



## Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal

Miguel Ángel Núñez Paz y  
Germán Guillén López

Revista Penal, n.º 22.—Julio 2008

**RESUMEN:** Se trata de abordar una moderna interpretación del bien jurídico «salud pública», y un análisis detallado de los elementos de delito de «tráfico de drogas» como referente de los delitos de peligro. A su vez se realiza un estudio sobre la forma tan abierta de concebir la multiplicidad de conductas típicas de tráfico de drogas. Por último examinamos la configuración del tráfico de drogas como delito de mera actividad que no necesita para su consumación la consecución material de un resultado que rebase el simple comportamiento, y la dificultad de apreciar en él formas imperfectas de ejecución.

**PALABRAS CLAVE:** Tráfico, drogas, salud pública, delitos de peligro

**SUMMARY:** We are trying to approach a modern interpretation of «public health», and a detailed analysis of the elements of crime called «traffic of drugs» as paradigm of the crimes of danger in Penal Law. The study is realized on an opened way of conceiving the multiplicity of typical conducts of traffic of drugs. Finally we examine the configuration as crime of activity that does not need for its consummation the material attainment of a result that exceeds the simple behavior, and the difficulty of estimating in its imperfect ways of execution.

**KEY WORDS:** Traffic, Drugs, Public Health, Danger

### A). Aspectos preliminares. Una posición ¿elemental? respecto al bien jurídico

Un bien es una situación o hecho apreciado por el derecho. El término de situación se comprende, dentro de este marco, en sentido amplio, concibiendo no solo objetos (corporales y otros) sino también estados y procesos. Un

bien se considera jurídico por el hecho de gozar de protección legal<sup>1</sup>. Se puede decir que los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que, en opinión del derecho, la persona necesita tanto para su autorrealización como para el desarrollo de su personalidad<sup>2</sup>. También, detentan tal cualidad determinadas condiciones sociales que en consideración de la norma requiere una sociedad para subsistir

1. Es de suma importancia diferenciar entre bien jurídico y bien jurídico penal cuando se necesita circunscribir el *ius puniendi* a través, precisamente, del concepto de bien jurídico. La necesidad de que todo tipo pena venga referido a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico da lugar al principio fundamentador del Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídico penales. Cf. MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela 1989 1990, pp. 204 y ss.

2. En este sentido, se puede advertir que entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud. Posteriormente, los presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc. Cf. MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal. Parte General», 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 235.

armónicamente<sup>3</sup>. A los primeros se les conoce como «bienes jurídicos individuales», mientras que a los segundos se les denomina «bienes jurídicos colectivos»<sup>4</sup>.

El Código penal distingue entre delitos que atentan directamente contra los bienes jurídicos individuales como la vida y la salud, de los delitos que lesionan bienes jurídicos colectivos como la salud pública y aquellos delitos contra el derecho de las personas. Con tales prohibiciones se intenta proteger, en su conjunto, las relaciones, derechos u objetos, que son el sentido y la finalidad de las proposiciones jurídicas<sup>5</sup>.

Al bien jurídico se le atribuyen funciones básicas: 1.<sup>a</sup>) servir de límite y orientación del poder sancionador del Estado exigiendo la supresión de tipos penales que realmente no protejan bienes jurídicos o, a la inversa, la creación de nuevos tipos penales cuando haya bienes jurídicos que necesiten protección penal pero carezcan de ella<sup>6</sup>; 2.<sup>a</sup>) una función sistemática que permite clasificar los delitos en atención a los bienes jurídicos afectados<sup>7</sup>; 3.<sup>a</sup>) una función interpretativa al desempeñar un importante papel de orientación sobre el núcleo de protección perseguido por el legislador en la prescripción penal<sup>8</sup>; 4.<sup>a</sup>) una función penológica, al servir de criterio de medición y determinación de la pena cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes (el Art. 66.1 Código penal dice que se tendrá en cuenta «la mayor o menor gravedad del hecho»); 5.<sup>a</sup>) una función crítica no solo con respecto al sistema jurídico sino también en lo tocante al sistema social<sup>9</sup>; 6.<sup>a</sup>) como instrumento que expresa momentos de síntesis y tesis, respectivamente, de una realidad social dada<sup>10</sup>.

Una importante mayoría de los autores coinciden desde hace tiempo en afirmar que la misión del Derecho penal es la de protección de bienes jurídicos<sup>11</sup>; esto es, «aquellos bie-

nes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad». Los que «son por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública»<sup>12</sup>. Desde esta perspectiva —aceptada de un modo prácticamente unánime por la doctrina más actual—, el bien jurídico es el lugar de encuentro sobre el que convergen dogmática y política criminal, punto de partida e idea que rige el establecimiento de las distintas figuras delictivas. De ahí que se afirme que la ausencia de un bien jurídico a preservar despoja a la norma penal de todo contenido material —y con ello también de toda legitimidad—, de manera que «cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria» si no se construye sobre la base de su preexistencia<sup>13</sup>.

## B) Discusión doctrinal sobre el bien jurídico protegido en el Art. 368 CP

El Código penal de 1973 contenía los delitos de tráfico de drogas en la sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título V del Libro II, que incluía los Delitos contra la salud pública y el medio ambiente, y dentro de los «Delitos de riesgo en general». Esta ubicación sistemática asintió que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia concibiera que el bien jurídico protegido fuera la salud pública. No obstante, algunos autores han defendido la protección de otros bienes jurídicos como la libertad, la seguridad ciudadana y los intereses fiscales, entre otros. En el Código penal de 1995, los delitos de tráfico de drogas están emplazados en el Título XVII, dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, y en el Capítulo III, que trata de los delitos con-

3. La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado «sino el orden social y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino en conexión con todo el orden social». Cf. WELZEL, HANS, «Derecho Penal Alemán. Parte General», 11<sup>a</sup> ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979, p. 15.

4. Los debates sobre la legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales ha hecho correr ríos de tinta contra la creación de delitos de esta clase se han desdoblado distintos fundamentos. La interpretación de los delitos de peligro como adelantamiento de la barrera de protección, por la mayoría de la doctrina, tiene su explicación en el énfasis a reconocer la legitimidad del resguardo de esos intereses jurídicos supraindividuales, deduciendo que lo único que legitima estos delitos es su fin de defensa de los bienes jurídicos individuales. Cf. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, «Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales», Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 183.

5. Cf. JESCHECK, HANS-HEINRICH, «Tratado de Derecho penal. Parte General, Vol. I», trad. y adiciones de Derecho español por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1981, p. 350.

6. El bien jurídico actúa como límite efectivo del *ius puniendi* estatal, «en la medida en que la legitimidad de su ejercicio reside en la exclusiva protección de las relaciones sociales concretas en una sociedad democrática». Cf. VALLE MÚNIZ, JOSÉ MANUEL, «El delito de estafa», Bosch, Barcelona, 1987, p. 72.

7. Comprendida ésta como la manera de englobar a partir del conjunto de normas y por medio de generalizaciones cada vez más abstractas, una idea unitaria de bien jurídico válida y coherente con toda realidad normativa. Vid. ANGIONI, FRANCESCO, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 14.

8. Vid. RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, «Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico», en: *NPP*, n.º 5-8, 1975, p. 331.

9. Cf. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, «Manual de Derecho Penal. Parte General» 4<sup>a</sup> edición, *PPU*, Barcelona, 1994, p. 113.

10. *Ob. ult. cit.*

11. Así, por todos, HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO «Introducción a la Criminología y al Derecho penal», Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 99 y ss.

12. Cf. JESCHECK, HANS-HEINRICH, «Tratado de Derecho penal. Parte general», *cit.*, p. 9.

13. Cf. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, «Los bienes jurídicos colectivos. Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932», *RFDUC*, volumen monográfico No. 11 (Estudios de Derecho penal, publicados en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, 1986), p. 150.

tra la salud pública. Circunstancia que no ha impedido que la discusión prosiga en los mismos términos.

