendo a las circunstancias personales del inculpado y la escasa participación en el hecho. Pedreira González considera esta modificación una mejora porque, la anterior reforma no tenía previsto la posibilidad de operar una reducción de la pena para los casos en los que «la gravedad de la conducta se presentaba notoriamente como de menor entidad»<sup>21</sup>. En la misma línea, opina Frieyro Elicégui que la incorporación

---

<sup>20</sup> CARMONA SALGADO, Concepción, y otros, «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» cit., p. 158.

<sup>21</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. «Tráfico de drogas», en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, J. (dir) y González Cussac, J. L.(dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 420.

de esta «atenuación con carácter potestativo para el órgano judicial, es una opción político –criminal que obedece a conseguir una mayor proporcionalidad de las penas, por la existencia de penas desorbitadas en los casos de pequeños traficantes»<sup>22</sup>.

Esta modificación, introducida por la LO 5/2010 estaba ya recogida en el Acurdo TS de octubre de 2005 donde se especificaba que la reducción de la pena es facultativa, pero debe ser motivada tanto cuando de aprueba, como cuando se deniega. La STS 716/2011 de 7 de julio decide que la aplicación de la reducción de la pena es «inexcusable» cuando concurren los requisitos que son dos:

- a. *La escasa entidad del hecho y*
- b. *Las circunstancias personales*

Una parte de la doctrina considera que el legislador hubiera podido concretar más el tema, estableciendo unos criterios para fijar como se debe entender, por ejemplo, la «escasa entidad del hecho» o «las circunstancias personales del culpable», sugiriendo algún criterio objetivo relativo a la cantidad a partir de la cual, se puede considerar que el hecho tiene escasa entidad<sup>23</sup>.

Una primera cuestión que se planteó era la de si aplicación de este precepto exigía que concurriesen ambas circunstancias (escasa entidad del hecho y las circunstancias referidas al culpable) o bastaba con una sola de ellas. En principio los tribunales entienden que basta con que concurra una sola de ellas. En resoluciones recientes el TS ha facilitado algunos criterios sobre el ámbito de aplicación de este tipo atenuado:

*La escasa entidad* objetiva se vincula a supuestos considerados como el «último escalón del tráfico», casos de venta aislada de alguna o algunas papelinhas, y en general cualquier circunstancia que permita entender que no hay una afectación significativa a la salud pública;<sup>24</sup>

*Las circunstancias personales* del culpable se refieren a situaciones o datos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, madurez, entorno familiar, actividades laborales, comportamiento posterior al hecho delictivo.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup>FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El Delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 19.

<sup>23</sup>FREYRO ELICÉGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit. pág. 19.

<sup>24</sup> STS 81/2015, de 10 de febrero

<sup>25</sup> STS 84/2015, de 18 de febrero

Igualmente hay que tener en cuenta que queda excluida la aplicación de este tipo atenuado cuando concurre alguna de los tipos agravados de los arts. 369 bis y 370 CP. No se mencionan, en cambio, los supuestos agravados a los que se refiere el art. 369 CP.

En caso de aplicación de la atenuación prevista en el tipo básico, las penas resultantes serían de prisión de un año y seis meses, hasta los dos años, diez meses y veintinueve días en caso de drogas que causen grave daño a la salud. Y en el supuesto de sustancias que no hacen grave daño a la salud, las penalidades serían de prisión de seis meses hasta once meses y veintinueve días. Además, en los ambos casos se impondrá la multa proporcional por una cantidad que oscilará entre la mitad y el propio valor de la droga, objeto del delito. (Cf. Art 377.1 infra CP). En caso de impago de la multa se podrá imponer una pena de prisión sustitutiva de hasta un año. (Cf. Art. 53.2°CP)

### **1.3 Breve referencia al tipo agravado de cantidad de notoria importancia**

En los artículos 369, 369 bis y 370 se recogen una serie de tipos agravados. Nos centraremos en el artículo 369 que prevé la imposición de las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo 368 y multa de tanto al cuádruplo cuando concurren determinadas circunstancias. Concretamente nos vamos a referir a la parte que se refiere a los casos en los que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas fuese de notoria importancia.

Para interpretar esta circunstancia hay que tener en cuenta el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha de 19 de octubre de 2001, que concreta la aplicación de esta agravación a partir de las quinientas dosis de la sustancia de que se trate calculadas sobre la cantidad correspondiente al consumo diario estimado de un adicto, tomando como referencia un informe del Instituto Nacional de Toxicología donde, en lo que respecta a la marihuana (Hierba, Grifa, Costo, María) la cantidad de notoria importancia, se concreta en 10 kg. Hay que tener en cuenta que, si bien normalmente se atiende a la pureza de la droga, en el caso del hachís o la marihuana se atiende al peso bruto de la sustancia cualquiera que sea su grado de concentración.



