

# EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Federico Morales González

Presidente de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de  
Málaga con sede en Melilla

1. Introducción
2. La legislación española
3. El tipo básico del artículo 368 del Código Penal. Objeto del delito
  - 3.1 Grave daño a la salud
  - 3.2 Referencia a algunas de las sustancias que constituyen el objeto del delito del artículo 368 del Código Penal.
    - A) Sustancias que causan grave daño a la salud ("drogas duras")
    - B) Sustancias que no causan grave daño a la salud ("drogas blandas")
4. La conducta típica
  - 4.1 El consumo compartido
  - 4.2 Consumo pasivo.
  - 4.3 Riesgo insignificante
5. El tipo atenuado
  - 5.1 Requisitos. Doctrina jurisprudencial
  - 5.2 Cantidad
  - 5.3 Concurrencia con tipos agravados
6. Autoría. Consideraciones generales
  - 6.1 Complicidad
  - 6.2 Otros supuestos: comisión por omisión, posición de garante, mera convivencia
7. Formas imperfectas de ejecución
  - 7.1 Tentativa inidónea
8. Subtipos agravados
  - 8.1 Las concretas agravaciones del artículo 369
  - 8.2 Agravaciones de 2º grado
9. La agravante específica de notoria importancia
  - 9.1 Evolución legislativa
  - 9.2 Unificación de criterios
  - 9.3 La pureza
  - 9.4 Conductas a las que es aplicable. Dolo. Autoría

## **1. Introducción**

Droga es cualquier sustancia que produce efectos en el sistema nervioso central, bien modificando el estado de ánimo, bien produciendo placer. A diferencia de los fármacos o medicamentos, suele ser autoadministrada, su efecto no se relaciona directamente con el restablecimiento de la salud y su uso conlleva generalmente el abuso y la dependencia.

Según la Real Academia Española, *droga* proviene del árabe andalusí "hatruka" ("charlatanería"). En el siglo XIV, se comenzó a utilizar en los Países Bajos el término *droog* (:seco), para referirse a las plantas y especias que se secaban para posterior uso medicinal. Posteriormente, los ingleses utilizaron *drug* y los franceses *drogue* para referirse a los medicamentos (principios activos y fármacos), en tanto que en español el término "droga" se ha venido utilizando y se utiliza en el lenguaje común con un sentido más restrictivo, referido únicamente a sustancias con potencial de abuso.

Sin duda, "droga" es el término más adecuado para nombrar sustancias que se usan sin fines terapéuticos; alteran aspectos afectivos, cognitivos y conductuales; pueden ser autoadministradas; y pueden inducir trastornos adaptativos en sus usuarios. Desde el punto de vista de este significado, el sinónimo más adecuado para "droga" es sustancia psicoactiva.

Aunque las drogas más consumidas del mundo son el alcohol, la nicotina y la cafeína, legales en la gran mayoría de países, generalmente se asocia el término con sustancias generalmente ilegales, como los derivados de los opiáceos y las anfetaminas.

Existen a lo largo de la historia numerosos antecedentes del consumo de drogas, como los hallados en la civilización sumeria, en la egipcia, en la griega o en la romana. Aunque todas conocieron el opio, no se tiene constancia de casos de adicción ni de conductas criminales relacionadas con su consumo.

En los pueblos asiáticos se consumía cáñamo y en América coca, sin que hubiese prohibiciones o restricciones, constituyendo costumbres que, según parece, no producían problemas sociales, morales ni jurídicos.

Curiosamente, sí los producía el alcohol, según se desprende de algunos testimonios escritos que ponían en cuestión la moralidad de su consumo. Para algunas religiones, como la budista y la islámica, el alcohol era sinónimo de oscuridad y de mentira. Entre los filósofos griegos había división de opiniones: unos consideraban el alcohol como una maldición; otros lo reputaban un don divino que producía una gran exaltación y entusiasmo.

El descubrimiento de América, continente en el que, como se ha expuesto, se consumía coca de forma natural, tanto en eventos religiosos como lúdicos e incluso con finalidad

terapéutica, trajo consigo una etapa caracterizada por la desconfianza hacia esas sustancias, sentimiento que se prolonga hasta que en el siglo XVII empiezan a ser consideradas fármacos.

Los primeros casos de adicción a las drogas que hoy consideramos ilegales tuvieron lugar en el siglo XIX.

Hasta 1880 la morfina se había consumido libremente, comenzando a partir de ese momento una restricción de su disponibilidad. Curiosamente, en esas fechas la morfina no interesaba a los sectores sociales económicamente más débiles, sino que era consumida por médicos, farmacéuticos, personas acomodadas con "problemas de nervios" y gente que pretendía "estar a la moda".

A finales del siglo XIX, aparece la diacetilmorfina, es decir lo que ahora llamamos heroína, un analgésico sustitutivo de la morfina creado por la farmacéutica Bayer junto con la actualmente famosa aspirina. La heroína se anunciaba como "la píldora antiopio" en la creencia de que no producía adicción.

En tanto a principios del siglo XX la venta de opiáceos y de cocaína era todavía libre, la famosa "coca-cola" incorporaba cierta cantidad de cocaína en su composición.

Con todo, no se conocían casos de adicción, ni de delincuencia vinculada a su obtención, probablemente porque eran productos puros y bien dosificados.

Sin embargo, el problema estaba por llegar y el momento en que inició su andadura como tal problema fue precisamente ese en que del consumo de morfina se pasó al de la heroína.

A partir de entonces comenzó una etapa, que todavía dura hoy, en el que los países, con Estados Unidos a la cabeza, luchan para acabar con las drogas. De manera paradójica, el consumo se extiende, aumentando el número de adictos con un correlativo crecimiento de la delincuencia asociada a la obtención de los medios para adquirir drogas, cuya persecución determinó que fuesen relegadas al mercado negro con el consiguiente aumento de los precios.

En la actualidad, nadie duda de que el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas produce una grave adicción y mayores daños en la salud de las personas, así como que su consumo conlleva una delincuencia asociada en tanto el adicto es impulsado a cometer otros delitos, fundamentalmente contra el patrimonio, como medio necesario para obtener el dinero con el que sufragar el alto precio de tales sustancias. Desde el punto de vista de la política criminal en esta materia, hay dos claras líneas o tendencias, la prohibicionista, liderada por Estados Unidos, que es la predominante, y la liberalizadora, prácticamente reducida a una mera alternativa teórica, con algún ejemplo como el caso de Holanda donde existe una liberalización parcial de la distribución de algunas sustancias. Existen, por supuesto, tendencias intermedias, que desde una posición prohibicionista, preconizan acciones preventivas o de

reducción de riesgos.

Los intentos de seguir lo que se ha dado en llamar una "vía europea" no han alcanzado hasta el momento el necesario respaldo político e impacto mediático para constituir una alternativa con perspectivas razonables de convertirse en realidad a corto plazo.

Los partidarios de la despenalización del tráfico de drogas estiman que la incriminación, no solo recae mayoritariamente sobre el más débil, que es el consumidor, sino que obedece al seguimiento de una opinión pública de tintes irracionales frente a la que debería imponerse la razón progresista.

Las políticas de reducción de riesgos atienden a razones objetivas y realistas para, sobre el reconocimiento de que la erradicación del consumo de drogas es un ideal, tratar de minimizar sus negativos efectos. Desde esta posición se preconiza una actuación preventiva que pueda lograr una reducción de los delitos relacionados con el consumo de drogas ilegales, minimizando para ello las oportunidades de delinquir, por ejemplo, mediante la distribución de jeringuillas en los centros penitenciarios (que ha tardado un tiempo hasta que ha sido aceptada con cierta normalidad), la dispensación de opiáceos sustitutivos (básicamente metadona), la creación de centros de ayuda en trabajo y manutención o alojamiento o la construcción de espacios públicos para el autoconsumo de drogas con ofrecimiento de información, material higiénico y asistencia sanitaria. La medida más radical de este género ha consistido en la prescripción directa de heroína, con programas experimentales, como uno llevado a cabo en Suiza, que parecen haber tenido efectos positivos como medio de prevención de la delincuencia.

En España, algunas comunidades autónomas se han planteado la legalidad de tales iniciativas, que se han puesto en marcha como programas experimentales en Cataluña y Andalucía.

En cuanto a las medidas que podrían aplicarse a quienes han cometido delitos de poca gravedad relacionados con su adicción, es claro que se piensa en las alternativas al encarcelamiento o los medios de sustitución o modificación de una pena de prisión (así, la suspensión del procedimiento penal antes de recaer sentencia, la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad una vez ha recaído condena, la sustitución de la pena por otra no privativa de libertad, la combinación de la pena con una medida de seguridad).

En España, se introdujo en la reforma de 1988 una vía excepcional para la suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad para aquellos condenados que hubieran cometido el hecho delictivo a causa de su drogadicción. Esta vía fue posteriormente ampliada en el Código Penal de 1995.

## **2. La legislación española**

Los genéricamente llamados delitos de tráfico de drogas o contra el narcotráfico se recogieron por primera vez en nuestro Derecho Penal en el Código de 1944, luego Texto Refundido de 1973. Prescindiendo del texto original, el Texto Refundido le dedicó sus artículos 344 y 344 bis, siendo el primero de ellos el origen del actual artículo 368.

Fue ampliada su redacción por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio de reforma parcial y urgente del Código Penal. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo sobre reforma en materia de tráfico ilegal de drogas, añadió los artículos 344 bis a), b), c), d), e) y f), suprimiendo el artículo 344 bis), cuyo contenido pasó a ser el del artículo 344 ter).

La Ley Orgánica 8/92, de 23 de diciembre de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, añadió apartados al artículo 344 bis a), dio nueva redacción al artículo 344 bis e) y añadió los artículos 344 bis g), h), i), j) y k).

Por último el Código Penal de 1995 recoge en los artículos 368 a 378, estos delitos, incluidos en el capítulo III del título XVII relativo a los delitos Contra la Seguridad Colectiva, normas que han sido objeto de otra reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, que modifica los artículos 369,370,371,374 y 376.

Dos reformas más han seguido a la indicada:

1ª- la que tuvo lugar por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reforma que introdujo el segundo apartado del artículo 368 del Código Penal, el tipo atenuado, dio nueva redacción al artículo 369 suprimiendo el contrabando como específica circunstancia agravante, dedicó un artículo exclusivamente a la agravante de igual carácter de organización delictiva (el 369 bis) e introdujo el término "embarcaciones" en el artículo 370 al definir la extrema gravedad.

2ª - la llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. De menor importancia que la anterior, se limitó a dar nueva redacción al artículo 374, sobre el decomiso.

Así la regulación actual de los delitos relativos al narcotráfico se puede sintetizar de la siguiente manera:

- El tipo básico recogido en el artículo 368.
- Los subtipos agravados de primer grado recogidos en el artículo 369 y 369 bis.
- Los subtipos agravados de segundo grado recogidos en el artículo 370.
- La regulación del tráfico de precursores recogida en el artículo 371.
- Las normas complementarias de los artículos 372 a 378, a saber:
  - La punición agravada según el sujeto activo del delito recogida en el artículo 372.

- La penalización de las resoluciones manifestadas de voluntad (provocación, conspiración y proposición) recogida en el artículo 373.
- La regulación del decomiso en el artículo 374.
- La reincidencia internacional en el artículo 375.
- Las atenuantes especiales del artículo 376 que recoge la figura del llamado colaborador y del consumidor-traficante, el delincuente funcional.
- La determinación de las multas proporcionales en el artículo 377 y la imputación de pagos recogida en el artículo 378.

Como advertía José María Tamarit Sumalla (catedrático de Derecho Penal Universidad de Lleida, Cuadernos Derecho Judicial, VIII 2003. Consejo General del Poder Judicial), los artículos han pasado de uno a once en las sucesivas modificaciones legislativas y tan sólo atendiendo a este acelerado y poco meditado proceso de inflación legislativa puede explicarse que estos delitos no tengan reconocida una autonomía sistemática respecto al resto de delitos contra la salud pública tipificados en el Capítulo III del Título XVII.

"La proliferación de conductas delictivas responde a una política criminal caracterizada por una espectacular ampliación del ámbito de lo típico, con una redefinición del tipo básico en clave extensiva de los contornos del injusto típico y un adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico, así como un aumento de la presión punitiva, con incrementos progresivos de los marcos penales en las sucesivas reformas. Todo ello se desenvuelve en la dirección marcada desde instancias internacionales, que, bajo la presión ejercida por la política contra la droga de los Estados Unidos desde los años ochenta, ha dado lugar a un régimen jurídico caracterizado por una cierta excepcionalidad represiva, pese a que, en lo formal, a diferencia de lo sucedido en otros países, en que se ha optado por la legislación especial, estos delitos siguen alojados en el Código Penal".

Precisamente, la ampliación de los contornos del llamado tipo básico ha dado lugar a las mayores críticas que han sido dedicadas a la regulación de estos delitos dentro del Código Penal.

Ha habido, entienden algunos autores, una escalada represiva fruto del intento de abarcar casi cualquier actividad relacionada con el tráfico de drogas que pudiesen entender orientada hacia los fines que recoge la definición de este delito. Según esas opiniones, los compromisos internacionales adquiridos por España, como los derivados del Convenio de Viena de 1988, no justifican tal escalada punitiva, que sólo ha contribuido a aumentar la marginalidad y potenciar la desigualdad, al tiempo que ha contribuido a fortalecer las organizaciones criminales y mafias que se robustecen a través

de los circuitos económicos que se generan.

Se produce, entienden los críticos, una quiebra de elementales principios constitucionales como consecuencia de la desmesurada ampliación de las conductas susceptibles de ser castigadas.