### a) Pluralidad de intereses protegidos

Existe un grupo de comentaristas que interpreta que con la persecución del delito de tráfico de drogas se protege, junto a la salud pública, otros intereses y valores como el control estatal de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas y las repercusiones que su consumo tiene en el orden económico, político, de seguridad ciudadana, etcétera<sup>14</sup>. Entienden que no es solo la salud pública el bien que se preserva en el Art. 368 CP, sino que existen otros intereses latentes o de segundo grado que se ponen de manifiesto tanto en el derecho interno (Ley 17/1967, de 8 de abril) como en los preámbulos de algunos de los convenios internacionales sobre la materia, ratificados por España (Convención Única de 1961, Convenio sobre uso de sustancias psicotrópicas de 1971, Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas 1988). Normativas que en su conjunto reconocen las siguientes circunstancias:

- La toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad.
- Existen problemas sanitarios y sociales que son originados por el uso indebido de ciertas sustancias psicotrópicas.
- El tráfico ilícito de drogas representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaba las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad en su conjunto.

Por nuestra parte, no compartimos que los intereses económicos, políticos o, incluso la seguridad en general, sean los protegidos por el Art. 368 CP. Creemos que quie-

nes siguen esta postura confunden los motivos político-criminales que subyacen en la tipificación de estas conductas con el verdadero bien jurídico protegido. También entendemos que la posible comisión de delitos por el drogadicto generan inseguridad ciudadana, y más que un efecto directo del tráfico de estupefacientes constituye un efecto de la enfermedad provocada por el uso de la droga<sup>15</sup>.

### b) Intereses fiscales

De acuerdo al Art. 1.1 de la derogada Ley de Contrabando de 1982, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas tenían la consideración de «bienes o productos estancos», por lo que algunos comentaristas concluían —de tal circunstancia— la posibilidad de que el bien jurídico protegido en el anterior Art. 344 CP (actual 368) pudieran ser tanto los intereses fiscales como la salud pública<sup>16</sup> o, en determinado momento, solo el interés fiscal del Estado<sup>17</sup>. En este sentido, se pondrá de relieve que con la vigente LO 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, dicho interés fiscal queda desvanecido<sup>18</sup>. Por ello, queda claro que el bien jurídico no es el interés del Fisco sino la salud pública, aun cuando alguien podría pensar que cuando la Ley de Represión del Contrabando se refiere al territorio aduanero y al tráfico con otros Estados miembros de la Unión Europea, persiste el interés del Fisco respecto a la introducción proveniente de países no miembros de la Unión Europea, es decir, los países exportadores de drogas<sup>19</sup>.

### c) Libertad del consumidor

Desde esta posición se argumenta que el delito de tráfico de drogas entraña un ataque directo a la libertad del consumidor, puesto que al crear estados de dependencia

14. Entre ellos: COBO DEL ROSAL, MANUEL, «Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes», en *Delitos contra la salud Pública*, Universidad de Valencia, 1977, p. 163; BERISTAIN, ANTONIO, «Dimensiones histórica, económica y política del tráfico de las drogas en la criminología crítica», en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Colección de Estudios de estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia 1977, p. 59; ROMERAL MORALEDA, ANTONIO y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», Ed. Comares, Granada, 1993, p. 4.

15. Vid. GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, «Bases para una política criminal de la droga», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, S.A., Madrid, 1986, pp. 373 y ss.

16. Vid. LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL, «Las Drogas en el Ordenamiento Penal Español», Bosch, Barcelona, 1983, pp. 199 y 190.

17. COBO DEL ROSAL, MANUEL, «Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes», *cit.*, p. 163.

18. Pues tal como establece en su Exposición de Motivos «... en los últimos años la aduana española ha pasado por un período de cambio sin precedentes. La configuración de la Unión Europea como un mercado interior establecida en el Acta Única Europea ha traído consigo la libertad de circulación de mercancías sin que queden sometidas éstas a controles como consecuencia del cruce de las fronteras interiores. Esta nueva situación hace necesaria una modificación de la normativa referente a la circulación intracomunitaria de mercancías, que respondía a un modelo basado precisamente, en la imposición y el control fronterizos, lo que aconseja a su vez, a proceder a una adecuación de la legislación conducente a reprimir la introducción ilícita de mercancías en el territorio aduanero. Con la consagración del mercado único la aduana española ha dejado de actuar como frontera fiscal para el tráfico con otros Estados miembros de la Unión Europea».

19. Cf. GANZENMÜLER, CARLOS, ESCUDERO JOSÉ FRANCISCO, FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», Bosch, Barcelona, 1997, p. 75.

en todos aquellos sujetos que las consumen —de forma abusiva— genera un menoscabo en su voluntad, y por consiguiente, su capacidad de autodeterminación se ve afectada considerablemente. Advierten que en la pérdida de la libertad del consumidor es quizá donde debe radicar el *quid* de no facilitar o, planteado inversamente, de prohibir el tráfico de drogas, con independencia de las secuelas subrayadas por los expertos en el tema, entre las que destaca «la vivencia de la irrealidad, su paralelo y absoluto deterioro de la realidad objetiva, que estructuralmente comportan la negación de la primera»<sup>20</sup>.

En lo que a nosotros atañe, esta postura acierta al indicar que las características de determinadas drogas producen estados de dependencia —física o psíquica— lo que puede anular —o por lo menos influir de forma apreciable— la capacidad de decisión del individuo. Aún así, entendemos que tal circunstancia no constituye el interés a proteger en el Art. 368 CP, debido a que la decisión de consumir generalmente a de ser libre, ya que en caso contrario, debería apreciarse junto al delito contra la salud pública uno de coacciones o incluso de lesiones<sup>21</sup>.

#### **d) Moral o integración social**

Cuando se trata de precisar el bien jurídico protegido en el Art. 368 CP ha de tenerse presente que la razón para despreciar al consumo de drogas obedeció en un primer

momento no a la salud colectiva o individual o a la libertad, sino al rechazo de ciertas representaciones religiosas y morales de diversos grupos<sup>22</sup>. Un antecedente que corrobora tal afirmación es el Concilio XVII de Toledo, primera norma prohibitiva legal del tráfico de drogas, «si bien no el aspecto de contrarias a la salud pública, ni aún como dañosas a la salud individual, sino por ir en contra de la religión». Igualmente en el *Liber Iudiciorum*, se prohibía el suministro y consumo de las mismas «más por sus enlaces con ceremonias heréticas que como nocivas para la salud»<sup>23</sup>.

En la actualidad, el consumo de determinadas drogas se vincula a movimientos incluidos en la expresión «contra cultura» y «subcultura». Es decir, a un modo de vida, una condición moral, una cultura propia y diferente a la imperante en la sociedad<sup>24</sup>. La sociedad ha construido intencionalmente un concepto deformado de «droga», expresión en la que se circunscribe a todo tipo de sustancias no aceptadas por la sociedad y cuyos efectos se han dramatizado, apoyando así a una cultura (cultura del alcohol)<sup>25</sup> y rechazando otra (cultura de la droga)<sup>26</sup>.

La tesis de la moral —o el logro de una deseable unidad en los usos sociales vinculados con las drogas— como el bien jurídico protegido con la incriminación de determinadas drogas, puede encontrar apoyo en algunos instrumentos legales. En este sentido, se puede traer a colación el preámbulo de Convenio Único de Estupefacientes

20. Cf. COBO DEL ROSAL, MANUEL, «Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes», *cit.*, p. 156. En el mismo sentido: Díez Ripollés, José Luis, «Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicótropas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo», Tecnos, Madrid, 1989, pp. 127; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, «Manual de Derecho Penal. Parte Especial», Ariel, Barcelona, 1986, p. 278; CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, «Consideraciones técnico jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986, p. 340.

21. En mismo sentido: JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del Código Penal», José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 38.

22. Esto pasó de la misma forma en otras culturas con el Alcohol (madre de las drogas occidentales), en donde es una sustancia ajena y despreciada. Basta con tener presente las enseñanzas de sus libros más sagrados para hacer constancia de ello: «¡Oh, los que creéis! Ciertamente el vino, el juego del *maysir*, los ídolos y las flechas son abominaciones procedentes de la actividad de Satanás. Satanás querría suscitar entre vosotros la enemistad y el odio mediante el vino y el juego del *maysir* y apartaros del recuerdo de Dios, de la plegaria. *Vid.* El Corán (V. 92-93). Argumento religioso —de estas culturas islámicas— que puede ser criticable, erróneo y contradictorio, si tomamos en consideración que la Biblia, libro de la culto de la religión cristiana (uno de los principales artífices de la conciencia occidental), que nos relata por su parte «y tomando el cáliz dio gracias, y se lo dio diciendo: “Bebed todos de él, que es la sangre del Nuevo Testamento, que será derramada por muchos, para remisión de los pecados. Y os digo que ya no beberé más de éste fruto de la vid hasta el día que lo beba con vosotros, nuevo, en el reino de mi padre». *Vid.* La Biblia (Mateo, 26,27-29). Relato, cuya enseñanza, de la misma forma que el anterior, podría ser debatido por estar dentro de los márgenes de la siempre subjetiva e imprecisa interpretación producto de la Fe.