#### **1.4 Valoración del supuesto analizado en relación con el art 368 CP**

Resumiendo lo analizado hasta aquí y, para la aplicación al caso, decimos que las actuaciones incriminadas en la norma penal son las que se reflejan exclusivamente en el tráfico ilegal de drogas tóxicas, que concretamente consta en la transmisión de la droga a un tercero y, esta, se ejecuta en contra de la ley.

No se puede negar el conocimiento, por parte de los sujetos, de que el objeto material que poseen son drogas y, que saben que su actuación es contraria a las normas en vigor. Pero sí podemos aludir que no es imposible que los dos hermanos no conocieran el alcance de la gravedad de sus actos. Recordamos que son estudiantes, pero no en Derecho. Y consideramos que, lo que ellos declararon que, lo que pensaban era que fumarse «un puro, no será para tanto» es estrictamente la verdad.

La droga intervenida en este caso es cannabis-sativa, marihuana. La cantidad «peligrosa» incautada a Manuel es de 609 gr. Teniendo en cuenta que vive con su hermano, que los dos consumen habitualmente los fines de semana y en fiestas, que varias sentencias (ya citadas) han considerado la provisión entre 100 y 150 gr. como autoconsumo para 3 a 5 días. De la doctrina y de la jurisprudencia citada ha resultado que la cantidad, por sí sola no es suficiente para determinar, sin inequívoco, que los 600 gr de droga, estaba preordenada a la venta. La droga decomisada podía estar destinada al consumo propio y no al tráfico. No hay ningún otro indicio para sumar a la cantidad y considerar, sin temor a equivocarse, que la intención era el tráfico. Por lo tanto es de aplicación de libro del principio «in dubio, pro reo». Sumando a esto el hecho de haber colaborado con los órganos de control, en todo momento y que no tienen antecedentes penales se podría considerar la droga, destinada al autoconsumo, el cual no entra bajo el dominio del artículo 368 CP. Esto es un argumento en contra de la interpretación del MF.

En lo que respecta a Mahamadou, es una persona con grave dependencia probada. Colaboró con las autoridades, entregó toda la cantidad de marihuana que tenía, también la pesa. Sobre la presencia de la pesa, ponemos de manifiesto que en la sentencia del TS 353/2007 de 7 de mayo, destaca que, en casos de tenencia mínima de droga, ocupándose

además un «molinillo y una balanza», podrían ser utilizadas para operaciones normales de autoconsumo. Aunque la cantidad poseída de Mahamadou no se puede considerar mínima, tampoco cabe considerar la balanza encontrada como indicio añadido a la cantidad, que excluya el autoconsumo. Por ser drogodependiente, primero se procurará más cantidad que un no consumidor y que, también puede utilizar la balanza para su propio uso.

Otro argumento para la no aplicación del 368 CP, es su inclusión y seguimiento del programa de desintoxicación. A la fecha de juicio, casi dos después, como ya se ha dicho en los antecedentes de hecho su curación podría estar casi terminada.

La penalización tiene como propósito no sólo el castigo, sino la reintegración en la sociedad de los delincuentes. El MF propone una prisión de 6 años. Esto supone un coste humano y material muy superior al internamiento en un centro de desintoxicación hasta su completa curación. Por no hablar de mayores posibilidades, de reintegración en la sociedad, de Mahamadou.

Saturnino tenía 63gr de marihuana, las cuales entran a ser consideradas de consumo propio, ocasional para 3 o 5 días no castigado por la vía penal.

A todos ellos se les puede considerar autoconsumo, que, recordamos, no tiene relevancia penal, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se les puede imponer, en aplicación del artículo 25.1 LOPSC (Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana), porque el consumo no autorizado es sancionable administrativamente.

La jurisprudencia ha establecido que la prueba indiciaria, que implica al sujeto tiene que ser suficientemente hábil para conseguir desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Entre otras, la sentencia 329/2010 exige para la correcta aplicación de la prueba indiciaria, que existan unos hechos completamente acreditados: «Así lo exige expresamente el art 386.1 de la nueva LEC, heredero de los ya derogados arts. 1249 y 1253 CC, que regula las que llama “presunciones judiciales”, que son el equivalente en el proceso civil de lo que en penal conocemos como prueba de indicios. Que también

existe una relación demostrada entre los hechos básicos y el hecho supuesto que necesita la prueba».

