



# Universidad de Alcalá

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

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**El delito de tráfico de drogas**

**Autor: D. Eduardo Álvarez Fraile**

**Tutor: Dr. D. Carlos García Valdés**

**Cotutora: Dña. Carmen Figueroa Navarro**

El delito de tráfico de drogas

Febrero 2020



Universidad  
de Alcalá

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

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**El delito de tráfico de drogas**

**Autor: D. Eduardo Álvarez Fraile**

**Tutor: Dr. D. Carlos García Valdés**

**Cotutora: Dña. Carmen Figueroa Navarro**

RESUMEN:

El actual trabajo lleva a cabo un detallado análisis del tipo básico del delito de tráfico de drogas, el cual se halla en el artículo 368 del Código Penal. Se ha realizado un pormenorizado estudio doctrinal y jurisprudencial para comprender este ilícito, determinando cuáles son los actos que integran todas las conductas contenidas en dicho delito, destacando entre ellas: actos de cultivo, elaboración o tráfico, posesión, tenencia, distinguiendo en qué casos se considera que tales conductas se realizan con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, estudiando cual es el bien jurídico protegido y las sustancias incluidas en el concepto de drogas tóxicas, así como su clasificación, diferenciando en qué supuestos existe el autoconsumo, los cuales se consideran impunes o, en su caso, están sujetos a sanción administrativa.

PALABRAS CLAVE:

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

ABSTRACT:

The present article analyses the basic type of crime of drug trafficking, typified in article 368 of the Penal Code. A detailed doctrinal and jurisprudential study has been carried out in order to understand the felony, defining which the acts that integrate the different behaviours contained are: acts of cultivation, processing or trafficking, possession, and tenure, distinguishing in which cases, such conduct, it is considered to be carried out with a view to promoting, favouring or facilitating illegal drug use, studying which is the legally protected and the substances 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:

Illegal consumption, drugs, traffic, facilitating, cultivation, elaboration, favouring, public health, possession, promote, narcotic.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	6
III.	TIPO BÁSICO DEL DELITO.....	9
	i. Bien jurídico protegido: la salud pública.....	11
	ii. Características.....	12
	iii. Objeto del delito .....	13
	iv. Conductas típicas.....	18
	1. Consumo ilegal.....	19
	2. Posesión.....	21
	3. Cultivo .....	27
	4. Elaboración.....	27
	5. Tráfico.....	28
	6. Autoría y participación.....	30
	7. Formas de ejecución.....	34
	v. Tipo subjetivo .....	36
	vi. Tipo atenuado .....	37
	vii. Atipicidad de conductas.....	39
IV.	LA DIFERENTE CLASIFICACIÓN DE LAS DROGAS	
	i. Aspectos generales.....	40
	ii. Listado estupefacientes naturales, sintéticos y semisintéticos.....	42
V.	CONCLUSIONES.....	46
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	48

### I. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Fin de Máster tiene como objetivo analizar los aspectos penales del delito de tráfico de drogas y de como afecta a la salud pública. El tema principal del trabajo es la consecuencia jurídica del delito de tráfico de drogas, tema que a pesar de que lleva años afectando a la sociedad de manera generalizada, ahora se tiene una mayor conciencia debido a la gran cantidad de reportajes periodísticos e informativos donde tratan este tema. Supone un peligro, tanto para la salud de las personas como para la convivencia en sociedad.

Es reseñable que hoy en día estos delitos son la tercera causa penal por la que más se condena, solamente superado por los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

Las drogas afectan cada vez de una forma mayoritaria a la sociedad no sólo en lo referente al consumo, sino también al tráfico. Los drogodependientes en España cada vez aumenta más y por ende el número donde este delito se ve como responsable de penas y sanciones. Pero también está creciendo el número de traficantes, aunque más bien estos se dediquen al “menudeo”, 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 se detiene a aquella persona que “menudea” pero no al traficante que distribuye o controla la droga.

Por todo ello 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 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, haremos especial hincapié en lo relativo al estudio del art. 369 bis, donde se enmarca la situación de las organizaciones delictivas, razón final por la que hemos escogido este trabajo.

La Organización Mundial de la Salud<sup>1</sup> 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, al ser tomadas pueden modificar la conciencia, el estado de

---

<sup>1</sup> [www.infodrogas.org/drogas/que-son-las-drogas?showall=1](http://www.infodrogas.org/drogas/que-son-las-drogas?showall=1)

ánimo o los procesos de pensamiento 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 doctrina como a jurisprudencia, ya que se trata de un precepto legal con una regulación muy amplia, se diferenciará en distintos espacios cada una, observando cómo se pronuncian autores relevantes de dicho tema, así como el Tribunal Supremo.

Se hará 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, se realizará un breve estudio sobre el impacto y tratamiento penitenciario de este delito, así como la deshabitación en prisión.

Con todo ello, daremos paso al estudio pormenorizado en lo referido a este delito, así como sus consecuencias jurídicas en nuestro país.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el primer Código Penal español de 1822, ya se hacían ligeras referencias en materia de estupefacientes, en él ya se prohibió la venta de drogas o venenos para la salud, en las boticas. En su artículo 366 rezaba 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 establecía el artículo 397.

Sólo los boticarios eran quienes tenían reservada la facultad de la venta de productos medicinales, tal y como se recoge en los artículos 373 y 375 del Código<sup>2</sup>. A partir de este Código de 1822 se empezó a regular 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 ocurre en los Códigos de 1848 y 1850. Esta extensa regulación coincide con la popular aparición del opio y el consumo del mismo.

---

<sup>2</sup> 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 Art. 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*”.

## El delito de tráfico de drogas

Complementando estas regulaciones del Código Penal, se dictó un Real Decreto en el año 1860, donde se publicaban las Ordenanzas de Farmacia “*para el ejercicio de la profesión de farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales*”<sup>3</sup>.

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.
- c) Plantas medicinales indígenas.

En este Real Decreto, se estableció que eran los farmacéuticos los encargados tanto de la elaboración como de la venta de medicamentos, mientras que los herbolarios y yerberos eran los encargados de la venta de plantas medicinales o indígenas. A los yerberos se les permitía la venta de ciertas drogas<sup>4</sup>, esto no ocurría con la venta de sustancias venenosas, tal y como se hallaba recogido en el artículo 57 de las Ordenanzas de Farmacia.