Así, del principio de legalidad, dando lugar a niveles de inseguridad jurídica no tolerables en un Estado de Derecho. Desde este punto de vista, la descripción típica de las conductas básicas del art. 368 del Código Penal es totalmente abierta, castigándose a quienes realicen las conductas concretas que el tipo prevé "o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten...".

Antes de la reforma de 1988 la conducta consistía en promover, favorecer o facilitar mediante conductas concretas. Esto es, sólo llevando a cabo tales conductas con alguna de tales finalidades, se cubría lo preciso para que el delito aflorase a la vida jurídica.

La reforma dejó abierta la cláusula mediante una fórmula casi sin límite. Así, por ejemplo, a partir de ese momento nadie podría dudar de que toda donación es punible.

El principio de proporcionalidad también se resentía con esta regulación pues no se atendía a los supuestos que fuesen insignificantes desde el punto de vista de bien jurídico protegido, habiendo debido ser la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que atemperase las consecuencias punitivas excesivas. Fueron precisamente los criterios jurisprudenciales los que promovieron la incorporación del segundo apartado del artículo 368 del Código Penal, el llamado tipo atenuado, que ha venido a ser un auténtico bálsamo para el tratamiento punitivo de estos delitos.

Desde el punto de vista del principio de culpabilidad como base del reproche penal, se ha debido ir poniendo coto a la extensión de las consecuencias punitivas sobre la base de cuasi-presunciones, como las derivadas de circunstancias como el simple parentesco, la amistad o la convivencia, nexos que en ocasiones sirvieron de base para extender la responsabilidad más allá del único o únicos autores.

### **3. El tipo básico del artículo 368 del Código Penal. Objeto del delito**

El artículo 368 del Código Penal de 1995 castiga a quienes 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.

El objeto material de la conducta típica lo constituyen las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes. Sin embargo, definir qué ha de entenderse en cada caso es un trabajo

difícil que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia entre el empleo de un concepto o criterio puramente penal y otro que parte de referencias ajenas a las disposiciones del Derecho Penal.

Por otro lado, se plantea un problema interpretativo en cuanto a la diferenciación entre drogas que causan grave daño a la salud y las que no causan tal grave daño, categorías a las que el Código asocia una diferente penalidad.

No obstante, el legislador no ha descrito las bases para la determinación de la nocividad de la sustancia o producto, lo que se observa de igual modo en los Convenios Internacionales en los que España es parte.

Ha sido la jurisprudencia la que basándose en la opinión de los expertos ha considerado que la mayor nocividad va asociada al grado de dependencia que genera en el consumidor; a la progresiva exigencia de mayores dosis para lograr el efecto deseado -tolerancia- así como a la posibilidad de que el abuso conduzca a significativas alteraciones del comportamiento o a una grave afección física o psíquica.

El Tribunal Supremo ha insistido en sus pronunciamientos en una definición rígida de lo que debe entenderse como droga, acudiendo a los listados de los convenios internacionales.

Estas listas, como señala en su sentencia de 31 de enero de 1995 (RJ 1995\574), parten del Convenio Único de Estupeficientes de las Naciones Unidas, de 30 de marzo 1961, ratificado por España el 3 febrero 1966, siguen con el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena, de 21 febrero 1971, ratificado por España el 2 febrero 1973, y concluyen con la enmienda del Protocolo de Ginebra de 25 de marzo 1972, también ratificado el 15 de diciembre 1976. Estos tratados dieron lugar, sucesivamente a la Ley de 8 de abril 1967 sobre estupeficientes y al Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre sobre fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos, disposición esta completada posteriormente, entre otras, por diversas Órdenes, como la de 28 de septiembre 1989 y por el Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional.

*(Entre las diversas normas que han ido incrementando la lista de sustancias y productos psicotrópicos, deben citarse las siguientes: Orden SCO/3685/2003, de 22 de diciembre, por la que se incluye la sustancia amineptina en la lista II del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre; Orden SCO/2359/2004, de 2 de julio, por la que se incluye en la lista I del anexo I del citado Real Decreto, las sustancias 2C-I (2,5-dimetoxi-4-iodofenetilamina), 2C-T-2 (2,5-dimetoxi-4-etiltiofenetilamina), 2C-T-7 (2,5-dimetoxi-4-(n)-propiltiofenetilamina) y TMA-2 (2,4,5-trimetoxianfetamina);*



*Orden SCO/1870/2008, de 17 de junio, por la que se incluye la oripavina en la lista I anexa a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; el mismo RD 1194/2011, de 19 de agosto, cuya Disposición adicional única declara el tapentadol como estupefaciente en el ámbito nacional y la Orden SSI/806/2014, de 8 de mayo, por la que se incluye la sustancia 5-(2-aminopropil)indol (5-IT) en el anexo I del Real Decreto 2829/1977).*

La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas dispone en su artículo 1 que por estupefaciente se entiende cualquiera de las sustancias naturales o sintéticas que figuran en la lista I o en la lista II de la Convención de 1961 y de esa Convención en su forma enmendada; y por sustancia psicotrópica, cualquier sustancia natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio de 1971.

En consecuencia, el objeto material del delito queda determinado por las sustancias contenidas en los listados de dichos convenios y en sus sucesivas actualizaciones.

Lo primero que deviene de este sistema es que se descartan como drogas las que pueden considerarse "legales", esto es, las socialmente aceptadas, como el alcohol.

Por otro lado no existe un concepto auténtico de lo que deba entenderse por droga, lo que habrá de determinarse por medio de la remisión a las normas internacionales sobre la materia así como a las normas internas de carácter administrativo-sanitario.

Ciertamente que el sistema elegido para la concreción del objeto del delito ha ahorrado sucesivas reformas para incluir el tráfico de la mayor parte de las llamadas drogas de diseño, pues éstas ha surgido posterior y sucesivamente a la definición de la conducta castigada.

Pero no es menos cierto que ello ha originado dudas sobre el respeto al principio de certeza de la ley, dudas a las que ha salido al paso el Tribunal Constitucional declarando que lo que exige el principio de certeza (lex certa) en el orden penal es que sea la ley la que defina los comportamientos criminales, aunque algunos comportamientos requieran, por su imprecisión, el arbitrio judicial (sentencias 62/1982 [RTC 1982\62] y 105/1988 [RTC 1988\105]).

El mismo Tribunal Supremo sostenía en sentencia núm. 378/2006 de 31 marzo que "el art. 368 define el núcleo esencial de la prohibición (....) y establece que su objeto material son las drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas, a las que anuda una consecuencia punitiva". El artículo 368 es "una norma penal en blanco que obliga a integrarla -en este caso, en cuanto al concepto de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- con preceptos y normas

*extrapenales”, añadiendo que “el Tribunal constitucional ha considerado factible la existencia en el Código Penal de preceptos penales en blanco, sin que resulte quebrantado el principio de legalidad (lex previa, lex certa, lex scripta) siempre que el reenvío normativo a disposiciones legales no penales reúna los dos siguientes requisitos:*

*a) que el reenvío sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídicamente protegido por la norma penal.*

*b) que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo central de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza”.*

Como se ha dicho, la doctrina ha sostenido posturas diferenciadas en mayor o menor medida a la seguida por el Tribunal Supremo en lo que atañe a la definición del objeto del delito contra la salud pública.

Así, se distinguen teorías como la de susceptibilidad de perturbación de la salud, según la cual, la calificación de una sustancia como droga o estupefaciente a efectos penales, requiere, además de la inclusión de la sustancia en alguna de las disposiciones extrapenales a las remite el Código -las anteriormente citadas-, que sea idónea para producir una significativa perturbación de la salud.

Con arreglo al sistema de definición elástica, sería el Juez el que ha de concretar el objeto material en este delito, no aceptando el carácter vinculante de las listas contenidas en los Convenios internacionales firmados por España en esta materia.

Existe otra postura que propugna un concepto penal autónomo de droga, que atiende a las diversas declaraciones de la Organización Mundial de la Salud. Según esta teoría, droga sería la sustancia, natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca en las personas: 1.º) el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (dependencia psíquica), 2.º) la tendencia a aumentar la dosis (tolerancia) y 3.º) la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia que hace verdaderamente necesario su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia. El mismo concepto sería aplicable a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que sólo difieren en cuanto a la forma en que actúan.

Como se ve, la idea coincide con los criterios que el Tribunal Supremo ha mantenido para distinguir entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no.

Sin duda, en esta línea de mayor concreción se sitúa el Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional, cuyo artículo 2 establece que *“La evaluación de aquellas sustancias susceptibles de ser consideradas como estupefacientes en el ámbito nacional es el proceso estructurado por el que se*

*comprueba si una sustancia cumple con todos o algunos de los siguientes criterios:*

- a) Semejanzas con otras sustancias estupefacientes conocidas.*
- b) Utilidad terapéutica.*
- c) Riesgo de abuso.*
- d) Fiscalización en otros países y decisiones adoptadas por los órganos competentes de la Unión Europea o por los organismos internacionales de los que el Reino de España sea miembro.*
- e) Otros criterios concurrentes que puedan fundamentar la fiscalización como estupefaciente en España de nuevas sustancias".*

### **3.1 Grave daño a la salud**

La diferenciación introducida en la reforma de 1983 entre drogas que no causan grave daño a la salud y las que sí lo hacen obedeció a razones de política criminal, tras las cuales subyacía la comprobada tendencia a la sustitución de sustancias como el hachís por otra más peligrosa, la heroína, cuyo consumo por vía intravenosa provocaría una auténtica tragedia.

Se ha señalado que ni la propia jurisprudencia comprendió inicialmente esta distinción, habiendo llegado a afirmar el Tribunal Supremo (S. de 4 de marzo de 1988 (RJ 1988\1534)) que *"la distinción, introducida, a efectos de penalidad, en el art. 344 del Código penal, por la Reforma de 25 de junio de 1983, conforme a la cual se deben diferenciar, las drogas tóxicas o estupefacientes, o las sustancias psicotrópicas que causan grave daño a la salud, de aquéllas que no causen ese grave daño, es un tanto artificiosa, respondiendo a criterios de política criminal, implantados ex lege, más que a una realidad tangible que respaldara la referida distinción"*.

Seguramente fue ello lo que determinó una inicial indefinición en torno a qué sustancias se alineaban en una u otra clase hasta que un mayor conocimiento determinó las declaraciones que casi sin variación se han mantenido hasta la actualidad.

Ya en 1996 (S 10/1996, de 12 de enero), declaraba el Alto Tribunal que *"nadie discute el efecto desintegrador de la personalidad que producen por ejemplo sustancias como la cocaína y la heroína"*.

Ciertamente ha habido cambios de criterio, como el que atañe al Rohipnol, al que se refería la Sentencia de 28 de junio de 1999 (RJ 6112/1999), en la que se menciona la Junta General de la Sala segunda de 23 de marzo de 1998 en la que se acordaron *"nuevos criterios en relación a la distinción entre drogas duras y drogas blandas"*. A partir de entonces el Rohipnol fue considerada como sustancia tóxica no gravemente perjudicial para la salud.

Lo que sí se ha mantenido invariablemente es lo que ya recogía la STS de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996\2461), conforme a la cual, *"el criterio del peligro que la sustancia entraña para la salud es independiente del grado de pureza de la droga incautada y está vinculado en forma exclusiva a la sustancia"*, sin perjuicio de que la determinación del grado de pureza sea preciso para estimar si concurre la agravante específica de notoria importancia.

### **3.2 Referencia a algunas de las sustancias que constituyen el objeto del delito del artículo 368 del Código Penal.**

#### **A) Sustancias que causan grave daño a la salud ("drogas duras")**

##### **a) La morfina y otros derivados opiáceos.**

La morfina, derivado del opio, se encuentra incluida en la lista I de la Convención de 1961.

Aunque sus efectos son menos potentes que los de la heroína siempre ha sido considerada por la jurisprudencia como sustancia que causa grave daño a la salud.

##### **b) Heroína.**

La heroína es un preparado que se obtiene a partir de la morfina y que se encuentra incluida en la lista I de la Convención de 1961, y ha sido considerada en todo momento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como sustancia que causa grave daño a la salud.

Especial importancia tiene la tolerancia en lo que atañe a los efectos del consumo de esta droga. Aunque cada individuo ofrece una tolerancia distinta a la heroína, pues ello depende del sexo, talla y peso, no se puede establecer un patrón fijo. La tolerancia aumenta conforme el consumo se prolonga en el tiempo, lo que explica que haya drogadictos que consumen dosis que serían letales para individuos no tan habituados.

La tolerancia disminuye notablemente a las pocas semanas de haber dejado la heroína, lo que es causa frecuente de muerte entre drogadictos que, sometidos a tratamiento de rehabilitación y han abandonado el consumo, vuelven al mismo, pues al pretender consumir en igual cantidad que la que tomaban antes del paréntesis el efecto que se produce es el de una sobredosis.

Por otro lado, la tolerancia sufre una disminución con el tiempo, debido a la patología hepática que suele asociarse al consumo. El drogadicto va aumentando la tolerancia a medida que consume más droga y pasa más tiempo, hasta llegar a un punto en que se inicia un efecto regresivo debido a la aparición de insuficiencia hepática y una disminución de la eliminación de la sustancia, con el consiguiente incremento de los niveles de heroína en sangre.

**c) Cocaína.**

Incluida en la lista I de la Convención única sobre estupefacientes de 1961, ha sido siempre considerada por la jurisprudencia de una manera uniforme como sustancia que daña gravemente la salud.