23. Cf. BELTRÁN BALLESTER, E., «Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas», Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1990, p. 31.

24. Cf. PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, enero de 1993, p. 221.

25. *Vid.* BERREIRO, JUAN LUIS, «Medios de comunicación y drogas», en *Drogas. Cambios sociales y legales ante el tercer milenio*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Otañi, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 224 y ss.; BONETE PERALES, «De la cultura moderna a la cultura moral postmoderna, pasando por los audiovisuales», en *Cultura y medios de comunicación*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2000, pp. 231 y ss.; ROMERO VAZQUEZ, BERNARDO, «la significación de las drogas en la cultura occidental», en *Alter* (Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del derecho), año No. 1, enero-abril, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Campeche, 1997, pp. 172 y ss.

26. Cf. PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, p. 221.

(1961) en el cual se apela no solo a la preocupación de las Partes por la salud «física», sino también a la «salud moral de la humanidad». Sin duda, los efectos de la represión del tráfico de drogas a nivel internacional son cuestionables desde este punto de vista, pues ha pasado a ser una nueva forma de opresión cultural<sup>27</sup> y moral de los países poderosos<sup>28</sup>.

Tal vez sea el momento de preguntarse, como señala algún autor, si lo que realmente se protege con la incriminación del tráfico de drogas (en especial el referido a sustancias de reducida dañabilidad como el cannabis) es la moral social o impuesta capaz de despreciar unas drogas y favorecer a otras, convirtiéndose así en moral pública (bien jurídico) de la clase social dominante<sup>29</sup>.

### e) Salud pública

Doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el bien jurídico protegido en el Art. 368 CP no es otro que la salud pública, colectiva y comunitaria, amenazada por la difusión y tráfico de drogas<sup>30</sup>. La vulneración de esa salud, difusa en principio, sobrevendrá a través de las incidencias que el uso de las referidas sustancias suponga en

la salud individual de los integrantes de la comunidad<sup>31</sup>. Aquí el problema principal recae en definir el contenido exacto de salud pública. Por un lado, tiene que ser algo distinto a la suma de las saludes individuales; sin embargo, por otro lado resultará complicado asignarle algún contenido sin tener de referencia el concepto de salud individual, al que entendemos debe ir referido<sup>32</sup>.

La salud pública que se protege en el Art. 368 CP ha de ser entendida como un bien jurídico que se levanta sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico salud pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual. Si bien la protección de la salud pública busca también la salvaguarda de salud individual, no puede confundirse con ésta. De esta manera, el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública colectiva y por consecuencia la individual (física y psíquica) de cada una de los integrantes de la colectividad, lo contrario implicaría que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta a la de todos y cada uno de los individuos que la integran<sup>33</sup>.

27. Vid. punto 7 del «Manifiesto por una nueva política sobre la droga».

28. En este sentido valdría la pena estudiar —en primer lugar— el papel simbólico, de los llamados «empresarios de la moral» y de manera particular a los creadores de las reglas, por su capacidad de organizar las percepciones, actitudes y sentimientos de los observadores, al dramatizar y demonizar el problema, a través de sus cruzadas de purificación contra aquellos grupos que perciben como «portadores del mal». A su vez, habría que examinar el papel legitimador que desempeñan los encargados de aplicar las reglas, a quienes se les podría llamar «empresarios de la represión», ejemplificados en los cuerpos de seguridad que se ocupan de implementar la política criminal. Por último, aunque no menos importante, analizar el papel de los «empresarios de la comunicación» para reforzar el discurso en un momento determinado por su capacidad de crear, circular y expandir la información con sus técnicas de manipulación emocional. De esta forma, se observa una simbiosis entre los aspectos simbólicos que persiguen los empresarios de la moral y los intereses instrumentales de los policías y otros cuerpos de seguridad. Además, el empresario de la moral se convierte en mediador entre los sentimientos públicos y la creación de la ley y el empresario de la represión lo hace entre el mandato legal y las situaciones sociales concretas en las que la ley debe implementarse. La consolidación final del discurso oficial-científico entre los diversos actores sólo se logra implementando determinadas estrategias, entre las cuales cada vez resultan más importantes las convenciones internacionales que infunden creciente credibilidad a las acciones y dan proyección en última instancia al movimiento antidroga a pesar de las diferencias de percepción, desde que se originó el discurso dirigido a «la criminalización de la moral». De más está decir que la hegemonía en este ámbito ha correspondido al gobierno de Estados Unidos por haber sido el generador y promotor del movimiento antidroga, y del discurso respectivo, colocándose siempre a la vanguardia de «la lucha contra los demonios del tráfico internacional de drogas». Cf. DEL OLMO, Rosa, «Las drogas y sus discursos», en *Drogas y control penal en los Andes. Deseos, Utopías y efectos perversos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, pp. 170 y 171.

29. Cf. PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, p. 221.

30. Sobre la salud pública como bien jurídico protegido, véase, entre otros: CÓRDOBA RODA, JUAN, «El delito de tráfico de drogas», en *Estudios penales y criminológicos*, Cursos y Congresos de la Universidad de Compostela, 1981, pp. 13 y ss; TORIO LÓPEZ, ÁNGEL, «Problemas político-criminales en materia de drogadicción», en: *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Colección de Estudios de estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia 1977, p. 518 y ss; REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [Arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]», en *Comentarios a la legislación penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (Tráfico ilegal de drogas)*, Editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, pp. 62 y 63; CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, «Consideraciones técnico jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas», *cit.*, 338.

31. Cf. SOTO NIETO, FRANCISCO, «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», *Trivium*, 1989, p. 1.

32. Vid. PÉREZ ALVAREZ, FERNANDO, «Protección Penal del Consumidor, Salud Pública y Alimentación, Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo», *PRAXIS*, 1991, p. 40.

33. Cf. STS de 29 de mayo de 1993, Pn. Roberto Hernández Hernández (RJ 4281).

## C) La «Salud Pública» bien jurídico protegido por el art. 368 CP

### a) Aproximación a la expresión «salud pública».

El contenido del concepto salud pública no es algo que hasta el momento se haya resuelto con la precisión deseada. Encontramos diversas connotaciones sobre la expresión salud pública aludiendo a la ausencia de enfermedad, vinculada a conceptos como salubridad, higiene o sanidad, términos que, sin embargo, no son conceptualmente sinónimos<sup>34</sup>.

Inicialmente la salud fue entendida como un estado de «ausencia de enfermedad» en el que solo se apreciaba al individuo en lo particular con respecto a su salud física o corporal, psíquica o mental<sup>35</sup>. En la actualidad, el vocablo ha evolucionado y por salud se entiende al estadio completo de bienestar físico, mental y social<sup>36</sup>. Asimismo, en nuestros días se aprecia a la salud como un factor de progreso, en razón de que implica una mejora a las expectativas de vida de los individuos<sup>37</sup>.

El término salud, en su interpretación más reciente, abarca mayores espacios de protección y retorna a su naturaleza positiva, como ya se advirtió, desvinculándose de la «ausencia de enfermedad»<sup>38</sup>. El concepto pasa de esta manera de ser algo exclusivamente negativo a una nueva figura en la que se contemplan elementos positivos, como son la adecuación del individuo a la comunidad en la que se desenvuelve y la posesión de un bienestar «que equivale a un armónico equilibrio de todas sus funciones»<sup>39</sup>. Con esta acepción se reconoce una cualidad dinámica del concepto que interesa a elementos intrínsecos de la persona, transformándose así en un valor en constante evolución que no únicamente deberá ser garantizado, sino promovido y en lo posible potenciado<sup>40</sup>.

Centrándonos en el concepto que nos ocupa, el significado del término «salud pública» dependerá del prisma a través del cual sea observado, debido a que el concepto se

ha modificado a través de los tiempos. Desde mediados del siglo XX, sobre todo en el mundo occidental, ha sido asumida por los Estados como función propia de mantener en buen estado la salud de la comunidad a la que sirve, pues como nunca antes se está consciente de que la salud pública afecta a todos y a cada uno de los integrantes del conglomerado social<sup>41</sup>.