En los delitos contra la salud pública, por su naturaleza, existe una seria dificultad para la obtención de pruebas directas por lo que la jurisprudencia admite la enervación del derecho a la presunción de inocencia, por prueba indirecta o deriva, especialmente en las situaciones de posesión de droga y la inadmisión de la intención de destinarla al tráfico. Deben de concurrir una serie de requisitos: repetición, pluralidad de hechos –base, interrelación de dichos indicios. En relación con el elemento subjetivo sólo puede entenderse acreditado el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención de distribuir del acusado partiendo de hechos objetivos. La STS 120/2008<sup>26</sup> dice que: «Ciertamente los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, sólo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados».

El TS reconoce que si un indicio es susceptible de varias interpretaciones tendrá que jugar el principio in dubio pro reo. Por ello, como explica la STS de 27 de abril de 1998, el Tribunal «tiene la obligación de no declarar probado un hecho del que dependa un juicio de culpabilidad si no ha superado las dudas que inicialmente tuviese sobre él. Ahora bien, el juicio de inferencia del Tribunal debe regirse por el principio in dubio pro reo, pero no por el de presunción de inocencia, pues “la finalidad de tráfico de la sustancia o sustancias ocupadas implica una cuestión subjetiva, pero no referida al tema de la presunción de inocencia que se satisface con la prueba de la aprehensión en poder del acusado”, y ello porque la presunción de inocencia “no extiende su ámbito de influencia más allá de los elementos objetivos del delito»<sup>27</sup>.

De manera subsidiaria se plantea la posible aplicación del tipo atenuado recogido en el art. 368 segundo párrafo CP.

Ni siquiera el hecho de que Mahamadou hubiese sido condenado previamente por un delito de tráfico de drogas impide la apreciación del tipo atenuado. Según indica la

---

<sup>26</sup>STS núm. 120/2008, de 27 de febrero.

<sup>27</sup>ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., «Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, consultada el 24/10/18, disponible en la página: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-04](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-04).

STS n.º 84/2015, de 18 de febrero: «La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo».

## **2. PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL.**

### **ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA RECOGIDA EN EL ART. 570 TER CP**

En la reforma de 2010, el legislador introdujo un capítulo nuevo relativo a las organizaciones y grupos criminales dentro de los delitos contra el orden público en el título XXII del libro II del CP.

Según lo dispuesto en el art. 570 ter.:

*«1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:*

*a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.*

*b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.*

*c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves.*

*A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos [...]».*

En relación con este supuesto se ha planteado la posible responsabilidad por constituir un grupo criminal<sup>28</sup>. Según el legislador la inclusión de esta figura tenía como objeto hacer frente a la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo era la comisión de delitos menores. Sin embargo, la doctrina se ha mostrado muy crítica con la configuración de estos tipos por su amplitud y por la dificultad de distinguirlos de las reglas generales que se aplican a los supuestos de codelincuencia<sup>29</sup>. La jurisprudencia reciente ha dado algunos criterios para poder delimitar estas figuras. Así se resume en la STS 15/2018: «Asimismo en recientes sentencias 513/2014, de 24 de junio y 371/2014, de 7 de mayo, la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal. El art. 570 bis define a la organización criminal como: «La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos» (LO 1/2015).

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos» (LO 1/2015). Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse, aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.

Por lo tanto, el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer, concertadamente, delitos. Esto supone la estabilidad y el reparto de tareas -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal.

---

<sup>28</sup>Dentro de los delitos contra la salud pública también se recoge un tipo agravado de tráfico de drogas en el art. 369 bis cuando los responsables pertenecen a una organización delictiva. Este tipo agravado, sólo se refiere a las organizaciones criminales, pero no a los grupos. Por esta razón queda fuera de nuestro estudio.

<sup>29</sup>Véase ESCUCHURI AISA, E., «Delitos contra el orden público II. Organizaciones y grupos criminales», en Romeo Casabona; Sola Reche; Boldova Pasamar, *Derecho penal. Parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Comares, Granada, 2016, pág. 818.

Sin embargo, con esta definición todavía no se aclara qué distingue al grupo criminal de los meros supuestos de codelincuencia. A la luz de las manifestaciones del TS se entiende que si se trata de una unión de dos personas es indiferente que el concierto se dirija a cometer un solo delito o varios ya que se trata siempre de un supuesto de codelincuencia; en cambio, en el caso de que haya por lo menos tres personas la finalidad de cometer un solo delito definiría la codelincuencia y la de cometer más de uno de forma reiterada sería constitutivo del delito del 570 ter<sup>30</sup>.

