



Universidad de Alcalá

**FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN ACCESO A LA
PROFESIÓN DE ABOGADO**

TRABAJO FIN DE MÁSTER

“El delito de tráfico de drogas”

“The crime of drug trafficking”

Autor: D. Jorge García Palacios

Tutor: Dr. D. Carlos García Valdés

Febrero 2019



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

“El delito de tráfico de drogas”

“The crime of drug trafficking”

Autor: D. Jorge García Palacios

Tutor: Dr. D. Carlos García Valdés

El delito de tráfico de drogas

RESUMEN:

El presente trabajo realiza un análisis del tipo básico del delito de tráfico de drogas, tipificado en el artículo 368 del Código Penal, con la finalidad de determinar, a través de un estudio doctrinal y jurisprudencial, cuáles son los actos que integran las distintas conductas contenidas en dicho delito (actos de cultivo, elaboración o tráfico, posesión, tenencia) y en qué casos se considera que tales conductas se realizan con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, cual es el bien jurídico protegido, qué sustancias se consideran incluidas en el concepto de drogas tóxicas y su clasificación, así como distinguir qué supuestos de autoconsumo se consideran impunes o, en su caso, están sujetos a sanción administrativa.

PALABRAS CLAVE:

Consumo ilegal, cultivo, drogas, elaboración, facilitar, favorecer, posesión, promover, salud pública, tráfico.

ABSTRACT:

This article analyses the basic type of crime of drug trafficking, typified in article 368 of the Penal Code, with the purpose of determining, through a doctrinal and jurisprudential study, which are the acts that integrate the different behaviours contained (acts of cultivation, processing or trafficking, possession, tenure) and in which cases such conduct is considered to be carried out with a view to promoting, favouring or facilitating illegal drug use, which is the legally protected, which substance are considered to be included in the concept of toxic drugs and their classification, as well as to distinguish which assumptions of self-consumption are considered impunity or, if applicable, subject to administrative sanction.

KEY WORDS:

Cultivation, drugs, elaboration, facilitating, favouring, illegal consumption, possession, promote, public health, traffic.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	6
II.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	8
III.	TIPO BÁSICO DEL DELITO.....	11
	i. Bien jurídico protegido: la salud pública.....	13
	ii. Características	14
	iii. Objeto del delito	16
	iv. Conductas típicas	21
	1. Consumo ilegal	23
	2. Posesión	25
	3. Cultivo	30
	4. Elaboración	31
	5. Tráfico	32
	6. Autoría y participación	35
	7. Formas de ejecución	39
	v. Tipo subjetivo	41
	vi. Tipo atenuado	42
	vii. Atipicidad de conductas	44
IV.	TRATAMIENTO PENITENCIARIO DE DESHABITUACIÓN DE LA DROGA.....	45
	i. Clasificación penitenciaria.....	45
	ii. Normativa.....	46
	iii. Programas y modelos de intervención con drogodependientes.....	48
	1. Introducción	
	2. Equipos de coordinación y gestión.	
	3. Programas de prevención y tratamiento con drogodependientes	
	4. Modalidades de intervención	
	iv. Problemas de la droga en prisión.....	56
	1. Consumo.....	56
	2. Enfermedades infecciosas: VIH y Hepatitis C.....	57
	3. Riesgo de sobredosis.....	57

El delito de tráfico de drogas

V.	EL IMPACTO PENITENCIARIO DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.....	59
	i. Población reclusa y situación personal.....	59
	ii. Perfil del detenido.....	59
VI.	CONCLUSIONES	61
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	63

I. INTRODUCCIÓN

En el presente Trabajo Fin de Máster se analizan los aspectos penales del delito de tráfico de drogas y de como afecta a la salud pública. El tema objeto del trabajo es la consecuencia jurídica del delito de tráfico de drogas, ya que se trata de un tema que a pesar de que lleva años afectando a la sociedad en general, ahora es un tema de relativa actualidad puesto que en gran cantidad de informativos y reportajes periodísticos lo tratan, lo que supone un peligro, tanto para la salud de las personas como para la convivencia en sociedad. Cabe destacar que hoy en día estos delitos son la tercera causa penal por la que más se condena, únicamente superado por los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

Se ha elegido este tema en concreto, puesto que es un problema que afecta cada vez más a la sociedad española, pero ya no solo en cuanto a consumo se refiere, si no al tráfico en sí. El número de drogodependientes en España cada vez aumenta más y por tanto el número de casos en los que este delito se ve como responsable de penas y sanciones. Pero también aumenta el número de traficantes, aunque más bien se traten de “pseudotraficantes”, ya que a pesar de que a estos se les castiga, no se ve reducido el tráfico de sustancias nocivas para la salud. Esto es así debido a que no se detiene al traficante que controla la droga, si no a la persona que mueve pequeñas cantidades para estar al límite de la legalidad, jugando muchas veces con el filo de las leyes. Es por ello que se ha considerado un tema de actualidad y que genera un interés suficiente como para realizar un trabajo final sobre ello, ya que es un delito que se puede apreciar en cualquier calle, en cualquier momento, de cualquier ciudad.

El Código Penal español recoge el tráfico de drogas en su art. 368 y los siguientes, pretendiendo con ello delimitar el ámbito de aplicación de la norma. En este trabajo, trataremos de hacer especial hincapié en lo relativo al estudio del art. 369 bis, el cual encuadra la situación de las organizaciones delictivas, razón real por la que hemos escogido este trabajo en concreto.

La Organización Mundial de la Salud¹ define droga como toda sustancia que introducida en el organismo por cualquier vía de administración produce en algún modo una alteración del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y además es susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas. Esta misma Organización se encargó de aclarar que este tipo de sustancias, es decir, las drogas, al ser tomadas pueden modificar la conciencia, el estado de ánimo o los procesos de pensamiento

¹ www.infodrogas.org/drogas/que-son-las-drogas?showall=1

El delito de tráfico de drogas

de un individuo. Entendemos que dentro de estas definiciones se encuentran todas las sustancias psicoactivas, ya sean estas legales o no.

Se acudirá tanto a jurisprudencia como a doctrina, ya que dicho precepto legal trata una regulación demasiado amplia, por lo que se diferenciará en distintos espacios cada una, observando cómo se pronuncia tanto el Tribunal Supremo, como autores relevantes al respecto.

También será necesario hacer referencia y uso tanto del Código Penal, como de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otras.

Además, resulta interesante realizar un estudio sobre el impacto penitenciario de este delito, el tratamiento penitenciario y la deshabitación en prisión, por lo que en las siguientes páginas se efectuará un estudio de dichos temas.

Con todo ello, daremos paso al estudio detallado en lo que a este delito se refiere y a las consecuencias jurídicas que tiene en nuestro país.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Las primeras referencias en materia de estupefacientes se recoge en el Código Penal de 1822, en él ya se prohibió la venta de venenos o drogas nocivas para la salud en las boticas. En su artículo 366 se establecía que: “Ningún boticario, ni practicante de botica venderá ni despachará veneno alguno, ni droga que pueda ser nociva a la salud, ni bebida ni medicamento en cuya preparación o confección entre parte alguna venenosa o que pueda ser nociva, ni menos ésta parte sola sin receta de médico o cirujano aprobado...” y de la misma manera las que no estuviesen aprobadas “jamás... podrá dar ningún boticario o practicante de botica remedio alguno secreto cuya venta no esté autorizada competentemente” tal y como reflejaba el artículo 397.

De lo anterior se obtiene la conclusión de que eran los boticarios quienes tenían reservada la facultad de la venta de productos medicinales, tal y como se recoge en los artículos 373 y 375 del Código². A partir de este Código de 1822 se reguló de manera extensa la expedición y venta de sustancias nocivas para la salud dentro de los delitos contra la salud pública, que no cumplieran ciertos requisitos exigidos en la Ley. Así sucede en los Códigos de 1848 y 1850. Esta extensa regulación coincide con la aparición del opio y su consumo.

Para complementar estas regulaciones, se dictó un Real Decreto en el año 1860, en el que se publicaban las Ordenanzas de Farmacia “para el ejercicio de la profesión de farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales”³.

El Capítulo I, “Clasificación de los géneros medicinales y personas a quienes compete su venta”, se dividía en tres artículos, el primero de ellos establecía los géneros de la medicina en:

- a) Medicamentos, sustancias preparadas y dispuestas para su uso medicinal inmediato.
- b) Drogas, objetos naturales y productos químicos empleados como primeras materias para la elaboración de medicamentos, y
- c) Plantas medicinales indígenas.

En este Real Decreto, se establece que son los farmacéuticos los encargados de la venta y elaboración de medicamentos, mientras que los herbolarios y yerberos eran quienes

² Art.373: “Ningún droguero, especiero, ni comerciante podrá vender, distribuir ni suministrar de cualquier otra manera géneros medicinales como no sean simples, enteros o por mayor de cuarentón arriba...” y 375: “Ninguna persona sin estar examinada y autorizada con arreglo a la Ley podrá vender, distribuir, ni suministrar vegetales medicinales, ni frescos ni secos, que puedan ser nocivos a la salud”.

³ MARTÍNEZ ALCUBILLA, Diccionario de Administración, 1861, t. IV.

El delito de tráfico de drogas

se encargaban de la venta de plantas medicinales o indígenas. Aunque a los yerberos se les permitía la venta de ciertas drogas⁴, esto no ocurría con la venta de sustancias venenosas, tal y como se recogía en el artículo 57 de las Ordenanzas de Farmacia.

La siguiente reforma del Código Penal será la de 1850-1870 y tratará sobre los medicamentos despachados por los farmacéuticos⁵ sin cumplir las formalidades legales, de la elaboración de sustancias nocivas para la salud que se llevasen a cabo sin autorización⁶ y también de los supuestos de tráfico autorizado de sustancias nocivas⁷.

El siguiente Código Penal es el del año 1928 y regula estos delitos en los artículos 557 y 558 bajo el nombre de “Elaboración y comercio ilegal de productos químicos y drogas tóxicas”. Ambos artículos son una copia de los artículos 253 y 254 del Código Penal de 1848, aunque con pequeñas modificaciones, ya que el 558 recoge un supuesto agravado: “cuando el tráfico ilícito sea de drogas tóxicas o estupefacientes la pena será de 6 meses a 3 años de reclusión y multa de 2.000 a 20.000 pesetas”. Este Código completa la legislación contra los estupefacientes que se inicia en la Real Orden de 27 de febrero y por el Real Decreto de 31 de julio de 1918.

Es en el artículo tercero de la Real Orden de 27 de febrero donde: “se prohibía el despacho sin receta escrita y firmada por médico de cualquier preparado, constituya o no especialidad farmacéutica, siempre que no contenga sustancias narcóticas, anestésicas y en general tóxicas”. Y en artículo quinto de la misma, se establecía que, si podían ser estos hechos constitutivos de delito, estos supuestos debían pasar a los Tribunales.

Ya en el Real Decreto de 1918 se incluye el comercio de opio, el de sus alcaloides, y de cuantos preparados contienen estos principios en cualquier forma, así como el de sustancias que contengan alcaloides, glucósidos o cualquier otro principio de acción narcótica, anestésica o antitérmica. En su artículo tercero se recoge como derivados del opio, la morfina, la codeína, la dionina, la dioacilmorfina, la heroína y otros derivados.

⁴ Artículo 54 del Real Decreto de 1860: “Los drogueros pueden vender, al por mayor o menor, y en rama o polvo, todos los objetos naturales, drogas y productos químicos que tienen un uso en las artes, aunque lo tengan también en medicina. Sin embargo, las sustancias que son a la vez de uso industrial y medicinal no podrán venderlas al por menor, ni en polvo, cuando les conste o sospechen que se destinan a uso terapéutico”. Los artículos 68 y siguientes regulaban la venta de plantas medicinales por herbolarios y yerberos.

⁵ Artículo 353: “Los farmacéuticos que despacharen medicamentos deteriorados o sustituyeren unos por otros, o los despacharen sin cumplir con las formalidades prescritas en las leyes y reglamentos, serán castigados con las penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 a 1250 pesetas”.

⁶ Artículo 351: “El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud, o productos químicos que puedan causar grandes estragos para expenderlos, o los despachare, o los vendiere, o comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 a 2500 pesetas”.

⁷ Artículo 352: “El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias...”.

El delito de tráfico de drogas

En la Real Orden de 22 de abril de 1920, se insiste en la vigilancia por parte de las autoridades fronterizas para evitar que estas sustancias se introdujesen en España, mientras que en el Real Decreto Ley de 30 de abril de 1928, se aprueban las bases para la restricción del Estado en la distribución y venta de estupefacientes y por su parte, el Real Decreto Ley de 13 de noviembre de 1928 declara como sustancias estupefacientes destructivas al opio y sus extractos, la coca y sus extractos, y el cáñamo indio⁸, entre otras.

El Código Penal de 1932, recoge en sus artículos 346 y siguientes el tema de los estupefacientes, que se correspondían con lo recogido en los artículos 351 y siguientes del Código Penal de 1870. Por su parte el Código Penal de 1944, también en los artículos 346 y siguientes, adapta lo establecido en los artículos 351-353 del Código de 1870, y regulando en el artículo 344 que: “en los casos de los tres artículos anteriores, cuando se trate de drogas tóxicas o estupefacientes, se impondrá al culpable las penas inmediatas superiores a las señaladas en los mismos”.

La reforma del año 1971 del Código Penal hace que este delito aparezca con sustantividad propia, tras la ratificación por parte de España el 1 de marzo de 1966 la Convención de Nueva York (de 30 de marzo de 1961). Para adecuarlo a la normativa internacional el legislador realizó una modificación de éste ilícito penal, modificando el artículo 344. Aunque lo que se pretendía también con esta modificación era buscar medios legales adecuados para solucionar eficazmente los problemas de la sociedad que supone tanto el tráfico y consumo ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes⁹. Con esto se pretendía buscar soluciones ante un problema, que, aunque no era inexistente, apenas representaba un gran problema si se comparaba con este delito en otros países en la misma época, pero debido a la peligrosidad de las sustancias y sus posibles efectos tanto en la sociedad como en los individuos se buscó así poner freno antes de que se tratase de un gran problema para el Estado.

Ya en el Código Penal de 1983, la norma penal define y sanciona el delito contra la salud pública, cometido por medio de drogas tóxicas o estupefacientes y tipifica un delito de riesgo por el peligro inminente que supone contra la salud colectiva de la sociedad humana, que se consuma por la amenaza a dicha salud, aunque no se produzca daño concreto. Las penas se elevan con la reforma por la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo, donde se da una nueva redacción al artículo 344 bis desde su apartado a) hasta el f).

⁸ BELTRÁN BALLESTER, E., *El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española*, en Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, Valencia 1977, pp.47 y ss.

⁹ LORENZO SALGADO, J.M., *Las drogas en el ordenamiento penal*, Bosch, Barcelona, 1983, pp.76 y ss.

El delito de tráfico de drogas

Finalmente, en la Ley Orgánica 10/1995 23 de noviembre del Código Penal, se recoge en el artículo 368 lo que establecía el artículo 344 del Código Penal de 1973, manteniendo el mismo sistema de incriminación de conductas, denominada “en cascada” porque la frase “u otro modo” lo que pretende es abarcar todas las fases del tráfico ilegal evitando así posibles lagunas en los comportamientos que contiene¹⁰.

Los actos a los que se refiere el artículo 368¹¹ son aquellos que van dirigidos al consumo ilegal, ya que se tratan de actos ilegítimos porque no se encuentra en ellos justificación o refrendo de tipo legal, administrativo o reglamentario. Las conductas incriminadas en la norma penal son las que se proyectan única y exclusivamente sobre el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas dirigidas a la transmisión de la droga a un tercero y se ejecutan de manera contraria a las leyes.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, mantiene el artículo 368 en su contenido, pero modifica las penas, disminuyéndolas. En la redacción anterior el castigo era con pena de prisión de tres a nueve años para los casos de sustancias o productos que causen grave daño, mientras que en la regulación actual la pena es de tres a seis años para los mismos casos. En los demás casos el castigo es del mismo tiempo.

III. TIPO BÁSICO DEL DELITO

El tipo básico es llevar a cabo actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas tóxicas; o promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de éstas mismas, así como la posesión o tenencia para dichos fines. La pena es de prisión y va de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo, o pena de prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al duplo. La diferencia de castigo se encuentra en los productos y los efectos que estos produzcan a la salud.

Aunque si bien es cierto que el Código Penal no establece que sustancias son drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, son los convenios internacionales suscritos por España los que clarifican cuales son estas sustancias.

¹⁰ STS. De 24 de noviembre de 1997, al referirse a la frase “u otro modo”, expresan que lo que se pretende es abarcar, penalizando comportamientos, todo el proceso general que tiene por meta expandir la droga, y que puede realizarse a través de todas aquellas formas imaginables que puede ocurrírsele al ser humano; expansión que puede realizarse o bien en una primera fase de cultivo o elaboración, en la producción agrícola o industrial, o bien en una segunda cuando de la distribución del género prohibido se trate.