Actualmente, el término «salud pública» demanda una condición de «bienestar» de la colectividad<sup>42</sup>. Ese «bienestar» de tipo social al que hacemos referencia en su más extensa expresión, deberá ser el fin al que se oriente la protección de la salud pública. Su espacio de protección habrá de superar el nivel orgánico de salud de sus destinatarios en la medida en que la salud del conglomerado social debe ser algo más que la suma de la salud personal de cada uno de sus integrantes. En definitiva, la expresión «salud pública» debe tender a aglutinar tanto los aspectos médicos, sociales como los económicos, con el fin de que su delimitación resulte al menos en principio provechosa como preludio para abordarla desde una perspectiva netamente jurídica<sup>43</sup>.

### b) Perspectiva constitucional

A nuestro entender, la Constitución es el paradigma o referente técnico a partir del cual se construye el Derecho penal, como se sabe, formalmente viene a significar la base hegemónica de todas las Leyes elaboradas por el Estado, y es en ella en donde podemos encontrar contemplados los bienes jurídicos que deberán ser salvaguardados por la norma.

La salud, dentro de este ámbito, se muestra como uno de los principales valores inculcados por el concierto jurídico, pues como señala el Art. 15 CE, ubicado en el apartado relativo a los derechos y libertades fundamentales, «todos tienen derecho a la vida, integridad física y moral». Con esto, se revela claramente que es una preocupación de la Constitución salvaguardar el estado de la persona incólume, es decir, sano, sin lesión ni menoscabo<sup>44</sup>. Sin embargo, «al ser la

34. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO, «Protección Penal del Consumidor, Salud Pública y Alimentación, Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo», PRAXIS, 1991, p. 39.

35. Vid. PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, p. 213; CORDOBA RODA, JUAN, «El delito de tráfico de drogas», *cit.*, p. 13.

36. Vid. REY HUIDOBRO, LUIS, FERNANDO, «El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español», *cit.*, pp. 128 y 129; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, «Manual de Derecho Penal. Parte Especial», Ariel, Barcelona, 1986, p. 70. También, Carta Constitucional de la OMS. (7 de abril de 1948) la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, acogida por la ONU. (10 diciembre de 1948); Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (BO 30 abril de 1977) y Art. 11 de la Carta Social Europea (BO 26 jun. 1980).

37. Cf. ROMERO RODENAS, MARÍA JOSÉ, «Sida y toxicomanías», *Ibidem*. Textos Universitarios, Madrid, 1995, pp. 46 y 47.

38. Cf. PÉREZ ALVAREZ, FERNANDO, «Protección Penal del Consumidor...», *cit.*, p. 40.

39. Vid. REY HUIDOBRO, LUIS, FERNANDO, «El delito de tráfico de estupefacientes...», *cit.*, p. 129.

40. Cf. VAQUERO PUERTA, JOSÉ LUIS, «Salud Pública», Pirámide, Madrid, 1982, pp. 23 y ss.

41. Cf. GANZENMÜLLER, CARLOS, ESCUDERO JOSÉ FRANCISCO, FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, p. 69.

42. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, EFRAÍN, «Drogas. Análisis del delito contra la salud», SISTA, 3ª ed., México, 1997, p. 241.

43. Cf. SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial», La Ley, S.A., Madrid, España, 2000, p. 55

44. Vid. GANZENMÜLLER, CARLOS; ESCUDERO, JOSÉ FRANCISCO; FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (I). Sustancias nocivas, productos químicos, medicamentos y alimentos», Bosch, 2000, pp. 25 y ss.

salud un derecho de la personalidad, atributo esencial de la persona humana e instrumento del desenvolvimiento de su libertad moral, hace que ostente asimismo un nuevo reconocimiento constitucional, esta vez en su faceta colectiva»<sup>45</sup>.

El Art. 43 CE dispone en su párrafo primero: «se reconoce el derecho a la protección de la salud» y en el segundo: «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y los deberes de todos al respecto». No obstante en el citado artículo no se reconocen verdaderos derechos subjetivos, sí se establecen normas jurídicas de carácter pragmático, de orientación en la actuación de los poderes públicos<sup>46</sup>. Con esto, la salud pública pasa a ser uno de los principios inspiradores de la política social y económica del Estado<sup>47</sup>.

Lesionar a la salud pública significa, entonces, atacar o poner en peligro a alguno de los presupuestos indispensables que necesitan los individuos para gozar del estado óptimo de salud<sup>48</sup>. De esta forma, la conducta transgresora de la salud pública no tiene porque afectar «ni inmediata ni directamente, aunque sí de forma mediata e indirecta la salud individual»<sup>49</sup>. De modo que «la peligrosidad y gravedad de dichas conductas debe verse en el hecho de poder afectar a la salud de un número indeterminado de individuos, lo que puede poner en grave peligro la realización de los principios básicos de organización de los individuos y de la convivencia en sociedad»<sup>50</sup>.

La Constitución, más que instaurar derechos fundamentales en el concierto de la salud pública lo que fija son los principios rectores para su protección, entendidos como aquellos que deben ordenar y regir la vida social y política, los que a su vez, han de instruir al ejercicio legislativo, la actuación judicial y en definitiva, la labor de los poderes públicos con respecto a este interés protegido<sup>51</sup>.

De esta forma, el derecho a la protección de la salud se configura como un derecho que obliga, no a la obtención directa de determinadas prestaciones, sino a que las instituciones del Estado actúen en un sentido determinado a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios. Sin embargo, en la protección del bien jurídico «salud pública» intervienen otras consideraciones e intereses más allá de las meramente preventivas, así, en el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el tráfico ilegal de drogas, priman las medidas represivas sobre las preventivas, protegiéndose no solo a la salud pública sino a otros bienes jurídicos subyacentes debiéndose ajustar a las previsiones contenidas en la legislación penal, administrativa y en los tratados y convenios suscritos por España<sup>52</sup>.

### c) Perspectiva penal

La salud pública llevada al contexto penal se interpretó inicialmente como el conjunto de cualidades objetivas que protegían de posibles enfermedades a una pluralidad de individuos<sup>53</sup>. Se consideraba como la suma de la salud individual de los miembros de una colectividad puesta en peligro cuando, a corto plazo, se agudizaba la probabilidad de que uno o varios miembros de dicha comunidad resulten atacados en su salud personal<sup>54</sup>.

En el presente, el concepto de «salud pública» del Código penal no intenta referirse a verdaderas enfermedades que afectan de manera epidémica a una población determinada, sino a toda variación de las circunstancias óptimas del individuo incluidas las sociales<sup>55</sup>. Por lo que, si se toma a la salud pública como fundamento de la intervención penal, la misma habrá de ser entendida como el deseo del Estado y de la acción pública de mantener la salud de la ciudadanía lo mejor posible, evitando o reprimiendo aquello que la dañe o la ponga en peligro<sup>56</sup>.

45. Cf. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de estupefacientes...», *cit.*, p. 134.

46. Del precepto, no se puede deducir directamente derecho subjetivo alguno, pretensiones jurídicas inmediatas, sólo cabe la posibilidad de deslumbrar expectativas jurídicas. Cf. ÁLVARES CONDE, E., «Curso de derecho constitucional», Tecnos, Madrid, v. II, p. 407.

47. Cf. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de estupefacientes...», *cit.*, p. 134.

48. Comprendemos que un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta es aquel en que se puede sostener que la gran mayoría de sus miembros disfrutan de un estado de bienestar en su salud individual, que les permite realizar el proyecto personal de vida al que con libertad total han optado, en igualdad de circunstancias y con aptitud para llevar a cabo las responsabilidades que dimanen de la convivencia democrática. Nos queda claro que estamos ante término abstracto notoriamente vinculado a uno individual.

49. Cf. JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 del Código Penal», José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 41.

50. *Ob. ult. cit.*

51. *Vid.* SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p. 58.

52. Cf. GANZENMÜLER, CARLOS, ESCUDERO JOSÉ FRANCISCO, FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, p. 83.

53. *Vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, «Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública. En Delitos contra la Salud pública», Universidad de Valencia, 1977, pp. 444 y 445.

54. *Ob. ult. cit.*

55. Cf. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de estupefacientes...», *cit.*, p. 129.

56. En este sentido hay autores que muestran reservas recordando cuantas conductas contribuyen a dañar la calidad de vida en el orden de la salud. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, GONZALO, «El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas...», *cit.*, p. 117.