La regulación de estas figuras se suma a la previsión contenida en el artículo 515, que tipifica el delito de asociación ilícita y a los numerosos subtipos cualificados que agravan la respuesta penal en virtud de la participación del culpable en una agrupación criminal. Este recurso a la “triple vía” escogido por el legislador para abordar el fenómeno de la delincuencia organizada genera numerosos conflictos normativos de difícil solución. Especial dificultad revestirá la determinación de la naturaleza jurídica del concurso que se plantea entre la pertenencia a la organización y los concretos hechos delictivos que en su seno se desarrollen.<sup>31</sup>

Analizando nuestros clientes y sus actos resulta que no se cumplen ninguno de los requisitos de la definición legal del grupo criminal: estabilidad y reparto de tareas y, ni hablar de acción concertada para delinquir, ni jerarquía.

La instrucción de este caso duró casi 2 años, basada principalmente en las escuchas telefónicas y el seguimiento de los implicados. Han resultado ser unas conversaciones entre unos estudiantes que no ejecutaban órdenes de nadie para hacer nada en concreto. Hablaban de procurar hachís, no de venderlo. No había reparto de tareas, ni reparto de beneficios, ni locales específicos de encuentros. Ahora bien, todos sabían que no compran bombones y también que el tráfico de drogas está fuera de la ley.

---

<sup>30</sup>MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV (2014), pág. 535.

<sup>31</sup> [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=415807](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415807) consultado el 10/12

### 3. EL DELITO DE RECEPCIÓN

El delito de recepción castiga a quien se aprovecha de los efectos de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, siempre que no haya participado en el delito previo. Según el art. 298 CP:

*«1. El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años [...]».*

Esta figura delictiva comparte capítulo con el delito de "blanqueo de capitales" del que es muy cercano, consistente éste en "limpiar" o "blanquear" un "dinero negro", así llamado por proceder de un delito, introduciéndolo en el mercado a través de operaciones lícitas

Se sostiene que se protegen diversos bienes jurídicos:

- a) El patrimonio individual de la persona de la que proceden los bienes que se receptan, en cuanto, se perpetúa el delito dificultando su esclarecimiento, el descubrimiento de los autores y la recuperación de los bienes.
- b) El orden socioeconómico, en cuanto esta conducta, supone un modo de comercio ilícito, que se realiza al margen de los circuitos oficiales, suponiendo una competencia ilegal, que perjudica a los comerciantes legalmente establecidos que operan en la economía, pagando sus impuestos y cumpliendo las restantes cargas sociales y obligaciones legítimamente impuestas por las autoridades competentes<sup>32</sup>.

Es un delito de referencia en cuanto necesita la existencia de otro delito, anterior. Y es, teóricamente, de naturaleza pluriofensiva: por un lado, mantiene el ataque inicial al bien jurídico, y por otro, es un ataque contra la Administración de la Justicia por dificultar la persecución y castigo de los culpables.

---

<sup>32</sup>STS 429/2016, de 19 de mayo de Sala de lo Penal

El objeto material lo constituyen los bienes provenientes de delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico (robo, hurto, apoderamiento de vehículos de motor, apropiación indebida, estafa etc.).

Las conductas típicas son:

- a) ayudar a los responsables de un delito previo contra el patrimonio o el orden socioeconómico a aprovecharse de sus efectos;
- b) recibir, adquirir u ocultar tales efectos, siempre que se haga con la finalidad de auxilio a la persona responsable del delito previo.

La doctrina del Tribunal Supremo ha establecido los elementos esenciales que deben concurrir en esas conductas, para entrar dentro del tipo penal del delito de receptación:

- Perpetración anterior de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico.
- Ausencia de participación en él del acusado, ya sea como autor o cómplice. El receptor no puede haber participado en el delito precedente, pues en caso contrario sería cómplice o coautor y no podría ser castigado, además, como encubridor o auxiliador posterior<sup>33</sup>.
- Que el autor posea un conocimiento cierto de la comisión del delito antecedente. «Conocimiento que no implica el de todos los detalles o pormenores del delito antecedente, ni el «nomen iuris» que se le atribuye, pero no basta tampoco la simple sospecha de su procedencia ilícita sino la seguridad de la misma que, como hecho psicológico es difícil que pueda ser acreditada por prueba directa, debiendo inferirse a través de una serie de indicios, como son la irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición, la clandestinidad de la misma, la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos, la personalidad del adquirente acusado o de los vendedores o transmitentes de los bienes o la mediación de un precio vil o ínfimo,

---

<sup>33</sup>STS núm.139/2009, de 24 de febrero.



desproporcionado con el valor real de los objetos adquiridos, entre otros elementos indiciarios»<sup>34</sup>.