¹¹ Artículo 368: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

El delito de tráfico de drogas

Los estupefacientes están regulados en el Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes (con sus posteriores modificaciones), donde se los define como sustancias destinadas a mitigar el dolor pero que un uso indebido puede dar lugar a una toxicomanía; mientras que los psicotrópicos se regulan en el Convenio Internacional sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971, donde se define como sustancia psicotrópica cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material que produzca los siguientes efectos: 1) un estado de dependencia y 2) estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de ánimo, y además que la sustancia pueda ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización internacional de la sustancia.

Estas sustancias se pueden clasificar en duras o blandas, siendo las duras las que causan grave daño a la salud, mientras que su peligrosidad legal se mide en la producción de adicción en quien las consume. Dentro de las drogas duras podemos encontrar la cocaína, heroína, anfetaminas y las drogas de diseño (speed, éxtasis o MDMA entre otras); mientras que en las blandas se sitúan el cannabis y todos sus derivados, rohipnol por poner un ejemplo.

Por lo tanto, hay ciertas cantidades, denominadas dosis mínimas, con las cuales tanto la tenencia como el autoconsumo es impune. Esto es así ya que la cantidad de droga es tan insignificante que ya no produce el efecto nocivo en la salud, por lo que ya no se le puede considerar una droga dura o estupefaciente, sino que nos encontramos ante un producto inocuo. Conforme a este principio de insignificancia la conducta es atípica cuando la cantidad de droga resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud¹². Veamos algunos ejemplos de aplicación de este principio:

- 0,02 grs. heroína (STS 22 enero 1997),
- 0.02 grs. cocaína (STS 11 diciembre 2000),
- compartir dosis de un tratamiento de metadona (STS 18 julio 2001).

El autoconsumo no es castigable penalmente, al igual que tampoco lo es la tenencia de cantidades que se ajusten a este autoconsumo. Es decir, la mera posesión de drogas por sí sola no es constitutiva de delito, puesto que, si se trata para autoconsumo, nos encontramos ante una modalidad atípica, incluso cuando las sustancias son adquiridas por varios sujetos de común acuerdo para un consumo inmediato y conjunto, siempre que no exista ánimo de revender. Además, para la impunidad de este autoconsumo compartido es preciso que todos

¹² Sentencia 1889/2000, de 11 de diciembre de 2000.

los concertados han de ser consumidores esporádicos, no debe haber beneficio económico, no se amplíe el sector de adictos con invitación de terceros y que dentro de un círculo íntimo de amigos se entregue la droga en una única ocasión.

i. Bien jurídico protegido: la salud pública

Dentro del estudio del art.368 hay que tomar en consideración especial a la salud pública como bien jurídico de carácter colectivo, es decir la salud colectiva entendiéndose ésta como la suma de la salud de todos los individuos. Es por ello que cualquier peligro para la salud pública es grave ya que puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consuma no lo sea. Esto es así para tratar de evitar la generalización de un hábito insalubre en un número indeterminado de personas¹³. Si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por tanto, el bien jurídico protegido es la salud pública que se conceptúa como el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos¹⁴.

La salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud conforma la de la colectividad, pero este ataque no tiene por qué haber ocurrido, basta con que sea potencial, aunque eso sí, la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones para incidir en la salud. Por ello se estima que el delito de tráfico de drogas se configura como un delito de peligro abstracto, por lo que se puede “sancionar conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión”¹⁵. Estas barreras de protección anticipada, resultan inevitables en algunos casos para llevar a cabo una protección eficaz de los bienes jurídicos.

Aunque no hay que confundir el peligro abstracto ni con la ausencia de verdadero peligro, ni con un pretendido peligro presunto, ni con un delito de simple desobediencia o formal. La confusión vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia.

¹³ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. LVI, 2003, p. 95.

¹⁴ RODRIGUEZ RAMOS, R., Código Penal, 4º edic., La Ley.

¹⁵ STS 444/2005 de 11 de abril.

El delito de tráfico de drogas

Para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deban determinarse esas personas¹⁶.

Según la jurisprudencia para que se vea afectado el bien jurídico protegido, se establecen una serie de requisitos que cumple la salud pública¹⁷: 1) Con que la sustancia incida negativamente en la salud de las personas, afecta a la salud pública. 2) Todos los actos que busquen la difusión del consumo de drogas serán considerados típicos, ya que es lo que la norma pretende evitar, por lo que ataca las conductas que ponen en peligro real la salud de un gran número de individuos. 3) Se sanciona la puesta en peligro del bien jurídico, esto supone que quedan excluidas de la pena las conductas en las que se puede excluir la generación de riesgo para el bien jurídico protegido a pesar de que se produzca apariencia de la conducta típica. 4) No es admitida la validez de la atipicidad cuando se entrega droga a un toxicómano alegando que su salud individual no queda lesionada, ya que este caso debe ser visto en términos de lesión a la salud pública.

ii. Características

Nos encontramos ante un delito de peligro abstracto¹⁸, se consuma sin necesidad de que se produzca lesión, con el simple peligro-inseguridad y probabilidad de lesión del bien jurídico. Lo que significa que se interpongan barreras de protección a una fase anterior a la lesión¹⁹. Incluso basta con que la conducta sea peligrosa para la salud pública, en general, aunque no llegue a ponerla peligro de lesión inmediata o próximo, pero es debido a la potencialidad del daño. Por ello, no se exige la lesión efectiva de la salud de una persona concreta y determinada, con lo que basta que cause un peligro relevante para el bien jurídico protegido.

Pero para el autor Pedreira González esto podría llevar a error si se confunde el peligro abstracto con la ausencia de verdadero peligro, con un pretendido peligro presunto o con un delito de simple desobediencia o formal.²⁰ Esto produce que se trate de un delito de consumación anticipada²¹. Es decir que aún no se ha lesionado el bien jurídico todavía.

¹⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces*, ob.cit., p. 95.

¹⁷ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, Bosch, Barcelona, 2008, pp.36-37.

¹⁸ RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, Colex, 6ª ed., 2011, p. 508.

¹⁹ STS 1/2005, de 17 de junio.

²⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 25 y 26.

²¹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), últ. ob. cit., p.28.

Mientras que para el autor Joshi Jubert el delito de tráfico de drogas es un delito propio o pluriofensivo por cuanto protege mediatamente bienes jurídicos individuales, como es en este caso, la salud pública individual de cada uno de los ciudadanos²². Para este mismo autor también se trata de un delito de mera actividad, ya que solo requiere una determinada conducta activa, sin que se necesite de un ulterior resultado distinto a dicha conducta.²³ Esto supone que basta con la realización de la conducta activa, acompañada de todas las circunstancias típicas, para la consumación y todo ello sin la necesidad de que se produzca ningún tipo de resultado.

Aunque también podemos situar el delito de tráfico de drogas dentro de un delito mixto, ya que puede ser delito de mera actividad, cuando la realización de la conducta de difusión (posesión, promoción, favorecimiento y facilitación) basta para la tipicidad; o delito de resultado, cuando las conductas requieren la presencia de sustancias elaboradas o cultivadas (elaboración y cultivo).

Nos encontramos ante un tipo mixto alternativo, común y abierto, veamos esto por partes. Se trata de un tipo mixto alternativo ya que el tipo prevé diferentes comportamientos o actos, resultando suficiente para su aplicación la realización de uno sólo de ellos y sin que la realización de varios comportamientos por parte de un mismo autor de lugar a varios delitos, aunque será tenido en cuenta para la determinación de la pena y sus efectos²⁴. Se trata de un tipo común, ya que no se contemplan limitaciones en cuanto a los posibles autores²⁵. Y es un tipo abierto, porque las conductas típicas no están todas estrictamente descritas²⁶, lo que permite contemplar una innumerable cantidad de acciones ilícitas que no se recogen en el precepto, por lo que alcanza a cualquier tipología de acción que haga posible que un tercero pueda consumir droga.

Se puede clasificar como un delito de carácter repetitivo, ya que, al incluir una pluralidad de actos, ello induce a pensar en conductas con cierta duración temporal, lo que supone una repetición temporal de los comportamientos previstos en el tipo, de manera que cuando se dé un periodo de inactividad entre los actos ilícitos realizados habrán de ser contemplados como infracciones diferentes.

Nos encontramos ante un delito permanente si la consumación se prolonga en el tiempo por voluntad del propio sujeto activo, al no cesar él mismo en la actividad antijurídica

²² JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 CP (grupos de casos jurisprudenciales)*, Bosch, Barcelona, 1999, p.45.

²³ JOSHI JUBERT, U., *últ. ob. cit.*, p.45.

²⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.29.

²⁵ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *últ. ob. cit.*, p.29.

²⁶ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.99.

(ejemplo claro el de la posesión). Será de estado si la situación antijurídica perdura con independencia de la voluntad del sujeto, aunque se halle consumado el delito (ejemplo de esto sería tanto el cultivo como la elaboración). Esta distinción es relevante para distinguir entre participación y encubrimiento y para el cómputo de la prescripción²⁷. El carácter permanente también viene definido al tratarse de un tipo de tracto sucesivo que tiene un desarrollo prolongado en el tiempo, ya que se inicia con una negociación preliminar que acaba con un acuerdo y además incluye la posterior recogida de la droga, su ocultación, transporte y entrega, lo que posibilita la participación en actos de tráfico posteriores a la simple tenencia. Todo ello conlleva que la consumación delictiva se extienda en el tiempo, lo que crea una situación de antijuricidad duradera, que pone en peligro el bien jurídico protegido.

Para algún sector doctrinal, se trata de un delito de progresión delictiva, ya que contiene todas las fases que integran el proceso de tráfico de drogas, desde el cultivo hasta la comercialización de las sustancias, lo que supone que se puede consumir el delito cuando se realice cualquiera de las conductas recogidas en el tipo penal; ya que regula en un mismo precepto y con la misma pena tanto la tentativa de delito como el delito consumado²⁸.

iii. Objeto del delito.

El objeto de este delito no es otro sino las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas. Pero se debe conocer que sustancias son las que se incluyen en estos conceptos. Para ello surgieron dos líneas interpretativas bien diferenciadas.

Por un lado, la defendida por parte de la doctrina²⁹ y un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁰ y la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/1984, de 4 de junio, que argumentan que el art. 368 CP es una norma penal en blanco cuyo contenido hay que hallarlo en el ámbito extrapenal. Por ello, se habrá que entender por droga tóxica y estupefaciente las sustancias relacionadas en las listas I, II y IV anexas al Convenio Único de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificado por España el 1 de marzo de 1966. Y se habrá que entender por sustancia psicotrópica las así definidas por el Convenio de las Naciones Unidas de 21 de febrero de 1971, reproducidos literalmente en el Anexo I del Real

²⁷ JOSHI JUBERT, U., últ. ob. cit., pp. 46 y 47.

²⁸ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.99.

²⁹ RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, ob., cit., p.508.

³⁰ SSTs 454/2011 de 25 de mayo; 378/2006 de 31 de marzo.

Decreto 2829/1977, de 6 de octubre³¹. Las sustancias psicotrópicas incluidas en este Convenio son los alucinógenos que se consideran que no tienen efectos terapéuticos pero que son muy peligrosos para la salud física y mental, las anfetaminas, los barbitúricos y los tranquilizantes. Estas listas podrán modificarse si así lo piden las Partes, para poder incluir nuevas sustancias, incluso las leyes estatales pueden establecer que otras sustancias pueden entrar en los citados conceptos.

También en el ámbito estatal, la Ley 17/1967, de 8 de abril sobre Estupefacientes, considera como tales las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II, de las anexas al Convenio Único de las Naciones Unidas del 61, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo al mencionado Convenio, y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca. Se consideran estupefacientes con arreglo a lo dispuesto en el Convenio, el opio, sus alcaloides y sus derivados; la coca y sus derivados, y el cannabis y la resina de cannabis. Se dispone que tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la lista IV y se incluirán en la lista I y estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes que figuren la lista.

Por otra parte, cabe destacar la Convención Única de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988; al igual que el Reglamento nº 3677/CEE del Consejo, relativo a las medidas que deben adoptarse para impedir el desvío de determinadas sustancias para la fabricación ilícita de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas. El Consejo autoriza a la Comisión para proponer modificaciones de los cuadros I y II de la Convención de 1988.

Aunque debido a que constantemente están apareciendo nuevas sustancias, para que el tráfico de dichas sustancias no quede impune, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes publica tres listas periódicamente junto con la Comisión de Estupefacientes, que es uno de los órganos de las Naciones Unidas encargados de la fiscalización de las drogas tóxicas³². Mientras que en nuestro país es la Circular 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado, la que establece que los Tribunales son los encargados de elaborar la clasificación, en conformidad a los dictámenes médicos y toxicológicos correspondientes.

Los argumentos a favor de que el art.368 CP es una ley penal en blanco, dan certeza y seguridad jurídica (protegida por el art.9 CE) al concretar antes de que se realice la conducta

³¹ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.50.

³² ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico forenses*, Comares, Granada, 1993, pp.7 y 17.

delictiva, cuáles son las sustancias objeto del delito, sin poder realizarse una interpretación que permita ampliar las listas, lo que conlleva que las sustancias no incluidas en las listas, ni en disposiciones de carácter estatal, no han de ser consideradas objeto del delito de tráfico de drogas³³. Realizar esta interpretación conlleva la aplicación de los principios de irretroactividad y de retroactividad favorable al reo³⁴.

Por otro lado, la línea defendida por jurisprudencia menos abundante³⁵ y cierto sector doctrinal³⁶, considera que el art.368 CP es una norma penal completa y que la normativa internacional tan sólo sirve para orientar la interpretación del Juez o Tribunal. Por tanto, se debe deducir del ya mencionado artículo un concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que atienda a las finalidades exactas del Derecho Penal³⁷. Esta línea argumenta que este artículo contiene conceptos normativos y que no se trata de una ley penal en blanco, lo que conlleva que la finalidad del Derecho Penal, en este asunto sobre salud pública, sea establecer un concepto penal de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica, quedando así bajo la decisión del Juez o Tribunal la remisión o no a Convenios u Órdenes Ministeriales³⁸.

Quienes siguen esta línea de que el art.368 no es una norma penal en blanco, argumentan que no hay una remisión expresa a otras disposiciones legislativas con que completar los conceptos mencionados en el mismo y, por ende, esta característica sería suficiente para negar la cualidad de ley penal en blanco atribuida a esta norma.

Respecto a las normas penales en blanco, es el propio Tribunal Constitucional el que, en su Sentencia del 13 de febrero de 1996, afirmó que es constitucional su aplicación por tratarse de normas penales incompletas, en las que la conducta o las consecuencias jurídico-penales no están previstas de forma completa, ya que hay que acudir a otras normas para completar su contenido, integrándose tales normas en ellas. Pero para ello se deben dar ciertos requisitos, que son los siguientes: reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y que la ley, aparte de señalar la pena, de certeza, o sea suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la

³³ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p. 58.

³⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, F., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.56.

³⁵ STS 321/321/2011 de 26 de abril.

³⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 76 y ss;

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 652 y ss.

³⁷ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p. 54-55.

³⁸ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.58.

que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

Por último, hay que recordar que tanto los Convenios como los Tratados Internacionales que son ratificados por España y tras su publicación se convierten, tal y como establece el art.96.1 de la Constitución Española, en ley interna del Estado. Por este motivo, hay quienes entienden que para interpretar el art.368 los Tribunales no están vinculados por las normas penales internacionales que pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, pero si pueden acudir a ellas para interpretar un concepto normativo. Si al final las aplican, deben hacerlo respetando los principios generales y dentro del marco básico de lo que debe ser un concepto penal de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica³⁹.

Por tanto, la teoría de susceptibilidad de la perturbación para la salud⁴⁰ es la que acontece en la práctica, ya que será el juez o el tribunal quienes deban determinar la peligrosidad de la sustancia, basándose en el informe pericial que será el que acredite la clase de sustancia y el grado de pureza. Esta teoría es defendida, entre otros autores, por Córdoba Roda⁴¹, mantiene que el Código Penal no distingue entre sustancias, sino que se remite a normas extrapenales nacionales o internacionales (Órdenes Ministeriales o los Convenios de 1961 y 1971), pero estas sustancias han de causar perturbación de la salud, lo que obliga a los Jueces, dependiendo de cada caso, a determinar la peligrosidad de la sustancia, que ya haya sido considerada previamente como tal por el legislador.

Tras realizar la realizar el análisis de las dos líneas interpretativas, se realizará un estudio sobre las diferencias entre drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a través de sus definiciones⁴²:

Drogas tóxicas: se debe entender por droga toda aquella sustancia, tanto psicotrópica como estupefaciente, que esté incluida en las Listas de los Convenios Internacionales ratificados por España y que tengan la capacidad de causar lesión al bien jurídico protegido en este caso la salud pública y que puedan provocar una dependencia orgánica o psicológica y una tolerancia a su consumo. El legislador diferencia entre las drogas que causan grave daño a la salud, que son las que tienen una mayor potencialidad para crear dependencia o tolerancia en el organismo y las que no lo causan, que poseen una potencialidad menor, aunque en esta distinción se hará más hincapié en las próximas líneas.