La siguiente reforma del Código Penal será la de 1850-1870 y versará sobre los medicamentos despachados por los farmacéuticos<sup>5</sup> sin cumplir las formalidades legales, de la elaboración de sustancias nocivas para la salud que se llevasen a cabo sin autorización<sup>6</sup> y de los supuestos de tráfico autorizado de sustancias nocivas<sup>7</sup>.

Ya la siguiente modificación del Código Penal es del año 1928, regulando 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, habiendo unas ligeras modificaciones al respecto, ya que el artículo

---

<sup>3</sup> BOE, <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1860/115/A00001-00002.pdf>.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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*”.

<sup>6</sup> 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*”.

<sup>7</sup> Artículo 352: “*El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias...*”.

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*”. Es completada la legislación al respecto con 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 era en su artículo quinto donde se establecía que, si eran 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 dioacetilmorfina, la heroína y otros derivados más.

En la Real Orden de 22 de abril de 1920, se insiste por parte de las autoridades fronterizas en la vigilancia, para así 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 indio<sup>8</sup>, entre otras.

El Código Penal de 1932, recoge lo relacionado con los estupefacientes en sus artículos 346 y siguientes, donde se correspondían con lo recogido en los artículos 351 y siguientes del Código Penal de 1870.

Por otro lado 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*”.

Ya en la reforma del año 1971 del Código Penal, aparece este delito con una sustantividad propia, tras la ratificación de la Convención de Nueva York (celebrada en 30 de marzo de 1961) por parte de España el 1 de marzo de 1966. El legislador realizó una modificación de éste ilícito penal, para así poder ajustarlo a las disposiciones

---

<sup>8</sup> 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.

internacionales, modificando el artículo 344. 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.

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. Las penas se ven aumentadas 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).

Finalmente, en la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, se recoge en su artículo 368 lo que rezaba el artículo 344 del Código Penal de 1973, manteniendo el mismo sistema pretendiendo abarcar todas las fases del tráfico ilegal evitando así posibles lagunas en los comportamientos que contiene<sup>9</sup>.

Los actos a los que se refiere el artículo 368<sup>10</sup> son los dirigidos al consumo ilegal, ya que se tratan de actos ilegítimos porque no se encuentra en ellos justificación de tipo legal, administrativo o reglamentario. Las conductas tipificadas en la norma penal son las proyectadas 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 la práctica actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas; o favorecer o facilitar el consumo ilegal de éstas mismas, así como la posesión o

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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

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 halla en los diferentes productos y las consecuencias que estas tengan en la salud.

El Código Penal no establece que sustancias son drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino que son los convenios internacionales los que así lo definen y a los que están suscritos España.

Las sustancias tóxicas están reguladas en el Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes (con sus posteriores modificaciones), donde se los define como sustancias destinadas a reducir el dolor pero donde un uso indebido puede dar lugar a una adicción; los psicotrópicos, a su vez, se regulan en el Convenio Internacional sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971<sup>11</sup>, 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 drogas se catalogan como duras o blandas, siendo las duras las que provocan un mayor perjuicio para la salud, la peligrosidad de las mismas se mida por la adicción que puede generar en el individuo. Se clasifican como tal la cocaína, heroína, anfetaminas y las drogas de diseño (speed, éxtasis o MDMA entre otras); en las blandas podemos localizar el cannabis y todos sus derivados, rohipnol por poner un ejemplo.

Hay ciertas cantidades, cuando son muy pequeñas las cantidades donde el autoconsumo es atípico. Esto es debido a que la cantidad de droga es tan insignificante que ya no produce efecto nocivo en la salud.

Conforme a este principio de insignificancia la conducta es atípica cuando la cantidad de droga resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud<sup>12</sup>. 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).

---

<sup>11</sup> [https://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention\\_1971\\_es.pdf](https://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention_1971_es.pdf)

<sup>12</sup> Sentencia 1889/2000, de 11 de diciembre de 2000.

## El delito de tráfico de drogas

Tanto el autoconsumo como la tenencia de cantidades que se ajusten a este autoconsumo, no son castigables penalmente. 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, serán atípicas. Para que haya impunidad de este autoconsumo compartido es preciso que todos 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

Al comenzar el estudio del art.368 del Código Penal, hay que tomar en consideración especial a la salud pública como bien jurídico de carácter colectivo, entendiéndose ésta como la suma de la salud de todos los individuos. Esto es así para tratar de evitar la generalización de un hábito insalubre en un número indeterminado de personas<sup>13</sup>. Si una actitud pone en peligro la salud pública es porque puede 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 ciudadanos<sup>14</sup>.

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*”<sup>15</sup>. Estas barreras de protección anticipada, resultan inevitables en algunos casos para llevar a cabo una protección eficaz de los bienes jurídicos. 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.

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> RODRIGUEZ RAMOS, R., Código Penal, 4º edic., La Ley.

<sup>15</sup> STS 444/2005 de 11 de abril.

## El delito de tráfico de drogas

Según la jurisprudencia para que se vea afectado el bien jurídico protegido, se establecen una serie de requisitos que cumple la salud pública<sup>16</sup>:

1) Si la sustancia afecta de forma negativa 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.

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 se debe ser en términos de lesión a la salud pública.

### ii. Características

Nos encontramos ante un delito de peligro abstracto<sup>17</sup>, se produce sin que haya ninguna lesión, bastando con que la conducta sea peligrosa para la salud pública, en general, aunque no llegue a ponerla peligro de lesión inmediata o próxima, 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.

Para el autor Pedreira González esto podría llevar a error si se confunde el peligro abstracto con la inexistencia de peligro, con un pretendido peligro presunto o con un delito de simple desobediencia o formal.<sup>18</sup> Esto provoca que sea un delito de consumación anticipada<sup>19</sup>. Mientras que para el autor Joshi Jubert el delito de tráfico de drogas es un delito propio que protege mediatamente bienes jurídicos individuales, como es en este caso, la salud pública individual de cada uno de los ciudadanos<sup>20</sup>.