- Ánimo de lucro o enriquecimiento propio. Es suficiente cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio. Es decir, el tipo no exige la percepción de un beneficio concreto sino únicamente el ánimo de obtención de alguna ventaja propia, inmediata o futura.<sup>35</sup>

El delito de receptación es necesariamente doloso. Por una parte, es exigible que el receptor conozca que los bienes proceden de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, por otra parte, se requiere además del dolo, de ánimo de lucro.

Se admite la comisión dolosa en sus dos formas: con dolo directo cuando el sujeto activo conoce con seguridad la procedencia ilícita de los efectos; con dolo eventual, cuando el receptor realiza sus actos a pesar de entender con un alto grado de probabilidad que los efectos tienen su origen en un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico.<sup>36</sup>

Los artículos siguientes 298.2 a 300, definen situaciones que agravan la pena. Que a este trabajo no interesa. Pero sí es muy relevante para nuestro supuesto, el 289.3 CP que dicta que:

*«En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de 12 a 24 meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».*

En relación con la prueba de la receptación, que es casi siempre difícil de probar que alguien posee cosas robadas. Así que, en ausencia de prueba directa, confesión del sospechoso o declaración de un tercero, que así lo atestigüe, «se haya debido acudir a la prueba indiciaria o por presunciones, a fin de acreditar la clave del delito: que el receptor conocía la ilícita procedencia de los bienes que adquiere o que recibe, para lucrarse con ellos.

Y a tal efecto, dicha prueba indirecta, convertida en esencial, ha empleado indicios como la irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición, la

---

<sup>34</sup>STS núm. 8/2000, de 21 de enero.

<sup>35</sup>STS núm. 886/2009, de 11 de septiembre.

<sup>36</sup>STS núm. 429/2016, de 19 de mayo.

clandestinidad de la misma, la ausencia de una explicación alternativa razonable para justificar la tenencia de los bienes sustraídos, la personalidad del adquirente acusado o de los vendedores o transmitentes de los bienes o la mediación de un "precio vil" con respecto al valor real de los objetos adquiridos, entre otros elementos indiciarios.»<sup>37</sup>

En el supuesto que nos ocupa se suscita la posibilidad de castigar a Manuel como responsable de un delito de receptación. Ello vendría fundamentado en que ha recibido dos teléfonos móviles sustraídos de una vivienda y, a cambio entregó marihuana por valor de 15 €.

«a) *Un elemento cognoscitivo normativo, consistente en obrar con conocimiento de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico.* No se ha podido probar, en ningún momento, que Manuel conocía que los móviles eran fruto de un robo. En las conversaciones interceptadas no se hizo en ningún momento referencia al robo.

b) *Un elemento comisivo, formulado en manera alternativa y que se predica de quien ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos de ese delito o de quien reciba, adquiera u oculte tales efectos, que implica a su vez un elemento subjetivo del injusto: actuar con ánimo de lucro.* A lo largo de más de un año que duró el seguimiento de Manuel, no resultó, ningún beneficio relacionado con los teléfonos, ni de las escuchas resultó discusión alguna sobre los mismo. Se deduce que ha sido un acto, puntual, sin repetición y sin resultar el ánimo de lucro. Además, entregó los móviles en el momento del registro, sin intentar esconderlos o negar que de quien provenían.

«*La irregularidad de la compra, o el precio vil, es decir, la compra del objeto por precio desproporcionadamente inferior al de mercado; la falta de verosimilitud de la versión facilitada para justificar la posesión de los efectos; la clandestinidad de la adquisición, o la personalidad del adquirente acusado y de los vendedores o transmitentes de los bienes, entre otros elementos indiciarios.* No basta tampoco “*la simple sospecha de su procedencia ilícita, sino la seguridad o alta probabilidad de la misma que como hecho psicológico ha de inferirse por hechos externos.*»<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup>STS núm. 1128/2001, de 8 de junio.

<sup>38</sup>El mismo análisis resulta de la STS 429/2016, de 19 de mayo.

Cómo la misma sentencia citada dice, «no basta con una simple sospecha» para determinar con seguridad, que el actor, Manuel en este caso podría haber sabido de la proveniencia de los móviles. No cabe, por lo tanto, una condena en aplicación del art.298CP

Así como, en relación con la droga Manuel ha sido muy colaborador con la Policía, en todo momento, permitiendo la entrada en su casa, voluntariamente y entregando toda la droga existente allí, sobre los móviles recibidos, fue categórico en declarar que no tenía ni idea de haber sido robados y que tampoco quería venderlos. Como ya hemos señalado, el dolo en esta figura se concreta en que el sujeto tiene que conocer el origen delictivo de los efectos y en este caso Manuel desconocía que los teléfonos procedían de un delito de robo previo.