³⁹ JOSHI HUBERT, U., últ. ob. cit., pp. 60-61.

⁴⁰ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.49.

⁴¹ CÓRDOBA RODA, J., *El delito de tráfico de drogas*, Universidad de Santiago, 1981, pp.15 y ss.

⁴² MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob., cit., p. 54 y ss.

El delito de tráfico de drogas

La OMS afirma que fármaco y droga son la misma cosa, aunque con la diferencia de que la droga causa dependencia ya que produce un sentimiento de satisfacción y un impulso psíquico que produce que se tome de forma continua para experimentar el placer o evitar molestias o dolor. La OMS define adicción o toxicomanía como un uso permanente y compulsivo de la droga, con un aumento de su tolerancia, lo que conlleva una tendencia a aumentar la dosis, determinado por modificaciones en el organismo, que producen un deterioro físico y orgánico. Por lo que, la droga es cualquiera que sea su uso o fin, todo preparado o sustancia medicamentosa de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno, que afecta de una y otra forma a la psiquis de la persona, incluso desde la perspectiva puramente física⁴³.

Estupefacientes: se ha entender por estupefacientes aquellas que aparecen en las listas I, II y IV del Convenio de 1961, tal y como lo hace constar la Circular 1/1984 de la Fiscalía General del Estado. A estas se añaden las que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido añadiendo que son las que adquieren tal condición en el ámbito internacional y las que queden declaradas como tales dentro de España.

Sustancias psicotrópicas: La Convención de Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1988 define en su art.1 que ha de entenderse por este tipo de sustancia cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier materia natural que figure en las listas I, II y IV del Convenio de Sustancias Psicotrópicas firmado en Viena el 21 de febrero de 1971. El Real Decreto de 6 de octubre de 1977, recogió todas esas listas en lo que se denomina Anexo I, además el RD incluyó un Anexo II que relaciona lo que se denomina sustancias psicotrópicas no incluidas en las listas anteriores. Por tanto, son nuevas sustancias que necesitan de control administrativo a los solos efectos de que sea posible su inmediata y fácil identificación.

Cabe diferenciar también entre el grave daño a la salud o no que causa la droga a quien la consume, ya que este aspecto es importante en el art.368 puesto que prevé distintas penas en función de la gravedad. Es decir, se tratará de diferenciar entre drogas blandas y drogas duras.

La distinción se introdujo en la Ley Orgánica 8/1983 y se mantuvo en la Ley Orgánica 1/1988, por lo que ni el Código Penal ni ninguna otra Ley han puesto interés en diferenciar las sustancias que causan un daño grave de las que no. De ello se ha encargado la jurisprudencia, la cual se ha ido encargado de analizar las características, pureza y concentración de cada tipo de droga para poder clasificarlas según lo establecido por el art.368. A través de esta clasificación, el Tribunal Supremo, en común con los protocolos

⁴³ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.55.

El delito de tráfico de drogas

internacionales, ha elaborado unos criterios generales que se utilizan de guía para la delimitación de las sustancias: capacidad lesiva para la salud individual, nivel de dependencia física (posibilidad de provocar síndrome de abstinencia) y/o psíquica (necesidad de seguir consumiendo) que provoca en el consumidor, grado de tolerancia (necesidad de aumentar la dosis para conseguir el mismo efecto) y número de fallecimientos que provoca su intoxicación. Por tanto, en la práctica y siguiendo estos criterios, se consideran drogas duras, que son las que causan grave daño a la salud, la morfina, la heroína, la metadona, la codeína, el éxtasis, el LSD, el opio y sus derivados; y se incluyen en las drogas blandas, o los demás casos según el art.368, el cannabis y sus derivados, el tranquimazín, el tranxilium, el rivotril, el rophinol, entre otros.

Existen tres requisitos jurisprudenciales para considerar que sustancias causan grave daño a la salud, y son los siguientes: 1. Producen adicción, ocasionando dependencia psicológica y orgánica o física en el consumidor. 2. Generan tolerancia a su consumo, lo que provoca el aumento progresivo de la dosis. Y 3. Ante la falta de ingestión de la sustancia, se genera síndrome de abstinencia.

Existen unos presupuestos que son exigidos por la Jurisprudencia para que las sustancias cumplan el tipo delictivo del art.368, son cuatro y son los siguientes: 1. La sustancia debe estar prohibida o no legalizada. 2. Capacidad para incidir de forma importante en la salud individual y en la pública, en función de la cantidad de principio activo registrado. 3. Producción de una verdadera adicción y su consumo pueda resultar dañoso para el cerebro. 4. Si el objeto de tráfico es de pequeña cantidad de droga, deberá quedar debidamente acreditada la realidad del potencial efecto nocivo, en el informe pericial.

iv. Conductas típicas

El art.368 castiga una serie de conductas y estas son: ejecutar actos de cultivo; elaboración o tráfico; promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas; o poseer drogas con aquellos fines. Aunque a continuación se explicarán por separado, hay ciertos requisitos comunes a todas estas conductas: que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, que el sujeto activo conozca la conducta que está realizando y sepa que sus actos están promoviendo, favoreciendo o facilitando el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y que esa promoción, favorecimiento o facilitación del consumo lo sea de consumo ilegal, por lo que el objeto ha de situarse dentro del concepto

de droga anteriormente dado, quedando excluidos tanto el tabaco como las bebidas alcohólicas, poniendo así en peligro el bien jurídico protegido por el tipo, la salud pública.

Los requisitos esenciales exigidos por la Jurisprudencia para estas conductas se pueden recoger en los siguientes: 1 que sirvan para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, de modo que la posesión no destinada al favorecimiento tendrá la consideración de atípica, 2 que exista un agente conocedor de que su conducta promueve, favorece o facilita el consumo ilegal del objeto delictivo, 3 que se acredite el ánimo tendencial del sujeto activo, a través de la respuesta a determinadas cuestiones (circunstancias que movían al agente, sus necesidades e intenciones, momento de ejecución de la acción, etc.), y 4 la pasividad por parte de un sujeto ante el mero conocimiento de que un tercero porta droga no le hace responsable de su posesión.

A continuación, se tratará brevemente sobre los actos de promover, favorece y facilitar que van a ser habituales a lo largo del trabajo:⁴⁴

Promover: se trata de todas aquellas acciones que son necesarias para la puesta en marcha o la realización de una acción destinada a la expansión, difusión o mantenimiento del mercado ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, pero sin ejecutar directa o mediatamente el desarrollo de la misma. Sería el caso de las acciones que tienen por objeto garantizar el menudeo, mediante las que un traficante asegura acopio a otros camellos de carácter menor, para garantizar la oferta en determinados mercados. Puede considerarse como la preparación del mercado, en cuanto a la creación de una estructura de venta y de acopio de producto.

Favorecer: se trata de apoyar positivamente un acto de tráfico. Dentro de esta categoría se puede distinguir tres actividades definidas: 1 intermediación, que constituye un acto de favorecimiento del consumo, al eliminar o disminuir los riesgos que su individual adquisición puede conllevar y provocar, mediante esta facilitación, su consumo; 2 apoyo a un traficante principal, acciones consistentes en aportar a un traficante principal la posibilidad de realizar tal tráfico; 3 la entrega de droga a terceros de sustancia tóxica, aunque fuese en cantidad mínima o sin contraprestación alguna, constituye un acto de favorecimiento de la difusión. Acción de búsqueda de clientes dándoles a conocer el producto.

Facilitar: se trata de hacer fácil el acceso, de manera directa, al consumo ilícito o realizar una conducta que posibilite directamente dicho consumo. Sería el caso de quien proporciona información a un tercero sobre a quién acudir para adquirir droga. Acción de búsqueda de los distribuidores finales y apoyo en la actividad de la venta.

⁴⁴ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., pp.98-99.

1. Consumo ilegal

El consumo ilegal constituye un elemento normativo del tipo y hay que determinar su significado, ya que, si la conducta sirve para promover, favorecer o facilitar un consumo no calificado como ilegal el supuesto sería atípico.

Según la Real Academia Española, consumir es la acción de destruir, extinguir; pues bien, si lo trasladamos al consumo de drogas, trataríamos de la destrucción o extinción de la sustancia. Sin embargo, Sánchez Tomás considera que entender así el consumo “supondría incriminar conductas que nada tienen que ver con la posible puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido, ya que no consistirían en su aplicación al ser humano. Consumo, por lo tanto, ha de identificarse estrictamente con la aplicación de la sustancia al ser humano, ya que éste sería el único modo de afectación de la conducta a la salud pública”⁴⁵.

Pero para el concepto que nos atañe, es decir, el consumo ilegal, existen dos posiciones diferentes. Por un lado, la que considera que son las conductas mencionadas en el tipo las que tienen que ser calificadas como ilegales, siendo punibles las conductas no autorizadas que promuevan, favorezcan o faciliten las sustancias objeto del delito, siempre que concurren los otros elementos requeridos por el tipo⁴⁶.

Y por el otro lado, la que, de acuerdo con el precepto penal, considera que el objeto de la ilegalidad debe ser el consumo. Aquí se pueden observar dos interpretaciones, la restrictiva y la literal. La restrictiva entiende que consumo ilegal es sólo aquél que está penalmente prohibido, mientras que la literal considera como consumo ilegal todo aquel consumo que infrinja alguna norma jurídica cualquiera que sea su naturaleza, con independencia de que sea penal, administrativa, internacional o de otro tipo, siempre que pertenezca al ordenamiento jurídico español⁴⁷.

Siendo el consumo lo que ha de ser ilegal y uniendo esto con la necesaria afectación del bien jurídico protegido, sólo podrán castigarse las conductas que promuevan, favorezcan o faciliten un consumo de las sustancias objeto del delito, que ponga en peligro la salud pública⁴⁸. Así que, si las conductas no difunden un consumo que afecte a la salud pública, no se podrán considerar típicas, aún incluso cuando no cumplan las legalidades administrativas. Esto no es óbice para que no pueda actuar el Derecho Administrativo declarando ilícita la conducta en su ámbito de aplicación.

⁴⁵ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002, p.117.

⁴⁶ REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.199.

⁴⁷ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., pp. 103 y ss.

⁴⁸ JOSHI JUBERT, U., *últ. ob. cit.*, pp.107-108.

El delito de tráfico de drogas

La Jurisprudencia expone de la siguiente manera su punto de vista sobre el consumo ilegal⁴⁹: 1 Todas las conductas que no se vean regulados en los supuestos expresamente autorizados por Convenios y normas administrativas vigentes en España constituyen un consumo ilegal y por ello se sancionará penalmente; 2 Si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública; 3 El legislador entiende que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas es negativo para la indemnidad del bien jurídico protegido salud pública y por ello lo prohíbe y; 4 Es la norma penal la que determina qué conductas originan un riesgo para la salud pública, lo que supone que son constitutivas de delito aquellas conductas que de alguna manera impliquen la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y esto sucede, para el legislador, cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, u otros, o incluso de posesión de aquellas sustancias con los fines mencionados.

Análisis de las conductas atípicas del consumo ilegal:

Cuando se aplica el delito de tráfico de drogas hay que tener en cuenta los principios fundamentales propios de la intervención penal en un moderno Estado de Derecho⁵⁰, entre ellos cabe destacar los principios de: intervención mínima, el de lesividad, el de insignificancia, el de adecuación social e incluso el de riesgo permitido.

El empleo de estos principios origina una interpretación restrictiva del art.368 orientada a la finalidad de proteger el bien jurídico de salud pública. Esto conlleva que una conducta sólo será típica si promueve favorece o facilita el consumo ilegal, aquel que pone en peligro el bien jurídico protegido, de las sustancias objeto del delito⁵¹. Esto supone que se ha de entender la atipicidad de determinadas conductas, por no suponer un riesgo para el bien jurídico protegido, puesto que no supone un peligro de consumo general, masivo o indiscriminado.

Según Pedreira González, la forma en la que se expresa la conducta típica del art.368 es muy amplia y resulta discutible desde la perspectiva del principio de legalidad, más concretamente, del mandato de taxatividad, que exige precisión en la configuración típica y prohíbe las cláusulas abiertas de contenido difuso. A este respecto, la doctrina: “insiste en la necesidad de llevar a cabo una delimitación del ámbito típico a través de la reducción

⁴⁹ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narco tráfico*, ob. cit., p.101-102.

⁵⁰ STS 28 de diciembre de 1996.

⁵¹ STS de 28 de diciembre de 1996, que recurre a la STS de 25 de enero de 1996.

teleológica del precepto, excluyendo aquellos comportamientos que son incapaces de afectar de forma relevante al bien jurídico protegido”⁵².

El Tribunal Supremo, llevando a cabo una interpretación restrictiva de dicha teoría, ha creado la “jurisprudencia de la excepcionalidad”⁵³, realizando una inversión valorativa sobre las relaciones entre criminalización y atipicidad, en otras palabras, sobre si es menos gravoso la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente⁵⁴.

Pero esta línea jurisprudencial es rechazable ya que contradice el principio de presunción de inocencia protegido en el artículo 24.2 CE y el principio “in dubio pro reo”. Señala Dopico Gómez-Aller que “desde el propio Tribunal Supremo y ciertas Audiencias Provinciales ha existido una sólida y razonada oposición a ella”⁵⁵.

2. Posesión

El art.368 castiga la posesión con fines de difusión. La doctrina ha justificado que esta cláusula se refiere a los fines de difusión generados por la promoción, el favorecimiento o la facilitación del consumo ilegal, que suponen el núcleo de la conducta incriminada⁵⁶.

La jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en lo que a drogas se refiere, adopta el concepto de posesión jurídico-civil, que se desprende de los artículos 430, 431 y 438 del Código Civil. Por tanto, la posesión consiste en la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho, sin que sea necesario un contacto material constante y permanente con la cosa poseída. Basta que la misma quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor, sin importar que la sustancia se encuentre lejos del poseedor, o que su localización cambie, o que dicho poseedor no sepa donde se encuentra la cosa, sino que lo relevante para la imputación de la posesión es que el poseedor tenga disponibilidad sobre ella, en este caso, sobre la droga; en caso de no ser así “no podría pensarse a los grandes traficantes, quienes manejan el destino de la droga a través de medios sofisticados y clandestinos sin haber poseído en términos de materialidad la droga con la que operan”⁵⁷. Por tanto, la

⁵² PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., pp. 37-38.

⁵³ SSTS 718/2006, de 30 de junio; 632/2006, de 8 de junio.

⁵⁴ STS 168/2008, de 29 de abril, relacionada estrictamente con delitos contra la salud pública; STS 1317/2005, de 11 de noviembre, de acuerdo con que es menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente.

⁵⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., pp. 71-72.

⁵⁶ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Delitos relativos a drogas*, en VV.AA., *Derecho Penal. Parte especial III*, Madrid, 1999, p. 226.

⁵⁷ STS 71/2002, de 24 de enero.

disponibilidad se configura como el elemento que permite comprobar si el autor tenía droga en su poder⁵⁸, entendiendo por tal el Tribunal Supremo “la facultad de utilización de lo que se detenta, sea cual sea la forma de detentación, exclusiva, compartida, directa o a distancia, física o inmaterial”⁵⁹.

Desde un punto de vista subjetivo, la posesión será típica si existe dolo. Esto conlleva la existencia de las siguientes conductas atípicas en cuanto a la posesión a la que se refiere el art.368:

La posesión autorizada, según lo establecido en la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas.

La posesión sin capacidad para difundir el consumo ilegal, sin que ésta esté autorizada. Aquí se pueden incluir los siguientes supuestos: la posesión para autoconsumo o consumo compartido, la posesión para el cultivo destinado al propio consumo o consumo compartido, la posesión para la elaboración para el consumo propio o compartido, la posesión por coleccionismo e incluso la posesión para donación o invitación a sujeto determinado, con una serie de requisitos que veremos a continuación.

La posesión para el autoconsumo individual es apreciada como conducta atípica por la jurisprudencia⁶⁰ cuando la cantidad de droga poseída sea pequeña, siendo adecuada para un consumo de un plazo no superior a 5 días. Además, se exige que se demuestre la condición de adicto o consumidor habitual, e incluso también cabe la posibilidad de ser un consumidor ocasional o de fin de semana. También es necesario acreditar que no se posean pluralidad de sustancias.

La posesión para el consumo compartido distingue varios supuestos: la compra compartida, la permuta e invitación mutua, invitaciones sociales aceptadas y otros supuestos en los que las adquisiciones y consumos de droga en un pequeño círculo de personas se realizan en un cierto régimen de comunidad (por ejemplo, una pareja consumidora).