El delito de tráfico de drogas, se trata de una conducta típica de carácter mixto, ya que puede ser un delito de mera actividad, cuando la realización de la conducta de difusión

---

<sup>16</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, Bosch, Barcelona, 2008, pp.36-37.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, Colex, 6ª ed., 2011, p. 508.

<sup>18</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 25 y 26.

<sup>19</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *últ. ob. cit.*, p.28.

<sup>20</sup> 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.

## El delito de tráfico de drogas

(posesión, promoción, favorecimiento y facilitación) basta para la tipicidad; o bien un delito de resultado, cuando las conductas requieren la presencia de sustancias elaboradas o cultivadas (elaboración y cultivo).

Se trata de un tipo mixto alternativo ya que tiene en cuenta diferentes actitudes, 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 efectos<sup>21</sup>. Se trata de un tipo común, ya que no se contemplan limitaciones en cuanto a los posibles autores<sup>22</sup>.

El delito tiene 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 de los comportamientos previstos en el tipo.

Se trata de un delito permanente si la consumación se prolonga en el tiempo por voluntad del propio sujeto activo, al no parar con la actividad antijurídica (ejemplo de ello es 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 prescripción<sup>23</sup>. Todo ello provoca que la consumación delictiva se extienda en el tiempo, creando una antijuricidad duradera.

Cierto sector doctrinal, habla de un delito de progresión delictiva, ya que integra todas las fases del proceso de tráfico de drogas, desde el cultivo hasta la comercialización de las sustancias, suponiendo esto que se puede consumir el delito cuando se realice cualquiera de las conductas recogidas en el tipo penal; se regula en un mismo precepto y con la misma pena tanto la tentativa de delito como el delito consumado<sup>24</sup>.

### iii. Objeto del delito.

El objeto de este delito son los estupefacientes, sustancias psicotrópicas y drogas tóxicas. Pero debemos conocer las sustancias incluidas en estos conceptos.

---

<sup>21</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.29.

<sup>22</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *últ. ob. cit.*, p.29.

<sup>23</sup> JOSHI JUBERT, U., *últ. ob. cit.*, pp. 46 y 47.

<sup>24</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.99.

Por un lado, se encuentra la mayoritariamente defendida por parte de la doctrina<sup>25</sup> y un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>26</sup> y la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/1984, de 4 de junio, los cuales indican 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 aquello relacionado 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 Decreto 2829/1977, de 6 de octubre<sup>27</sup>.

En el ámbito estatal, hallamos 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.

Se consideran estupefacientes según lo estipulado en 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 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.

Constantemente están apareciendo nuevas sustancias, por ello y 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<sup>28</sup>. Mientras que en nuestro país es la Circular 1/1984, de 4 de junio, de la

---

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, ob., cit., p.508.

<sup>26</sup> SSTs 454/2011 de 25 de mayo; 378/2006 de 31 de marzo.

<sup>27</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.50.

<sup>28</sup> ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico forenses*, Comares, Granada, 1993, pp.7 y 17.

Fiscalía General del Estado, la que establece que los Tribunales son los encargados de elaborar la clasificación toxicológica correspondiente.

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) 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 drogas<sup>29</sup>. Realizar esta interpretación conlleva la aplicación de los principios de irretroactividad y de retroactividad favorable al reo<sup>30</sup>.

Por otro lado, hay un sector menor de la jurisprudencia menos<sup>31</sup> y cierta doctrina<sup>32</sup>, considera que el art.368 CP es una norma penal completa y que las disposiciones internacionales tan sólo orientan la interpretación del Juez o Tribunal.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del 13 de febrero de 1996, afirmó que es constitucional su aplicación por tratarse de normas penales incompletas, donde las consecuencias jurídico-penales no están previstas de forma completa, habiendo que acudir a otras normas para completar su contenido, integrándose tales normas en ellas. Para ello deben cumplirse ciertos requisitos, que son los siguientes:

- Reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal.
- La ley debe ser suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y así resulte esta salvaguardada.

Por último, debemos recordar que los Convenios y los Tratados Internacionales 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 sectores que interpretan el art.368, asegurando que los Tribunales no están vinculados por las normas penales internacionales que pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, pero sí que pueden acudir a ellas para interpretar un concepto normativo. Si al final se aplican,

---

<sup>29</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p. 58.

<sup>30</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.56.

<sup>31</sup> STS 321/321/2011 de 26 de abril.

<sup>32</sup> 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.

deben respetarse los principios generales y dentro del marco penal del significado de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica<sup>33</sup>.

Por tanto, será el juez o el tribunal quienes deban determinar la peligrosidad de la sustancia, siguiendo así la teoría de susceptibilidad de la perturbación para la salud<sup>34</sup>, debiendo basarse 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 Roda<sup>35</sup>, 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 analizar las dos líneas interpretativas, se realizará un estudio sobre las diferencias entre drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a través de sus definiciones<sup>36</sup>:

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.

La OMS afirma que fármaco y droga son lo mismo, diferenciando que la droga causa dependencia y produce un sentimiento de satisfacción 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.<sup>37</sup>

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

---

<sup>33</sup> JOSHI HUBERT, U., últ. ob. cit., pp. 60-61.

<sup>34</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.49.

<sup>35</sup> CÓRDOBA RODA, J., *El delito de tráfico de drogas*, Universidad de Santiago, 1981, pp.15 y ss.

<sup>36</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob., cit., p. 54 y ss.

<sup>37</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.55.

## El delito de tráfico de drogas

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.

El art.368 prevé distintas penas en función de la gravedad, diferenciando el grave daño a la salud a quien la consume o no, diferenciando así 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. A través de esta clasificación, el Tribunal Supremo, en común con los protocolos 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.

Siguiendo estos criterios, se consideran drogas duras, 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 tranqumazín, 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. 3. Ante la falta de ingestión de la sustancia, se genera síndrome de abstinencia.

## El delito de tráfico de drogas

Existen unos requisitos 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

Se ven castigadas una serie de conductas en el art.368, estas son: ejecutar actos de cultivo; elaboración o tráfico; promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas; o poseer drogas con aquellos fines.

Incluyen ciertos requisitos comunes en 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.

La Jurisprudencia, indica los siguientes presupuestos para que estas conductas se pueden recoger: 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.