En las escuchas telefónicas no se ha hecho referencia alguna sobre estos móviles. Los hechos considerados probados y el análisis de estos, llevado a cabo hasta aquí conducen a las siguientes

## V. CONCLUSIONES

**PRIMERO:** Los hechos de los que se acusa a los destinatarios de este dictamen, no son constitutivos del delito del art 368 por las razones que, a continuación, se presentan. Con carácter subsidiario, y sin que se haya demostrado responsabilidad alguna, debería ser de aplicación la atenuación contenida en el párrafo II del art 368 CP.

El MF solicita una condena en base a la prueba indiciaria, omitiendo el acervo jurisprudencial existente, resultante del art.24 CE, que garantiza que la actividad probatoria que desvirtúe la presunción de inocencia tiene que cumplir los requisitos, recogidos (entre otras muchas citadas ya), por la STS 288/2011, de 14 de abril que son: Los indicios deben ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estar absolutamente acreditados, que de ellos se pueda extraer con facilidad, conforme a las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación en el hecho delictivo. Los únicos indicios que existen en el caso son:

- a) La tenencia de una cantidad de droga. Cómo hemos demostrado en las páginas

anteriores, la cantidad no puede ser, por sí sola suficiente para concluir de modo inequívoco que la droga estaba destinada al tráfico. Estamos ante una cantidad de droga para consumir entre varios días, que es plenamente coherente con las pautas de tenencia de droga para autoconsumo. Y cuando no hay más indicios que la cantidad de drogas, el TS tiene establecido que el consumidor medio cubre el consumo de drogas de hasta 5 días. STS, entre las demás citadas nº 281 de 2011, de 2 de marzo.

No hay otros indicios, aparte de la tenencia de las respectivas cantidades que demuestren el destino de la droga, no se cumple por lo tanto el primer requisito del acervo probatorio citado, de la pluralidad de indicios. La cantidad está lejos de la «notoriedad» de 10Kg, en caso de marihuana que establece el Acuerdo de la Sala del TS de 3 de febrero de 2005.

b) El dolo, en el delito de tráfico de drogas, comprende tanto el conocimiento del carácter nocivo para la salud de la sustancia de que se trate (es suficiente una valoración paralela en la esfera de lo profano), como la voluntad particular de incurrir en cualquiera de las múltiples formas de conducta que el tipo del Art. 368 CP señala. Hemos explicado ya que Manuel y David son dos hermanos, estudiantes, los dos y, que existe la posibilidad real de que no sepan el alcance de las consecuencias del consumo de drogas y tampoco de la gravedad de sus actos. Como declararon en el registro, pensaban que «fumar algún puro», no será para tanto. El desconocimiento no disculpa, pero en este caso puede sembrar duda sobre el dolo, y en caso de duda se aplica el principio de «in dubio, pro reo», con la consiguiente inaplicación de art 368CP, porque el autoconsumo no entra bajo la incidencia de este artículo.

No se puede omitir el hecho de que la droga era marihuana, sustancia que no hace grave daño a la salud y hay, cómo hemos comentado 20 países donde el consumo de marihuana está despenalizado, según informó el diario «Periódico» citado más arriba. Indudablemente el legislador tiene ahora otras prioridades que legalizar la venta del cannabis, pero no deja de ser una noticia falta de interés por los jóvenes quienes pueden ser influenciados, en el sentido de no acordar suficientemente importancia al consumo de drogas.

Dicho esto, podemos concluir que los 609gr de marihuana que poseían Manuel y su hermano David, el en piso que compartían resulta 304,5gr para cada uno, es una cantidad por encima de la mencionada por los Acuerdos, pero no resulta que estaba destinada al tráfico.

En lo que concierne a Mahamadou, el hecho de ser probada su drogadicción, que siguió el programa de desintoxicación de la droga, que colaboró con las autoridades en todo momento, no excluye que los 630gr fueron para autoconsumo. No resulta en los hechos probados que tenía facilidad de comprar la droga y no es una cantidad de notoria importancia y se trata de sustancia que no hace grave daño a la salud. Como hemos explicado, un tratamiento de deshabitación es mucho más efectivo que el encarcelamiento, para la total integración del sujeto en la sociedad.