El Art. 368 CP pretende proteger la salud pública, colectiva, comunitaria, seriamente amenazada por la difusión y tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Entendemos que la protección de la salud física y mental de la población, que puede ser afectada por el consumo de tales sustancias, es la verdadera razón de toda la regulación normativa en materia de drogas. En sí, lo que se busca prevenir en el Código penal es la nocividad y peligrosidad potencial que tales sustancias entrañan por su utilización y consumo, generadoras ambas, de procesos patológicos que afectan al sano desarrollo de las funciones mentales y físicas de la persona<sup>57</sup>.

Tanto la salud pública como la individual, se pueden ver afectadas de manera irreversible por el consumo de las drogas. Por tal motivo, el ordenamiento jurídico considera delitos contra la salud pública todos los actos por medio de los cuales se propaguen estas sustancias capaces de lesionar la integridad de un indeterminado grupo de individuos. Desde esta perspectiva, se considera que la defensa de la salud pública lleva consigo la salud de cada persona en particular, puesto que no puede pretenderse que una norma defienda la salud colectiva y deje de lado la individual, ya que ello implicaría pensar que la comunidad social posee una salud distinta que aquella de los individuos que la componen<sup>58</sup>.

Es importante recalcar que el bien jurídico tutelado en el delito contra la salud relacionado al tráfico de drogas, en la actualidad va más allá de la protección de la salud de una sociedad en lo particular, se trata de un delito de dimensiones internacionales<sup>59</sup>; es decir, no se hace exclusiva referencia a la salud nacional, por el contrario, al ser la salud un valor universal<sup>60</sup> se lesionan intereses que traspasan fronteras, de ahí que no importe al momento de sancionar la conducta típica si la droga o estupefaciente cap-

turada iba dirigida al mercado ilícito local o si tenía como destino final algún otro país<sup>61</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido en el Art. 368 CP no es otro que «la salud pública colectiva y, consecuentemente, la individual (física y psíquica) de cada una de las personas que componen la comunidad (...), ya que lo contrario implicaría pensar que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta de aquélla de todos y cada uno de los individuos que la integran»<sup>62</sup>.

#### D) Naturaleza del delito en el art. 368 CP

Una de las principales cualidades de los tipos penales que albergan los delitos contra la salud pública en general, y en particular los de tráfico de drogas, es la de ser un delito de peligro abstracto<sup>63</sup>, esto es, los ilícitos se consuman sin necesidad de lesión, siendo suficiente con que concurra el simple peligro —o probabilidad de lesión— del bien jurídico. Constituyen en sí un adelantamiento de las barreras de protección a una fase anterior a la lesión<sup>64</sup>.

Las conductas contempladas en el Capítulo III del Título XVII del CP están dispensadas para proteger al colectivo social de un mal potencial. No tutelan un bien o derecho concreto sino la posibilidad de que la salud del mismo se vea menoscabada por cualquiera de las conductas tipificadas en su articulado<sup>65</sup>. En tales ilícitos no es necesario que se localicen a las terceras personas afectadas. En el caso concreto de los delitos contra la salud pública es indistinto que la lesión pueda provocarse en particular a una persona determinada (sea grave o afecte poco a su salud)<sup>66</sup>, considerándose que la salud pública es típicamente lesionada cuando se realiza alguna de las conductas previstas por el ordenamiento jurídico para protegerla<sup>67</sup>.

57. Vid. SOTO NIETO, FRANCISCO, «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», *cit.*, pp. 1 y 2.

58. Cf. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, pp. 62 y 63.

59. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, «Narcotráfico, un punto de vista mexicano», Porrúa, S.A., México, 1989, pp. 13-17.

60. Vid. La Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia de 12 de julio de 1776; La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776, La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa, el 26 de agosto de 1789, La Constitución Europea de 1791, así como la totalidad de las Constituciones modernas de las sociedades democráticas, en las cuales se prevé que la salud es una prerrogativa estatal. También, la importante cantidad de Convenios Internacionales que existen en la materia así lo demuestran.

61. Vid. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de estupefacientes...», *cit.*, p. 129.

62. Cf. STS de 29 mayo 1993, Pn. Roberto Hernández Hernández (RJ 4281).

63. Vid. BACIGALUPO, ZAPATER, E., «Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 91 y ss; MORAALARCÓN, J. A., «Suma de Derecho penal. Parte General y Especial», Edisofer, S.L., Libros Jurídicos, Madrid, 1996, p. 529; LANCHEDO VELASCO, C. M., y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, «Derecho Penal Español. Parte Especial», Tecnos, S.A., 2ª edición, Madrid, 1996, p. 353.

64. Cf. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, «Curso de Derecho Penal. Parte General», Universitarias, S.A., Madrid, 1996, pp. 313 y 314.

65. Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, F., «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p. 70.

66. El bien protegido es la salud pública colectiva, por ello no es necesario que se concreten determinados sujetos pasivos lesionados en su salud personal por el consumo de la droga. Se trata de un riesgo común que se quiere cortar en su fuente potencial, llevando la ley penal al área de prevención de los daños concretos. Por eso el Art. 368 CP enumera hechos punibles que para su consumación basta con que estén destinados para ese fin. Vid. STS de 26 de noviembre de 1993, Pn. Justo Carrero Ramos (RJ 8826).

67. En este sentido: ROMERAL MORALED A, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M., «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», Comares, Granada, 1993, p. 3.



Otra característica del delito de tráfico de drogas es su consumación anticipada, lo cual impide, o por lo menos dificulta, la posibilidad de una ejecución inacabada; es decir, las formas imperfectas de ejecución<sup>68</sup>. Sin embargo, aunque esta tesis puede ser sostenida para la mayoría de las conductas previstas por el Art. 368 CP, otras en cambio, al requerir la producción de un resultado —piénsese en los casos de cultivo o elaboración que requieren que exista algo elaborado o cultivado—, admiten la concurrencia de formas imperfectas de ejecución<sup>69</sup>.

En el delito del Art. 368 CP el bien jurídico se lesiona, o pone en peligro, por la transmisión de la droga tóxica a otra persona, siendo indiferente para la configuración del tipo penal que se haga dicha operación con alguna pretensión onerosa o lucrativa, tomando en cuenta que en estos supuestos el desvalor de la acción nada tiene que ver con el ánimo de lucro de su autor<sup>70</sup>.

En sentido estricto, la genuina protección de la salud pública dentro de estos delitos relativos a las drogas tóxicas se encuentra incluida en el Art. 369.7 CP, en el que se agrava la pena del tipo básico cuando las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, aumentando el posible daño a la salud. Sin embargo, en la medida en que el suministro de drogas tóxicas es constitutivo de delito y que como consecuencia de la prohibición el consumidor de las mismas ha de acudir siempre a un mercado ilegal para abastecer sus necesidades, no es posible ejercer control alguno sobre la calidad de las sustancias que se introducen en el mercado<sup>71</sup>.

Los delitos relativos a las drogas tóxicas objeto de estudio, se configuran como delitos de peligro abstracto para el bien jurídico protegido salud pública, entendiéndose por tal peligro la disposición de las drogas al tráfico indiscriminado<sup>72</sup>. En los tipos agravados del Art. 369 CP, como se examinará posteriormente, se fundamenta la agravación de la pena en un plus de injusto, unas veces porque se exige mayor grado de peligro para el bien jurídico salud pública —a través de distintas circunstancias en las que se observa bien un incremento de desvalor de acción, de resultado o de ambas—, otras porque junto a éste, se ofrece cobertura a otros bienes jurídicos<sup>73</sup>.

Las conductas del Art. 368 CP solo serán delictivas cuando representen un peligro abstracto de facilitación,

promoción o favorecimiento del consumo ilegal de drogas, porque el propósito del ordenamiento penal es la protección del bien jurídico de la salud pública a través de la evasión del peligro general o común, de facilitación del consumo de sustancias tóxicas para personas indeterminadas. Tal peligro no se apreciará cuando son personas concretas las que resuelven realizar el consumo de forma particular en un espacio cerrado y sin ánimo de expansión al exterior. En dichos supuestos no habrá riesgo de difusión y faltará la existencia de un elemento del tipo del delito<sup>74</sup>.