## El delito de tráfico de drogas

Vamos a explicar a continuación sobre los actos de promover, favorece y facilitar que vayan a ser habituales a lo largo del trabajo:<sup>38</sup>

- Promover: Son aquellas acciones 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. Ejemplo de ello serían las 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.
  - Favorecer: Es el acto de apoyar positivamente un acto de tráfico. Se clasifican tres actividades definidas de favorecimiento: 1 intermediación, que constituye un acto de ayuda al consumo, al eliminar o disminuir los riesgos que su individual adquisición puede conllevar y provocar; 2 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.
- Facilitar: se trata de hacer ayudar 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.

### 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.

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

---

<sup>38</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., pp.98-99.

## El delito de tráfico de drogas

que promuevan, favorezcan o faciliten las sustancias objeto del delito, siempre que concurren los otros elementos requeridos por el tipo<sup>39</sup>.

Y por el otro, se 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<sup>40</sup>.

Sólo podrán castigarse las conductas que promuevan, favorezcan o faciliten un consumo de las sustancias objeto del delito, que ponga en peligro la salud pública<sup>41</sup>. Así que, si estas no difunden un consumo que afecte a la salud pública, no se podrán considerar típicas, aún incluso cuando no cumplan las legalidades administrativas.

El punto de vista de la Jurisprudencia sobre el consumo ilegal es el siguiente<sup>42</sup>:

- 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 verifica 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.

---

<sup>39</sup> REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.199.

<sup>40</sup> JOSHI JUBERT, U., Los delitos de tráfico de drogas I, ob., cit., pp. 103 y ss.

<sup>41</sup> JOSHI JUBERT, U., últ. ob. cit., pp.107-108.

<sup>42</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.101-102.

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 Derecho<sup>43</sup>, como son los de intervención mínima, insignificancia, lesividad, adecuación social e incluso el de riesgo permitido.

El empleo de estos principios provoca en el art. 368 una interpretación restrictiva orientada a la finalidad de proteger el bien jurídico de salud pública. Esto conlleva que una conducta sólo será típica si promueve favorece el consumo ilegal, poniendo en peligro el bien jurídico protegido, de las sustancias objeto del delito<sup>44</sup>.

La forma en la que se expresa la conducta típica del art.368, según Pedreira González, es muy amplia desde la perspectiva del principio de legalidad, más concretamente, del mandato de taxatividad, que exige precisión en la configuración típica y prohíbe que haya un 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 teleológica del precepto, excluyendo aquellos comportamientos que son incapaces de afectar de forma relevante al bien jurídico protegido”*<sup>45</sup>.

El Tribunal Supremo, llevando a cabo una interpretación restrictiva de dicha teoría, ha creado la “jurisprudencia de la excepcionalidad”<sup>46</sup>, teniendo en cuenta 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 inocente<sup>47</sup>.

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”<sup>48</sup>.

## 2. Posesión

---

<sup>43</sup> STS 28 de diciembre de 1996.

<sup>44</sup> STS de 28 de diciembre de 1996, que recurre a la STS de 25 de enero de 1996.

<sup>45</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., pp. 37-38.

<sup>46</sup> SSTs 718/2006, de 30 de junio; 632/2006, de 8 de junio.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., pp. 71-72.

## El delito de tráfico de drogas

Se castiga la posesión con fines de difusión. La doctrina ha justificado que 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 incriminada<sup>49</sup>.

La jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en lo que a drogas se refiere, adopta el concepto de posesión jurídico-civil, la cual 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.

También debemos tener en cuenta la disponibilidad, la cual se configura como el elemento que permite comprobar si el autor tenía droga en su poder<sup>50</sup>, entendiéndose 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*”<sup>51</sup>.

La posesión será típica si existe dolo, conllevando esto a 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 la propagación del consumo ilegal, sin que ésta esté permitida. Incluyendo los siguientes supuestos: la posesión para autoconsumo, la posesión para el cultivo destinado al consumo compartido, la posesión para la elaboración para el consumo propio, 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 jurisprudencia<sup>52</sup> 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

---

<sup>49</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Delitos relativos a drogas*, en VV.AA., Derecho Penal. Parte especial III, Madrid, 1999, p. 226.

<sup>50</sup> STS 776/2011, de 20 de julio.

<sup>51</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.194.

<sup>52</sup> STS 1159/2011 de 7 de noviembre.

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 impune<sup>53</sup>. 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 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 conjuntamente<sup>54</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido un **sistema de indicios**<sup>55</sup> que sirven para considerar si es o no típica la posesión, exigiéndose la concurrencia de varios y de manera excepcional, uno solo con potencia acreditativa<sup>56</sup>. Se trata de los siguientes:

- 1) Cantidad de sustancia aprehendida. Hay cierta unanimidad sobre el criterio de la cantidad. Las cifras son orientativas, dependiendo 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 días<sup>57</sup>, y en casos excepcionales aún más<sup>58</sup>, poder adquisitivo del poseedor, etc.<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> STS 507/2011, de 26 de mayo.

<sup>54</sup> STS 281/2003, de 1 de octubre.

<sup>55</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.41.

<sup>56</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *últ. ob. cit.*, p.41.

<sup>57</sup> STS 1159/2011, de 7 de noviembre.

<sup>58</sup> STS 86/2010, de 9 de febrero.

<sup>59</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.199.

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 supuestos<sup>60</sup>: 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)<sup>61</sup>.

- 2) Acreditación del carácter de adicto o de consumidor habitual<sup>62</sup>. 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, ser consumidor habitual, contentándose la jurisprudencia muy pocas veces con la cualidad de consumidor ocasional.

La jurisprudencia también acepta la condición de consumidor ocasional, esporádico o de fin de semana<sup>63</sup>. Aunque hay sentencias que distinguen entre consumidor de fin de semana y consumidor ocasional, estableciendo como típicos los supuestos de consumidores ocasionales o esporádicos<sup>64</sup>. 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”<sup>65</sup>.

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.

Por todo lo anteriormente expuesto, se debería declarar atípica la posesión para el propio consumo, tanto individual como colectivo, sea el consumidor-consumidores adicto, habituales, ocasionales o de fin de semana o esporádicos, al igual que los que realizan el acto de autoconsumo por primera vez.