Sobre Saturnino, con poco más de 60gr, no cabe duda alguna que la droga estaba destinada al consumo, considerando que entra por los límites previstos en la jurisprudencia para admitir el autoconsumo, cuando el único indicio es la posesión de la droga.

Para los 4 se puede excluir la aplicación del art 368, sin perjuicio de las sanciones que impone la LOPSC.

SEGUNDO: Tipicidad subjetiva. Si no se ha probado la existencia de la tipicidad objetiva, no cabe referir ninguna consideración particular sobre la primera.

TERCERO: Autoría. Al no haber delito, no hay autoría.

CUARTO: Causas de justificación. Sin delito, no hay pena ni tampoco causas que lo justifique.

QUINTO: No existiendo el delito tampoco hay causas de modificación de la pena.

SEXTO: Por todo lo expuesto, procede la libre absolución de los acusados.

SEPTIMO: Subsidiariamente, en caso de considerarse de aplicación el art.368, se entiende, sin excusa, la aplicación de la atenuación del párrafo II del art 368CP.

Planteamos una variante subsidiaria por si se da otra interpretación de los hechos.

I.Las conductas que se han analizado:

- a) La ocupación por las fuerzas policiales de 609 gr de marihuana en el domicilio común de los hermanos Manuel y David, ambos estudiantes de la Universidad de Zaragoza. Sin antecedentes penales.
- b) El decomiso de 630gr de marihuana del piso de Mahamadou, con una condena anterior de 6 meses por tráfico de drogas. Es drogo dependiente y lleva más de un año el «Programa Hombre», por deshabituación.
- c) La ocupación de 63 gr de marihuana a Saturnino, en las inmediaciones del domicilio de Mahamadou.
- d) Sin antecedentes penales.

Todos ellos sostienen que la droga ocupada estaba destinada al autoconsumo.

La doctrina del TS que ya hemos comentado, en aplicación de los Acuerdos, admite un límite diario de consumo de marihuana, en un poco más de 19gr, y un acopio de entre 3 a 5 días. (Sentencias citadas: STS 724/14 de 13 de noviembre, STS 415/2006 de 18 de abril, entre otras, Acuerdo TS de 19 de octubre de 2010).

Teniendo esto en cuenta se podría considerar que, por lo menos una parte de la droga incautada estaba destinada al tráfico con el consiguiente reproche penal. No se puede saber, con los datos existentes, qué parte estaba destinada al autoconsumo y cual para el tráfico.

También hay que precisar que se trata de marihuana que es una droga que no hace daño a la salud y que se tiene en consideración toda la cantidad, sin importar el contenido de sustancia psicoactiva. Estas consideraciones son válidas para Manuel, David y Mahamadou. Saturnino está fuera del 368 porque la cantidad de droga ocupada no supera la cantidad reconocida por el TS, por el autoconsumo, considerada por 3 días.

- I. En referencia a la tipicidad subjetiva, cada uno ha alegado que la sustancia era para autoconsumo, así que, no pueden alegar que desconocía que eran drogas, eso sí, de la que no causa grave daño a la salud, lo que implícitamente define el dolo, pero sin poderse demostrar si eran conscientes del alcance de la gravedad de sus actos.

- II. Los 3 poseían la droga, así que, de alguna manera han tenido que actuar para que la consigan. Eso en el art 28CP, define la autoría.
- III. Ha quedado probado en el punto 2 de este trabajo, que no se cumple ningún requisito para considerar que forman parte de un grupo criminal del 570.ter CP.
- IV. Causas de modificación de responsabilidad criminal:

Para Manuel y David se tendrá en cuenta que no tienen antecedentes penales, han colaborado con las autoridades en todo momento.

Sobre Manuel pesa la acusación de receptación. No se ha probado la existencia de los requisitos para este delito. Desconocía la proveniencia de los móviles y hay «escasa entidad del hecho».

Para Mahamadou: Un atenuante de drogadicción y uno por participar en el Programa Hombre de deshabitación en aplicación del art 376, párrafo II.CP. que supone una bajada de la condena en uno o dos grados. Por haber cumplido la condena anterior, no se puede considerar un agravante.

- V. Dicho todo lo anterior consideramos que justificada de aplicación del tipo atenuado del artículo 368.IICP (previsto Acuerdo TS 25 de octubre de 2010).

Según indica la STS n.º 84/2015, de 18 de febrero: «La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado.»