Así, ya en 1985 (STS de 8 de mayo de 1985 (RJ 1985\2450), señalaba el Tribunal Supremo que *"la naturaleza de la cocaína es sobradamente conocida como estupefaciente susceptible de ocasionar graves deterioros físicos y psíquicos en el organismo humano, produciendo generales efectos en el sistema nervioso central, sobre el que ejerce una acción difásica, excitante primero y paralizante después, afectando a los distintos niveles de las estructuras centrales, aparte de los enormes riesgos derivados de los cuadros tóxicos agudos que pueden llevar hasta la muerte y de la proyección ejerciente en la esfera psíquica con cuadros perturbadores - alucinaciones, delirios con gran base confusional, tendencias impulsivas violentas, etc-"*.

**d) -Speed ball.**

Se trata, como se indica en STS de 24 de julio de 1991 (RJ 1991\6016), de una mezcla de heroína y cocaína (un sucedáneo es el que se conoce como "revuelto") y, por tanto, no hay duda de que se trata de una sustancia que daña gravemente la salud.

**e) Anfetaminas (Centramina, Buprex, Bustaid, Rubifén, Trilitate, Halción, Dextroanfetamina)**

Las anfetaminas están recogidas en la lista II del Convenio de Viena de 1971 y han sido consideradas por la jurisprudencia como sustancias que causan grave daño a la salud aunque al respecto hubo, inicialmente, resoluciones contradictorias.

De gravemente atentatorias para la salud de las personas las consideró el Tribunal Supremo en Sentencia 24-7-91 (RJ 1991\6016).

En otra ocasión declaraba: *"Ante dudas sobre la composición, riqueza de principios activos, tolerancia, dependencia y efectos que las mismas producen, no existen suficientes elementos de juicio para pronunciarse sobre la nocividad de su uso, por lo que procede aceptar la tesis más favorable al acusado"* (STS de 19 de julio de 1993 (RJ 1993\6306)).

Posteriormente se consolidó la primera postura. De ello es ejemplo la sentencia núm. 1171/1997 de 29 septiembre, que argumentaba:

*"Es cierto que, aun reconociendo la existencia de iniciales resoluciones judiciales no pacíficas en la materia y la ausencia de precisión analítica sobre la concentración de principio activo en las anfetaminas y en el MDA intervenidos, la doctrina establecida por este Tribunal en Sentencias como las de 1 junio 1994 (RJ 1994\4509), 9 diciembre 1994 (RJ*

1994\9803), 22 diciembre 1995 (RJ 1995\9446), 26 enero 1996 (RJ 1996\622), 21 febrero y 18 marzo 1997 (RJ 1997\1618yRJ 1997\1693), opta por atender con carácter general a la naturaleza y características de la sustancia con independencia de la mayor o menor pureza o concentración en cada caso concreto, de manera que una vez que la doctrina jurisprudencial -valorando inicialmente los efectos de cada sustancia en función de los pertinentes dictámenes periciales- incluye de modo reiterado una determinada sustancia en uno u otro grupo cabe prescindir del análisis de sus efectos en cada procedimiento".

Las anfetaminas producen "dependencia psíquica, o compulsión a tomar la droga de modo continuado o periódico, creando tolerancia o necesidad de incrementar la dosis para conseguir el mismo efecto", afectando al sistema nervioso central ocasionando trastornos de la función motora y alteraciones del juicio, del comportamiento y del estado de ánimo del sujeto que la ingiere.

"La toxicidad crónica fue observada en sus primeros efectos sobre el sistema nervioso y asimismo se ha manifestado en forma de diversas psicosis, la más habitual la paranoide".

Y en sentencia núm. 475/1998 de 29 marzo se decía:

"las anfetaminas son simplemente, unos estimulantes del sistema nervioso. Tienen muy diversas proyecciones farmacológicas, por ejemplo a través de la centramina, para remediar bajo prescripción médica determinadas dolencias, mas su uso indiscriminado da lugar a distintas alteraciones de la conducta humana con efectos hasta cierto punto imprevisibles".

#### **f) Ácido Lisérgico (también "LSD")**

Se trata, en efecto, de un alucinógeno incluido en la lista I anexa al Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 21-2-71, al que se asocian graves consecuencias como trastornos mentales (paranoidismo, etc.), nerviosos, genéticos, agresividad, etc.

Ya en sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6702) y 1 de junio de 1984 (RJ 1984\3494) hallamos referencias a este alucinógeno, considerándolo como sustancia que causa grave daño a la salud "por ocasionar daños mentales e incluso genéticos a sus adictos".

#### **g)- Mescalina**

Fue incluida, junto con el LSD, como alucinógeno que representa grave peligro para la salud por Orden de 31 de julio de 1967. Es unánime la consideración de que se trata de una sustancia que causa grave daño a la salud.

#### **h)- Las drogas de diseño (MDMA o "éxtasis", MDA o "droga del amor" y MDEA o "EVA")**

En sentencia de 21 de febrero de 1997 (RJ 1997\1618) el

Tribunal Supremo definía las drogas de diseño, en general, como *"productos sintetizados químicamente de forma clandestina y cuyas acciones farmacológicas son semejantes a las de drogas más antiguas controladas y perseguidas internacionalmente"*, destacando las de tipo anfetamínico.

- El MDMA (3-4 metilendiximetanfetamina, también llamado "éxtasis", "Adam" y "TXT") fue incluida en la lista I del Anexo I del RD 2829/1977, de 6 de octubre mediante Orden Ministerial de 30 de Mayo de 1986.

- El MDA (metilendioxiánfetamina, también llamada "droga del amor") fue incluida en la lista I del Anexo I del RD 2829/1977, mediante la misma Orden Ministerial.

- El MDEA (metilendioxiétlanfetamina, también llamada "EVA"), incluida igualmente en la lista I del Anexo I del RD 2829/1977, de 6 de octubre mediante Orden Ministerial de 19 de octubre de 1990.

Todas estas sustancias se consideran gravemente perjudiciales para la salud.

Así lo recordaba el TS en sentencia núm. 829/2004 de 22 junio al decir que *"En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 7 de junio de 1994, se tomó el acuerdo de que la droga denominada «Éxtasis» (MDMA) es sustancia que produce efectos nocivos graves para la salud"*.

La razón es que concurren en ellas los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para tal calificación: a)- por ser en sí misma lesiva para la salud; b)- por el nivel de dependencia que crea en el consumidor; c)- por el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y d)- por el grado de tolerancia.

#### i)- **GHB y GBL**

El Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptado en su reunión del día 13-12-2004, que tenía por objeto la sustancia denominada GHB (gammahidroxibutirato y ácido gammahidroxibutírico) y el criterio para poder apreciar la agravante específica de cantidad de notoria importancia, reza literalmente:

*"Sustancia que debe considerarse causa grave daño a la salud.*

*La cantidad de notoria importancia debe fijarse en 10.500 gramos de dicha sustancia en estado puro.*

*Igual criterio debe seguirse para la sustancia denominada GBL, abreviatura de gammabutirolactona"*.

Como recordaba el TS en sentencia núm. 1224/2004 de 15 diciembre, *"la sustancia denominada GHB fue incluida en la Lista IV de sustancias psicotrópicas del Convenio de Viena, en marzo de 2001, por la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas; y que por Orden SCO/469/2002 de 19 de febrero del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 6 de marzo de 2002), fue incluido en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre por el que se regulan las sustancias y productos psicotrópicos"*.

(Por Orden SSI/806/2014, de 8 de mayo, se transfiere el ácido gamma-hidroxibutírico (GHB) de la lista IV a la lista II del anexo I del citado Real Decreto).

Se dice de ella que es una droga que causa grave daño a la salud por sus graves efectos en el sistema nervioso central, constituyendo un profundo depresor, pudiendo desencadenar extrapiramidalismos, concurriendo con cuadros de euforia acompañados de vértigos, somnolencia, confusión, ataxia, y alucinaciones, náuseas, vómitos, hipotensión y bradicardia, pudiendo producir igualmente hipotermia y coma con dosis superiores a 50 mg/kilo, dependiendo la gravedad de los síntomas y su duración del número de dosis de GHB o de la coadministración con otros depresores del sistema nervioso, en especial el alcohol.

La butirolactona es un precursor del GHB, en la que se transforma cuando se mezcla con agua, como sucede cuando se ingiere y se introduce en el organismo, por lo que tiene la misma consideración.

Se destaca que han aparecido casos fatales tras el consumo ilegal de GHB, sobre todo cuando se mezcla con el alcohol.

(En este mismo sentido la sentencia núm. 870/2008 de 16 diciembre).

#### **j)- Ketamina**

De la "juventud" de esta sustancia dentro de las comprendidas dentro del ámbito de la persecución del tráfico de drogas da idea la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1071/2011 de 11 octubre.

En el caso juzgado, se alegaba que la sustancia ketamina en el momento de los hechos (febrero y abril de 2009) no era considerada sustancia psicotrópica a efectos penales, mencionándose el BOE de 21 de octubre de 2010 en el que se publicó la Orden 2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la ketamina en el anexo I del Real Decreto 2829/77, de 6 de octubre.

A ello respondió el Alto Tribunal diciendo que la consideración de la ketamina como sustancia que causa daño a la salud no resulta desvirtuado por el hecho de que dicha sustancia haya sido incluida en la lista de sustancias fiscalizadas con posterioridad al hecho constitutivo del delito. Lo importante es la constatación de las graves consecuencias del consumo, para lo que basta con la prueba pericial correspondiente.

En un caso similar (sentencia núm. 208/2014 de 10 marzo), apelaba el Tribunal Supremo al informe pericial emitido por perito oficial de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Consumo), en el que especificaba, entre otros extremos, que *"la ketamina es una sustancia psicotrópica que se utiliza como anestésico general de acción rápida, antiguamente utilizado en niños y ancianos, pero actualmente restringido al ámbito veterinario,*



*produciendo al despertar sensaciones psíquicas muy vivas, como modificaciones del humor, experiencias disociativas de la propia imagen, sueños y estados ilusorios. Produce también efectos importantes en el sistema cardio-vascular", destacando que "tiene un elevado potencial alucinógeno, pues su inhalación causa un efecto disociativo al producir la sensación de que la mente se separa del cuerpo, generando vivencias imaginarias, alucinaciones, delirios y por tanto episodios psicóticos. Y produce dependencia psicológica y, a la larga, también física. A corto plazo puede tener efectos graves imprevisibles y, a largo plazo, también efectos cerebrales irreversibles".*

## **B) Sustancias que no causan grave daño a la salud ("drogas blandas")**

### **a) Derivados cannábicos (marihuana, hachís y aceite de hachís)**

Los derivados cannábicos son productos vegetales que se utilizan de ordinario tal y como se presentan en la naturaleza, a salvo alguna mínima manipulación de prensado o secado para la reducción del volumen o para la obtención de resina (en la actualidad se ha logrado producirlo sintéticamente).

Las distintas formas que se ofrecen para el consumo dependen de los caracteres organolépticos y del grado de pureza o concentración del principio alucinógeno o THC (tetrahidrocannabinol, cannabinol o cannabidiol).

Los derivados cannábicos son fundamentalmente 3: la marihuana (menor concentración de THC), equivalente a la grifa y el kif marroquí; el hachís (concentración media) que puede presentarse como una mezcla de resina y polvo vegetal en forma de pastillas o barras, o como resina pura; y por, último, el hachís líquido o aceite de hachís (concentración superior) que se logra mediante sucesivas operaciones de concentración.

La importancia de la distinción de la variedad está relacionada con la determinación del subtipo agravado de notoria importancia, pues a tal efecto será precisa mayor cantidad de sustancia, proporcional a la concentración de THC.

Por lo que respecta a sus efectos, se asocian a su consumo decrecimiento de la responsabilidad, apatía y desinterés, incidentes en la voluntad, pudiendo llegar, en casos de consumo crónico, a producir dependencia psíquica, aunque no crea dependencia orgánica.

### **b)- Rohipnol (Flunitrazepam)**

El Rohipnol es el nombre comercial del principio activo flunitrazepam.

Es un barbitúrico o inductor al sueño que aparece contenido en el Anexo Cuarto de las listas I y II del Convenio de Viena

de 21-2-1971 por sus efectos alucinógenos.

Inicialmente considerada por la jurisprudencia como sustancia que causaba grave daño a la salud, la Sala 2ª del Tribunal Supremo modificó este criterio en la Junta General celebrada el 23 de marzo de 1998, adoptando una postura radicalmente opuesta a la doctrina anterior.

A esta sustancia se refiere con destacada amplitud de detalles técnico-científicos la sentencia núm. 556/1998 de 27 abril, en la que se destaca que el flunitrazepam es una benzodiazepina de acción intermedia. *"Las benzodiazepinas son fármacos con un amplio margen terapéutico, de modo que pueden administrarse aún a dosis superiores a las terapéuticas con una relativa seguridad. De este modo, es difícil alcanzar dosis tóxicas que supongan un gran peligro para la vida del intoxicado, siempre y cuando la intoxicación se haya producido sólo por benzodiazepinas. La literatura mundial apenas si recoge casos de fallecimientos tras la ingesta o administración por cualquier vía de benzodiazepinas, si bien es frecuente encontrarlas asociadas a muertes en las que se produjo una ingesta de otros fármacos depresores del sistema nervioso central.*

*En el caso de flunitrazepam existe la posibilidad de muerte debida a la ingesta de flunitrazepam solo, no acompañado de otras sustancias, estando descrito un fallecimiento con una dosis de 28 mg equivalente a catorce comprimidos.*

*Habitualmente no se producen efectos cardiovasculares ni respiratorios graves, a menos que se haya ingerido concomitantemente alcohol o fármacos depresores centrales (antidepresivos, neurolépticos, barbitúricos, etc.).*

*"(...) Los síntomas asociados al consumo crónico de benzodiazepinas son, hasta cierto punto, parecidos a los que pueden presentarse en idénticas circunstancias con los barbitúricos o el alcohol etílico, aunque existen ciertas diferencias que los individualizan".*

### **c) Trankimazin (Alprazolam)**

Como decía la sentencia de 1 de febrero de 1999 (RJ 211/99) *"el fármaco Trankimazin contiene un componente activo, el "Alprazolam" que tiene la consideración de psicotrópico pero sus efectos e indicaciones ponen de relieve que no se trata de una sustancia cuyo consumo pueda producir graves riesgos para la salud salvo en los casos de ingestión masiva y descontrolada. Se trata de un agente ansiolítico con actividad específica en crisis de angustia".*

Tal conclusión fue reiterada, entre otras en sentencia núm. 54/2006 de 1 febrero, afirmando que *"la sustancia conocida como Alprazolam produce determinada sintomatología, exhaustivamente estudiada y contrastada, que no se diferencia, en gran manera, de la mayor parte de los ansiolíticos. Su incidencia depende de la dosificación (...) y sus contraindicaciones y efectos secundarios son muy semejantes a*

*las del Lexatín (...). En todo caso, se trata de un fármaco que está controlado y autorizado por lo que, su consideración como gravemente dañosa a la salud, entraría en contradicción, por lo menos abstracta, con las autorizaciones y controles oficiales y con su venta, con receta, en los establecimientos farmacéuticos".*

(En el mismo sentido, sentencia núm. 890/2012 de 15 noviembre).