---

<sup>60</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.106.

<sup>61</sup> STS 11 de octubre de 2005.

<sup>62</sup> STS 615/2006, de 14 de junio.

<sup>63</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.85.

<sup>64</sup> STS 286/2004, de 8 de marzo.

<sup>65</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.85.

- 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 papelinas se estima apropiada para una posterior distribución, lo que conlleva un indicio del ánimo de traficar<sup>66</sup>, aunque alguna Sentencia anterior se ha expresado al respecto, entendiendo que la posesión de la droga preparada en papelinas también puede explicar el autoconsumo, siendo esta una manera del consumidor de racionar su dosis<sup>67</sup>. 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 tráfico<sup>68</sup>.
- 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 traficar<sup>69</sup>.
- 7) Pureza de la sustancia aprehendida. Hay dos posibles interpretaciones, la primera de ellas, referida al alto grado de pureza de la sustancia según la cual se puede interpretar como estado idóneo para cortarla y traficar con ella después<sup>70</sup>. El otro punto de vista posible se produce al haber un bajo grado de la misma, la

---

<sup>66</sup> STS 1425/2011, de 26 de diciembre.

<sup>67</sup> STS 286/2004, de 8 de marzo.

<sup>68</sup> SAP de Guadalajara-Sección 1ª – 9/2011, de 1 de febrero.

<sup>69</sup> 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”.

<sup>70</sup> STS 77672011, de 20 de julio.

## El delito de tráfico de drogas

cual también puede ser considerado idóneo para la venta tras la adquisición de la sustancia<sup>71</sup>. Sin embargo, si se va más allá, se puede dar una ocupación de una cantidad de sustancia con alto porcentaje en principio activo<sup>72</sup>, al tratarse de un consumidor exigente que prefiera pagar más para obtener una sustancia de su agrado, o debido a su adicción<sup>73</sup>.

- 8) Clases de drogas poseídas. A mayor variedad de sustancias poseídas, más fácil es apreciar ánimo de difusión<sup>74</sup>. Aunque en este caso, habrá que prestar especial atención y tener en cuenta otros aspectos 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 típica<sup>75</sup>.
- 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 fraccionaria<sup>76</sup>.

Aspectos jurisprudenciales a tener en cuenta 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, cuando se obtenga el fin perseguido se pasa a la fase de agotamiento; 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, ya que quienes manejan los destinos de la droga son traficantes, aunque nunca hayan tenido

---

<sup>71</sup> SAP de Guadalajara-Sección 1ª – 9/2011, de 1 de febrero.

<sup>72</sup> STS 507/2011, de 26 de mayo.

<sup>73</sup> SAP de Córdoba-Sección 3ª – 130/2011, de 6 de mayo.

<sup>74</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.203.

<sup>75</sup> STS 86/2010, de 9 de febrero. 69 comprimidos de MDMA y 23.280 miligramos de cocaína.

<sup>76</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.118-119.

materialmente en su poder aquélla; 4 la única posesión típica es la destinada para el tráfico; 5 la drogadicción no excluye por si sola la tipicidad de la tenencia de estupefacientes.

### 3. Cultivo

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*”<sup>77</sup>.

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 1988<sup>78</sup>. 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 objetiva<sup>79</sup> para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal e idoneidad subjetiva<sup>80</sup>. 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. 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 semi-sintética<sup>81</sup>, siendo todos estos

---

<sup>77</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.31.

<sup>78</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., p.121.

<sup>79</sup> STS 2054/2002, de 9 de diciembre.

<sup>80</sup> SAP de A Coruña 16/2011, de 19 de abril.

<sup>81</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.33.

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*”<sup>82</sup>. 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 psicotrópicas<sup>83</sup>.

Como ocurre con los actos de cultivo, es necesario que la conducta tenga idoneidad objetiva para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal<sup>84</sup>. 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. 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, 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 facilitación<sup>85</sup>.

El tráfico es toda aquella actividad susceptible de trasladar el dominio de una cosa, esto origina que el ilícito únicamente se consuma cuando el agente, a través de actos usuales y reiterativos, favoreciese el consumo de las sustancias tóxicas. Significa que no se requiere ni habitualidad ni tan siquiera ánimo de lucro<sup>86</sup>, 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 droga<sup>87</sup>. Así, entiende por tráfico toda forma

---

<sup>82</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*, ob., cit., p.41.

<sup>83</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.41.

<sup>84</sup> SAP de Málaga-Sección 2ª – de 3 de julio de 2006.

<sup>85</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob. cit., p.81.

<sup>86</sup> REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, ob., cit., pp.53 y 54.

<sup>87</sup> JOSHI JUBERT, U., *El delito de tráfico de drogas I*, ob., cit., pp. 132-133.

de extender y expandir la droga, con o sin ánimo de lucro<sup>88</sup>, independientemente de la idea comercial o mercantil y sin necesidad de la habitualidad de los actos<sup>89</sup>.

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 locomoción<sup>90</sup>, 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.

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 traficante<sup>91</sup>.

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.

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.

---

<sup>88</sup> STSS de 18 de septiembre de 2003, 4 de julio de 2002 y 16 de marzo de 1995.

<sup>89</sup> MOLINA MANSILLA, M.C., *El delito de narcotráfico*, ob., cit., p.82.

<sup>90</sup> JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob., cit., pp.131 y 133

<sup>91</sup> JOSHI JUBERT, U., *últ. ob. cit.*, pp.176-191.

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 drogas<sup>92</sup>.

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”.

Para 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 sustancia<sup>93</sup>. 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 porcentaje<sup>94</sup>.

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 condenatoria<sup>95</sup>. Aunque para aplicar la agravante de notoria importancia será necesario conocer la pureza de la sustancia<sup>96</sup> y si existen pruebas periciales contradictorias sobre la pureza de la droga se optará por la más favorable al acusado<sup>97</sup> y el margen de error del más/menos 5 por ciento en la determinación de la pureza debe jugar a favor del acusado<sup>98</sup>.

### 6. Autoría y participación

#### Autoría

---

<sup>92</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., pp.116-150.