La rebaja de la condena es facultativa, obliga la motivación tanto si se acuerda como sino. Para la STS 716/2011 de 7 de julio, este artículo es de «aplicación inexcusable», cuando se constate la concurrencia de los dos requisitos. La escasa entidad de hecho y las circunstancias personales. Inicialmente se consideraba que se deben cumplir los dos requisitos, pero de la jurisprudencia citada (STS 84/15 de 18 de febrero, STS 551/13 de 18 de junio, STS 536/14 de 27 de junio, entre otras) resulta que, si concurre sólo uno de los requisitos, pero de gran entidad se aplicara el atenuante.

Procede también la aplicación del art. 376.1 para Manuel y David si la información sobre la persona o personas de donde provenían las drogas se considera suficientemente relevante, y, 376.II CP para Mahamadou.

Si se acuerda la rebaja de la condena solicitada por el MF, conforme a los artículos citados, procede solicitar la suspensión de la pena conforme al art 80.5CP.

Esta es la opinión que emito, como dictamen, la cual someto a cualquier otra mejor argumentada en Derecho.

Fdo. Doina Ionela Domnariu



## VI. BIBLIOGRAFÍA

ESCUCHURI AISA, E., «Delitos contra el orden público II. Organizaciones y grupos criminales», en Romeo Casabona; Sola Reche; Boldova Pasamar, *Derecho penal. Parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Comares, Granada, 2016.

GALLEGO SOLER, J. I.; VERA SÁNCHEZ, J. S., «Art. 368», en Corcoy Bidasolo; Mir Puig (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV (2014).

NÚÑEZ PAZ, M. A.; GUILLÉN LÓPEZ, G., «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código penal», *Revista penal*, n.º 22 (2008).

FRIEYRO ELÍSEGUI, Sofía: «El Delito de tráfico de drogas», Tirant lo blanch, 2017

RAMÓN RIBAS, E., «(Art. 368)», en Quintero Olivares (dir.); Morales Prats (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Thomson Reuters/Aranzadi, 10.ª ed., Cizur Menor, 2016.

ROMEO MALANDA, S., «Delitos contra la seguridad colectiva II. Delitos contra la salud pública», en Romeo Casabona; Sola Reche; Boldova Pasamar, *Derecho penal. Parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Comares, Granada, 2016.

COBO DEL ROSAL, M. «Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes» en Delitos contra la salud pública, Colección de estudios de la Universidad de Valencia pág. 147 y ss.

SOTO NIETO, F. «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», pág. 52.

MUÑOZ CONDE, F. «Derecho Penal. Parte Especial», 12ª ed. cit., pág. 384.

CARMONA SALGADO, C. Y OTROS, «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» ed. cit., pág. 158.

## VII. JURISPRUDENCIA CITADA

STS (Sala 2ª) núm. 713/2013, de 24 de septiembre.  
STS (Sala 2ª) núm. 366/2015 de 16 de junio.  
Acuerdo Sala TS de 13 de diciembre de 2004.  
STS (Sala 2ª) núm. 409/2013, de 21 de mayo.  
STS (Sala 2ª) de 18 de julio de 2000, (RJ 20007461).  
STS (Sala 2ª) núm. 329/2010 (TOL 1831056).  
STS (Sala 2ª) núm. 623/2014, de 30 de septiembre.  
STS (Sala 2ª) núm. 81/2015, de 10 de febrero.  
STS (Sala 2ª) núm. 120/2008, de 27 de febrero.  
STS (Sala 2ª) núm. 831/2003, de 9 de junio.  
STS (Sala 2ª) núm. 139/2009, de 24 de febrero.  
STS (Sala 2ª) núm. 886/2009, de 11 de septiembre  
STS (Sala 2ª) núm. 0429/2016, de 19 de mayo.  
SAP Tenerife núm. 35/2012, de 31 de enero.  
STS (Sala 2ª) núm. 1128/2001, de 8 de junio.  
STS (Sala 2ª) núm. 84/2015 de 18 de febrero.  
STS (Sala 2ª) núm. 551/2013 de 18 de junio.

STS (Sala 2ª) núm. 536/2014 de 27 de junio.

STS (Sala 2ª) núm. 716/2011 de 7 de julio.

STS (Sala 2ª) núm. 724/2014 de 13 de noviembre.

STS (Sala 2º) núm. 415/2006 de 18 de abril.

Acuerdo TS de 19 de octubre de 2010).

STS (Sala 2ª) núm. 288/2011, de 14 de abril.

### **VIII. WEBGRAFÍA**

<http://www.pnsd.mscbs.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i16.pdf> visitada el 04.10.18.

<http://www.pnsd.mscbs.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i64.pdf> visitada el 17.10.18.

[https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=415807](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415807). v.10.12.18

[http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-04](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-04). v.15.11.18 y 10.12.18.