En este último caso, consumo compartido, la salud pública no resulta afectada, es por ello por lo que no estamos ante una conducta típica, sino ante una modalidad de autoconsumo impune⁶¹. Para estos supuestos, da igual que el dinero para la compra lo lleve uno de los consumidores o todos ellos, o que la droga comprada la lleve uno y luego la

⁵⁸ STS 776/2011, de 20 de julio.

⁵⁹ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.194.

⁶⁰ STS 1159/2011 de 7 de noviembre.

⁶¹ STS 507/2011, de 26 de mayo.

reparta entre todos o que cada uno lleve su parte, ya que finalmente, todos van a realizar el acto del autoconsumo, aunque la droga se haya comprado conjuntamente⁶².

Cuando se estudia la posesión hay que tener en cuenta la importancia que tiene poder acreditar que la misma es atípica por no concurrir la finalidad exigida por el art.368. Por ello, en casación se alega la existencia de infracción de Ley, en relación con el precepto penal, fundamentando que el juez de la instancia previa condenó, aun cuando los hechos por él conocidos no arrojaban la conclusión de que la finalidad de la posesión era promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido un sistema de indicios⁶³ que sirven para considerar si es o no típica la posesión, exigiéndose la concurrencia de varios y de manera excepcional, uno solo con potencia acreditativa⁶⁴. Se trata de los siguientes:

1 Cantidad de sustancia aprehendida. Hay cierta unanimidad sobre el criterio de la cantidad. Es flexible y las cifras son orientativas, dependiendo de la constatación del destino al tráfico y de la valoración global de todos los indicios. La cantidad apropiada para el autoconsumo depende de estos baremos: clase, calidad y pureza de la droga, grado de adicción del sujeto (cantidad que habitualmente consume), por ejemplo, diferenciando entre consumidores habituales con gran adicción de uno ocasional, los días para los cuales se prevé el consumo, permitiéndose acopio de droga para cinco días⁶⁵, y en casos excepcionales aún más⁶⁶, poder adquisitivo del poseedor, etc.⁶⁷.

El hecho de que no se establezcan legalmente las cantidades a partir de las cuales la posesión sería típica, conlleva inseguridad jurídica, siendo por tanto los Jueces y Tribunales los encargados de decidir al respecto.

Aun así, se pueden diferenciar dos supuestos⁶⁸: 1 cuando el sujeto no sea consumidor el dato de la cantidad será irrelevante, ya que no se podrá alegar autoconsumo y; 2 cuando el sujeto sea consumidor: que la sustancia de la cuantía de la sustancia aprehendida supere la del propio consumo, excediendo del acopio medio de un consumidor (consumo diario para cinco días)⁶⁹.

⁶² STS 281/2003, de 1 de octubre.

⁶³ PEDREIRA GONZÁLEZ, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.41.

⁶⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *últ. ob. cit.*, p.41.

⁶⁵ STS 1159/2011, de 7 de noviembre.

⁶⁶ STS 86/2010, de 9 de febrero.

⁶⁷ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.199.

⁶⁸ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.106.

⁶⁹ STS 11 de octubre de 2005.

2 Acreditación del carácter de adicto o de consumidor habitual⁷⁰. Según Joshi Jubert “para que la más mínima tenencia de droga pueda reputarse para el autoconsumo, el poseedor debe ser adicto a la sustancia poseída o, por lo menos, se consumidor habitual, contentándose la jurisprudencia muy pocas veces con la cualidad de consumidor ocasional. Parte de la jurisprudencia estima que es el acusado el que ha de aportar pruebas de su adicción, rechazándose la alegación si no resulta fehacientemente probada. Esto sucede sobre todo en casos en que la droga poseída lo es en cantidad considerable. Otra parte exige para probar el elemento subjetivo de querer traficar que se destruya la alegación del consumidor. Este es el caso generalmente en que la cantidad de droga poseída es mínima. Desde este punto de vista la declaración de adicto bastaría para excluir el ánimo de traficar a no ser que se probara su falta de adicción”⁷¹.

Aunque la jurisprudencia también acepta la condición de mero consumidor ocasional, esporádico o de fin de semana⁷². Aunque hay sentencias que distinguen entre consumidor de fin de semana y consumidor ocasional, estableciendo como típicos los supuestos de consumidores ocasionales o esporádicos⁷³. Aunque para Dopico Gómez-Aller “limitar la atipicidad a los casos de cotizantes adictos supondría criminalizar los casos de bolsa común en los muy abundantes supuestos de drogas de consumo recreativo semanal, por ejemplo. Precisamente para evitarlo, la jurisprudencia ha ido incluyendo el consumidor ocasional o de fin de semana”⁷⁴.

Otros autores opinan que sería suficiente con probar la finalidad de autoconsumo, sin tener que demostrar la adicción, bastando un consumo esporádico o el consumo voluntario por primera vez. Si esto no se entendiese así, se podría llegar a juzgar como típica la posesión por parte de quien va a consumir por vez primera, ya que no podría establecerse en este caso ni la adicción, ni la habitualidad en el consumo, ni tan siquiera que se trata de un consumo ocasional⁷⁵.

Por todo lo anteriormente expuesto, se debería declarar atípica la posesión para el propio consumo, tanto individual como colectivo, sea el consumidor-consumidores adicto,

⁷⁰ STS 615/2006, de 14 de junio.

⁷¹ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.201.

⁷² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.85.

⁷³ STS 286/2004, de 8 de marzo.

⁷⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.85.

⁷⁵ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., pp.201-202.

habituales, ocasionales o de fin de semana o esporádicos, al igual que los que realizan el acto de autoconsumo por primera vez.

3 Forma de distribución de la droga. El modo en el que se almacena la droga sirve a la jurisprudencia de indicio revelador del elemento subjetivo. La tenencia de las sustancias en papelinhas se estima apropiada para una posterior distribución, lo que conlleva un indicio del ánimo de traficar⁷⁶, aunque alguna Sentencia anterior se ha expresado al respecto, entendiendo que la posesión de la droga preparada en papelinhas también puede explicar el autoconsumo, siendo esta una manera del consumidor de racionar su dosis⁷⁷. Una manera más propia orientada al autoconsumo, sería la de guardar la droga toda de forma conjunta.

4 Lugar en el que se encuentra la droga. Guardar las sustancias en lugares públicos o en sitios de fácil acceso para las personas, o bien en lugares privados; pero si se almacena en escondites, ello se tendría como un indicativo de ánimo de tráfico⁷⁸.

5 Capacidad adquisitiva del procesado en relación con el valor de la droga. La poca capacidad adquisitiva unida a una gran cantidad de droga, sin poder dar explicación de cómo se ha logrado su posesión, supone un indicio de haber realizado actos de tráfico (obtener dinero para luego comprar: la figura del traficante-consumidor) y el ánimo de tráfico.

6 Actitud adoptada al producirse la ocupación. Si el sujeto intenta escaparse, ocultarse o realizar cualquier otro acto de burla de la policía se estima indicio del ánimo de traficar⁷⁹.

7 Pureza de la sustancia aprehendida. Un alto grado de pureza de la sustancia se puede interpretar como estado idóneo para cortarla y traficar con ella después⁸⁰. Pero un bajo grado de la misma también puede ser considerado idóneo para la venta tras la adquisición de la sustancia⁸¹. Sin embargo, si se va más allá, se puede dar una ocupación de una cantidad de sustancia con alto porcentaje en principio activo⁸², al tratarse de un consumidor exigente que prefiera pagar más para obtener una sustancia de su agrado, o debido a su adicción⁸³.

8 Clases de drogas poseídas. A mayor variedad de sustancias poseídas, más fácil es apreciar ánimo de difusión⁸⁴. Aunque en este caso, habrá que prestar especial atención y tener

⁷⁶ STS 1425/2011, de 26 de diciembre.

⁷⁷ STS 286/2004, de 8 de marzo.

⁷⁸ SAP de Guadalajara-Sección 1ª – 9/2011, de 1 de febrero.

⁷⁹ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., pp.202-203. Aunque, en STS 1159/2011, de 7 de noviembre, se expresa que: “el intento de desprenderse de la droga poseída al percatarse de la presencia policial cabe presumirla común al que posee para traficar y al que posee para el propio consumo, pero conoce la ilicitud misma de la posesión, incluso sin aquel destino, y lo que busca con aquel gesto es obstaculizar la ocupación y decomiso que, en todo caso, le privaría de su ulterior aprovechamiento personal”.

⁸⁰ STS 77672011, de 20 de julio.

⁸¹ SAP de Guadalajara-Sección 1ª – 9/2011, de 1 de febrero.

⁸² STS 507/2011, de 26 de mayo.

⁸³ SAP de Córdoba-Sección 3ª – 130/2011, de 6 de mayo.

⁸⁴ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.203.

en cuenta otros indicios a la hora de aplicar este indicio, puesto que hay consumidores que consumen más de una sustancia, o incluso que las mezclan, lo que supone que, sin que concurren otros indicadores de lo contrario, no debe considerarse como una posesión típica⁸⁵.

9 Utensilios ocupados. Detención del sujeto con útiles para la elaboración o comercialización de dosis, entre los que cabe destacar: dinamómetros, balanzas de precisión, sustancias aptas para adulterar la materia prima (inosital), envoltorios, bolsitas, recortes de plástico, pajitas, cucharas soperas, un molinillo, una máquina plastificadora de empaquetado al vacío idónea para la confección de las pastillas de hachís, utillaje en general.

10 Posesión de sumas considerables de dinero, normalmente en moneda fraccionaria⁸⁶.

Consideraciones jurisprudenciales sobre la figura de la posesión de la droga: 1 ha de existir el concurso entre el objeto material y la intención de destinarla al tráfico, pasando a la fase de agotamiento delictivo cuando se obtenga el fin perseguido; 2 el adelantamiento de las barreras de protección provoca que el delito quede consumado con la simple tenencia de las sustancias prohibidas con la finalidad de traficar con ellas; 3 existirá la figura de la posesión aún sin que el sujeto tenga en su poder el objeto ilícito, pero si tenga disponibilidad sobre él, ya que quienes manejan los destinos de la droga son traficantes, aunque nunca hayan tenido materialmente en su poder aquella; 4 la única posesión típica es la preordenada para el tráfico; 5 la drogadicción no excluye por sí sola la tipicidad de la tenencia de estupefacientes.

3. Cultivo

Según la RAE, el término cultivar se define como “dar a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que fructifiquen”.

Se consideran actos de cultivo “aquellas tareas que se llevan a cabo sobre la tierra y sobre las especies botánicas, dirigidas al desarrollo de las mismas y que van desde la siembra hasta la recolección. Los actos anteriores a la siembra, como pueden ser los de preparación del terreno o la posesión de semillas, no suponen todavía un inicio de ejecución, pues no puede afirmarse que el cultivo ha comenzado, y, en consecuencia, son conductas que no pueden subsumirse en el art.368, ni siquiera como tentativa”⁸⁷.

⁸⁵ STS 86/2010, de 9 de febrero. 69 comprimidos de MDMA y 23.280 miligramos de cocaína.

⁸⁶ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.118-119.

⁸⁷ PEDREIRA GONZÁLEZ en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.31.

Serán objeto de cultivo todas aquellas plantas y hongos que posean sustancia tóxica con capacidad objetiva idónea de atentar de forma relevante a la salud pública, no sólo la adormidera, el arbusto de la coca o la planta del cannabis, mencionadas expresa y exclusivamente en la Convención Única de 1961 y el Convenio de 1988⁸⁸. De hecho, en el artículo 7 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, estima que el cultivo lo ha de ser de plantas destinadas a la producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear como tales.

Será necesario que la conducta tenga idoneidad objetiva⁸⁹ para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal e idoneidad subjetiva⁹⁰. Por esto, los actos de cultivo para autoconsumo o consumo compartido, así como el cultivo autorizado u otros cultivos que no tengan ni capacidad objetiva, ni capacidad subjetiva, se deberán considerar atípicos, puesto que no ponen en peligro el bien jurídico protegido, que no es otro si no el de salud pública. Aunque puede suceder que un acto de cultivo sea impune penalmente, administrativamente puede constituir un ilícito, de acuerdo con la Ley 17/1967, de 8 de abril.

4. Elaboración

Serán considerados actos de elaboración los diferentes procedimientos, mecánicos o químicos, que permitan obtener drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de las plantas naturales o de forma sintética o semisintética⁹¹, siendo todos estos procedimientos punibles como delito consumado y no como mera tentativa, ya que el tipo penal se refiere a la ejecución de actos de elaboración. Según esto, para Acale Sánchez “elabora drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas quien realiza el proceso de obtención de la droga de la planta como quien produce la droga en un laboratorio”⁹². De esta manera, separar los frutos de la planta de cannabis, obteniendo de esto, marihuana tras el secado de los frutos sería un acto de elaboración, como también lo serían la obtención de hachís o de aceite entre otros.

El objeto material de los actos de elaboración son todas aquellas sustancias susceptibles de ser convertidas en drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁹³.

⁸⁸ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.121.

⁸⁹ STS 2054/2002, de 9 de diciembre.

⁹⁰ SAP de A Coruña 16/2011, de 19 de abril.

⁹¹ PEDREIRA GONZÁLEZ en ÁLVAERZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.33.

⁹² ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*, ob., cit., p.41.

⁹³ PEDREIRA GONZÁLEZ en ÁLVAERZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.41.

Como ocurre con los actos de cultivo, es necesario que la conducta tenga idoneidad objetiva para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal y subjetiva⁹⁴. Por esta razón, los actos de elaboración para autoconsumo o consumo compartido, al igual que la elaboración autorizada o cualquier otra elaboración sin capacidad objetiva ni subjetiva para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, deberán ser considerados atípicos, ya que no ponen en peligro el bien jurídico protegido salud pública. Sin embargo, puede ocurrir que un acto de elaboración sea impune penalmente, pero aun así constituya un ilícito administrativo, según lo establecido en la Ley 17/1967, de 8 de abril.

5. Tráfico

Traficar es un verbo con sentido comercial, en el sentido de traslación de la propiedad o posesión de la cosa a una o varias personas, de manera gratuita u onerosa, por lo que debe interpretarse extensivamente en el sentido de traspasar, vender, transferir, donar, ceder o regalar. Esta traslación puede ser total o parcial, directa o indirecta, siempre que la transmisión suponga un acto de promoción, favorecimiento o facilitación⁹⁵. Esto supone que todos los actos de tráfico engloban todas las acciones⁹⁶ necesarias para introducir en el mercado las sustancias tóxicas y ponerlas a disposición del consumidor final. Dentro de estas acciones nos encontramos antes las que formen parte de cualquier fase del proceso de transporte, el almacenaje, la venta o la permuta y se añaden también las acciones de tránsito, el envío de droga a través de paquetes postales o la importación. Quedan considerados como actos de tráfico el menudeo o tráfico de drogas a pequeña escala⁹⁷.

Con esta interpretación extensiva supone considerar el tráfico como toda actividad susceptible de trasladar el dominio o la posesión de una cosa, esto origina que el ilícito únicamente se consuma cuando el agente, a través de actos usuales y reiterativos, favoreciere el consumo de las sustancias tóxicas. Esto significa que no se requiere ni habitualidad ni tan siquiera ánimo de lucro⁹⁸, puesto que el tráfico de drogas no es un delito patrimonial. La Jurisprudencia interpreta extensivamente el término para asimilarlo a cualquier tipo de expansión de la droga⁹⁹. Así, entiende por tráfico toda forma de extender y expandir la droga,

⁹⁴ SAP de Málaga-Sección 2ª – de 3 de julio de 2006.

⁹⁵ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.81.

⁹⁶ MOYNA MÉNGUEZ, J., Libro II: Tít. XVII, en VV.AA., Código Penal, 9ª. Ed, Madrid, 2004, p. 948.

⁹⁷ MOLINA MANSILLA, M.C., *El tráfico de drogas a pequeña escala*, Diario El Derecho, núm. 2394, 9 de abril de 2007, pp. 1-5.

⁹⁸ REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, ob., cit., pp.53 y 54.

⁹⁹ JOSHI JUBERT, U., *El delito de tráfico de drogas I*, ob., cit., pp. 132-133.

con o sin ánimo de lucro¹⁰⁰, independientemente de la idea comercial o mercantil y sin necesidad de la habitualidad de los actos¹⁰¹.

No existe ni en la legislación nacional ni en la internacional un concepto de tráfico penal de drogas tóxicas. Es por esto por lo que una amplia doctrina jurisprudencial lo hace extensible a todo lo que sea apto para difundir el objeto típico empleando todo medio de locomoción¹⁰², algunos ejemplos serían los siguientes medios utilizados: en transporte marítimo, una embarcación de recreo, un camión, dentro del maletero de un vehículo, un autobús, en el interior de una maleta, en el equipaje, en un monedero, en un bolso, en una mochila, en un seto o planta, en el volante de un turismo, en el doble fondo de un vehículo, bajo el asiento del conductor, en fardos dentro de un barco, en bidones, en contenedores, en mujeres porteadoras que lleven la droga en el interior de sus ropas, en prendas íntimas, oculto bajo un faja, en el interior de un calcetín o en un zapato, en el interior de su cuerpo, dentro de la boca, en el escote o en la ropa impregnada de cocaína.