<sup>93</sup> STS 116/2006, de 27 de enero, absuelve al no constar ni el peso, ni la pureza.

<sup>94</sup> STS 943/2010, de 21 de octubre.

<sup>95</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.154.

<sup>96</sup> STS 840/2011, de 22 de junio.

<sup>97</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, ob., cit., p.154.

<sup>98</sup> STS 161/2010, de 25 de febrero.

## El delito de tráfico de drogas

Tal y como reza el artículo 27 del Código Penal<sup>99</sup>, 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.

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:

- 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 de cooperación, tanto las necesarias como las no necesarias.

- 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.

- 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:

- 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).
- Se entiende autoría siempre que pueda acreditarse que el sujeto ha tenido protagonismo en alguna de las fases de operación de tráfico.

---

<sup>99</sup> Art.27CP: “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices”.

## El delito de tráfico de drogas

- 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.
- 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:

- Las acciones de sus coautores deben suceder en fase de ejecución del delito.
- La coautoría se caracteriza por la actuación conjunta del hecho en la que quienes intervienen posean el dominio funcional sobre el hecho.
- Decisión conjunta de los autores que englobe las actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas.
- 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.
- 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

El precepto de autor incorpora un amplio concepto de autor y con ello se dificulta a que se puedan apreciar formas de participación secundarias, ello no significa que no las haya, entre ellos podemos destacar:

La figura de la **cooperación necesaria**. Para que exista en este tipo de delitos, la Jurisprudencia acude a la teoría de los bienes escasos<sup>100</sup>, por tanto se apreciará cooperación necesaria en casos muy concretos: realización de labores de intermediación en la venta de

---

<sup>100</sup> 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”.

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 secundaria<sup>101</sup>. El cómplice 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. Algunos ejemplos de cómplice podrían ser los siguientes: actuar como puntero (intermediario 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 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, 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. CP<sup>102</sup> 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 CP<sup>103</sup>, podemos destacar los siguientes ejemplos: cuando se auxilia a los autores para que se beneficien del producto o de las ganancias del delito; cuando se hayan ejecutado acciones tendientes a la ocultación, alteración o inutilización del cuerpo.

---

<sup>101</sup> STS 20 de septiembre de 2006.

<sup>102</sup> Art.28: “también serán considerados autores: a) los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”.

<sup>103</sup> 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...”.

## El delito de tráfico de drogas

La Jurisprudencia sigue una serie de criterios para admitir la tipicidad en estos delitos: 1) la titularidad de un derecho sobre una vivienda no convierte por sí sola al sujeto en coautor de los delitos que se cometan dentro de ella<sup>104</sup>; 2) la comisión por omisión no es admisible por estos motivos: a) los cónyuges no son garantes de que su pareja no cometa el delito<sup>105</sup>, 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)<sup>106</sup>; y 3) se requiere que el sujeto que participa en una actividad pueda ser calificada de facilitación del consumo<sup>107</sup>.

### 7. Formas de ejecución

El delito de tráfico de drogas se trata de un delito de consumación anticipada, por tanto, para su perfeccionamiento se precisa únicamente la 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.

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 Penal<sup>108</sup> y por medio del principio de ejecución se aplica al supuesto en el que el sujeto intenta lograr la tenencia de la sustancia. 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 tenga a su alcance

---

<sup>104</sup> STS 4 de abril de 2000.

<sup>105</sup> STSS 11 de febrero de 1997; 15 de abril de 1997.

<sup>106</sup> STS 18 de abril de 2006.

<sup>107</sup> STS 4 de febrero de 2002.

<sup>108</sup> 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”.

la sustancia o en el momento en el que adquiriera un poder de disposición sin necesidad de intermediaciones.

Para que pueda ser punible la tentativa, ha de revelar un mínimo de peligrosidad. 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 Código<sup>109</sup> 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 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. Esta modalidad sí resulta punible tal y como establece el art.16CP.

### Desistimiento voluntario y arrepentimiento activo

---

<sup>109</sup> 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

El desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo se regulan en el art.16.2<sup>110</sup> y 16.3<sup>111</sup> respectivamente, pero para el delito de tráfico de drogas su regulación se encuentra en el artículo 376<sup>112</sup>. En estos casos, el sujeto ejecuta los actos de tráfico, pero resulta exento de responsabilidad criminal, si 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, el cual es complementario a la peligrosidad de la conducta, este queda representado en estos ilícitos por el dolo, que se caracteriza por:

- 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.
- 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 estos requisitos: el sujeto desconoce que el objeto ilícito es una sustancia prohibida (error sobre

---

<sup>110</sup> 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”.

<sup>111</sup> 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”.

<sup>112</sup> 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”.

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:

- 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.

- 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

- 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.

- 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 Código en su artículo 21 contempla 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. 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 68<sup>113</sup>, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la establecida en la Ley.

---

<sup>113</sup> 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”.

## El delito de tráfico de drogas

Se encuentra la eximente incompleta 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 no se encuentra totalmente anulada pero si disminuida o alterada.

La eximente incompleta exige que concurran una serie de *requisitos* que son los siguientes: 1) requisito adictivo - patológico: 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 afectado 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; 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.

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 adictivo - patológico: 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 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 patológica, 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 Penal<sup>114</sup>, 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.

Se podrá apreciar la eximente completa cuando se cumplan los siguientes **requisitos**:

- Requisito bio - patológico: la ejecución del acto ilícito está motivada por la extraordinaria adicción del individuo.
- Requisito psicológico: la repercusión de ese trastorno o alteración debe anular su capacidad de comprensión de la ilicitud.
- Requisito temporal: en el momento en el que actuar, se debe de encontrar en un estado de intoxicación plena.
- Que obre bajo el síndrome de abstinencia por su dependencia.
- 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.
- Debe ser acreditada la dependencia extrema al consumo abusivo de dichas sustancias.

---

<sup>114</sup> 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”.

#### IV. LA DIFERENTE CLASIFICACIÓN DE LAS DROGAS

##### i) Aspectos generales

Según la Organización Mundial de la Salud<sup>115</sup> (OMS), la droga es una sustancia que, siendo absorbida por un organismo vivo, le modifica una o más funciones. Desde el punto de vista farmacológico, la droga es un elemento utilizado en medicina cuyo uso abusivo puede crear dependencia física o mental, o graves alteraciones en la actividad mental, de la percepción y del comportamiento. En este sentido, la denominación de droga se aplica solo a sustancias que pueden ser designadas también por el término estupefacientes.