Las características de nocividad a las sustancias requeridas por la norma, determina la atipicidad de la conducta en caso de que, por ejemplo, por sucesivas adulteraciones la droga haya perdido totalmente su toxicidad. Con ello se advierte que aunque se esté ante un delito de peligro abstracto tendrá que comprobarse en juicio penal la nocividad de la sustancia sin que ello convierta al delito del Art. 368 CP en uno de peligro concreto, pues también los delitos de peligro abstracto requieren la prueba de la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico protegido, que en este tipo de ilícitos habrá de ser interpretada en clave de ofensividad, ya que de otra forma quedaría burlado el concepto de peligro desde el cual ha de deducirse que las conductas sancionadas por el ordenamiento punitivo han de constituir un verdadera afección negativa al bien jurídico protegido<sup>75</sup>.

En efecto, aunque dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se admita que la figura del Art. 368 CP constituye un tipo de peligro abstracto, no se debe confundir o comparar con un peligro presunto, pues ello quebrantaría el derecho constitucional a la presunción de inocencia<sup>76</sup>. El peligro ha de significar una potencialidad del daño, por lo que el peligro abstracto solo se refiere a que en el instante de la consumación anticipada con que se configura el tipo, los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse lesionado por el agotamiento de la acción no necesitan estar determinados, pero ello no implica que pueda faltar la posibilidad remota del daño. Por esta razón, si en el caso concreto se excluye el peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de antijuricidad del acto, por la que no se da en él la adecuación al tipo, pues de otro modo lo que aparece construido por el legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figu-

68. Vid. MARTÍNEZ BOLUDA, FRANCISCO, *Análisis jurídico del delito de tráfico de drogas*, RGD, n.º100, 1996, p. 9693.

69. Vid. CORDOBA RODA, JUAN, «El delito de tráfico de drogas», *cit.*, p. 31; GANZENMULER, CARLOS, ESCUDERO JOSÉ FRANCISCO, FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, p. 48. También SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p. 71, quien hace una revisión jurisprudencial respecto al antiguo supuesto de introducción de droga en centro penitenciario.

70. Cf. ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, «Salud pública y drogas tóxicas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, *cit.*, p. 28.

71. *Ob. ult. cit.*

72. Vid. STS de 16 de julio de 1994, Pn. Joaquín Martín Canivell (6457).

73. Vid. GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO, «Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los Artículos 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales», José María Bosch editor, Barcelona, 1999, pp. 12 y ss.

74. Vid. Análisis jurisprudencial en este sentido de: CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO, «Posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CDJ, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 40 y ss.

75. Vid. En este sentido: CORDOBA RODA, JUAN, «El delito de tráfico de drogas», *cit.*, p. 19.

76. En este sentido Vid. STS de 25 de marzo de 1993, Pn. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 2551).

ra de mera desobediencia y, por ende, incompatible con el Derecho Penal post-constitucional<sup>77</sup>.

En síntesis, se puede afirmar que tal naturaleza del delito de tráfico de drogas ocasionará en la práctica las siguientes consecuencias:

- La salud pública es un bien jurídico que merece protección penal, por tanto, los delitos del Art. 368 CP no son solamente infracciones formales sino que conllevan antijuricidad material.
- La salud pública, al no ser esencialmente distinta a la suma de la salud individual, se verá afectada solo en el caso de que realmente concurra peligro —aunque lejano— para terceras personas.
- Puesto que no es un delito de lesión sino de peligro abstracto, el delito de tráfico de drogas no requiere la identificación de las terceras personas afectadas.
- A efectos de aplicación del Art. 368 CP, es indiferente que el daño que pueda causarse en concreto a una persona determinada sea o no grave.

La salud pública se pone en peligro o resulta típicamente afectada, cuando se lleva a cabo alguno de los comportamientos advertidos en la norma penal, siendo indiferente que ello se haga a título oneroso o lucrativo, habida cuenta que en estos supuestos el desvalor de la acción nada tiene que ver con el ánimo de lucro de su autor y, una extensión desmesurada del tipo penal, ya que en la práctica, y ante el caso concreto, no se examina en realidad la afectación al bien jurídico protegido<sup>78</sup>.

## II.4. Conducta en el Art. 368 CP

### A) Aspectos preliminares

Generalmente, la reacción punitiva se centra solo en los comportamientos objetivamente identificables, aquellas conductas de carácter exterior que por su peligrosidad —para los bienes jurídicos protegidos por la norma— son merecedoras de la prohibición y sanción penal<sup>79</sup>. Estos supuestos considerados por la norma penal como delictivos son producto tanto de una acción, es decir, de un hacer corporal, como de una omisión, un no hacer<sup>80</sup>.

En la actualidad se estiman de interés penal de la misma manera —aunque tienen distintas valoraciones en el ámbito de la punibilidad— los casos en donde la voluntad que rige la acción va dirigida a la comisión de un ilícito (delitos dolosos)<sup>81</sup> o aquellos supuestos en que sin ir propiamente dirigidos —no hay intención de cometer el ilícito—, tienen resultado causado por el comportamiento del agente (delitos culposos)<sup>82</sup>.

La conducta humana se convierte en delictiva cuando es típica, antijurídica y culpable<sup>83</sup>. Ingredientes que —como sabemos— añadidos a un mismo comportamiento es lo que la dogmática penal define como delito<sup>84</sup>. A efectos penales, no habrá conducta cuando el sujeto se encuentre en estados de inconsciencia o cuando su comportamiento sea producto de un movimiento reflejo o se obre bajo la influencia de una fuerza irresistible<sup>85</sup>.

77. Cf. ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, «Salud pública y drogas tóxicas», *cit.*, p. 28.

78. Cf. JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 del Código Penal», *cit.*, p. 28.

79. Decimos generalmente y no en todos los casos por que en ciertos preceptos penales, que son los menos, encontramos agravaciones de la pena en los que se toman como plataforma determinados comportamientos o actitudes del autor del delito, *v. g.* Art. 299, receptación habitual de faltas contra la propiedad o 22, 8ª, relativo a la reincidencia.

80. En estos casos la cualidad externa de la conducta del autor no es trascendente, el fundamento de la pena reside en que alguien vulnera las exigencias de comportamiento que se derivan del rol social que realiza. El Art. 11CP equipara a la omisión con la acción cuando: exista una específica obligación legal o contractual de actuar o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, *v. g.*, en los delitos de infidelidad de custodia de presos, la prevaricación del abogado o tutor, el alzamiento de bienes, delitos consistentes en la infracción de un deber, en los que la equiparación de la acción y la omisión es absoluta, pues en estos delitos lo que interesa en sí es la infracción de ese deber y no que el resultado se lleve a cabo por una acción o una omisión.

81. La cualidad dolosa de una conducta estriba en que la misma debe ser producto de la voluntad de realizar una acción de la que se conoce su ilicitud y aún así se ejecuta. Tal condición, debe diferenciarse de la pura ilusión, del deseo y la esperanza. El comportamiento culposo deberá concurrir al tiempo del hecho, careciendo de importancia para el Derecho si éste fue antes o después del acontecimiento delictivo. *Vid.* JESCHECK, HANS-HEINRICH, «Tratado de Derecho penal. Parte general», 4ª edición, Comares, Granada, 1993, pp. 264 y 265.

82. La conducta culposa es la acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar el bien jurídico pero que por falta de cuidado o diligencia debida causa su efectiva lesión. La sanción no se da por una actitud rebelde del sujeto ante la norma, sino en el incumplimiento en que incurrió el individuo sobre una exhortación de actuar cuidadosamente, que es un principio general del catálogo penal encargado de prohibir la innecesaria puesta en peligro de intereses jurídicos ajenos. En las conductas culposas los autores pierden el control del riesgo por ellos creados y su sanción podría fundamentarse en base a un error por parte del sujeto activo sobre la real peligrosidad que resulta para el bien jurídico. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, SERRANO PIEDECASAS, GARCÍA RIVAS, «Curso de Derecho penal», Experiencia, Barcelona, 2004, p. 205.

83. *Vid.* MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCÍA ARÁN, MERCEDES, «Derecho Penal. Parte General», 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 225 y ss.

84. *Vid.* Entre otros: ARROYO DE LAS HERAS, ALONSO, «Manual de Derecho Penal. El Delito», Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 53; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, «Manual de Derecho Penal. Parte Especial», 3ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 130.

85. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, SERRANO PIEDECASAS, GARCÍA RIVAS, «Curso de Derecho penal», Experiencia, Barcelona, 2004, p. 138; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, «Movimientos reflejos,

La conducta, para ser típica, debe subsumirse en un tipo jurídico-penal. Es decir, descrita en un precepto jurídico. En atención al principio de legalidad no es posible, bajo ningún concepto, sancionar —o imponer— pena alguna a aquellas conductas —o acciones— que no hayan sido anticipadamente contempladas como delictivas por alguna Ley<sup>86</sup>.

La antijuridicidad de la conducta proviene de su contradicción con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la acción no adquiere tal condición por su mera oposición a la norma, también requiere un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Una contradicción estrictamente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, así como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente<sup>87</sup>.

En la conducta ilícita es necesario acreditar el nexo de causalidad entre ésta y el resultado lesivo provocado en los bienes jurídicamente protegidos. La culpabilidad como fundamento de la pena toma en cuenta las circunstancias especiales en que se efectuó la conducta criminosa; es decir, las circunstancias constitutivas que concurren cuando el agente altera el mundo exterior y que pudieran modificarlo, atenuarlo o agravarlo<sup>88</sup>.

### B) Conductas constitutivas del delito previsto en el art. 368 CP

El Código Penal de 1995 contiene una regulación muy extensa en materia de tráfico de drogas —modificada recientemente por la LO 15/2003, de 25 de noviembre—. La

tipificación de las conductas que lo describen, a efectos penales, se encuentra en los arts. 368 a 372 CP, y se complementa con las disposiciones penales que aparecen en los artículos que 373 al 378 CP. Se puede decir que en su conjunto tales preceptos son los que el legislador ha estimado apropiados para comandar la política criminal de combate y prevención de estos delitos. Su tipo básico converge en el contenido del Art. 368 CP.

En la redacción del Art. 368 CP se contemplan como conductas típicas del delito de tráfico de drogas: «el cultivo, la elaboración o tráfico, las conductas que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines»<sup>89</sup>.

De la lectura del Art. 368 CP se desprende una descripción abierta, progresiva y alternativa de formas de comisión del tipo penal. Por una parte, se dice que es abierta porque las conductas típicas no quedan rigurosamente detalladas<sup>90</sup>; por otra, se afirma que es progresiva porque contiene todas las fases de afectación del bien jurídico<sup>91</sup> y, por último, se considera que su estructura típica es alternativa porque basta con la ejecución de alguna de las modalidades contempladas para su realización típica<sup>92</sup>.

Por la redacción del precepto se concluye que el legislador intenta cumplir con la mayoría de las obligaciones asumidas internacionalmente por el gobierno español en materia de tráfico de drogas, ya que a la hora de redactar el tipo básico hace una incriminación de varias conductas graduadas intentando abarcar con ello todas las conductas ilícitas previstas en los convenios internaciona-

---

actos en corto circuito, y reacciones automatizadas», en *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, J. M. BOSCH, S. A., Barcelona, 1992, p.13.

86. Tal cláusula es invocada por el principio de legalidad. El principio implorado es de suma trascendencia para el derecho penal, ya que por un lado se protege al ciudadano de la arbitrariedad que podría sufrir por parte del Estado al querer someterle por conductas que no estuvieran previamente prohibidas por alguna norma y, por otro, invita a la participación del ciudadano y que por medio de sus representantes determine qué conductas deben tener, según la «voluntad general», un vínculo sancionador por parte del ordenamiento jurídico. *Vid.* DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO, «Sobre el concepto del Derecho Penal», Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, pp. 316-317.

87. *Cf.* MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Derecho Penal. Parte General», *cit.*, p. 343, quien señala que la esencia de la antijuridicidad es: «la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción».

88. Lo que realmente denota que una conducta es delictiva «es la pena que le sigue; las medidas de seguridad, lo mismo que otras consecuencias del delito». *Cf.* RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, «Derecho Penal Español. Parte General», 7ª ed., Madrid, 1979, p.13.

89. Conductas que serán castigadas «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».

90. La cláusula «o de otro modo», es decir, de cualquier modo, da lugar a un tipo extraordinariamente abierto que atenta contra los principios de legalidad y seguridad jurídica. Obviamente, tal opción por su vaguedad descriptiva permite una inmensa ampliación de las conductas susceptibles de incluirse en la prohibición. *Cf.* DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, «Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas...», *cit.*, pp. 59.

91. La cualidad progresiva a la que hacemos referencia radica en el hecho de que el Art. 368 CP contiene todas las fases del bien jurídico directamente protegido, es decir, en él se regula la misma pena la tentativa del delito y el delito consumado. *Cf.* JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 del Código Penal», *cit.*, p. 99.

92. *Vid.* SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, «Derecho de las drogas y las drogodependencias», Fundación de Ayuda contra la drogadicción, Madrid, 2002, P. 115.

les<sup>93</sup>, esto es, todo el «ciclo de la droga»<sup>94</sup>. Esta forma de punición se puede considerar —atendiendo exclusivamente a criterios de eficacia— como aconsejable y acertada si lo que se busca es eliminar posibles lagunas en la protección del bien jurídico, así como penalizar —con gran rigor punitivo— cualquier comportamiento que contribuya al comercio ilícito de estupefacientes por sutil que sea<sup>95</sup>. No obstante, resulta poco atinada si se atiende a los principios que regulan nuestra materia, pues tal y como se encuentra redactado el tipo penal, es difícil encontrar acomodo a los principios de seguridad, lesividad, proporcionalidad, igualdad y presunción de inocencia<sup>96</sup>.

De forma introductoria, se puede adelantar que los requisitos comunes a todas las conductas típicas que aparecen en el Art. 368 CP son:

1. Que se promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de drogas (esto es, aquellos actos que ayuden, a la difusión y expansión del referido consumo), ya sea a través de cualquiera de los actos literalmente citados (cultivar, elaborar, traficar o poseer) o bien de algún otro modo.

2. Que el sujeto activo conozca la conducta que lleva a cabo y que sus actos promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

3. Que la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo lo sea para el mercado ilegal<sup>97</sup>.

Para conocer en particular las cualidades de cada una de las conductas con las que se configura el delito de tráfico de drogas es necesario un análisis individual y detallado.

### a) Cultivo

Constituye el primer acto encauzado a la obtención de drogas. Un sector de la doctrina construye su concepto a partir de los tratados internacionales y la legislación estatal extrapenal. El Convenio Único sobre Estupefacientes (1961) y el Convenio contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988), circunscriben el cultivo al de la adormidera, arbusto de coca o de la planta del cannabis<sup>98</sup>, dejando de lado numerosas plantas que pueden entrar también en esta clasificación<sup>99</sup>. Resulta más completo el concepto que toma la Ley 17/1967 de 8 de abril, en su art. 7, refiriéndose al cultivo como aquel de

93. *Vid.* Principalmente: Convención Única de 1961, sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo); Convenio de 1971, sobre Sustancias Psicotrópicas (Viena, 21 de Diciembre) 3. Protocolo de modificación de la Convención Única de 1961, sobre Estupefacientes (Ginebra, 25 marzo de 1972); Convención de las Naciones Unidas, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 (Viena, 20 de diciembre); Otros Acuerdos internacionales: el Convenio del Consejo de Europa de 1990, sobre Blanqueo de Capitales (Estrasburgo, 8 de noviembre); el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 (Schengen, 19 de noviembre) 6. La Asamblea General Extraordinaria de la ONU sobre Drogas de 1998 (Nueva York 10 de junio); los Anexos a las Convenciones de 1961, 1971 y 1988. En términos generales, la mayoría de los comentaristas anuncian el carácter represivo que caracteriza a toda la legislación internacional en esta materia. *Vid.* Entre otros: DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, «El marco normativo de las drogas en España», en *RGLJ*, t. XCV de la segunda época, No. 3, Septiembre 1987, pp. 368 y ss.

94. *Vid.* CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, cit., p. 344.

95. De tal manera que si, *v. g.*, se carece de prueba sobre una de las acciones relacionadas al tráfico de la droga, como puede ser la venta, el sujeto permanece punible por los otros (la posesión, el transporte etc.). En este sentido, la doctrina ha mostrado gran desconfianza por tal forma de configurar el tipo de tráfico de drogas. Hay quien advierte sobre el carácter totalitario y represivo que identifica a toda la legislación en esta materia. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, GONZALO, «El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo», en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, pp. 157 y ss. Por nuestra parte, no hay duda sobre el carácter excepcional de una construcción típica de estas características. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, JOSEPH MARÍA, «Drogas y derecho penal», en *Drogodependencia y derecho*, *CDJ, CGPJ*, VIII, Madrid, 2003, p. 188.