#### **4. La conducta típica**

Como ya se dijo, la conducta típica se describe en términos imprecisos. Así, tras la especificación de ciertos comportamientos -cultivar, elaborar, traficar o poseer para traficar- se introduce una fórmula muy abierta que comprende a quienes "de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas".

Desde la doctrina se ha señalado que se ha querido evitar el problema que representan las dudas que podría plantearse sobre si deben considerarse como tráfico ciertos comportamientos, como el invitar, el transportar, el conservar, que, dada la fórmula abierta empleada, sí pueden ser castigados en tanto que son promotores, favorecedores o facilitadores del consumo.

Sin embargo, y en el otro extremo, existe otro problema que se presenta ante determinados comportamientos que, bien por las especiales circunstancias y/o relaciones de que quienes intervienen, bien por las características de la sustancia sobre la que recaen, están en el límite de la descripción típica y podrían reputarse excluidos del ámbito del artículo. Los casos más conocidos son los de consumo compartido, de consumo compasivo y de riesgo insignificante.

Ante ellos, nuestro Tribunal Supremo no ha reaccionado siempre igual.

Así, una línea interpretativa atiende fundamentalmente al bien jurídico protegido. Como el delito del artículo 368 del Código Penal es de los llamados de peligro abstracto, lo que se precisa es determinar si en el caso juzgado la conducta realizada es idónea para poner en peligro ese bien jurídico.

Al amparo de esta interpretación, las referidas conductas serían atípicas.

Una segunda postura, la más dura, sostiene que todos los actos de favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, cualquiera que sea el perfil de las personas implicadas en los actos o la cantidad de droga objeto de la acción, encuentran cabida en el tipo de injusto diseñado en el artículo 368 del Código Penal. Bajo este punto de vista, la entrega -la donación- de droga, aunque sea sin contraprestación, es delito del artículo 368 CP, dado que tal hecho favorece el consumo de drogas prohibidas. Por la misma razón, el dejar la droga al

alcance de otro o el mero hecho de compartirla es suficiente para entender existente el delito.

Un tercer criterio sostuvo el entendimiento de que todo acto de venta de droga supone un acto de favorecimiento de su consumo ilegal, en cuanto implica la difusión de la droga desde los traficantes hasta los consumidores, con independencia de la cantidad de sustancia transmitida, de manera que sólo cuando la sustancia no sea idónea para crear el riesgo prohibido, lo que ocurrirá cuando carezca de toda virtualidad para producir los efectos propios de la droga de que se trate, la acción podrá considerarse atípica.

Por último, y como manifestación de una combinación del primer y la tercer criterio, se impuso la idea que se inicia cuando el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de enero de 2004 acordó que el Instituto Nacional de Toxicología propusiera unos mínimos científicamente considerados como inanes para la salud de las personas. Conforme a lo solicitado, el Instituto Nacional de Toxicología confeccionó un cuadro de las conocidas como "dosis mínimas psicoactivas" de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas.

#### **4.1 El consumo compartido**

Se estiman como hipótesis de consumo compartido (por todas STS 326/2005, de 14 de marzo) las conductas en las que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que los consumidores sean adictos.
- b) Que el consumo proyectado ha de realizarse en un lugar cerrado sin riesgo de que terceros puedan inmiscuirse o que exista riesgo de difusión o de visión de tal consumo por los efectos perjudiciales que ello conlleva.
- c) Que la cantidad de droga sea pequeña, y capaz de ser consumida en el acto, evitando todo riesgo de almacenamiento que exceda del propio consumo compartido.
- d) Que las personas que integran el grupo de consumidores sean, personas ciertas y determinadas, único modo de valorar su número y condiciones. También se exige un consumo "inmediato" de las sustancias adquiridas.

En estos casos, la evidencia de que las sustancias estupefacientes no van a salir del estrecho círculo de los consumidores iniciales, todos ellos ya suficientemente iniciados en la autoadministración de tóxicos, permite afirmar que la salud pública, como bien jurídico, no se encuentra sujeta a ningún riesgo relevante.

Por otro lado, y en cuanto al requisito de que los consumidores sean adictos, ha detallado el Tribunal Supremo en sentencia 408/2005, de 23 de marzo, que ha de entenderse esta palabra en el sentido, no de drogodependientes en sentido estricto, sino comprensiva de

los consumidores de fin de semana.

En concreto dice el Tribunal Supremo: *"precisamente la figura que se comenta del consumidor esporádico de fin de semana es la típica y más usual de consumo compartido, de suerte que si por no presentar un patrón de consumo, los partícipes quedaron excluidos del supuesto que se comenta, se produciría el efecto perverso de hacer de peor condición a los consumidores esporádicos que a los adictos, y precisamente por esta vía se llegaría a la inaplicabilidad de la doctrina que se comenta del consumo compartido"* (la STS 286/2004 de 8 de marzo insiste en la misma línea de interpretación de "adicto" como consumidor de fin de semana, un patrón de uso que no exige la condición de drogadicto).

En sentencia núm. 378/2006 de 31 marzo se citaban y recordaban otros pronunciamientos en los que se ampliaba el concepto de adicto para extenderlo a los consumidores habituales de fin de semana, singularmente en los casos de drogas sintéticas (MDMA, MDA), en los que el patrón de consumo más habitual responde a ese tipo de consumidor, que lo hace en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos.

Por otro lado, se insistía en que la necesidad de que el consumo tenga lugar en lugar cerrado tiene por finalidad, al tiempo que evitar que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo, el impedir el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente.

También se advertía de que los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. (en igual sentido, sentencia núm. 741/2013 de 17 octubre).

En este apartado no puedo dejar de citar la interesante sentencia n° 788/2015, de 9 de diciembre, referida a un caso en que se constituyó un club de cultivo y consumo de cannabis. Según la Audiencia Provincial que absolvió a los acusados, la actividad de la asociación, aun con especiales características, constituye un supuesto de lo que denomina "cultivo compartido" que, como variante del consumo compartido, sería, según dicho órgano, tan atípico como lo es el cultivo para consumo personal.

La sentencia absolutoria es casada por el Tribunal Supremo, en cuya argumentación se hacen interesantes consideraciones sobre la permisividad de diferentes legislaciones respecto al consumo de sustancias estupefacientes, haciendo un recorrido también por algunos intentos normativos de algunas Comunidades Autónomas tendentes a liberalizar el consumo de ciertas drogas.

Afirma el Alto Tribunal que *"El art. 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve. El cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas en el art. 368. Cuando su objetivo final es ese consumo contrario a la*

*legalidad, se convierte en conducta típica. (...) el cultivo es atípico cuando no se detecte alteridad, presupuesto de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo de otros. El cultivo para el exclusivo consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relieve penal.(...) Los actos de cultivo del mismo son punibles sólo en cuanto tiendan a facilitar la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo indebido por terceros.*

*(...) La magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina, sino sobre todo su filosofía inspiradora”.*

*“que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones.*

*Sí traspassa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes”.*

La sentencia anteriormente citada aplica la doctrina sentada en Pleno Jurisdiccional que tuvo lugar con ocasión del primer recurso que resolvió el Tribunal Supremo en relación con las asociaciones de cáñamo. Ese primer recurso fue decidido en sentencia 484/2015, de 7 de septiembre, que contó con tres votos particulares.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia número 563/2016, de 27 de junio en otro caso parecido sucedido en Barcelona (el “María de Gracia Club”).

Llama la atención esta sentencia por dos circunstancias. En primer lugar porque tres de los cinco magistrados integrantes de la Sala eran los que respectivamente formularon los votos particulares en la de septiembre de 2015. Y en segundo lugar porque en este caso no prosperó el recurso del Ministerio Fiscal, manteniéndose la absolució, si bien no por ser un caso de consumo compartido.

Precisamente por tales circunstancias el Tribunal Supremo se ve obligado a explicar muy detalladamente el motivo de la desestimación del recurso del Ministerio Fiscal, aclarando que

no supone una quiebra de la doctrina sentada en el Pleno Jurisdiccional citado.

Literalmente dice el Alto Tribunal en el fundamento jurídico 5°:

*"¿Donde está el dato diferencial y relevante para justificar una respuesta absolutoria vía error invencible de prohibición, sin que suponga una contradicción con lo decidido en la sentencia 484/2015 del Pleno de la Sala, que en relación a la "Asociación EBERS" concluyó con sentencia condenatoria, si bien apreciando un error vencible de prohibición?.*

*Estimamos que el dato diferencial que presenta el actual caso enjuiciado y que lo diferencia del juzgado en la sentencia del Pleno 484/2015 citada, se encuentra en que en el presente caso, y como consta en el hecho probado, la inscripción de dicha Asociación en el Registro de Asociaciones de la Generalitat fue acordada por la Dirección General del Derecho y de Entidades Jurídicas previo el dictamen no desfavorable del Ministerio Fiscal, al que se le dio traslado de la petición de inscripción. Este traslado e informe del Ministerio Fiscal que no se opuso a la inscripción constituye el hecho diferencial y relevante que justifica la decisión de esta Sala Casacional de mantener la absolución acordada en la instancia no por los argumentos de la sentencia relativos a la doctrina del consumo compartido, que no es de aplicación, como ya se decía en la sentencia del Pleno citada, sino por aplicación del error invencible de prohibición".*

#### **4.2 Consumo compasivo.**

Se consideran casos de consumo compasivo aquéllos en los que la acción consiste en donaciones a familiares o allegados adictos de cantidades mínimas de droga, sin contraprestación alguna. En estos casos, la nimiedad de la droga objeto de transacción, la concreción y delimitación del destinatario, la falta de contraprestación y la finalidad compasiva que informa la entrega permite concluir que la conducta carece de relevancia para poner en peligro el bien jurídico por la inadecuación de la acción.

En esta línea, en la sentencia 98/2005, de 3 de febrero, se excluye la tipicidad de la conducta, porque su pretensión *"fue únicamente la de mitigar momentáneamente los sufrimientos propios del síndrome de abstinencia mediante la entrega de cantidades mínimas de droga, para su consumo inmediato y sin riesgo de difusión, no lesionando el bien jurídico protegido"*.

Los casos de consumo compasivo entran dentro de la aplicación del llamado principio de insignificancia, que ahora examinaremos, si bien aplicado a la conducta, que carece de relevancia para poner en peligro el bien jurídico por la inadecuación de la acción.

Deben distinguirse de aquellos otros en que lo afectado es el objeto del delito, la droga o sustancia, que objetivamente

carece de idoneidad para poner en peligro el bien jurídico protegido.

#### **4.3 Riesgo insignificante.**

Se estiman supuestos de riesgo insignificante aquellos en los que la cantidad de droga transmitida puede calificarse de ínfima, de tal manera que el perjuicio para la salud que su administración podría significar sería apenas teórico. En estos casos, se produciría una ausencia de antijuridicidad material por objetiva falta de riesgo para el bien jurídico protegido.

Dentro de estos supuestos se han de distinguir dos casos:

- a)- aquellos en los que la droga, aun siendo ínfima en cantidad, no carece en absoluto de principio activo capaz de afectar a la persona sin perjuicio de que, por concurrir otras circunstancias, merezcan la consideración de atípicos;
- b)- aquellos otros en los que la sustancia transmitida carece objetivamente de idoneidad para afectar al bien jurídico protegido por el delito.

Con respecto a los primeros casos, en sentencia núm. 870/2008 de 16 diciembre, se advertía que también la venta de una reducida cantidad de droga pone en peligro la vigencia de la norma del art. 368 CP pues se trata de una conducta que constituye una forma de difusión del consumo de drogas tóxicas.

*"Es por tal que conductas cuya peligrosidad individual sólo tienen carácter marginal, son también peligrosas para la vigencia de la norma, cuando se permite su generalización y acumulación".*

*"Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, como dice la Sentencia 977/2003, de 4 de julio, razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido."*

De conformidad con lo que en dicha resolución se expone, no cabe extender el concepto o principio de insignificancia más allá de la objetiva constatación de que la sustancia aprehendida no es idónea para afectar a la persona.

Se sale al paso así de la cuestión de si es posible aplicar dicha tesis a los casos de cantidades algo mayores, pero cercanas, por encima, a los mínimos psicoactivos así como al suministro a personas que ya son adictas, supuestos en los que se pone en duda que se afecte a la salud pública.