Por tanto, esto no afectaría conductas como el autoconsumo o consumo compartido, que son consideradas atípicas precisamente por no promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal. Es por ello, que hay que destacar de nuevo la necesidad de que la conducta tenga idoneidad objetiva para promover, favorecer o facilitar e idoneidad subjetiva. La compra dirigida al propio consumo o al consumo compartido, la venta de una pequeña cantidad de droga, la invitación o donación a un sujeto determinado, el suministro individual, las entregas compasivas, así como cualquier otro comportamiento sin capacidad para difundir el consumo ilegal, serán consideradas atípicas, ya que no ponen en peligro el bien jurídico protegido salud pública.

Para el autor Joshi Jubert hay conductas que promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal y que pueden ser incluidas en el art.368, estas serían la financiación de las conductas de cultivo, elaboración o tráfico; actos de almacenaje y custodia; colaboración en la recuperación química de la droga; actos de mediación; sacar la droga de donde está escondida para entregarla al vendedor; llevar una bolsa a un destino a cambio de un precio; facilitar el vehículo al traficante¹⁰³.

Dentro del apartado del tráfico ilegal, cabe introducir un pequeño apunte sobre la venta de cantidades pequeñas de droga, la dosis mínima y la pureza, que se desarrollará en las siguientes líneas.

¹⁰⁰ STSS de 18 de septiembre de 2003, 4 de julio de 2002 y 16 de marzo de 1995.

¹⁰¹ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narco tráfico*, ob., cit., p.82.

¹⁰² JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., pp.131 y 133

¹⁰³ JOSHI JUBERT, U., *últ. ob. cit.*, pp.176-191.

El delito de tráfico de drogas

Se ha declarado impune la venta de pequeñas cantidades de droga que no sobrepasen la dosis mínima psicoactiva. Desde la elaboración del Informe del Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología, núm. 12691/03, de 22 de diciembre de 2003, que ofrece datos sobre dosis de abuso habitual, dosis de consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva de 29 sustancias, agrupadas en 6 familias, identificándose cada sustancia por sus denominaciones alternativas o comerciales y por su fiscalización en las distintas Listas de la Convención Única y de la Convención de Viena. Tras elaborarse el Informe, se remitió el 13 de enero de 2004 al Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Doctrina celebrado en la Sala 2ª del Tribunal Supremo que fue el órgano que lo había solicitado.

El Pleno envió a los Magistrados un cuadro-resumen del Informe. Y ellos lo utilizan como límite entre la atipicidad y la tipicidad, cuando tratan los casos de venta de pequeñas cantidades de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Aplican, por tanto, la doctrina del principio de insignificancia en el tráfico de drogas¹⁰⁴.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 3 de febrero de 2005 determinó “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”.

Par aplicar la atipicidad en las conductas de venta de pequeñas cantidades, el Tribunal Supremo viene exigiendo que se determine la pureza (la cantidad de principio activo contenido en la sustancia transmitida, la dosis mínima psicoactiva de sustancia debe ir referida al principio activo, excluyéndose diluyentes o adulterantes) de la sustancia transmitida. Esto origina que haya sentencias que no condenan por no conocerse el porcentaje de principio activo (la pureza) de la sustancia¹⁰⁵. Y también se ha absuelto cuando se conocía el porcentaje de principio activo, pero no la cantidad total de sustancia sobre la que aplicar dicho porcentaje¹⁰⁶.

El asunto es distinto cuando se trata de cantidades mayores, en estos casos el Tribunal Supremo no exige a veces la determinación de la pureza, sino que se conforma con otros elementos probatorios. En los casos de cantidades elevadas e importantes, aun sin tener conocimiento de la pureza, se procederá en estos casos con sentencia condenatoria¹⁰⁷.

¹⁰⁴ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., pp.116-150.

¹⁰⁵ STS 116/2006, de 27 de enero, absuelve al no constar ni el peso, ni la pureza.

¹⁰⁶ STS 943/2010, de 21 de octubre.

¹⁰⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.154.

Aunque para aplicar la agravante de notoria importancia será necesario conocer la pureza de la sustancia¹⁰⁸ y si existen pruebas periciales contradictorias sobre la pureza de la droga se optará por la más favorable al acusado¹⁰⁹ y el margen de error del más/menos 5 por ciento en la determinación de la pureza debe jugar a favor del acusado¹¹⁰.

El párrafo 2º del art.368 se incluyó en el tipo básico tras acogerse en el Anteproyecto de 2006 de modificación del Código Penal, la propuesta del Pleno no Jurisdiccional de 25 de octubre de 2005: “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, pero introduciéndose el adverbio “excepcionalmente” y matizándose que la atenuación no podrá realizarse de concurrir alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369, 369 bis y 370” (Proyecto de Ley 121/000119 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). Esta cláusula de excepcionalidad obliga a motivar la decisión de atenuar¹¹¹.

La STS 199/2004, de 18 de febrero, ya se refirió a la necesidad de establecer una pena más proporcional a la entidad del hecho en casos de venta de pequeñas cantidades de droga, argumentando que la pena establecida en el primer párrafo del art.368 puede resultar desproporcionada a la gravedad del hecho en estos casos.

6. Autoría y participación

Autoría.

Tal y como se desprende del artículo 27 del Código Penal¹¹², autor es aquella persona que responde de los delitos o faltas. Aunque se puede diferenciar entre tres conceptos tales como: concepto unitario de autor, concepto restrictivo y concepto extensivo limitado, el que sigue la mayoría de la Jurisprudencia es el primero, el concepto unitario de autor, que por tanto será el que se tratará.

El concepto unitario de autor entiende que cualquiera que contribuya al tráfico ilegal será considerado como autor. Esto implica que sean considerados como tal incluso a los que ofrecen un mero consejo, como a la persona que acompaña a otra a comprar droga.

¹⁰⁸ STS 840/2011, de 22 de junio.

¹⁰⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.154.

¹¹⁰ STS 161/2010, de 25 de febrero.

¹¹¹ MANJÓN-CABEZA, OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.148.

¹¹² Art.27CP: “*Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices*”.

El delito de tráfico de drogas

Aun así, el Tribunal Supremo ha contemplado las diversas clases de autoría que se regulan en el artículo 28, como el autor inmediato (quien directa y materialmente ejecuta el acto); autor mediato (quien se sirve de otro sin cometer la acción penal); coautor (quien realiza una parte del ilícito, con previo acuerdo del resto de partícipes).

La jurisprudencia ha realizado una serie de consideraciones respecto a la autoría, que son: 1 el precepto describe un concepto extensivo de autor, ya que con la cláusula “o de otro modo promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal” incluye cualquier tipo de conductas decisivas o de cooperación, tanto las necesarias como las no necesarias; 2 si existe acuerdo previo y se sigue con actos que facilitan la venta de la droga, serán considerados autores todos los concertados para la actividad ilícita, con independencia del rol llevado a cabo en la operación y siempre que con la colaboración se contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de droga; y 3 cualquier forma de cooperar o auxiliar en la realización de actos principales de tráfico se debe considerar como autoría.

Por tanto, son requisitos jurisprudenciales de la autoría los que a continuación se exponen: 1 se aplica a cualquier forma de tenencia, detención o posesión de la misma, al contemplar el delito un concepto extensivo de autor, tanto con *animus domini* como de servidor de la posesión (siendo poseedor de la droga en nombre de otro o para ese otro); 2 se entiende autoría siempre que pueda acreditarse que el sujeto ha tenido protagonismo en alguna de las fases de operación de tráfico; 3 será considerado autor al sujeto que realice cualquiera de las actividades recogidas en el precepto, desde el cultivo y la elaboración hasta la entrega, pasando por el transporte y la tenencia preordenada para el tráfico; y 4 se debe acreditar el elemento subjetivo típico de facilitar o favorecer el consumo de la droga por terceros.

Dentro de la autoría, podemos encontrar otra figura, la de la coautoría, que sucede cuando hay más de un autor. La coautoría ocurre cuando en una operación de tráfico participa una pluralidad de personas con distintas responsabilidades, pero actúan coordinadamente para lograr el mismo fin. Los requisitos para que se de esta figura son los siguientes: 1 las acciones de sus coautores deben suceder en fase de ejecución del delito; 2 la coautoría se caracteriza por la actuación conjunta del hecho en la que quienes intervienen posean el dominio funcional sobre el hecho; 3 decisión conjunta de los autores que englobe las actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas; 4 a causa de la amplitud del tipo penal, es difícil admitir formas de participación distintas de la autoría, ya que las conductas de tráfico suelen suponer una acción de favorecimiento o de promoción; y 5 cuando la droga incautada pertenezca a varias personas, se tendrá en cuenta la cantidad total

ocupada, sin dividirse entre el número de personas responsables del delito y para ello deben concurrir estos requisitos: que la droga se adquiriera por más de una persona en un único acto y que el acto afecte a la totalidad de la sustancia.

Participación

Aunque la redacción del precepto de autor incorpora un concepto extensivo de autor y con ello se dificulte que se puedan apreciar formas de participación secundarias, ello no significa que no las haya, pues se pueden admitir comportamientos secundarios, tales como los que a continuación se desarrollarán.

La figura de la cooperación necesaria. Para que exista en este tipo de delitos, la Jurisprudencia acude a la teoría de los bienes escasos¹¹³, por tanto se apreciará cooperación necesaria en casos muy concretos: realización de labores de intermediación en la venta de droga, actuando como distribuidor de la sustancia en la circulación capilar de la droga, sin requerirse la recepción y adquisición de la sustancia, bastando un acuerdo previo; aportación del vehículo utilizado por el autor, para el desplazamiento al lugar de comisión del delito; y recibir un paquete por correo que contenga droga procedente del extranjero.

El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente del autor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del delito mediante el empleo de medios conducentes a la realización del hecho ilícito, en el que presta su colaboración voluntaria de manera accidental y secundaria¹¹⁴. El cómplice por tanto no ayuda directamente al tráfico, pero si lo facilita a través de una colaboración mínima sin relevancia, donde el dolo radica en la conciencia y voluntad de coayudar a la ejecución de la acción ilícita. Se diferencia con el cooperador necesario en la mayor o menor trascendencia sobre el resultado producido, siendo menor en la figura del cómplice. Algunos ejemplos de cómplice podrían ser los siguientes: actuar como puntero (intermediario o representante del vendedor); acompañar en un viaje al autor del delito; acompañar a los autores a realizar entrevistas, indicar o acompañar a los compradores hasta el lugar donde se vende droga; ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga; vigilancia del lugar donde se encuentra almacenada u oculta la droga; transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro, con fines de ocultación; conexión telefónica con el portador de la droga y el traslado de los

¹¹³ STS de 11 de septiembre de 2006: “el sujeto presta una contribución al desarrollo de la operación, aportando un recurso escaso, como es su colaboración, y no fácil de obtener de otro modo, máxime cuando, según la teoría del dominio del hecho, el interviniente puede impedir la producción de la infracción no prestando su concurso”.

¹¹⁴ STS 20 de septiembre de 2006.

mensajes entre los implicados y el transportista o contratar a la tripulación de un barco en el que ya se encuentra cargada la droga que se va a transportar, entre otros.

El inductor es considerado como aquel que influye en otro de manera dolosa, creando en él el dolo del ilícito, siendo éste quien detenta el dominio funcional del hecho, es decir inspirando en el inducido el propósito y la decisión de cometer el hecho delictivo. La participación por inducción en los términos del artículo 28 pfo. 2º. CP¹¹⁵ es una forma de autoría y por ello la penalidad en esta figura no se distingue de la prevista para la autoría.

La figura del encubrimiento en este tipo de delitos, se realiza durante la comisión del delito y no después de su ejecución, pero aun así, la Jurisprudencia admite los elementos de la imputación del art.368 que se encuentran en el artículo 451 CP¹¹⁶ y algunos ejemplos serían los siguientes: cuando se auxilia a los autores para que se beneficien del producto o de las ganancias del delito; cuando se hayan ejecutado acciones tendentes a la ocultación, alteración o inutilización del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, con objeto de impedir su descubrimiento.

Mención especial cabe realizar sobre los supuestos de convivencia en este delito. Para los casos de convivencia familiar en la vivienda familiar donde se ejecutan actos de tráfico, la propiedad o titularidad de un derecho sobre la vivienda no basta para considerar al sujeto coautor de los delitos que otro cometa en su interior. Para ello se requiere demostrar las circunstancias adicionales que permiten deducir la coautoría en el sentido real de coposesión de las drogas, sin que se pueda fundar la responsabilidad en la comisión por omisión del delito, ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito¹¹⁷.

La Jurisprudencia sigue una serie de criterios para admitir la tipicidad en estos supuestos, que son los siguientes: 1 la propiedad o titularidad de un derecho sobre una vivienda no convierte por sí sola al sujeto en coautor de los delitos que se comentan dentro de ella¹¹⁸; 2 la comisión por omisión no es admisible por estos motivos: a) los cónyuges no son garantes de que su pareja no cometa el delito¹¹⁹, b) no es suficiente una actitud pasiva y c) conocer no es actuar (el conocimiento sin la realización de la acción da lugar a la omisión de actuar, que solo tendría relevancia en caso de que quien omite sea garante)¹²⁰; y 3 se

¹¹⁵ Art.28: “también serán considerados autores: a) los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”.

¹¹⁶ Art.451CP: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como coautor o cómplice, interviniera con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes...”.

¹¹⁷ MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narco tráfico*, ob.cit., p.152.

¹¹⁸ STS 4 de abril de 2000.

¹¹⁹ STSS 11 de febrero de 1997; 15 de abril de 1997.

¹²⁰ STS 18 de abril de 2006.

requiere que el sujeto que participa en una actividad que pueda ser calificada de facilitación del tráfico o del consumo¹²¹.

7. Formas de ejecución

El delito de tráfico de drogas posee naturaleza jurídica de mera actividad, por lo que queda configurado como un delito de consumación anticipada o de resultado cortado, por tanto, para su perfeccionamiento se precisa únicamente la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido salud pública, sin llegar a requerirse su lesión. Todo ello provoca que las formas imperfectas de ejecución resulten de difícil apreciación, aunque se admite excepcionalmente la tentativa cuando la droga no ha estado bajo la posesión mediata ni inmediata del sujeto, por lo que no se ha llegado a tener disponibilidad por parte del sujeto.

Al tratarse de un delito de consumación anticipada, el delito se perfecciona con la simple posesión de la droga y el ánimo tendencial de destinar la droga a la difusión.

Dentro de este punto se realizará el estudio de los grados imperfectos de ejecución, supuestos en los que no se alcanza el resultado típico por circunstancias ajenas al autor o personales, como serían los casos de la tentativa (ajenas), el desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo (personales).

Tentativa.

Regulada en el artículo 16.1 del Código Penal¹²² y por medio del principio de ejecución se aplica al supuesto en el que el sujeto intenta lograr la tenencia de la sustancia, ejecutando las acciones próximas a su obtención, aunque no se alcanza por razones ajenas a su voluntad. Por tanto, se trata de una tentativa de la posesión y requiere que el autor haya comenzado a poseer y puede admitirse que el inicio de la posesión tendrá lugar cuando el sujeto que quiere poseer la sustancia la tenga a su alcance o en el momento en el que adquiera un poder de disposición sin necesidad de intermediaciones.

Para que pueda ser punible la tentativa, ha de revelar un mínimo de peligrosidad, lo que significa que la acción sea de manera abstracta peligrosa o de manera objetiva adecuada para producir la lesión del bien jurídico, esto conlleva que el plan del autor debe tener un

¹²¹ STS 4 de febrero de 2002.

¹²² Art.16.1CP: “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”.

fundamento racional. En resumen, para la punibilidad de la tentativa es suficiente con haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico protegido.

Dentro de la tentativa, cabe diferenciar la idónea y la inidónea. Se diferenciará entre ambas en las siguientes líneas:

La tentativa idónea agrupa los actos que dan inicio a la conducta típica y que de manera objetiva deberían producir el resultado típico, sin que llegue a producirse por circunstancias ajenas al autor. Esta tentativa se divide en las categorías de inacabada y acabada. En la tentativa inacabada se llevan a cabo parte de los actos de tráfico, pero por causas ajenas al sujeto no se llega a conseguir el fin perseguido. Mientras que en la tentativa acabada se practican todos los actos de tráfico, pero no se obtiene el resultado perseguido. Su consecuencia penológica supone la degradación de la pena por aplicación de los artículos 62 y siguientes del Código Penal, diferenciando entre la inacabada (reducción en dos grados) y la acabada (reducción en un grado).