Las drogas se clasifican de la siguiente manera:

- Sustancias que causan grave daño a la salud (drogas duras), tales como:
  - Morfina y otros derivados opiáceos (metasedín y cloruro mórfico)
  - Heroína (derivado opiáceo de la morfina)
  - Cocaína
  - Anfetaminas (centramina, buprex, bustaid, rubifén, trilitate, halción, dextroanfetamina).
  - Ácido lisérgico (LSD, alucinógeno)
  - Mescalina (alucinógeno)
  - Drogas de diseño (MDMA o éxtasis, MDA o droga del amor y MDEA o EVA).
  
- Sustancias que no causan grave daño a la salud (drogas blandas), tales como:
  - Derivados cannábicos (marihuana, hachís y aceite de hachís)
  - Codeisán y codipront (medicamento derivado del opio)
  - Doet
  - Rohipnol
  - Tranxilium y rivotril
  - Trankimazín

---

<sup>115</sup> <https://www.monografias.com/trabajos88/sustancias-estupefacientes-y-psicotropicas/sustancias-estupefacientes-y-psicotropicas.shtml>

## El delito de tráfico de drogas

De acuerdo a las Convenciones Internacionales, por droga entendemos, una sustancia que se encuentra entre las que están bajo el control a través del Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas de 1961, así como cualquier elemento psicotrópico cuyo control está previsto desde el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1971.

Según la clasificación realizada por la ONU, las sustancias psicotrópicas se dividen en tres grupos de drogas:

- Estimulantes: Anfetaminas y sus derivados
- Depresoras: barbitúricos, alcohol y los tranquilizantes
- Alucinógenos: LSD, MDMA, mescalina, psilocibina, fenciclidina, marihuana

Algunas tendencias añaden a esta clasificación otra categoría, como es la de narcóticos, compuesta por: morfina, heroína, codeína y metadona.

Las sustancias psicotrópicas son aquellas sustancias cuya acción farmacodinámica, implica efectos pronunciados en los procesos mentales y emocionales. Pueden tener su origen de forma sintética o natural (casi exclusivamente vegetal), capaces de influir en la actividad psíquica y el comportamiento humano.

En función de su naturaleza<sup>116</sup>, las drogas pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

- Analgésicos: utilizados para atenuar el dolor, en mayor o menor medida, sin que el consumidor pierda la consciencia. Son depresores no selectivos del Sistema Nervioso Central (SNC).
- Sedantes: son depresores no selectivos, los cuales en la dosis terapéutica normal, producen la reducción en la hiperexcitabilidad psicomotora. Pero en grandes dosis los sedantes deprimen de manera intensa el SNC.
- Hipnóticos (somniaferos): son sustancias depresoras del SNC y provocan el sueño. Hay muchas drogas que son sedantes e hipnóticas.
- Estimulantes: activan el SNC y aumentan la actividad neurocerebral. Determinados estimulantes tienen uso terapéutico específico y legal como pueden ser los anorexígenos, indicados para la pérdida de peso corporal y el

---

<sup>116</sup> <https://www.comarcalajanda.org/index.php/informacion-sobre-drogas/clasificacion-de-las-drogas>

## El delito de tráfico de drogas

tratamiento de la depresión, siendo psicoestimulantes. Las anfetaminas y la cocaína son las principales drogas de este género.

- Alucinógenos: actúan sobre el SNC provocando la distorsión de la sensibilidad y de las percepciones. Conocidos bajo el nombre de psicodélicos, los más conocidos son: LSD, fenciclidina y psilocibina.

Por otro lado, basándonos en el modo de actuar sobre el cuerpo humano, los estupefacientes se dividen en:

- Psicolépticos (depresivos): barbitúricos y tranquilizantes.
- Psicoanalépticos (estimulantes): anfetaminas y cocaína.
- Psicodislépticos (alucinógenos): los cuales a su vez se dividen en alucinógenos propiamente dichos y alucinógenos despersonalizados.

### ii) Listado de estupefacientes naturales, semisintéticos y sintéticos

El término estupefaciente, tiene un significado jurídico por un lado y por otro, un significado farmacológico. En sentido jurídico, un estupefaciente es considerado droga cuando sus propiedades en términos de adicción y toxicomanía son relevantes.

A continuación, se presentarán los principales estupefacientes<sup>117118</sup> que se encuentran con mayor frecuencia en el tráfico de drogas:

- **Opio:** Es el látex filtrado y coagulado como resultado de la incisión de la cápsula de la planta adormidera o amapola real, estupefaciente en sí mismo, siendo al mismo tiempo la fuente de la mayor parte de los narcóticos analgésicos (morfina, heroína, codeína). En contacto con el aire adquiere un color marrón.

Después de la cosecha, el opio se recolecta a granel o en forma de trozos y después del secado se vuelve quebradizo con el interior blando. Tiene un sabor amargo y un olor parecido al del amoníaco.

Este opio en bruto, se suele empaquetar en celofán para así mantener la humedad. El opio puede ser encontrado bajo diversas formas: opio preparado,

---

<sup>117</sup> [https://www.drugs.ie/es/informacion\\_sobre\\_las\\_drogas/tipos\\_de\\_drogas/](https://www.drugs.ie/es/informacion_sobre_las_drogas/tipos_de_drogas/)

<sup>118</sup> [http://drogues.gencat.cat/es/ciudadania/sobre\\_les\\_drogues/taula\\_de\\_resum/](http://drogues.gencat.cat/es/ciudadania/sobre_les_drogues/taula_de_resum/)

## El delito de tráfico de drogas

opio medicinal y levadura de opio, así como el resto del opio calcinado que se fuma se conoce como opio calcinado.