*"La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha*



*establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención (SSTS. 901/2003 de 21.6 y 250/2003 de 20.2)".*

*"(...) de aceptarse, sin más la tesis del principio de la insignificancia, se estaría indirectamente alentando una estrategia delictiva basada en el artificial fraccionamiento de grandes cantidades que serían, de esta forma, presentadas como dosis no psicoactivas. Dicho en otras palabras, si se afirma que el consumo por una persona de esa cantidad es totalmente inocuo para la salud y no comporta riesgo o peligro alguno, no hay forma racional de sostener que el consumo por cien personas de idéntica cantidad sí supondría tal riesgo".*

Por el contrario, y como dice la sentencia núm. 298/2004 de 12 marzo, al ser el delito del artículo 368 del CP de peligro deben quedar excluidas aquellas acciones totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro -aun cuando sea potencialmente- la salud pública.

Esto es lo que sucede cuando la sustancia no puede, en puridad, ser considerada droga tóxica o estupefaciente, calificación que sólo merece, en el sentido del art. 368 CP, aquélla sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios.

Por tal razón, se han tomado como referencia los cálculos del principio activo de cada droga respaldados por Informe del Instituto Nacional de Toxicología.

Clarificadora es, al respecto, la sentencia núm. 893/2005 de 7 julio, en la que se reconoce que "En estos supuestos de cantidades mínimas de sustancias estupefacientes o psicotrópicas hubo una jurisprudencia no bien precisa a los efectos de concretar dónde habrían de colocarse los límites cuantitativos que tendrían que determinar la absolución o condena en cada caso. Incluso se llega a discutir si era posible esa absolución.

En aras de la necesaria seguridad jurídica sobre este tema, hubo una reunión de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, constituida en pleno no jurisdiccional, celebrada el 24.1.2003, en la que se acordó que por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos respecto de cada clase de sustancia por debajo de los cuales pudiera asegurarse la no afectación para la salud de las personas.

Tal organismo público contestó al cabo de casi un año y, a partir de esta contestación, esta sala adoptó sus conclusiones y viene aplicando esos límites, de modo que, superadas las cantidades correspondientes, no habrían de realizarse pronunciamientos absolutorios en base a la mencionada argumentación".

Como se dice en dicha resolución, dosis mínima psicoactiva es la cantidad mínima necesaria para que pueda afectar a las

funciones físicas o psíquicas de una persona.

Con mayor precisión, en sentencia núm. 324/2014 de 15 abril señala el Tribunal Supremo que el concepto de dosis mínima psicoactiva se corresponde con la concentración más reducida de principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano, con independencia de su idoneidad para satisfacer las necesidades del consumidor y diferente, por tanto, de las dosis de abuso habitual que es la utilizada en cada toma por los consumidores de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con aptitud para satisfacer sus necesidades inmediatas.

En esta sentencia, que recuerda cuáles son las **dosis mínimas psicoactivas de las sustancias más habituales** (heroína: 0,66 miligramos; cocaína: 50 miligramos; hachís: 10 miligramos; MDMA: 20 miligramos; morfina: 0,002 gramos; LSD 20 microgramos (0,000002 gramos), se indica algo muy interesante desde el punto de vista de la prueba. Dice así:

*"La determinación del porcentaje de principio activo de las drogas objeto de tráfico no necesita de modo imprescindible ser acreditado por prueba pericial analítica, pudiendo serlo a través de un juicio de inferencia basado en la valoración de elementos indiciarios especialmente sólidos, como ocurre cuando la cantidad de droga excluya toda probabilidad racional de que la cantidad de principio activo sea inferior a lo establecido por esta Sala como dosis mínimas psicoactivas".*

En el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2005 se abordó nuevamente la transmisión de mínimas cantidades de droga o mínimos psicoactivos y se adoptó el acuerdo de *"continuar manteniendo el criterio del instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa"*.

## **5. El tipo atenuado**

El apartado segundo del artículo 368 del Código Penal prevé que "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 gestación de esta importante novedad, introducida en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tuvo lugar en el seno del propio Tribunal Supremo, que había venido reclamando la necesidad de atemperar la pena del delito básico en supuestos que en términos genéricos, podríamos calificar de menor entidad, sin que fuese necesario, por tanto, acudir a

las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Fue así como el 25 de octubre de 2005, los magistrados de la Sala 2ª, reunidos en Pleno no jurisdiccional, haciendo uso de la facultad que le concede el art. 4.3 del Código Penal, acordaron proponer al gobierno de la Nación la inclusión de esa posibilidad atenuatoria.

Dicha propuesta se redactó en los siguientes términos:

*"Aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta Sala Don José Antonio Martín Pallín, al amparo del artículo 4.3 C.P., sobre la conveniencia de modificar la redacción del actual artículo 368 del mismo Texto legal, añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño.*

*Igualmente se aprueba como propuesta alternativa a la anterior, la formulada por el también Magistrado de esta Sala Don Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de añadir un segundo párrafo al actual artículo 368 C.P. con el siguiente texto "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable".*

El legislador acabó acogiendo la segunda de las propuestas casi literalmente, quedando redactado el precepto como antes se dijo.

La expresión "en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable" ha centrado la interpretación del artículo, destacando que las dos variantes recogidas allí están unidas por la "y" copulativa, de donde se infiere, en una primera aproximación, que ambas deben concurrir juntas.

La respuesta a esta cuestión -si las circunstancias han de concurrir juntas-, la ha dado el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia núm. 674/2015 de 10 noviembre, que tras explicar que en la jurisprudencia se han mantenido dos posturas sobre la naturaleza del nuevo apartado -si subtipo atenuado o si regla específica de individualización de la pena-, afirma que "no es preciso la concurrencia de los dos elementos, sino una valoración total del hecho para mejor proporcionar la pena a la conducta declarada probada. Por ello cuando la gravedad del injusto presenta una entidad nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del párrafo segundo no puede estar condicionada a la existencia de circunstancias personales del culpable, en tanto éstas siempre han de operar en el marco de la culpabilidad para la gravedad del hecho cometido."

Fuera de toda duda queda que esta atenuación específica es aplicable tanto a los casos de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud como a los de otras que no lo son,

pues el precepto no hace distinción alguna.

### **5.1 Requisitos. Doctrina jurisprudencial**

La sentencia núm. 13/2015 de 23 enero (que cita la STS 724/2014, de 13 de noviembre), nos resume la doctrina jurisprudencial sobre esta materia en los siguientes términos:

1º) el nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado (Esta afirmación resulta, sin embargo, cuestionada por la Sentencia núm. 674/2015 de 10 noviembre, antes mencionada, en la que se plantea el debate entre la consideración como subtipo atenuado y regla específica de individualización de la pena);

2º) concurre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinhas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico";

3º) la regulación del art 368.2 CP no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad;

4º) las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social;

5º) cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable;

6º) 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;

7º) cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, debe prevalecer la peligrosidad del culpable, por lo que no se justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma;

8º)- este segundo párrafo del art. 368 del Código Penal requiere que en el relato de hechos probados se haga

referencia a una situación que evidencie la escasa gravedad y a la concurrencia de circunstancias personales que propicien un menor rigor en la imposición de la pena para adecuarla y proporcionarla al hecho (esta exigencia acerca la naturaleza de la norma a la de subtipo atenuado, en detrimento de la idea de regla de individualización de la pena).

En la sentencia núm. 309/2016 de 14 abril se citan otras en las que se mencionan supuestos susceptibles de ser acogidos bajo el tipo atenuado:

- la STS. 878/2011 de 25 de julio, se refiere a casos de venta de cantidades insignificantes con fines de autofinanciación, concurriendo la marginalidad del acusado, su poca inserción en el medio social; en suma, actividades de tráfico de menor relevancia o entidad;

- la n° 32/2011, de 25 de enero habla de supuestos de vendedores de papelinas, que constituyen el último eslabón en la venta al menudeo, cuando posean escasa cantidad de sustancias estupefacientes y padezcan drogodependencia por su adicción a tales sustancias.

Por otro lado, destacan las SSTSS. 586/2013 de 8 de julio y 191/2014 de 10 de marzo, que la escasa entidad de la droga es "un requisito insoslayable que no puede eludirse en ninguna forma", en tanto que las circunstancias personales del autor habrán de ser valoradas por el Juzgador, "sin reclamar que concurra ninguna favorable".

## **5.2 Cantidad**

Pero, como ha precisado el Tribunal Supremo, escasa entidad no significa escasa cantidad. El precepto no alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos, pues, ante una contrapartida del subtipo agravado de notoria importancia. En consecuencia, siendo uno de los criterios a tomar en cuenta la cantidad, no es el único parámetro para evaluar la gravedad.

Ahora bien, la cantidad es una guía objetiva y nítida, de aquí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar que el hecho reviste "escasa entidad" será, justamente, la reducida cuantía de la droga manejada.

El Tribunal Supremo no ha formulado -todavía- un criterio uniforme sobre las cantidades a tener en cuenta para apreciar la concurrencia del tipo atenuado.

Así, en sentencia 38/2012, de 2 de febrero, se aplica la escasa entidad en un supuesto de ocupación al condenado de dos bolsas conteniendo una cantidad neta de "unos tres gramos de cocaína, aproximadamente".

En la 49/2012, también de 2 de febrero, se aprecia la aplicación del art. 368.2° en un supuesto de "venta de una papelina y aprehensión de cinco más", con una cantidad bruta de 2'539 gramos de cocaína al 39'6% de pureza (peso neto 0'576

gramos).

En la 52/2012, también de 2 de febrero, se aplica la escasa entidad en un supuesto de venta de dos bolsitas conteniendo cocaína y ocupación de otras cinco bolsitas en el domicilio, con un peso total de 3'5 gramos de cocaína con un porcentaje de pureza del 32'40% (1,134 gramos de cocaína pura)

En la 30/2012, de 23 de enero, se aplica el art. 368.2° en un caso de ocupación de una piedra de cocaína de 5'970 gramos con una riqueza del 24'55%, es decir 1'48 gramos de cocaína pura. La 387/2012, de 22 de mayo, contempla un caso de 4,30 gramos de cocaína, con una pureza del 26,9%.

La núm. 271/2016 de 5 abril califica objetivamente como de "escasa entidad", la ocupación tres papelinas conteniendo un total de unos siete decigramos de heroína aproximadamente, si bien en este caso no se apreció el tipo privilegiado por ser el autor persona dedicada a la venta reiterada de dicha sustancia.

Por el contrario, en la sentencia núm. 782/2015 de 14 diciembre, caso de intervención de 23,78 gramos en el que se contempla el descuento de lo que podría destinarse al autoconsumo de 5 días (7,5 gramos), restando por tanto 16,28 gramos, se concluye que no es merecida la calificación de escasa entidad de los hechos.

Tampoco se apreció dicho tipo en sentencia 191/2014 (9,61 gramos de cocaína) ni en la 586/2013 (6,51 gramos), en ambos casos, reducida la sustancia a pureza.

### **5.3 Concurrencia con tipos agravados**

Por lo que respecta a la posibilidad de que el precepto que examinamos sea aplicado en casos en los que concurre una circunstancia agravante específica, la Sentencia núm. 637/2015 de 29 octubre, declara que:

- de conformidad con los antecedentes de la norma no es excluible su compatibilidad, con carácter general, con todos y cada uno de los supuestos agravados a que se refiere el art. 369 del Código Penal pues el nuevo apartado establece su propia regla de exclusión (es incompatible con la pertenencia a una organización delictiva -art. 369 bis-, con la utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos, con la condición de jefe, administrador o encargado de las organizaciones encaminadas a favorecer la comisión del delito o con los supuestos de extrema gravedad -art. 370-);
- esto no debe hacer perder de vista la idea de excepcionalidad que ha de presidir la determinación del alcance del art. 368 párrafo segundo. Así, la escasa entidad parece frontalmente incompatible, por ejemplo, con la notoria importancia, sancionada como tipo agravado y carecería de sentido *"construir un tipo agravado a partir de la notoria afectación del bien jurídico para autorizar, al mismo tiempo, la degradación de la pena en atención a la escasa entidad del*

hecho”.

La anterior sentencia se refiere a un caso de venta de un establecimiento público, concretamente un inmueble en el que se vendían bocadillos y a propósito de él cita el Tribunal Supremo otro caso igual, en cuya sentencia argumentaba:

*“... aunque las cantidades de sustancias estupefacientes fueran de escasa cuantía, su ubicación excluye la aplicación del subtipo atenuado aunque no llegue a justificar la aplicación del subtipo agravado”* (STS 1262/2011, 18 de noviembre). Hemos dicho también que *“... no todo acto de menudeo, sin más, se hace merecedor de la aplicación del tipo atenuado. En supuestos en los que se describen varios actos, cronológicamente diferenciados, de venta de sustancia estupefaciente y en los que, además, existe la referencia locativa representada por un bar abierto al público, que sirve de punto de encuentro para las transacciones, el hecho imputado deja de ser de escasa entidad, como exige el art. 368.2 del CP”* (STS 852/2013, 14 de noviembre).

En cualquier caso, y como se dijo, la posibilidad de compatibilidad, al menos desde un punto de vista teórico, existe, como se desprende de los términos en que se expresa la Sentencia núm. 637/2015 de 29 octubre, anteriormente citada:

*“También hemos declarado que, pese a la utilización de la conjunción copulativa “y”, no faltarán casos en los que el peso de lo objetivo o subjetivo sea de tal intensidad que desequilibre la exigencia literal de ambos elementos, hasta el punto de que lo que aparece como objetivamente grave en el plano de la antijuridicidad, relativice su alcance en el ámbito de la culpabilidad”*.

## **6. Autoría. Consideraciones generales**

Durante años la jurisprudencia ha venido reiterando que la definición del tipo del artículo 368 conlleva un concepto extensivo de autor pues lo será todo aquél que realice alguno de los amplios comportamientos que se describen sin que dentro de las de promoción, favorecimiento o facilitación sea posible distinguir conductas de menor entidad.