La tentativa inidónea se regula en el artículo 62 del Código¹²³ y supone la imposibilidad de consumación del delito intentado por alguna de las siguientes razones: imposibilidad de ejecución (por inidoneidad de los medios utilizados); imposibilidad de producción (por inexistencia del objeto sobre el que se pretendía actuar) y por ambas cosas a la vez. También se puede dividir en las siguientes categorías: Inidoneidad absoluta del medio u objeto, también conocida por tentativa irreal o imaginaria, en la que existe voluntad delictiva que queda exteriorizada en la ejecución de los actos susceptibles de crear riesgo al bien jurídico tutelado y no puede conseguir este resultado ya que los actos realizados o los medios por los que se han realizado no son susceptibles de producir el resultado. Estas conductas resultan impunes, ya que la acción no se adecua al tipo. Y la inidoneidad relativa, en la que el sujeto ejecuta los actos con aptitud bastante para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido, pero los medios empleados no son aptos para producir el resultado dañoso, por lo que el bien no resulta efectivamente lesionado debido a circunstancias que pueden revelar una ineficacia temporal o momentánea, de manera que, de haber utilizado mejor los medios o en otras condiciones, tales hechos podrían haberse llevado a cabo produciendo el delito. Esta modalidad si resulta punible tal y como establece el art.16CP.

¹²³ Art.62: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”.

El delito de tráfico de drogas

Desistimiento voluntario y arrepentimiento activo.

El desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo se regulan en el art.16.2¹²⁴ y 16.3¹²⁵ respectivamente, pero para el delito de tráfico de drogas su regulación se encuentra en el artículo 376¹²⁶. En estos casos, el sujeto ejecuta los actos de tráfico, pero resulta exento de responsabilidad criminal, pero no se alcanza el resultado pretendido por cualquiera de estas circunstancias: 1 arrepentimiento activo: evita voluntariamente la consumación del delito, es decir, existe un *actus contrarius* del autor que empezó la ejecución del delito que ahora neutraliza, y 2 desistimiento: desistiendo durante la ejecución ya iniciada, impidiendo de esta manera la producción del resultado.

v. Tipo subjetivo

El resultado de la acción queda condicionado por el elemento subjetivo, que resulta complementario a la peligrosidad de la conducta, que queda representado en estos ilícitos por el dolo, que se caracteriza por las siguientes circunstancias:

1 El agente conozca y tenga voluntad de ejecutar la conducta.

2 El objeto sean drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, causen o no grave daño a la salud; el dolo debe extenderse al conocimiento del carácter nocivo de la sustancia, aunque no es requerido un conocimiento perfecto de la pureza, cantidad, del tipo ni de la clase de droga que se posee o se transporta.

3 Sus actos estén dirigidos a la difusión del consumo ilegal o se dirijan hacia aquellos fines.

4 Su conducta sea ilícita, admitiéndose el dolo eventual e inadmitiendo la culpa consciente. Por esto, concurren supuestos de error de tipo cuando se incumpla alguno de

¹²⁴ Art.16.2: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

¹²⁵ Art.16.3: “Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

¹²⁶ Art.376: “En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad”.

estos requisitos: el sujeto desconoce que el objeto ilícito es una sustancia prohibida (error sobre el carácter prohibido de la sustancia); la misma cause grave daño a la salud (error sobre el carácter nocivo de la sustancia). Para este último caso, la acción se sitúa al margen del Derecho Penal, mientras que, para el caso anterior, se trata de un auténtico error de prohibición. Para estos supuestos, el tratamiento penal sigue las reglas generales, impunidad tanto en caso de error invencible como vencible.

Los requisitos sobre el tipo subjetivo son los siguientes: 1 El dolo se compone de un elemento cognitivo (supone el conocimiento por parte del sujeto de que la acción llevada a cabo está prohibida) y otro volitivo (precisa una intencionalidad de realizar un acto ilícito), debe abarcar los elementos descriptivos y los normativos del tipo; 2 Acreditación de los elementos subjetivos: se deben deducir los datos que constituyen los hechos básicos con los que construir una prueba de indicios suficientes para acreditar los elementos subjetivos o internos necesarios. No es imprescindible acreditar que se han realizado actos de tráfico, solamente basta con la intención de hacerlo; 3 El dolo tiene que ser probado en el proceso, y la carga de su prueba incumbe a la parte acusadora, como consecuencia de la presunción de inocencia; 4 Sobre la persona que realiza el transporte cabe diferenciar entre dolo directo (cuando conoce absolutamente la sustancia) o dolo eventual (cuando desconoce la sustancia, pero tiene sospechas sobre su naturaleza ilícita, o desconoce que se trata de droga de las que causan grave daño a la salud, o desconoce que transporta una cantidad de notoria importancia).

vi. Tipo atenuado

El artículo 21 del Código regula las circunstancias eximentes incompletas y contemplan las causas de exención de la responsabilidad criminal del artículo 20, sólo que, en lugar de eximir, atenúan en los supuestos en los que no se den todos los requisitos requeridos, por lo que no se pueden apreciar como eximentes completas. Estas circunstancias se asocian a determinadas medidas de seguridad, como las de los artículos 99, 102 y 104 del Código Penal. Cuando el Juez o Tribunal aprecie la existencia de esta figura de la eximente incompleta, tal y como se recoge en el artículo 68¹²⁷, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la establecida en la Ley. Mientras que, por otro lado, si no es

¹²⁷ Art.68CP: “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces y tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

posible la exención de la responsabilidad, se podrá redimir condicionalmente la pena, según lo dispuesto en el artículo 87.

El artículo 21.1 del Código¹²⁸ recoge la eximente incompleta, que supone una rebaja facultativa de la pena en uno o dos grados y se encuentra directamente relacionada con la causa de inimputabilidad del art.20.2 CP, y tiene lugar cuando los hechos ilícitos son realizados por el sujeto en condiciones tales que su capacidad de culpabilidad para comprender la ilicitud de la acción o de actuar conforme a esta comprensión no se encuentra totalmente anulada pero sí sensiblemente disminuida o alterada, pudiendo haberse resistido a la comisión del hecho delictivo, aunque con muchísimas dificultades.

La eximente incompleta exige que concurren una serie de requisitos que son los siguientes: 1 requisito biopatológico: la actuación ilegal del sujeto esté motivada por su grave adicción; 2 requisito psicológico: la repercusión de ese trastorno o alteración mental provoca una afectación de las facultades psíquicas del individuo, en este caso más sobre las volitivas, es decir, la dificultad para adecuar el comportamiento a ese conocimiento de la ilicitud de la conducta; 3 requisito temporal: un estado de intoxicación semiplena, en el que sufra una dependencia psíquica y física que elimine parcialmente sus facultades de inhibición; 4 que el sujeto afecte bajo el síndrome de abstinencia no totalmente inhabilitante por su dependencia o una situación cercana al síndrome, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa por una necesidad que le provoca, lo que hace disminuir profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad; 5 requisito normativo: las eximentes han estar tan probadas como el hecho mismo, y es el acusado quien debe acreditarlas; 6 se debe tener la certeza absoluta sobre la concreta afectación de las facultades psíquicas, especialmente las volitivas, que presentaba el sujeto cuando cometió el delito.

La atenuante simple por drogadicción que se regula en el artículo 21. 2º del Código se puede apreciar cuando el sujeto actúe por motivo de su grave adicción a estas sustancias, se encamina a valorar el aspecto motivacional o causal de la conducta delictiva, realizada a causa de la dependencia de este tipo de sustancias.

A continuación, se van a exponer los requisitos que deben concurrir en la drogodependencia para que se estime una disminución de la responsabilidad por vía de la atenuación: 1 requisito biopatológico: que esa adicción sea la causa de la comisión del ilícito, en otras palabras, que la conducta delictiva se realice a causa de la adicción, aunque ello no

¹²⁸ Art.21.1CP: “Tienen la consideración de eximentes incompletas las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

permita prescindir de manera absoluta del requisito psicológico; 2 requisito psicológico: debe sufrir un efecto psicológico que conste en la reducción de la capacidad para comprender la ilicitud del acto delictivo o de actuar conforme a tal comprensión; 3 requisito temporal: en el momento en el que se realizan los actos, el sujeto debía sufrir una afectación biopatológica, que consistiría en un estado de intoxicación grave por consumo de drogas, pero si dicha intensidad no se podía comprobar, resultará suficiente para estimar la concurrencia de la circunstancia atenuante segunda del artículo 21 del Código; 4 que en ese momento se encuentre bajo el síndrome de abstinencia; 5 elemento normativo: las atenuantes tienen que estar tan probadas como el mismo hecho, y es el acusado quien deberá acreditarlas; 6 debe estar acreditada la adicción o dependencia grave, se deben proporcionar datos acreditativos de drogadicción del sujeto que puedan demostrar que la grave dependencia se vincula causalmente con la comisión del ilícito; 7 los supuestos de adicción de drogas que puedan clasificarse como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas.

vii. Atipicidad de conductas

La eximente completa por intoxicación plena constituye una exención de la responsabilidad penal prevista en el artículo 20.2 del Código Penal¹²⁹, dicho artículo contempla el supuesto en el que el sujeto realiza un acto ilícito, mientras se halla bajo unas circunstancias determinadas que le anulan completamente su capacidad de culpabilidad, lo que le impide comprender la ilicitud de la acción o actuar conforme a esa comprensión. Pues bien, este caso se producirá cuando el sujeto esté en un estado de intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos iguales, siempre que no se hayan consumido con la finalidad de cometer la acción ilícita, o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o bien cuando se encuentre bajo la influencia del síndrome de abstinencia totalmente inhabilitante, a causa de su dependencia a las ya mencionadas sustancias.

Se podrá apreciar la eximente completa cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1 requisito biopatológico: la ejecución del acto ilícito está motivada por la extraordinaria adicción del individuo; 2 requisito psicológico: la repercusión de ese trastorno o alteración

¹²⁹ Art.20.2CP: “El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

debe anular su capacidad de comprensión de la ilicitud o de actuar conforme a esa comprensión; 3 requisito temporal: en el momento en el que actúa, se debe de encontrar en un estado de intoxicación plena, debiendo presentar una extraordinaria dependencia física y psíquica que dejen eliminadas sus facultades de inhibición; 4 que obre bajo el síndrome de abstinencia por su dependencia; 5 requisito normativa: se deben encontrar tan probadas las eximentes, como el hecho mismo, y es el acusado quien debe demostrarlo por constituir la excepción a la regla general de la imputabilidad de las personas; y 6 debe ser acreditada la dependencia extrema al consumo abusivo de dichas sustancias.

IV. TRATAMIENTO PENITENCIARIO DE DESHABITUACIÓN DE LA DROGA

En este capítulo se va a realizar el estudio de la clasificación penitenciaria que se hace a los presos por este delito y se abordará el tratamiento penitenciario de deshabituación de la droga, para ello se examinará la normativa general y específica que lo regula, además de los Programas y Modelos de intervención con drogodependientes. Para finalizar se hablará de la problemática de la droga en el centro penitenciario.

i. Clasificación penitenciaria

“Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idónea dentro de aquel” es lo que rezan los artículos 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de aquí en adelante LOGP, y el artículo 102 del Reglamento Penitenciario (RP). Por lo expuesto, serán clasificados en primer grado los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada; en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir por el momento en un régimen de semilibertad; y la clasificación en tercer grado se aplica a los internos calificados que si tengan dicha capacidad.

Los grados segundo y tercero de tratamiento corresponden respectivamente a los regímenes ordinario (arts. 76 y ss. y 101 RP) y abierto (arts. 80 y ss. y 101 RP), siendo el primer grado clasificado como régimen cerrado (arts. 10 LOGP y 89 y ss. y 101 RP), siendo

la modalidad común o en la más restrictiva del Departamento especial. Hasta la creación de la Ley Orgánica 7/2003, de cumplimiento integro y efectivo, la LOGP permitía el paso de un interno inicialmente a otro grado superior, en virtud del sistema de individualización científica, a excepción de la libertad condicional, recogida en el artículo 72.3 LOGP. Tras la reforma surge un modelo mixto, de menor recorrido, que en materia de clasificación exige, para el paso al tercer grado y para penas superiores a cinco años, el cumplimiento de la mitad de la condena, así aparece recogido en el artículo 36 del Código Penal, únicamente exceptuado por lo establecido en el artículo 100.2 RP, que introduce el principio de flexibilidad y permite combinar aspectos característicos de cada uno de los grados.

Los presos detenidos por delitos de tráfico de drogas no tienen ningún tratamiento especial, por lo que su clasificación será igual que la del resto de penados para otros delitos. En la mayoría de los casos suelen ser clasificados en segundo grado ya que suelen ser personas que no suponen peligrosidad excesiva.

En España los internos por este tipo de delito pueden acceder a todos y cada uno de los beneficios penitenciarios, ya que no existe ninguna norma que se lo impida.

ii. Normativa

En este apartado se va a exponer el marco legal español para el tratamiento en centros penitenciario de personas drogodependientes.

En el ámbito estatal las leyes sobre las que versa este apartado serán la Constitución Española, la Ley Orgánica General Penitenciaria, el Reglamento Penitenciario y las distintas instrucciones penitenciarias en materia de drogas.

La Constitución Española. La CE establece que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social¹³⁰.

De acuerdo con el artículo 25.2 *“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. (...) En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad*

¹³⁰ Secretaría General de instituciones penitenciarias. *Programas de intervención con drogodependientes en centros penitenciarios*. Memoria 2016.

Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad". Por lo expuesto, les compete en especial a los poderes públicos la organización y tutelas de la salud pública, haciendo de dichos objetivos uno de los fines primordiales de la Institución Penitenciaria.

La Ley Orgánica General Penitenciaria. La LOGP tiene mayor importancia como marco legal para el desarrollo de las estrategias y programas de intervención dirigidos a la consecución de la reeducación y reinserción social de internos drogodependientes. También reglamenta y normativiza el artículo 25 CE, mencionado anteriormente.

Especial relevancia tienen los artículos 36¹³¹ y 37¹³², ya que hacen referencia a las prestaciones sanitarias de los reclusos, las cuales deberán ser equiparables en todo lo posible a las recibidas por cualquier ciudadano en libertad. El apartado b del artículo 37 se centra de forma expresa en los drogodependientes, manifestando la existencia en todos los centros penitenciarios de una asistencia médica que incluya un espacio destinado a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos. Finalmente, en el artículo 66 se expone la posibilidad de organizar programas basados en los principios de la comunidad terapéutica, de los que se hablarán más adelante.

El Reglamento Penitenciario. El RP¹³³ sistematiza la necesidad de programas y actividades orientadas a paliar las carencias, problemas y enfermedades que presenten los internos. Por este motivo desarrolla las normas en relación con los internos drogodependientes, estableciéndose en los artículos 114 a 117, 154, 156 y 182. Todos ellos tienen como base el principio de flexibilidad del artículo 100.2 RP. Dicho principio se detalla más en los artículos 117.1¹³⁴ y 182. En el 117.1 se permite a los internos clasificados en

¹³¹ Art. 36 LOGP: "Uno. En cada centro existirá al menos un Medico general con conocimientos psiquiátricos encargado de cuidar de la salud física y mental de los internos y de vigilar las condiciones de higiene y salubridad en el establecimiento, el cual podrá, en su caso, solicitar la colaboración de especialistas. Igualmente habrá cuando menos un Ayudante Técnico Sanitario y se dispondrá de los servicios de un Medico Odontólogo y del personal auxiliar adecuado. Dos. Además de los servicios médicos de los establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios. Tres. Los internos podrán solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las instituciones penitenciarias, excepto cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho".

¹³² Art. 37 LOGP: "Para la prestación de la asistencia sanitaria todos los establecimientos estarán dotados: a) De una enfermería, que contará con un número suficiente de camas, y estará provista del material clínico, instrumental adecuado y productos farmacéuticos básicos para curas de urgencia e intervenciones dentales. b) De una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos. c) De una unidad para enfermos contagiosos".

¹³³ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, de Reglamento Penitenciario.

¹³⁴ Art. 117.1 RP: "Los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la

segundo grado que presenten un perfil de baja peligrosidad social y que no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, que puedan acudir regularmente a realizar un programa concreto de atención especializada a una institución extrapenitenciaria, siempre que sea necesario para su reinserción social. En el 182 se permite que penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para la deshabitación de drogodependencias y otras adicciones, sean atendidos en instituciones extrapenitenciarias.

En su artículo 116 dicta que “*todo interno con dependencia de sustancias psicoactivas que lo desee, debe tener a su alcance la posibilidad de seguir programas de tratamiento y deshabitación*”. Además, añade que se podrán desarrollar programas específicos en diferentes áreas geográficas, para evitar el desarraigo social de los internos sometidos a los mismos.

Las instrucciones penitenciarias. La intervención en materia de drogas en Instituciones Penitenciarias estuvo regulada por la Circular 5/95, de 15 de febrero¹³⁵ hasta la actualización de 2005, momento en el que fue sustituida por la Circular 17/2005, de 15 de diciembre¹³⁶.