- **Morfina:** Es el principal alcaloide del opio, puede ser extraída directamente, sin pasar por la fase intermedia de la producción del opio. Se presenta bajo la forma de un polvo esponjoso, variando su color entre blanquecino, amarillo y marrón. Es una sustancia con sabor amargo, soluble en la humedad, pudiendo ser encontrada también bajo la forma de tabletas de diferentes tamaños. Para ser utilizada con fines terapéuticos la morfina es transformada en sales, en forma de polvos blancos inodoros, cristalinos solubles en agua y se toma ya sea bajo la forma de tableta o inyectable.
- **Heroína:** Es el más fuerte de los alcaloides del opio. Se obtiene ya sea a través de la síntesis de la morfina, o directamente a través de las cápsulas de *Papaver somniferum*. Se presenta bajo la forma de un polvo extremadamente fino, cristalino, de color blanco, con un sabor amargo, soluble en agua y alcohol. A día de hoy la heroína ya no se produce de forma lícita en ningún país del mundo, debido a la prohibición impuesta por la OMS de ser utilizada por fines terapéuticos, pero sigue siendo fabricada en los laboratorios clandestinos situados en Asia, Europa Occidental (Francia e Italia) y México dominando, el mercado ilícito de drogas. Para la producción de heroína se utiliza anhídrido acético o cloruro de acetilo. Es un líquido incoloro, maloliente, utilizado en la industria de los tintes y de los fármacos. De ahí el sabor amargo y el débil olor a vinagre de la heroína.
- **Heroína NR.3:** Bajo las denominaciones en las que circula, igual que la heroína NR.4, presenta las mismas propiedades físicas como la heroína base, con la precisión de que el último tipo se asemeja mucho al talco. Últimamente la heroína ha aparecido en el mercado ilícito en diferentes colores: marrón, amarilla, rosa e incluso roja. Dada su particular toxicidad, así como el interés de inducir a error a los órganos judiciales, los toxicómanos y traficantes la mezclan con lactosa, azúcar en polvo, leche en polvo u otros ingredientes que a simple vista son inofensivos.

## El delito de tráfico de drogas

- **Cannabis:** Es una planta de la cual se obtiene la droga alucinógena más popular, la marihuana. El producto de la marihuana es una mezcla resultante de la maceración de las hojas de la planta en diferentes proporciones, las cuales han sido secadas con antelación. La secreción de la planta hembra de cannabis fecundada, una resina pegajosa, es conocida bajo la denominación de hachís.

En el tráfico ilícito de marihuana la podemos encontrar en forma de polvo y el hachís de forma líquida o aceitosa con aspecto viscoso, de color verde oscuro.

- **Cocaína:** Se trata de una fuerte droga estimulante del sistema nervioso central, extraída de las hojas de *Erythroxylon Coca*. Es una sustancia de color blanco, cristalino y soluble en alcohol, éter y cloroformo 11.

Cuando se presenta bajo la forma en polvo, puede ser consumada por aspiración nasal o también por inyección intravenosa. Se puede reconocer, ya que en contacto con la lengua o las mucosas nasales, produce la sensación de frío y debido a la anestesia local, las respectivas mucosas se oscurecen.

Una forma popular entre los consumidores de cocaína es la que encontramos bajo la denominación de “crack” (preparado bajo forma de gránulos), el cual es suficientemente volátil como para poder ser fumado, generalmente en tubos de vidrio.

Una vez inhalados, los vapores de cocaína son absorbidos hacia el cerebro en muy pocos segundos.

- **Mescalina:** Sustancia que se obtiene a través de la extracción del cactus, denominada *Peyotl*, cultivado mayoritariamente en México, se saca de los dos discos que crecen en la cima de la planta, los cuales después de ser cultivados son troceados y secados. Se encuentra en forma de polvo blanco este alucinógeno o también como un líquido.
- **LSD:** La dietilamida del ácido lisérgico, es una droga encuadrada en la categoría de los alucinógenos extremadamente fuerte, siendo suficientemente menos de 25 microgramos para provocar alucinaciones visuales que pueden durar aproximadamente 12 horas.

## El delito de tráfico de drogas

El LSD, en estado puro, se presenta bajo la forma de un líquido incoloro, inodoro e insípido, pero en el mercado ilícito aparece bajo la forma de un polvo blanco oscuro, tabletas o cápsulas opacas, de diferentes tamaños y colores. Este se administra de manera oral o también inyectada.

## V. CONCLUSIONES

A medida que fueron apareciendo y desarrollándose nuevas drogas, se fue regulando en España. En los comienzos de la ordenación solamente estaba prohibida la venta de venenos o drogas nocivas en las boticas. Según se fue avanzando, las medidas fueron incrementándose, a la par que aparecían cada vez más sustancias tanto en el mercado, como en las regulaciones.

No es hasta el año 1971 cuando ya aparece con sustantividad propia en el Código Penal español, debido a la ratificación de la Convención de Nueva York de 1961 por parte del Estado. 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, aunque en el momento de la adhesión no fuera un problema en la sociedad.

Se trata de un delito que atenta contra la salud y se consume con la 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.

El Código Penal no llega a establecer que sustancias son o no drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, para ello debemos acudir a las denominaciones existentes en los Convenios ratificados por España al respecto.

El tipo básico del 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.

Atendiendo a esto 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 (cantidades muy pequeñas).

Se trata de proteger la salud pública de los individuos. Para que esta se vea vulnerada, tienen que verse afectados multitud de sujetos, no haciendo falta que pueda sobrevenir el peligro, por tanto, sólo es suficiente con la amenaza de que pueda ocurrir para que se considere que el bien jurídico protegido se ha visto afectado. Para ello, la droga con la que se amenaza, tiene que tener condiciones necesarias para incidir en la salud. Además debemos reseñar que cualquier acto que busque la difusión del consumo de estupefacientes será considerado típico.

El delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, que se consume 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.

## El delito de tráfico de drogas

Es un delito de tipo mixto, tanto de resultado, en los casos de elaboración y cultivo, tanto de mera actividad, como serían los casos de posesión, promoción, favorecimiento y facilitación.

El objeto de este delito son las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Teniendo cada una su regulación en Convenios Internacionales que han sido ratificados por España y adaptados a las leyes nacionales. La única distinción entre todas ellas es la de drogas blandas y drogas duras, en otras palabras, haciendo alusión al 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.

VI. 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.

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.

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.

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

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.

## El delito de tráfico de drogas

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.