Así, en la Sentencia 409/2005, de 24 marzo, se dice que *“el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor, que se extiende a todos los que ostentan el dominio del hecho dentro de la acción conjunta planeada, de modo que el acuerdo previo convierta a todos los intervinientes en autores. La división del trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho delictivo dentro de esa planificada ejecución conjunta, habiéndose adoptado por el Legislador un*

*tipo tan amplio que excluye ordinariamente las formas accesorias de participación, salvo supuestos muy excepcionales".*

En aplicación de esta tesis, se ha considerado, por ejemplo, que los **actos de transporte** son propios del autor a no ser que el encausado fuese ajeno al plan rector de la operación de transporte sin la menor capacidad de incidir en él y con una participación limitada a prestar su contribución como mero destinatario transitorio (STS 409/2005, de 24 marzo)

En cuanto a la **donación**, la Sentencia 1312/2005, de 7 de noviembre, declara que *"el bien jurídico protegido sufre lo mismo si la transmisión de la droga es onerosa como gratuita y por eso la jurisprudencia de esta Sala ha considerado típica la donación incluso cuando desapareció nominalmente del antiguo art. 344 CP por la reforma LO 8/83 de 25.6, pues no es necesario, para que se cometa el delito, que se haya obtenido beneficio económico y ni siquiera pretenderlo"*.

De este modo, se decía que la invitación gratuita al consumo sigue siendo delictiva, admitiendo sólo en algunos casos, siempre excepcionales, la atipicidad de la conducta (casos de consumo compartido o de consumo compasivo, ya examinados).

Respecto de los **actos de vigilancia**, se decía en sentencia 69/2005, de 21 enero, que *"las labores de vigilancia se han considerado como autoría o cooperación necesaria y ello por varias razones: 1) hay acuerdo previo respecto del plan delictivo; 2) constituye directamente una acción de facilitar o favorecer el tráfico de drogas y además es un acto fundamental; 3) se tiene el dominio del hecho delictivo"*.

## **6.1 Complicidad**

Conforme queda dicho, la complicidad era difícilmente admisible como forma de participación en el delito que estudiamos.

Ya en sentencia 94/2006, de 10 de enero, se afirmaba que *"debe ser rechazada su pretendida consideración de complicidad criminal, ya que ésta requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado en términos de prescindibilidad concreta o relacionada con el caso enjuiciado"*.

*La complicidad se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso"*.

(El caso trataba una conducta consistente en esperar en un aeropuerto a otra acusada con la misión de recibirla y servirle de contacto para facilitar su misión guiándola a su destino final).



De la admisión de la complicidad como forma de participación es un buen ejemplo la sentencia n°1234/2005, de 21 de octubre, que señalaba casos concretos admitidos como tales:

- a) la mera indicación al consumidor que quiere comprar la droga del lugar donde se vende e incluso el acompañamiento hasta dicho lugar;
- b) la ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga;
- c) el transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro con fines de ocultación;
- d) la recepción de llamadas telefónicas hechas por el porteador de la droga y el traslado de los mensajes a los implicados con el transportista;
- e) el acompañante de otro implicado en el tráfico, con la sola finalidad de proveer de apariencia de licitud al viaje que tenía por objeto el transporte de la sustancia de tráfico prohibida;
- f) conducir el vehículo en que otra persona transporta la droga.

Lo expuesto en las sentencias citadas se reitera en sentencias más recientes, como la núm. 115/2014 de 25 febrero, en la que se dice que *"toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de **mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino**"*.

## **6.2 Otros supuestos: comisión por omisión, posición de garante, mera convivencia**

Con frecuencia se ha suscitado ante los tribunales la cuestión relativa a la intervención que en el delito del artículo 368 se atribuye a quienes conviven con la persona señalada como autor principal de la infracción.

En la Sentencia 94/2006, de 10 de febrero, el Tribunal Supremo aborda esta cuestión y afirma que *"no basta la convivencia en común para llegar a la culpabilidad por ese solo dato, de quien no se confiesa conocedor o partícipe de la actividad familiar"*.

No basta, por tanto, una mera actitud de pasividad para ser reputado partícipe. Es preciso que se actúe mediante alguna actividad, sin que pueda fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito.

En sentencia 9/2005, de 10 de enero, se recuerda que el principio de culpabilidad requiere como mínimo la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro.

El acceso a la droga que tiene el cónyuge, el padre, hijo o persona que convive con otra de manera análoga no puede comportar por sí sola la realización del tipo penal. Naturalmente que en este delito es posible compartir la tenencia, pero para probarlo no bastará con apelar a la convivencia familiar.

Aunque el derecho vigente establece deberes de solidaridad entre los cónyuges que pueden ser fundamento de una posición de garante, tales deberes no pueden proporcionar ninguna base al establecimiento de dicha posición respecto de bienes jurídicos ajenos.

*"Ello implicaría una forma de "responsabilidad familiar", que contradice el carácter personal de la pena en el Derecho moderno".*

En sentencia núm. 11/2011 de 1 febrero, afirma el Tribunal Supremo que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro.

En esta sentencia se cita la del Tribunal Constitucional 131/87, en la que se advierte que *"En particular se impone al intérprete establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo"*.

Y se refiere el TC a los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar, naturalmente, aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellas (tenencia de armas, art. 563 CP, de cosas provenientes de delitos, art. 298 a) y de drogas, art. 368).

Distingue el TC la posesión delictiva de aquellos casos en que se tiene un simple acceso a los objetos prohibidos como consecuencia de la convivencia familiar con el autor, sin que se realice aporte alguno a la conducta criminal.

Respecto al conocimiento de que la persona con la que se convive posee droga con propósito de traficar dice la sentencia núm. 1322/2011 de 7 diciembre:

*"El conocer que la persona con la que se convive posee droga con propósito de traficar con ella no implica por sí mismo ni participación en el delito del tráfico de drogas ni la obligación de denunciar tal hecho, así como tampoco permite afirmar la existencia de una posición de garante de que el tráfico no se va a producir"*.

Ese conocimiento puede generar una mera sospecha pero, como advierte el TS en sentencia núm. 443/2010 de 19 mayo, *"habrán de ser otras circunstancias concurrentes u otros indicios no meramente sospechosos"* los que justifiquen la incriminación (como, por ejemplo, cobrar el precio convenido a los

compradores).

## **7. Formas imperfectas de ejecución**

Por regla general, el delito de tráfico de drogas sólo se concebía cometido en grado de consumación.

Así lo exponía, por ejemplo, la sentencia del TS nº 1415/2005, de 28 de octubre, en la que se declaraba que *"al configurarse el delito de tráfico de drogas como de mera actividad y riesgo abstracto, resulta difícil concebir formas imperfectas de ejecución; siendo suficiente para la consumación del delito que la sustancia haya quedado sujeta a la voluntad del destinatario, existiendo disponibilidad sobre la misma, sin necesidad de un contacto físico o de una posesión material de la droga"*.

Y en sentencia núm. 183/2013 de 12 marzo, se advertía que conforme al tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, siendo difícil, además, que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

Los pocos casos en que se ha admitido la tentativa están relacionados con supuestos de transporte o de adquisición y en ellos tal forma imperfecta de ejecución se ha vinculado a la concurrencia de cualquiera de los siguientes requisitos:

- 1.º) que no se haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde su lugar de origen;
- 2.º) que no se sea destinatario de la mercancía;
- 3.º) que no se llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas.

Siguiendo esta línea, se han calificado como tentativa supuestos en que alguien que ejerce una función de intermediación o correo entra en contacto con el producto ilícito (por ejemplo, va a recoger un paquete a la oficina de correos y lo recibe del funcionario), pero es detenido inmediatamente.

Del carácter restrictivo de esta interpretación da idea la sentencia núm. 183/2013 de 12 marzo, referida a un caso de envío de paquete postal.

En ella se dice que en los **casos de envío de paquetes postales** que contienen droga, la posibilidad de una participación en grado de complicidad o de una actuación en fase imperfecta, queda desechada, desde el momento que exista concierto entre

el remitente y el receptor y la sustancia se encuentre ya remitida, aunque no llegue a tener el destinatario la posesión directa e inmediata de la droga.

*"Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida".*

*"El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito".*

Es la disponibilidad lo que determina la posibilidad de apreciación de la tentativa.

Así lo refleja la sentencia citada (que a su vez cita la 899/2012, de 2 de Noviembre, entre otras), en la que se afirma que *"cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado, como sucede en el caso actual, no ha llegado en momento alguno a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata"*.

(En el caso al que se refiere la referida sentencia, se tiene en consideración que el verdadero destinatario no pudo recoger el paquete directamente en el domicilio al que iba remitido, por lo que fue encargada a una tercera persona la recogida del mismo).

Literalmente argumenta el TS:

*"No hay elementos probatorios que permitan concluir que el recurrente también estaba concertado previamente con los remitentes del paquete, al menos con el grado de certeza que requiere una condena penal, y las reglas de experiencia indican que es relativamente habitual que para esta operación de recogida, muy arriesgada, se utilice a personas que no están insertas en el conjunto de la operación, se trata de personas que acceden "a posteriori" a la recogida de droga a cambio de algún tipo de contraprestación, cuando ya se ha enviado la droga, y ésta ha sido controlada, por lo que no existe en realidad ni posesión mediata de la droga, ni posibilidad de obtener su posesión efectiva"*.

Es suma, la doctrina jurisprudencial sobre la tentativa puede resumirse en las siguientes consideraciones:

a)- como principio general, el **carácter restrictivo** de la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas;

b)- en supuestos de **actos de tráfico**, se ha admitido de forma excepcional la imperfección delictiva en los supuestos en que el adquirente no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia

estupefaciente (por ejemplo, la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse);

c)- el tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

Es por ello que, tratándose de **envío de droga por correo u otro sistema de transporte** (incluidos los supuestos de entrega controlada), se considera autor del delito consumado a quien hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma por tener la posesión mediata de la misma.

De igual manera, en tales casos de envío de droga, el proporcionar un domicilio y un destinatario implica una colaboración en concepto de autor (del delito consumado) pues ello facilita la comisión del delito.

d)- Para apreciar la tentativa se requiere no haber participado en las operaciones previas al transporte. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada sin llegar a alcanzar, como ya se dijo, disponibilidad de la sustancia.

### **7.1 Tentativa inidónea**

La admisión, aunque restringida, de la tentativa en estos delitos, trae de la mano la cuestión relativa a la llamada tentativa inidónea.

El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, lo que llevó a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Dicha posición doctrinal no ha sido compartida por el Tribunal Supremo porque el artículo 16 del Código Penal de 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" (*"Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se*

produce por causas independientes de la voluntad del autor"). Según explica el Alto Tribunal en sentencia n° 899/2012, de 2 de noviembre, "Objetivamente quiere decir, en la interpretación consolidada de esta Sala, que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado".

"Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está); los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta".

Por el contrario, si se consideran supuestos punibles de tentativa, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Como explica el Tribunal Supremo, "La concepción contraria equivaldría prácticamente a la despenalización de la tentativa, opción, expresamente rechazada por el Legislador de 1995, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error del autor sobre la idoneidad de su acción. En todos los supuestos de tentativa, vistos "a posteriori", concurre algún factor ajeno a la voluntad del actor que ha impedido el resultado, es decir que ha hecho inidónea la acción, aunque objetivamente y desde una perspectiva abstracta y general, la acción era apta para producir el resultado deseado".

Esta doctrina fue ratificada por el Pleno de la Sala 2ª del TS de 25 de abril de 2012, en el que se adoptó un acuerdo en los siguientes términos:

"El art 16 no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados, valorados ex ante, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico".

## **8. Subtipos agravados**

El artículo 369 del Código Penal contiene los que se conocen como subtipos agravados o, si se quiere, circunstancias agravantes específicas.

En la redacción original el precepto tenía un solo párrafo y nueve circunstancias, a saber:

"1º Las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a **menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos, o se introduzcan o difundan en centros**

**docentes, en centros, establecimientos y unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros asistenciales.**

2° Los hechos fueren realizados en **establecimientos abiertos al público** por los responsables o empleados de los mismos.

3° Fuere de **notoria importancia** la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

4° Las citadas sustancias o productos se faciliten a **personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.**

5° Las referidas sustancias o productos **se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud.**

6° El culpable **perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.**

7° El culpable participare en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

8° El culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador y obrase con abuso de su profesión, oficio o cargo.

9° Se utilice a menores de dieciséis años para cometer estos delitos”.

La reforma derivada de la LO 15/03, de 25 de noviembre amplió a diez las circunstancias específicas de agravación, añadiendo un segundo párrafo en el que por primera vez en el Derecho penal español se estableció la posibilidad de que una persona jurídica fuese traída al proceso penal en concepto de parte pasiva.

La citada Ley respetó esencialmente la redacción de las circunstancias existentes, añadiendo una nueva, la décima, que reincorporó el contrabando como causa de agravación.

La LO 5/2010, de 22 de junio se limitó, en esencia, a modificar el orden de las circunstancias, suprimiendo el contrabando. Lo más importante de esta modificación estriba en el trato aún más específico dado a la organización delictiva, que sale del artículo 369 para ser regulada en el 369 bis.

### **8.1 Las concretas agravaciones del artículo 369.**

1ª. **"El culpable fuera autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en**

### **el ejercicio de su cargo, profesión u oficio"**

Redactada por LO 15/03, la LO 5/10 respeta sus términos y su orden en la relación del precepto.

Respecto a la redacción original, la única diferencia es que se dice "en el ejercicio de su cargo" en lugar de "con abuso de su cargo", recuperando así la redacción original del Código Penal de 1973.