En la actualidad rige la Instrucción 3/2011¹³⁷, que establece las líneas generales que comprenden, por un lado, las medidas contra la introducción y tráfico de drogas o intervenciones de reducción de la oferta, y por otro, los programas dirigidos a la población penitenciaria o intervención sobre la demanda, señalando los procedimientos para la ejecución de los diversos programas de intervención, así como los equipos de trabajo para la coordinación y gestión de estos¹³⁸.

Esta instrucción también desarrolla y concreta los programas de deshabitación y atención especializada que recogen los ya mencionados artículos 116 y 182 del RP. Expone que dichos programas son de carácter preventivo, de reducción de daños y riesgos, de deshabitación y de reincorporación social.

iii. Programas y modelos de intervención con drogodependientes

realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social”.

¹³⁵ Circular 5/95, de 15 de febrero, de la DGIP sobre Política Global de actuación en materia de drogas en IPPP.

¹³⁶ Circular 17/2005, de 7 de julio, *Programas de intervención en materia de drogas en IPPP*.

¹³⁷ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: Instrucción 3/2011, Plan de intervención en materia de drogas en la institución penitenciaria.

¹³⁸ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Programas de intervención con drogodependientes en centros penitenciarios*. Memoria 2016.

En este apartado se van a tratar a modo de introducción los distintos equipos para el desarrollo de los programas y la clasificación en los diferentes módulos. Tras ello se expondrán los tipos de programas de intervención a los cuales pueden acceder los internos drogodependientes, así como los distintos modelos en los que pueden ser clasificados.

1. Introducción

No es hasta el año 1981, con la promulgación del Reglamento Penitenciario cuando se introduce el tratamiento para las drogas en las prisiones.

La prisión otorga una oportunidad para que las personas consumidoras de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos iguales, accedan a estos tratamientos. Por ello deben aprovechar tal oportunidad, ya que la adicción a estas sustancias ha de verse como un problema social que afecta a toda la sociedad y en consecuencia se ha de actuar contra el consumo. Y en prisión también, por los siguientes motivos:

La reinserción del individuo en la sociedad, fin que persigue el sistema penitenciario, mediante el tratamiento individual especializado, ayudando a aliviar o eliminar los problemas de los internos, en este caso el de la drogodependencia. Todo ello se puede deducir de la legislación penitenciaria¹³⁹ en su artículo 60¹⁴⁰.

El elevado número de presos que son drogodependientes en centros penitenciarios españoles, por lo que debe acentuarse la importancia de actuar contra el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos iguales, en dichos centros.

Y, por último, por la obligación moral que existe de actuar sobre las personas drogodependientes. No siempre el personal de las Instituciones Penitenciarias puede hacerse cargo y otorgar todas las facultades para dichas personas, por lo que suelen recibir ayuda de asociaciones no lucrativas, tal y como se regula en la Instrucción 2/2012¹⁴¹.

El número de personas encarceladas por delitos conexos con el tráfico o consumo de drogas ha aumentado en los últimos años, por lo que la Instituciones Penitenciarias deben

¹³⁹ Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP).

¹⁴⁰ Art.60 LOGP: “*Los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior. Para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades.*”.

¹⁴¹ Secretaria General de Instituciones Penitenciarias: Instrucción 2/2012, de 7 de junio, de Intervención de organizaciones no gubernamentales, asociaciones y entidades colaboradoras en el ámbito penitenciario.

hacer frente a este problema mediante un tratamiento adaptado a las necesidades de dichos internos.

Como ya se ha dicho anteriormente, la entrada en prisión ofrece una posibilidad de recuperación mediante el tratamiento terapéutico, pudiendo ser la entrada en vigor un comienzo para terminar con el consumo de drogas por parte del interno drogodependiente. Ello es posible, únicamente si el interno es consciente de su situación y de manera voluntaria decide someterse al tratamiento.

Conviene conocer una serie de necesidades del drogodependiente, que según la fundación *Atenea* en su publicación “La metodología de la comunidad terapéutica”¹⁴² son: la necesidad de cambio; tiempo para cambiar; cambio positivo; acción para el cambio; y aprender para poder cambiar. Necesidades que requieren de gran disciplina y responsabilidad del interno, por lo que, de lograrlo, conseguiría cambios muy positivos.

2. Equipos de coordinación y gestión

Los equipos de coordinación y gestión están compuestos por tres tipos de equipos distintos: el Equipo Sanitario, el Consejo de dirección GAD (Grupo de Atención al Drogodependiente) y los Equipos Técnicos-GAD. Son los encargados del desarrollo de los programas de intervención en materia de drogodependencia en el centro penitenciario.

Para el desarrollo de los programas contarán también con la participación de las diferentes instituciones encargadas de la atención a los drogodependientes, así como de las distintas ONG colaboradoras.

El Equipo Sanitario del centro penitenciario es el encargado de desarrollar los programas específicos de intercambio de jeringuillas, de la prescripción y dispensa de metadona, y de la distribución de papel de aluminio. Además, lleva a cabo las intervenciones por sobredosis y la desintoxicación por sustancias de abuso¹⁴³. También se encarga de las actuaciones de prevención de enfermedades, promoción de la salud y el diagnóstico y tratamiento de enfermedades.

El Consejo de dirección GAD está formado por¹⁴⁴ el Director del centro penitenciario, quien preside la Comisión, el Subdirector Médico o Jefe de los Servicios Médicos, el Subdirector de Tratamiento, los Coordinadores de los Equipos Técnicos-GAD

¹⁴² OLIVAR. A., “La educación social en la comunidad terapéutica y otros dispositivos residenciales: aspectos generales”, *La metodología de la comunidad terapéutica*, diciembre de 2010, p.198.

¹⁴³ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Informe General 2016*. p. 185.

¹⁴⁴ Art. 270 RP.

y los Coordinadores del resto de programas con internos drogodependientes. Además de estos, también pueden formar parte de el, como ocurren en la mayoría de los casos, los representantes del Plan Autonómico sobre drogas y otras Instituciones, Entidades y ONG que intervienen en los programas con internos drogodependientes, y los profesionales de la Institución Penitenciaria que la Comisión GAD estime conveniente¹⁴⁵.

Los Equipos Técnicos GAD son equipos multidisciplinares, por lo que están compuestos por médicos, psicólogos, educadores y trabajadores sociales. Estos equipos pueden ser ampliados, bien de forma directa o efectuando la coordinación necesaria con otros profesionales extrapenitenciarios.

El número de Equipos varía en función del volumen de población en los centros penitenciarios. En centros cuyo volumen de población es bajo, un único equipo puede desarrollar todos los programas multidisciplinares. Por el contrario, en centros donde el volumen de población es alto se precisa de varios Equipos específicos para el desarrollo de cada uno de los programas.

Las funciones de estos Equipos son las de diseño, ejecución y evaluación de las intervenciones multidisciplinares. En cuanto a los programas de su competencia son los de prevención-educación para la salud, intervención psicosocial en el tratamiento con metadona, deshabitación y reincorporación social¹⁴⁶.

3. Programas de prevención y tratamiento con drogodependientes.

En este apartado se va a exponer el desarrollo durante los últimos años de una serie de programas para ayudar a los internos drogodependientes y son lo siguientes:

El Programa de Prevención y Educación para la Salud tiene como objetivos mejorar la información sobre las drogas y sus efectos, buscando evitar el inicio de su consumo o reducir el mismo; propiciar un estilo de vida saludable y dotar de competencias y habilidades para rechazar el consumo y favorecer una adecuada inserción social, así como reducir las conductas de riesgo. Los encargados de llevar este programa son los Equipos Técnicos GAD, mediante la realización de diversas actividades como talleres de consumo de menor riesgo,

¹⁴⁵ PERNAS RIAÑO, B., *Intervención sobre drogas en centros penitenciarios*, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, p.46.

¹⁴⁶ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/modulosTerapeuticos.html> (visitado el día 22 de diciembre de 2018).

charlas informativas, prevención de sobredosis, elaboración de materiales escritos o la formación de mediadores en salud¹⁴⁷. La formación de mediadores en salud es una de las modalidades más eficaces y efectivas en las prisiones. Los objetivos residen en capacitar a grupos de internos como mediadores en la promoción de estilos de vida saludables, ejerciendo de una forma eficaz y efectiva el papel de agentes de salud, difundiendo información preventiva entre otros internos usuarios de drogas, buscando de igual manera la mejora de la salud y de la autoestima y cambios en las conductas de riesgo de los propios agentes de salud¹⁴⁸.

El Programa de intercambio de Jeringuillas (PIJS) tiene “*como finalidad reducir los daños y riesgos asociados al uso inyectado de drogas. Los programas de intercambio de jeringuillas buscan modificar las prácticas de riesgo directamente relacionadas con la inyección de drogas, sobre todo el uso compartido de jeringuillas*”¹⁴⁹. El programa de intercambio de jeringuillas no tiene como objetivo tratar la dependencia de drogas, si no que lo que trata es preservar la salud y la vida de los consumidores de drogas por inyección, puesto que hacen posible que puedan utilizar un equipo de inyección estéril, evitando así la adquisición y transmisión de enfermedades, entre ellas VIH o Hepatitis C, y favorece la mejora de las condiciones de higiene personal de la población UDI (Usuarios de Drogas Inyectadas). Los encargados de llevar este programa son los Equipos Sanitarios del propio centro, pudiendo coordinarse a través del Consejo GAD con el resto de profesionales que actúan en los diferentes programas de salud y drogodependencia de la prisión. Los Equipos Sanitarios otorgan a los usuarios de este programa de material de inyección estéril, y otro tipo de servicios, a cambio de la entrega de sus jeringuillas usadas, tratando así de salvaguardar su salud y la de las personas con las que se relacionan¹⁵⁰.

Esta modalidad permite establecer contacto con consumidores activos por vía inyectada, facilitando de este modo la oferta de información sanitaria y se motiva para el acceso al resto de recursos de tratamiento que existen en el centro penitenciario, además de impulsar el abandono del hábito de compartir el material de inyección, y de una manera secundaria, el abandono de esta vía de consumo.

Por lo que respecta al acceso al programa, éste es libre y confidencial. Para garantizar la seguridad en los centros penitenciarios únicamente se permite una jeringuilla por interno,

¹⁴⁷ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Informe General 2016*. p.195.

¹⁴⁸ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Programas de intervención con drogodependientes*. Memoria 2016. p. 21.

¹⁴⁹ PERNAS RIAÑO, B., *ob., cit.*, p.69.

¹⁵⁰ PERNAS RIAÑO, B., *últ., ob., cit.*, p.70.

identificable como propia del programa, encapsulada y dentro de una bolsa transparente precintada, podrá llevarla consigo o tenerla en su celda en la parte superior de su taquilla, teniendo que advertir al funcionario/a de su posesión en caso de que se lleve a cabo un cacheo¹⁵¹.

El Programa de Tratamiento con Metadona tiene como finalidad disminuir el consumo de drogas, evitar el consumo por vía intravenosa, mejorar el estado físico y mental y el descenso de la conflictividad. Este programa ha contribuido a mejorar notablemente la calidad de vida de los drogodependientes, al mejorar los problemas de salud, reducir el número de fallecimientos por causa de la toxicomanía, y reducir el número de infectados por el VIH y VHC¹⁵². Atendiendo a las particularidades de las personas se pueden constituir dos modalidades:

Programa de prescripción y dispensación de metadona: tiene como objetivos principales el control del consumo activo, la vía parental y el deterioro físico, psíquico y social. Se encargan los Equipos Sanitarios cuya intervención consiste en la administración de metadona a los internos consumidores activos o con deterioro psicofísico.

Programa de intervención psicosocial en el tratamiento con metadona: además de la dispensación de metadona, tiene como objetivo mejorar la competencia psicológica y social de los internos en tratamiento con metadona, permitiendo la adaptación social y laboral y la normalización e integración social. Se lleva a cabo por el Equipo Técnico GAD.

Para la inclusión en este tratamiento solo se requiere el previo diagnóstico confirmando la dependencia a opiáceos, tal y como se establece en los Reales Decretos 75/1990 y 5/1996. Una vez que tiene el diagnóstico, el interno firma un consentimiento informado donde se le explica la finalidad del tratamiento, además de sus riesgos y consecuencias.

A fin de mejorar y continuar el tratamiento, si se produjese un traslado o la excarcelación del interno, se produce la comunicación y coordinación necesaria para que ese interno, ya sea con el centro de llegada o con un centro de tratamiento comunitario, para que se continúe el tratamiento al que se estaba sometiendo.

El Programa de Deshabitación pretende conseguir períodos de abstinencia que configuren una ruptura de la dependencia y una reordenación de la dinámica personal y social¹⁵³. También se facilita alcanzar elementos, estrategias terapéuticas y pautas de conducta

¹⁵¹ PERNAS RIAÑO, B., *últ., ob., cit.*, p.71

¹⁵² Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Programas de intervención con drogodependientes en centros penitenciarios*. Memoria 2016

¹⁵³ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Informe General 2016*. p.197.

que hagan posible la normalización e integración social. El desarrollo de este programa lo realiza los Equipos Técnicos GAD, realizando actividades terapéuticas individuales y grupales trabajando diferentes áreas: apoyo psicológico, educación para la salud, mejora de la asertividad, técnicas de reducción de ansiedad, mejora de autoestima, resolución de conflictos, habilidades sociales, prevención de recaídas y trabajo con familias. La intervención se complementa con actividades educativas, deportivas, de formación profesional-ocupacional y de inserción social y laboral. En función de las características y necesidades de la población interna y de las posibilidades arquitectónicas del centro penitenciario, el programa de deshabitación se desarrolla de forma ambulatoria, en centro de día y en módulo terapéutico¹⁵⁴. Los Equipos Técnicos GAD también se encargan de decidir que reclusos son incluidos y cuales han de ser expulsados de este programa, una vez se efectúe la valoración por parte de éstos.

Para tener un buen control de la abstinencia o el consumo de drogas por parte del interno, es pertinente la realización de analíticas de orina, con la periodicidad y atendiendo a las circunstancias que los profesionales establezcan. Los resultados son confidenciales entre los internos y los profesionales que las realizan.

Por lo que respecta a la forma de desarrollo de este programa hay que atender a las características y necesidades de la población interna, pudiendo desarrollarse de forma ambulatoria, en centro de día y en módulo terapéutico. Los internos que se encuentran en este programa pueden acceder a las actividades propuestas existiendo diferentes grados de participación. Los internos pueden pasar por el programa ambulatorio como fase previa al programa en módulo terapéutico.

Al igual que pasaba con el Programa de Tratamiento con Metadona, a fin de mejorar y continuar el tratamiento, si se produjese un traslado o la excarcelación del interno, se produce la comunicación y coordinación necesaria para que ese interno, ya sea con el centro de llegada o con un centro de tratamiento comunitario, para que se continúe el tratamiento al que se estaba sometiendo.

El Programa de Reincorporación Social busca la adquisición y desarrollo de instrumentos, actitudes y habilidades, recursos y aprendizajes que ayuden a mejorar el desenvolvimiento personal, familiar, social y laboral, para poder afrontar con posibilidades de éxito el tratamiento en libertad y su normalización e integración en la sociedad. Los Equipos Técnicos GAD junto al Equipo Sanitario, son los encargados de la preparación para la salida y reincorporación social de los internos, a través de: salidas diarias para trabajar o

¹⁵⁴ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Informe General 2016*. p.198.

para recibir tratamiento, programas de preparación para los permisos y para la libertad, derivación a cumplimiento en unidades terapéuticas extrapenitenciarias y clasificación en tercer grado y cumplimiento en centros abiertos.

Como en todos los programas que han sido tratados anteriormente, es necesaria la colaboración coordinada de todos los profesionales para la continuación del proceso terapéutico. Para ello las asociaciones, entidades y los recursos asistenciales de los Servicios Autonómicos de Salud, Planes Autonómicos y Municipales sobre Drogas y de los Servicios Sociales trabajan de forma coordinada, pudiendo así conseguir una unión entre las actuaciones, evitando romper en el proceso terapéutico, garantizando la continuación de la intervención terapéutica y obtener una reincorporación dinámica y positiva¹⁵⁵.

4. Modalidades de intervención

En este apartado se van a tratar los dos tipos de modalidades de intervención bajo los que pueden desarrollarse los programas de intervención anteriormente examinados. Estas modalidades son: ambulatoria/centro de día y módulos terapéuticos.

Intervención ambulatoria/centro de día: Se destinan espacios adecuados para que los profesionales puedan desarrollar las actividades terapéuticas con los internos incluidos en los distintos programas. Estos espacios pueden ubicarse en cada módulo (intervención ambulatoria) o en una dependencia centralizada con diversas salas o despachos (centro de día). Los internos pueden pasar por el programa ambulatorio/centro de día como fase previa al programa en módulo terapéutico y como fase de expulsión temporal de los mismo¹⁵⁶.