Este cambio no tiene mucha importancia pues cualquier actividad delictiva relacionada con el tráfico de drogas realizada en el ejercicio de una profesión, supone siempre un abuso de la misma y lo que se sanciona es precisamente el aprovechamiento de esa circunstancia.

Precisamente el fundamento de la agravación radica en la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de las drogas por razón de la condición del sujeto activo. Esto es, no se sanciona de forma más grave porque el sujeto activo tenga alguna de las cualidades reseñadas en el tipo, sino porque el sujeto se prevale de tal cualidad para distribuir drogas tóxicas.

### **2ª. "El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito"**

(Anteriormente era la 3ª).

Conforme a la redacción original del precepto (entonces era la circunstancia 7ª) las actividades organizadas debían ser delictivas. Al desaparecer este calificativo, parece extenderse su aplicación incluso a las actividades lícitas.

Entenderlo así, sin embargo, iría contra el origen de esta norma, nacida de la transposición a la legislación nacional del Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas probado en Viena el 20-12-1988 que en su artículo 3.5 párrafos b) y c) establece como circunstancias agravantes: "La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas" así como "La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito".

Es por ello, sin duda, que la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005 indicaba que únicamente deberá aplicarse esta agravante si queda acreditada la participación en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito contra la salud pública.

En cualquier caso, es indudable que debe existir una conexión entre la actividad organizada o de ejecución facilitada y el tráfico de drogas pues sólo de esta manera puede justificarse una mayor gravedad del injusto, en atención a la facilidad comisiva permitida por la cobertura ofrecida por las referidas actividades.

### **3ª. "Los hechos fueran realizados en establecimiento abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos"**



Si por lo general los actos de tráfico de drogas se llevan a cabo en la clandestinidad para evitar su descubrimiento, convendremos en que hacerlos al amparo o bajo la cubierta de un establecimiento abierto al público disminuye el riesgo de que así suceda. Al tiempo aumenta el peligro de lesión del bien jurídico protegido, lo que constituye fundamento de la agravación.

Ahora bien, lo que se castiga es el mayor riesgo por la mayor facilidad para la transmisión, de manera que la mera posesión -sin ánimo de tráfico- en un local abierto al público no determinaría la aplicación de la agravación. La sentencia TS 22/2014, de 22 de noviembre, advierte que *"la cocina de un bar o cualquier otra dependencia, e incluso el propio bar, como lugar en que única y exclusivamente se deposita, guarda o esconde la droga, no constituye establecimiento abierto al público, a efectos agravatorios, siempre que no se difunda, distribuya o realice cualquier otra transacción, con las personas que tienen libre acceso al establecimiento"*.

Por la misma razón, y dado que lo que agrava es el uso del local como tapadera, es obvio que una operación de tráfico de droga llevada a cabo en el interior de un local durante las horas de cierre al público no permitirá aplicar la figura agravada.

El sujeto activo debe ser responsable o empleado del establecimiento abierto al público; es decir, la persona que dirige funcionalmente la actividad que se despliega en el local -responsable- o la persona que se encuentra vinculada con él en virtud de alguna relación jurídica que le coloca bajo su control funcional -empleado-.

Aunque los casos más frecuentes son los de venta, también podría aplicarse la agravante cuando en un bar se permite, por parte de sus responsables o empleados, el consumo de sustancias estupefacientes de manera habitual, puesto que de este modo se puede promover o favorecer el consumo de drogas.

Por local o establecimiento abierto al público entiende la Jurisprudencia aquel en el que existe la posibilidad indiscriminada de acceso y entrada al mismo por cualquier persona, siempre que cuente con una determinada infraestructura y acondicionamiento, si bien dentro de ellos se restringe la aplicación de la agravante a aquellos lugares del local que efectivamente sean de acceso público.

**4ª. "Las sustancias a las que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación"** (anteriormente 5ª)

En estos casos, lo que se pena con mayor intensidad es el mayor desvalor del hecho por razón de la especial vulnerabilidad de las personas destinatarias de la conducta típica (por razón del desarrollo personal, en el caso de menores de 18 años; de la limitada capacidad para comprender

el significado del riesgo, en el de los disminuidos psíquicos o de la inestable capacidad volitiva para oponerse al consumo, en los supuestos de adictos en proceso de recuperación).

Se exige que estas características subjetivas de la persona destinataria de droga sean conocidas por el sujeto activo pues así lo impone el carácter doloso del tipo agravado, debiendo solventarse los problemas de error conforme a lo previsto por el artículo 14.2 del Código Penal.

Sin embargo, ha admitido el Tribunal Supremo el dolo eventual como bastante para la punición afirmando que: *"para apreciar la cualificación no es necesario que el autor tenga conocimiento exacto de la edad del comprador, bastando con la existencia de un dolo eventual, dolo eventual que, como mínimo, consta aquí acreditado por la "indiferencia" que mostró la acusada sobre la edad del menor, al no ocuparse en comprobar la mayor o menor madurez del tan repetido comprador, aunque pudo suponer y representarse, que era menor de 18 años"* (S 255/2005, de 28 de febrero).

Además, por facilitar deberá entenderse, no posibilitar el consumo en términos generales, sino una entrega material o puesta a disposición de la droga.

En el último de los casos, se ha de precisar que por tratamiento debe entenderse no cualquier terapia, sino el que se sigue bajo la dirección de un especialista.

**5ª. "Fuera de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de la conducta a que se refiere el artículo anterior"**

Será objeto de especial atención en la última parte de este trabajo.

**6ª. "Las referidas se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud"**

En este caso el fundamento de la agravación es el aumento del riesgo para los consumidores pues, si bien el consumo ya implica un riesgo, no puede dudarse de que la adulteración lo hace más peligroso.

Lo esencial, por ello, no es la adulteración, manipulación o mezcla -de hecho, el "corte" de determinadas sustancias supone eso-, sino que con ello se incrementa el riesgo para la salud que normalmente acompaña a cada tipo de droga.

Por otro lado, el subtipo se refiere a sustancias ya elaboradas, no a las que se elaboran precisamente a través de mezclas de diversas sustancias, como por ejemplo, el Speed Ball, producto nuevo hecho de cocaína y heroína, que constituye una sustancia por sí misma con su propio potencial dañino.

Por la dicción del precepto, quedarían fuera del mismo los casos en que el mayor riesgo proviene del mayor porcentaje de pureza.

7<sup>a</sup>. **"Las conductas descritas en el apartado anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimiento o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades"**.

A diferencia de la redacción original del Código Penal de 1995, ahora no se exige que las sustancias se introduzcan o difundan en los lugares mencionados, sino simplemente que tengan lugar en ellos o en sus proximidades, lo que amplía de forma relevante el ámbito de la agravación desde el punto de vista de la conducta, motivando con ello amplias críticas al precepto por la inseguridad que con ello se genera.

Por el contrario, la sustitución de los centros asistenciales a que se refería la redacción original, por los centros de rehabilitación o deshabitación, ha reducido el ámbito espacial del tipo pues la expresión "centros asistenciales" es menos específica que la de "centros de rehabilitación o deshabitación".

El fundamento de la agravación varía en función del lugar:

- si se trata de centro docente o un centro de rehabilitación, parece que se tiene en cuenta a las personas que acuden a ellos;

- en el de centros, establecimiento o unidades militares o establecimiento penitenciario el fundamento de la agravación sería el mantenimiento del orden y la disciplina en estos recintos.

8<sup>a</sup>. **"El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho"**

Esta norma fue introducida por la LO 15/2003 y es una transposición al Derecho español de la normativa internacional contenida en el Convenio de Viena de 1988, concretamente de la letra d) del artículo 3.5 del referido Convenio, que recomienda a los Estados firmantes la agravación de la pena al delincuente que use violencia o armas en la comisión del delito.

Como el propio precepto indica, se castiga más por razón de los medios empleados por el sujeto activo para cometer el hecho típico.

Es por tal razón que debe haber una relación instrumental entre el empleo de la violencia, la exhibición-uso de armas y la conducta susceptible de ser tipificada en el artículo 368 del CP.

Por tanto, si la violencia o las armas se emplean en el descubrimiento del hecho delictivo, en el momento de la detención de los culpables o en su huida, no se aplicará esta agravante.

Como al principio se dijo, la LO 5/2010 suprimió la circunstancia que rezaba **"El culpable introdujere o sacare ilegalmente las referidas sustancias productos del territorio**

***nacional o favoreciere la realización tales conductas".***

Hay que recordar que el contrabando y el tráfico de drogas han sido tradicionalmente dos actividades delictivas unidas, cuya conjunción ha dado lugar a diferentes líneas jurisprudenciales.

Inicialmente, y hasta el 24/11/1997, el Tribunal Supremo consideró que cuando se daban ambas figuras, lo que se producía era un concurso de delitos a resolver conforme a las reglas del artículo 71 del Código Penal de 1973 (STS 8-2-1989, RJ 1498/1989, que señalaba que el bien jurídico protegido por ambas figuras era distinto: de un lado, la salud pública y de otro la actividad económica).

El Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 24-11-1997 modificó el criterio, estimándose que el bien jurídico protegido por ambos delitos sí es el mismo, la salud pública, y que por tanto la punición de ambos delitos conllevaría la infracción del principio "non bis in ídem".

A partir de entonces, diversas sentencias, la primera de las cuales es la nº 1088/1997, de 1 de diciembre, estimaron que lo que se daba entre ambas figuras era un concurso, pero de normas, que debía resolverse conforme a los criterios del artículo 8.3.º del Código Penal, aplicando, pues, el precepto más amplio o complejo, que absorbe al resto.

Como consecuencia del cambio de criterio, hubo un Pleno de la Sala Segunda el Tribunal Supremo en fecha 19-7-2000 que tuvo por objeto determinar por medio de qué vías se aplicaría la nueva línea jurisprudencial a casos ya sentenciados.

## **8.2 Agravaciones de 2º grado**

Por otro lado, el artículo 370 del Código Penal estableció lo que se conoce como hiperagravación.

La redacción original de tal precepto -que recogía parte del actual 369 bis- cambió sustancialmente con la Ley 15/03, cuya modificación ha llegado hasta la actualidad con un leve retoque dado por la LO 5/2010.

El artículo 370 del Código Penal dice actualmente así:

*"Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:*

*1.º) Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.*

*2.º) Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª (del apartado 1) del artículo 369.*

*3.º) Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.*

*Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, **embarcaciones** o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las*

*conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.*

*En los supuestos de los anteriores números 2º y 3º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito”.*

Pasemos a examinar cada una de estas circunstancias, a excepción de la segunda, por cuanto es objeto de atención en otra ponencia:

**1. "Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos"**

Originariamente formaba parte del artículo 369 y mencionaba únicamente a los menores de 16 años.

El fundamento de la agravación es el mismo que el ya expuesto para el artículo 369.1.º4 -la menor capacidad de estas personas para autodeterminarse-, añadiéndose el que la utilización de menores o incapaces permite tener mayor facilidad para cometer el delito, eludiendo responsabilidades criminales y dificultando a la Administración de Justicia su labor.

El término "utilizar" es interpretado por el TS (STS nº 1086/2004, de 27 de septiembre) como "cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental, como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor”.

En Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 26-02-2009, se adoptó el acuerdo que literalmente reza:

*“El tipo agravado previsto en el art. 370.1 del CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata”.*

**2. "Que se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones a que se refieren la circunstancia 2ª del artículo 369.1.º"**

El fundamento de la agravación es indirectamente proporcional a la actividad de estas personas en las operaciones de tráfico. Como dicha actividad es menor, dado que se mantienen alejados del "centro de operaciones delictivas", su detención resultará más difícil, lo que implica un mayor riesgo para el bien jurídico protegido por la consiguiente dificultad de su detención.

**3. "Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad"**

Lo que haya de entenderse por "extrema gravedad" lo dice el

propio legislador en un párrafo que puede desgajarse en los siguientes supuestos:

**a) Cuando la sustancias ocupadas "excedan notablemente de la considerada como de notoria importancia":**

Esta circunstancia fue introducida por LO 1/1988 de 24 de marzo, habiéndose considerado desde un principio que la expresión empleada es, cuando menos, polémica.

En su momento se rechazó que con su apreciación pudiese vulnerarse el principio "non bis in idem" por su relación con la "notoria importancia" del artículo 369.

Precisamente, y saliendo al paso del pretendido paralelismo con la notoria importancia, el Tribunal Supremo advirtió que aunque el criterio de la cantidad es significativo, no es decisivo pues el artículo 370 CP no habla de extrema cantidad sino extrema gravedad, de manera que se puede afirmar que hay una agravación de primer grado por la cantidad y otra, distinta aunque relacionada, de "extrema gravedad".

De este modo, siendo requisito imprescindible que nos encontremos ante una cantidad de droga enormemente elevada (extrema o absolutamente excepcional), se exige, además, la apreciación de otros elementos cualitativos, que eleven al límite la gravedad de la conducta, examinada en su conjunto. Con todo, y como en el caso de la notoria importancia, la necesidad de seguridad jurídica llevó al Tribunal Supremo a adoptar un criterio (exclusivamente cuantitativo) que quedó fijado en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, que fijó como módulo para determinar qué deba entenderse como tal, la que exceda de multiplicar por mil la cantidad de notoria importancia. Con arreglo a ese criterio, cuando, por ejemplo, de hachís se trata, se considera cantidad de extrema gravedad a partir de los 2.500 Kilos, resultante de multiplicar por mil los 2,5 kilos en que se ha fijado el límite de la notoria importancia para esta sustancia.

**b) Cuando se utilicen buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico:**

Los medios de transporte mencionados facilitan el traslado de grandes cantidades de droga, además de proveer de instrumentos de ocultación.

Cosa distinta es que el investigado realice un viaje llevando consigo la sustancia, sirviéndose de estos medios de transporte como forma obligada de transporte colectivo.

En el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 se incluyó un apartado, conforme al cual:

*"A los efectos del art. 370.3 CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de "buque". La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto,*

*quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad”.*

En esta circunstancia es donde se encuentra la única modificación, aparte de las debidas concordancias, que ha introducido la LO 5/2010 en el artículo.

Ahora se ha añadido el término “embarcaciones” después de “buques”, lo que ha sido motivado por la necesidad de incluir esos medios de navegación más modestos pero no por ello menos favorecedores de las acciones de tráfico (embarcaciones neumáticas, motos acuáticas etc), complemento imprescindible en muchas ocasiones -operaciones de desembarco- de medios mayores, incapaces por si mismos de completar las operaciones (caso de los buques nodriza que quedan en alta mar).

**c) Cuando se simulen operaciones de comercio internacional entre empresas:**

Esta agravante se justifica por la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se ampara en la cobertura de estas actividades de comercio lícito internacional, ya que la persecución y descubrimiento resulta mucho más dificultosa al llevarse y desarrollarse la trama delictiva en más de un Estado.

**d) Cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.**

(Esta materia forma parte de otra ponencia).

**e) Cuando concurren tres o más circunstancias de las previstas en el artículo 369.1 del Código Penal.**

De acuerdo con este precepto, la concurrencia de varias circunstancias del art. 370, o del artículo 369 con algunas del 370, o de uno u otro precepto con la del 369 bis (la utilización de buques por parte de las organizaciones es algo habitual) no generaría una especial agravación, como la normada.

**9. La agravante específica de notoria importancia**

Parece claro que a mayor cantidad de droga, mayor riesgo de difusión de la sustancia y por tanto mayor riesgo para el bien jurídico protegido. Sin embargo, ello no siempre fue entendido así. Veámoslo.

**9.1 Evolución legislativa**

El Código Penal de 1944 (más tarde Texto Refundido de 1973) no incluyó en su articulado regulador del delito de tráfico de drogas la agravación por razón de la cantidad de droga

aprehendida, limitándose el artículo 344 a sancionar el referido tráfico, sin especificación por razón de tal circunstancia.

En el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 se recogía -artículo 326- la facultad de los tribunales para "atendidas las circunstancias del culpable y la cantidad de droga poseída para traficar, imponer la pena inferior en grado a las señaladas en el párrafo 1.º".

Como se ve, lejos de ser una agravación, era una atenuación lo que se contemplaba entonces.

Fue la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, la que introdujo este subtipo agravado de la conducta básica al prever en el párrafo 2º del artículo 344 a) la imposición de la pena superior en grado "Cuando la cantidad poseída fuera de notoria importancia".

La reforma operada por Ley 1/1988, de 24 de marzo modificó los términos literales del tipo básico y en cuanto a la agravante, dispuso en el artículo 344 bis a): "Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior:

(...) 3.º Siempre que fuera de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior."

Como se observa, del precepto desapareció la mención expresa de la acción (poseer).

El Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre asignó su artículo 369 a las circunstancias agravantes específicas, siendo la tercera de ellas la notoria importancia y se expresaba en iguales términos:

"Fuera de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior..."

## **9.2 Unificación de criterios**

Si bien el Tribunal Supremo dijo en un primer momento, de conformidad con la función que a los tribunales corresponde, que la concreción del tipo penal agravado había de ser realizada en cada caso, se vio obligado a fijar unos criterios para determinar cuándo se estaba ante el subtipo agravado. La razón, como puede comprenderse, no era otra que evitar la inseguridad jurídica, por la afectación al principio de igualdad, ante las previsibles consecuencias de la interpretación por parte de diferentes tribunales de un concepto tan indeterminado como el de la notoria importancia.

En palabras del propio Tribunal Supremo contenidas en sentencia núm. 695/2008 de 12 noviembre, la finalidad era reafirmar "principios tan esenciales para el orden jurisdiccional penal como el de legalidad, en su vertiente de taxatividad de la norma, el de seguridad jurídica o certeza en



*la aplicación del precepto, el de igualdad de trato a todos los justiciables, el de proporcionalidad de las penas a la gravedad del hecho (cantidad "notoria" e "importante") y el de eficacia de la Ley penal".*

Hubo un primer Pleno no Jurisdiccional en fecha 5 de Febrero de 1999 que estableció un, también primer, criterio unificador, ciertamente restrictivo.

El 19 de octubre de 2001 la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó un segundo acuerdo en el que establecieron los criterios rectores en la interpretación del subtipo que actualmente se siguen aplicando.

Conforme a dicho Acuerdo:

- la agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001;
- se atenderá exclusivamente a la sustancia base o tóxica, esto es, reducida a pureza, con la salvedad del hachís y sus derivados.

De acuerdo con estos criterios, la notoria importancia se fija en 300 gramos de heroína, 120 gramos de metadona, 750 gramos de cocaína, 2.5 kilos de hachís, 10 kilos de marihuana, 300 gramos de LSD, 90 gramos de anfetamina y 240 gramos de MDA, MDMA y MDEA (no se incluyen otras menos conocidas).

Las diferencias con las cantidades tenidas en consideración en el Acuerdo de 1999 son importantes. Así, mientras en dicha ocasión se fijó en 120 gramos la cantidad de cocaína partir de la cual se aplicaría la agravante, en el de octubre de 2001 se aumentó a 750. En el caso de la heroína, en el primer Acuerdo se estimó entre 60 y 80 gramos en tanto que en el segundo se aumentó a la cantidad en 300 gramos. Del kilogramo de hachís indicado en 1999 se pasó a 2,5 kilogramos en 2001.

No han faltado voces que se alzarán contra la fijación de estos criterios por cuanto en opinión de un sector de la doctrina, el Tribunal Supremo ha legislado en esta materia.

A esta cuestión se refiere la Sala 2ª del TS en sentencia núm. 245/2010 de 17 febrero, cuando el recurrente se quejaba de que *"la fijación de cuantía, para la notoria importancia, por la jurisprudencia se aparta de lo establecido en los arts. 12.3, 162 y 264 LOPJ, dado que la Sala puede unificar criterios pero no establecer el alcance del tipo penal"*.

Contestó el Alto Tribunal diciendo que *"de la interpretación sistemática de los artículos que se citan de la LOPJ se desprende la posibilidad de fijación orientativa de criterios que lleve a cabo la Sala para dilucidar un concepto relativamente indeterminado. Con lo que se refuerza el principio de seguridad jurídica, junto al de taxatividad, el de igualdad en el trato, el de proporcionalidad, y el de*

*eficacia a la ley penal”.*

### **9.3 La pureza**

La cantidad de notoria importancia depende de dos factores, la cantidad y la calidad.

Si la cantidad se determina por medio de un simple pesaje, la calidad deriva de la pureza, que requiere, normalmente, un análisis por expertos.

El Tribunal Supremo ha destacado en muchas ocasiones que para poder apreciar el subtipo agravado de la notoria importancia es preciso atender a la pureza de la sustancia, por lo que su determinación es un factor decisivo a la hora de fijar la existencia o inexistencia del referido subtipo agravado. Sin embargo, no es imprescindible.

Así lo ha estimado el Tribunal Supremo cuando por la cantidad de sustancia es racionalmente imposible concebir que no se haya superado el límite fijado en el Acuerdo de 2001.

Eso es lo que se dice, por ejemplo, en los argumentos expuestos en la sentencia nº 1589/1999, de 8 de noviembre, que merece ser transcrita:

*“esa calificación de notoria importancia se ha sustentado en no pocas ocasiones a partir del dato de la cantidad de droga ocupada, cuando el peso neto de ésta, o el número de comprimidos, descarta toda duda razonable al respecto. (...) las normas de la lógica, pero, sobre todo, los dictados de la experiencia que esta Sala acumula acerca de este género de actividades delictivas, hacen sumamente difícil aceptar que en los casi seiscientos gramos de anfetaminas y de Etil-MDA en polvo intervenidos, no se contuvieran treinta gramos del principio activo. Pero la dificultad se convierte en insuperable cuando a esa cantidad de droga en polvo se añaden 4.902 comprimidos de anfetamina y 2.877 comprimidos de Etil-MDA, es decir, de 7.779 comprimidos anfetamínicos destinados a su comercialización en el mercado clandestino de los estupefacientes. Sencillamente, resulta inasumible por puro ejercicio del raciocinio y de los conocimientos empíricos sobre el tráfico ilícito de esta clase de sustancias, admitir que el conjunto de todos estos productos no alcancen treinta gramos de riqueza básica, pues ello significaría que –con relación sólo a los comprimidos reseñados– estos tendrían que estar prácticamente limpios del principio activo hasta el punto de ser indetectable su naturaleza anfetamínica resultando por ello, inocuos”.*

Cuestión distinta es si para determinar la existencia de la agravación debe detraerse de la cantidad de droga aprehendida la que se considera necesaria para el propio consumo.

Aun cuando pueda entenderse como una exacerbación del derecho de defensa, pues se presume en favor del reo, que necesariamente ha de ser consumidor, que parte de la droga iba a ser consumida por él, los tribunales han vendido admitiendo

que del total de la cantidad a tomar en consideración, se rebaje lo que un consumidor precisaría para 10 días de consumo. Vemos ejemplos en las sentencias del TS n°s 1343/2000, de 19 de julio y 432/2000, de 18 de marzo.

En tales casos me pregunto si basta con alegar el carácter de consumidor o habría que probarlo. En buena lógica, y como cuestión de hecho, debería aportarse, cuando menos, algún testimonio que pudiese refrendar dicho carácter.

De manera contraria, no tendría sentido la rebaja en el caso del transmitente de la droga que ha sido aprehendida perfectamente empaquetada y preparada para ser entregada a una tercera persona pues en tal caso debería aparecer claro que el autor no se había reservado nada para él.

Lo que no es posible es el fraccionamiento de la sustancia para repartirla entre los diversos autores. Así lo advierte el Tribunal Supremo en sentencia núm. 770/2012 de 9 octubre, *"no puede fraccionarse la cantidad de estupefaciente, dividiéndola por el número de intervinientes, a fin de que cada fracción se considere objeto de un delito independiente, cuando aquellos vienen conceptuados como coautores, acusándose una acción unitaria y una tenencia compartida"*.

De manera contraria, en la misma sentencia se recuerda que *"no se pueden adicionar a los efectos de la agravación, las cantidades ocupadas a otros sujetos, si no está demostrada su integración en el mismo grupo o empresa criminal"*.

#### **9.4 Conductas a las que es aplicable. Dolo. Autoría**

La agravante de notoria importancia es aplicable a todas las conductas que son susceptibles de ser abarcadas por el artículo 368 del CP (el tipo básico).

En efecto, en tanto que en la redacción contenida en la reforma de 1983 se establecía que la agravación de la notoria importancia se aplicaría solamente con respecto a la conducta de la posesión de droga destinada al tráfico, ya que literalmente se decía cuando *"la cantidad poseída para traficar fuera de notoria importancia"*, en la reforma del año 1988, que se mantuvo en el texto de 1995, se amplió el ámbito de aplicación a (todas) *"las conductas a que se refiere el artículo anterior"*.

Según ha mantenido el Tribunal Supremo (SS 1310/2000, de 19 de julio y n°415/2009, de 19 de marzo), no es preciso que el sujeto activo conozca la dimensión exacta de la cantidad de droga para responder por el tipo agravado, sino que basta con que se represente la posibilidad de que porta o trafica con una cantidad de cierto relieve o significado para la salud pública en función de la sustancia de que se trate, admitiendo por tanto la comisión a título de dolo eventual.

En la primera de las sentencias citadas, decía:

*"Desde la perspectiva del «conocimiento paralelo en la esfera del profano» a que alude la moderna doctrina científica y algunas resoluciones de esta Sala, bastará con que el sujeto activo sepa que posee una cantidad de importancia para la salud pública más allá del porte de pequeñas dosis".*

*En la segunda argumentaba el Alto Tribunal: "Apareciendo de los medios probatorios acreditativos de la parte objetiva la consciencia de la alta probabilidad de cuál fuera la cuantía de la droga, ha de entenderse racionalmente que en la intervención del porteador concurría al menos el dolo eventual. No se trata de que se muestre un conocimiento equivocado sino que el supuesto desconocimiento de la concreta cantidad de droga sería consecuencia de la indiferencia del autor, quien no obra por error o ignorancia sino con indiferencia, plasmadora del dolo eventual".*

*Y en sentencia núm. 875/2007 de 7 noviembre, apostillaba:*

*"La duda sobre la posible realización del tipo, cuando se sabe que el objeto transportado es de tenencia prohibida, no es equivalente a error de tipo, sino que el autor obró con dolo eventual (STS 4.3.2002), sobre el conocimiento de la cantidad de droga, con lo que se satisface el elemento subjetivo del tipo respecto al componente material del delito, resultando, por consiguiente, acertado y correcto el razonamiento de que el acusado conocía o se representaba la cantidad de droga que tenía en su domicilio".*

*Como se desprende, entre otros pronunciamientos, de la sentencia núm. 770/2012 de 9 octubre, y de conformidad con el mismo criterio que se mantiene con respecto al tipo básico, el Tribunal Supremo considera que "la disponibilidad de la sustancia tóxica convierte en autor" (...) "sin perjuicio de la variedad y diversa entidad de los "roles" asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto criminal asumido". En consecuencia, ser guardador o custodio de una parte de la droga, cuyo peso no superaría la cifra considerada de notoria importancia, no desdice de la participación como autor en el tráfico referido a una cantidad conjunta mayor, que sí rebasaría dicho límite, si se acredita el acuerdo respecto a la totalidad de la operación.*

Melilla, Julio de 2016