Intervención en Módulos Terapéuticos: se lleva a cabo en centros penitenciarios con estructura modular, pudiendo destinar uno o más módulos a internos que se encuentren en programas de intervención de drogodependencias. Con ello se busca lograr un espacio libre de las interferencias que generan la droga y su entorno para generar cambios en los hábitos y aptitudes de los internos de modo que puedan continuar su tratamiento en los diversos recursos terapéuticos comunitarios. En cuanto a la inclusión en el módulo terapéutico es decisión del Equipo Técnico GAD responsable del programa correspondiente. A estos

¹⁵⁵ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Programas de intervención con drogodependientes en centros penitenciarios*. Memoria 2016. p.33.

¹⁵⁶ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Plan de intervención en materia de drogas en la institución penitenciaria*. p.29.

módulos podrán acceder tanto internos drogodependientes, como internos no drogodependientes cuando existo un riesgo elevado de desarrollar alguna drogodependencia, proporcionando a los internos una atención completa y personalizada, desarrollando gran parte de las actividades del programa en el interior del módulo, evitando de esta manera el contacto con el resto de población reclusa.

Un aspecto fundamental es el desarrollo de las áreas dirigidas a la motivación hacia el cambio, el aprendizaje social, focalizando principalmente la prevención de recaídas, el aprendizaje de habilidades sociales, la educación para la salud y la formación y orientación sociolaboral. Se considera básica, dentro de las posibilidades individuales, la orientación y derivación del interno hacia intervenciones extrapenitenciarias, de carácter terapéutico, formativo-laboral o de inserción sociolaboral. Los ejes de la intervención son los grupos terapéuticos y el ambiente en el módulo, para estimular y recompensar los avances, que se reflejan en ir adquiriendo mayores niveles de responsabilidad¹⁵⁷.

iv. Problemas de la droga en prisión

En este apartado se va a hablar de los mayores problemas de la droga en prisión y son estos tres: consumo, enfermedades que padecen las personas que las consumen y el riesgo elevado de sobredosis.

1. El consumo: es un problema existente y reconocido por Instituciones Penitenciarias. El centro penitenciario es un lugar donde se puede ver favorecido el consumo de drogas o incluso provocar que algunas personas las prueben por primera vez dentro.

La iniciación en el consumo de drogas una vez dentro del penal puede deberse a la falta de actividades de ocio, a lo que se añade el estado de ansiedad y nerviosismo, pudiendo dar lugar a este consumo para poder evadirse de la realidad que les rodea, siendo el cannabis la droga más consumida por los reclusos¹⁵⁸.

Los presos drogodependientes que ingresan en prisión normalmente son politoxicómanos, aunque consuman de forma preferente su droga principal. Una vez dentro su consumo se ve reducido debido a la escasa disponibilidad de sustancias tóxicas en prisión y a la intervención terapéutica proporcionada.

¹⁵⁷ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Programas de intervención con drogodependientes en centros penitenciarios*. Memoria 2016. p.33.

¹⁵⁸ MANZANOS BILBAO, C.: “*Violencia, Salud y Drogas en prisión*”, *La prisión en España: Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, 2007, pp. 135-156.

Mayor transcendencia tiene el consumo por vía intravenosa, ya que los problemas derivados de esta pueden llegar a ser muy graves, e incluso comprometer la supervivencia, como son las infecciones por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) y por el Virus de la Hepatitis C (VHC). También son frecuentes otros problemas infecciosos relacionados con las condiciones ambientales y estilo de vida, como son la tuberculosis, las enfermedades de transmisión sexual, así como problemas dermatológicos, odontológicos y carenciales¹⁵⁹.

2. Las enfermedades que padecen las personas que las consumen: Otro de los problemas que generan las drogas son las enfermedades infecciosas de las que destacamos el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y la Hepatitis C.

La infección por el VIH y el SIDA en los centros penitenciarios presentan unas características especiales debido a la elevada prevalencia de consumidores de drogas por vía intravenosa, entre consumidores antiguos y nuevos. En nuestro país, la vía principal de contagio es a través de las jeringuillas y agujas que comparten estos consumidores. En prisión, aproximadamente la mitad de las personas que ingresan son consumidores, además esta población penitenciaria es una población joven, con un elevado porcentaje de drogadictos¹⁶⁰.

En la última década se ha experimentado un descenso de la población reclusa enferma de VIH, esto se ha debido a los programas de intervención y reducción de daños que desde Instituciones Penitenciarias se han realizado¹⁶¹. Atendiendo sobre todo a: programas de prevención y educación para la salud, el programa de intercambio de jeringuillas o el programa de tratamiento con metadona entre otros.

A pesar de los avances tanto en la medicina como en los sistemas penitenciarios se siguen dando casos de fallecimientos por SIDA bajo custodia de Instituciones Penitenciarias, para reflejar esto, se puede observar que durante el año 2016 fallecieron 6 pacientes.

En cuanto a la Hepatitis C, sigue el mismo curso que el VIH produciéndose también un descenso considerable en la última década, situándose en 2016 por debajo del 20 %, respecto del año 2006 donde se encontraba en un 31,3 %¹⁶².

¹⁵⁹ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Programas de intervención con drogodependientes en centros penitenciarios*. Memoria 2016. p.11.

¹⁶⁰ CLEMENTE MILLANA, Luis, “Deterioro neuropsicológico en la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) en una población penitenciaria”, *Premio Nacional Victoria Kent*, 2004, pp. 110-113.

¹⁶¹ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: Instrucción 3/2011, Plan de intervención en materia de drogas en la institución penitenciaria, p.33.

¹⁶² CERESO DOMINGUEZ, A.I. y ARENAS GARCÍA, L., “Estudio longitudinal del tráfico de drogas y de su impacto en la delincuencia”, InDret, 2016, pp. 21 y 22.

3. El riesgo elevado de sobredosis: Otro problema muy importante es el fallecimiento por sobredosis. A pesar de que la mayor parte de los consumidores reducen significativamente el consumo de drogas gracias a las medidas que se adoptan para impedir la entrada de drogas y de la extensión a todas las prisiones de los programas de tratamiento de la dependencia de drogas, desde los de deshabituación a los de metadona, algunos drogodependientes consumen dentro del centro penitenciario algún tipo de droga. Se ha constatado que recaer en el consumo de heroína tras un período de abstinencia, en particular después de un tratamiento de deshabituación o a la salida de prisión por algún permiso o la libertad condicional, tiene un importante riesgo de sobredosis.

Durante los periodos de abstinencia, los drogodependientes pierden la tolerancia a las drogas de consumo habitual, algo que tal vez desconocen o pasan por alto, entrando en sobredosis que puede tener consecuencias nefastas. Otros factores de riesgo de sobredosis son el consumo de varias drogas diferentes que se potencian (por ej. opiáceos y benzodiazepinas junto a alcohol) y el consumo de metadona ilegal, no prescrita. La tasa de mortalidad por sobredosis oscila entre 0,44 y 0,93 por 1000 internos y año¹⁶³.

La instrucción 10/2014, que regula el Programa de Actuación en Sobredosis¹⁶⁴, pretende dar respuesta a este problema, por un lado, mediante la lucha contra la introducción y tráfico de drogas o intervenciones para reducir la oferta, y por otro lado, mediante programas dirigidos a la población penitenciarias o intervenciones sobre la demanda, que se desarrollan en la instrucción 3/2011.

El objetivo principal de este programa es evitar episodios de sobredosis por consumo de sustancias psicoactivas en las personas ingresadas en prisión y en las que son excarceladas con motivo de permiso de salida o libertad, así como evitar fallecimientos en los casos en que se produzcan. Para ello se encargan de: mejorar la información sobre las drogas y la sobredosis, tanto dentro como fuera de prisión; incluir en los diversos programas a los consumidores activos y a aquellos que hayan sufrido episodios de sobredosis; valorar el riesgo de sobredosis y reducirlos; derivar a centros de tratamiento comunitarios a drogodependientes en tercer grado o excarcelados; observación y vigilancia de aquellos internos que sufran un episodio de sobredosis.

¹⁶³ Secretaria General de Instituciones Penitenciarias. *Programas de intervención con drogodependientes en centros penitenciarios*. Memoria 2016. p. 11.

¹⁶⁴ Secretaria General de Instituciones Penitenciarias. Instrucción 10/2014, Programa de actuación en sobredosis.

A pesar de todo ello, desde 2007 a marzo de 2017 se han notificado al Registro de Mortalidad de la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria 402 fallecimientos, ocurridos en los centros penitenciarios, hospitales y en permisos de salida.

V. EL IMPACTO PENITENCIARIO DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

En este capítulo se abordará el impacto que genera este delito en el ámbito penitenciario, abarcando la población reclusa y su situación procesal y el perfil del detenido. Este estudio se realizará desde el año 2006.

i. Población reclusa y situación procesal.

El porcentaje de personas que se hallan en prisión por la realización de delitos contra la salud pública ha descendido en los últimos años, siendo la tasa en el año 2006 del 27,3% de la población reclusa, mientras que en el mes de abril del año 2016 esta tasa es del 22,32%.

La situación procesal de estas personas privadas de libertad puede ser: penados, preventivos o cumpliendo una medida de seguridad (situación que se da en muy pocas ocasiones); predomina en la mayoría de las personas la condición de penado (85,45%) y la situación procesal de preventivo está muy alejado de la de penado (12,50%). Si diferenciamos entre sexos, se observa que la situación procesal tiene cifras prácticamente idénticas tanto en situación de penados como de preventivos. En penados los hombres ocupan el 91,72% y el 8,28% las mujeres; mientras que en preventivos los hombres ocupan el 92,43% y las mujeres un 7,57%.

ii. Perfil del detenido

Atendiendo a los datos anteriormente analizados, la mayoría de los detenidos son hombres, en torno al 82%, mientras que el porcentaje de mujeres detenidas por esta clase de delitos no supera el 18%.

Estas mujeres, proceden principalmente de países latinoamericanos, siendo condenadas por delitos contra la salud pública al actuar como “mulas” (personas detenidas en los aeropuertos españoles portando pequeñas cantidades de droga que intentaban introducir en

España) en la gran mayoría de casos. Suelen ser los últimos eslabones en la cadena del narcotráfico internacional. Las mujeres extranjeras iberoamericanas condenadas por tráfico de drogas continúan desde prisión siendo las principales sustentadoras económicas de sus familias. Las mujeres españolas que cometen delitos de tráfico de drogas en cambio son en su mayoría mujeres drogodependientes, que se incluyen en las redes de pequeña distribución para autoabastecerse. Con frecuencia compaginan su actividad delictiva con delitos contra la propiedad y, a veces, con el ejercicio de la prostitución al más bajo nivel en la calle y carreteras¹⁶⁵.

En cuanto al origen de las personas detenidas hay que hacer referencia a 4 grupos: el primero sería el de los nacionales del país, es decir, los españoles; el segundo grupo estaría formado por las personas de nacionalidad europea, destacando ciudadanos franceses e ingleses; el tercer grupo está compuesto por sujetos de origen africano, predominando las personas marroquíes y argelinas; por último, el cuarto grupo lo integran los detenidos procedentes del continente americano, resaltando dos nacionalidades por encima de las demás, como son la colombiana y la venezolana.

Por último, en cuanto a la edad hay un intervalo bastante amplio que va desde los 19 a los 40 años, siendo el pico más alto de los 19 a los 25¹⁶⁶.

¹⁶⁵ CEREZO DOMINGUEZ, A.I.: “*La aplicación de las Reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española*”, *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Ed. Comares, Granada, 2015, pp.25-44.

¹⁶⁶ CEREZO DOMINGUEZ, A.I. y ARENAS GARCÍA, L., ob. cit., pp. 13-15.

VI. CONCLUSIONES

Tal y como se fueron asentando las drogas y las sustancias tóxicas en el territorio español, se fue regulando de una manera distinta. En un principio únicamente estaba prohibida la venta de venenos o drogas nocivas en las boticas. Con el paso del tiempo, las medidas se fueron incrementando, a la par que cada vez había más sustancias tanto en el mercado, como en las regulaciones. Pero es hasta el año 1971 cuando no aparece con sustantividad propia en el Código Penal español, esto sucede por la ratificación de la Convención de Nueva York de 1961. En España no suponía un problema por aquel momento, pero la peligrosidad para la sociedad y para los individuos hizo que se buscasen soluciones para prevenir que se convirtiese en un gran problema de Estado. Es un delito que atenta contra la salud pública a través de las drogas tóxicas o estupefacientes y se consume con la peligrosa posibilidad de que afecte, es decir no es necesario que cause daño, sino que basta la posibilidad de exista riesgo de peligro contra la sociedad para poder ser considerado delito.

A pesar de las distintas redacciones de artículos que buscan delimitar el delito de tráfico de drogas, el Código Penal no llega a establecer que sustancias son o no son drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, por lo que para conocer que sustancias entran dentro de estas denominaciones hay que acudir a los Convenios ratificados por España al respecto.

El tipo básico de este delito es llevar a cabo actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas tóxicas y promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de estas sustancias, al igual que la posesión o tenencia para estos fines.

Por tanto, el consumo, mejor dicho, el autoconsumo, queda sin castigo penal, al igual que quedaría sin castigo la tenencia de sustancias que se ajusten a una cantidad dirigida a ese autoconsumo.

La salud pública es el bien jurídico protegido y se ve afectada cuando exista la posibilidad de poner en peligro la suma de la salud de todos los individuos. Esto provoca que cualquier peligro para la salud pública sea grave, puesto que puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consume la sustancia no lo sea. Es decir, para que la salud pública se vea en peligro, tienen que verse afectados un gran número de sujetos, sin que llegue a ocurrir el peligro, por tanto, es suficiente con la amenaza de que pueda ocurrir para que se considere que el bien jurídico protegido se ha visto vulnerado. Para ello, la sustancia con la que se amenaza, tiene que

El delito de tráfico de drogas

tener condiciones necesarias para incidir en la salud. Cualquier acto que busque la difusión del consumo de drogas será considerado típico.

El delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, que se consuma sin necesidad de que se produzca la lesión y un delito abierto ya que contempla una innumerable cantidad de acciones ilícitas que no se recogen en el precepto. Se considera que es un delito de tipo mixto, tanto de mera actividad, como serían los casos de posesión, promoción, favorecimiento y facilitación, como de resultado, casos de elaboración y cultivo.

El objeto de este delito son las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Cada una de ellas tiene su regulación en Convenios Internacionales que han sido ratificados por España y adaptados a las leyes nacionales. La única distinción que se lleva a cabo entre todas ellas es la de drogas blandas y drogas duras, en otras palabras, se hace distinción entre el posible daño a la salud, siendo las drogas blandas las de un menor daño y las duras las que causan un grave daño a la salud de quien la consume.

El artículo 368 castiga las conductas con las que se afectado el bien jurídico protegido, como se mencionó anteriormente, estas son: ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico; promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas; poseer drogas con aquellos fines.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

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

CEREZO DOMINGUEZ, A.I. y ARENAS GARCÍA, L., *Estudio longitudinal del tráfico de drogas y su impacto en la delincuencia*, InDret, 2016.

CEREZO DOMINGUEZ, A.I., *La aplicación de las Reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española*, en *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Ed. Comares, Granada, 2015.

CLEMENTE MILLANA, Luis, *Deterioro neuropsicológico en la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) en una población penitenciaria*, Premio Nacional Victoria Kent, 2004.

CÓRDOBA RODA, J., *El delito de tráfico de drogas*, Universidad de Santiago, 1981.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 CP (grupos de casos jurisprudenciales)*, Bosch, Barcelona, 1999.

LORENZO SALGADO, J.M., *Las drogas en el ordenamiento penal*, Bosch, Barcelona, 1983.

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

MANZANOS BILBAO, C., *Violencia, Salud y Drogas en prisión, La prisión en España: una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, 2007.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de Administración*, 1861, t. IV.

MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, Bosch, Barcelona, 2008.

MOLINA MANSILLA, M.C., *El tráfico de drogas a pequeña escala*, en *Diario El Derecho*, 9 de abril de 2007.

MOYNA MÉNGUEZ, J., *Libro II: Tít. XVII*, en VV.AA., *Código Penal*, 9ª. Ed, Madrid, 2004.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

El delito de tráfico de drogas

OLIVAR, A. *La educación social en la comunidad terapéutica y otros dispositivos residenciales: aspectos generales. La metodología de la comunidad terapéutica*, diciembre 2010.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

PERNAS RIAÑO, B., *Intervención sobre drogas en centros penitenciarios*. Delegación del gobiernos para el Plan Nacional sobre Drogas, 2006.

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

RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, Colex, 6ª ed., 2011.

RODRIGUEZ RAMOS, R., *Código Penal*, 4º edic., La Ley.

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

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Delitos relativos a drogas*, en VV.AA., *Derecho Penal. Parte especial III*, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002.