96. *Cf.* LORENZO SALGADO, JOSÉ M., «Los delitos contra la salud pública en el Código penal de 1995: aspectos básicos», *cit.*, p. 426.

97. *Cf.* JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, pp. 99 y 100; MORILLAS CUEVA, LORENZO, «El delito de tráfico de drogas en sentido estricto», *cit.*, p. 30. En mismo, sentido el Tribunal Supremo a estimado que: «los elementos definidores del delito contra la salud pública se configuran por la concurrencia de: a) un elemento objetivo integrado por ese haz o relación ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, siempre que semejante dedicación y propósito cristalice a través de actos de cultivo, fabricación o tráfico, o fueran poseídas tales sustancias con este último fin, es decir, tenencia y disponibilidad de las mismas bajo el designio de hacerlas llegar a terceros, iniciando, fomentando o estimulando en los mismos el consumo ilegal de drogas; b) ejecución ilegítima de los actos enumerados, al carecer los mismos de justificación o refrendo legal, administrativo o reglamentario, lo que, excepcionalmente puede darse, y c) ánimo tendencial como elemento subjetivo de injusto, integrado por la intención de destino finalidad, proselitista o de facilitación a terceros, quedando fuera de sanción legal como supuestos atípicos el autoconsumo». *Cf.* STS de 1 de junio de 1992, Pn. José Antonio Martín Pallín (RJ 4754).

98. Así, la primera, en su Art. 1.1.i) establece que: «Por cultivo se entiende el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis», mención al cultivo que se repite en su Art. 22 y 28. La segunda, tipifica como delito y sanciona en su Art. 23 «El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 en su forma enmendada».

99. Sin duda, esta definición se presenta como insuficiente ya que existen otros cultivos —a parte de los mencionados en la legislación internacional— que pueden dar cabida a la producción de sustancias nocivas, *v. g.*, el de ciertas plantas y hongos que poseen o pueden poseer sustancias tóxicas.

plantas destinadas a la producción de sustancias estupefacientes o que se pueden emplear como tales<sup>100</sup>.

En sentido estricto, puede considerarse que la expresión «cultivo» es incorrecta debido a que no puede haber actos de cultivo de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sino tan solo de plantas o especies botánicas que las contengan en sí o de las que puedan obtenerse las referidas drogas. Por tal motivo, se insiste en que es preferible emplear la definición que prevé la legislación estatal en este aspecto en concreto, pues como se acaba de apreciar, parece estar más acorde a la verdadera esencia de los comportamientos que se pretenden sancionar en el precepto<sup>101</sup>.

El cultivo, en sí, es una actividad neutra o extrapenal que solo alcanzará relevancia penal cuando su finalidad esté vinculada a la recolección de drogas destinadas al tráfico ilícito<sup>102</sup>. Lo que podrá acreditarse acudiendo al pertinente análisis toxicológico de la sustancia. Destaca, en este punto, la dificultad que puede presentarse cuando la prueba pericial se realiza respecto del cannabis y sus derivados, el cual, por sus propias características (inestable e impredecible), no en todos los casos resulta fácil encontrar en tales las plantas propiedades narcóticas o la suficiente riqueza en resinas para producir hachís<sup>103</sup>.

Cuando el Art. 368 CP alude a actos de cultivo se refiere especialmente a la siembra, plantación y recolección de elementos a partir de los cuales se pueden obtener sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, siempre que dicho cultivo cumpla con los requisitos generales: tener

capacidad objetiva para promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal, y tener conocimiento de ello<sup>104</sup>.

Sin mayor dificultad puede percibirse al cultivo como una actividad preparatoria encaminada a la producción de la droga, misma que la previsión del legislador ha tipificado como delito en sí, en cuanto constituyen antecedente necesario para la obtención del producto cuyo destino al tráfico se vislumbra<sup>105</sup>. Es indiferente que el tráfico aparezca como algo remoto —o alejado— si se prevé como posible; el *iter* punible comienza en un momento incluso previo a la existencia de la droga con el inicio de las labores propias de su producción o creación<sup>106</sup>.

A efectos penales será indiferente si el cultivo se lleva a cabo tanto en un terreno de gran extensión, en un pequeño huerto o en tiestos de una planta, siempre y cuando se efectúe con el propósito de destinar el producto obtenido al tráfico ilícito<sup>107</sup>. Es decir, no importará la extensión y el lugar en que se efectúe para la perfección del tipo sino el hecho de que se oriente al favorecimiento, promoción o facilitación<sup>108</sup> para su tráfico.

Difícilmente, podrá considerarse la simple tenencia de semillas como un comportamiento encuadrable dentro cultivo, independientemente de que se vislumbre la posibilidad de utilizarlas para efecto de tráfico, pues el término cultivo requiere la realización de los actos propios de la preparación de la tierra (que podrán llegar hacer incluso constitutivos de tentativa), siembra o recolección<sup>109</sup>. Tampoco se podrán incluir dentro de este verbo rector aquellos comportamientos que por falta de idoneidad del medio resultan inadecuados para la producción de droga<sup>110</sup>, los que

100. Cf. JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, p. 118.

101. De la misma opinión: ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, p. 26.

102. *Vid.* GANZENMULER, CARLOS, ESCUDERO JOSÉ FRANCISCO, FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, p. 125.

103. *Vid.* PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, p. 259.

104. *Vid.* BOIX REIG, JAVIER, «La reforma penal en relación con la problemática de la droga», en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Serie de ensayos-9, Palma de Mallorca, 1986, p. 31.

105. Cf. SOTO NIETO, FRANCISCO, «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», *cit.*, p. 51.

106. Cf. HERNÁNDEZ GIL, FÉLIX, «El tráfico de estupefacientes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *La Ley*, 4, 1981, p. 885.

107. Cf. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, p. 50.

108. En mismo sentido: VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL, MORALES GARCÍA, ÓSCAR, «Tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), 4ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 1367.

109. Al efecto, la equiparación de injustos de tentativa y consumación por medio de la punición de cualquier acto de «cultivo» disuelve la posibilidad de retrotraer la tentativa en *stricto sensu* a momentos más alejados a del objeto de tutela. *Ob. ult. cit.* En mismo sentido, en la STS de 12 de 1990, Pn., Antonio Huerta y Álvarez de Lara (RJ 9474), se establece que los actos anteriores al momento de la siembra no entran el tipo y, por tal motivo, no son punibles.

110. Por ejemplo: la idoneidad de determinadas variedades de cannabis, que sembradas en terrenos de determinadas latitudes, no llega a la suficiente concentración de THC para producir los efectos de la droga, por falta de la temperatura y condiciones adecuadas para su desarrollo. Al igual que no deben considerarse como típicos aquellos que van dirigidos para el propio consumo, pues no sirven para promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, por no estar orientados a promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito, o bien, por no contar con la capacidad objetiva para ello, o por carecer de idoneidad subjetiva. En otra posición, la STS de 17 de noviembre de 1997, Pn. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 8047), consideró que el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto peligroso para la salud pública, no obstante, que en el caso en particular no se haya producido el peligro en concreto. La cuestión de la idoneidad no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación del mismo que ha establecido el legislador.

no creen las condiciones que propicien el uso por terceros<sup>111</sup>, así como los destinados para el propio consumo<sup>112</sup>.

En términos generales, la incidencia del cultivo en España es escasa, esto se debe, entre otras cosas, a que la nación surte su mercado de estupefacientes fundamentalmente mediante la importación clandestina —e ilícita— de drogas provenientes de otros países. Los pocos casos que pueden apreciarse en la jurisprudencia están vinculados casi siempre a la siembra de pequeñas cantidades de cannabis<sup>113</sup>, en varios supuestos impune, por estar destinada al consumo<sup>114</sup>.

### b) Elaboración

Ninguno de los convenios internacionales sobre la materia define el término elaboración, pero sí el de fabricación, como lo hace la Ley 17/ 1967, de 8 de abril<sup>115</sup>. Considerando la alternancia con la que ambos vocablos son empleados en la legislación<sup>116</sup>, podrán utilizarse como sinónimos, aun cuando es más conveniente, por su amplitud, el término elaboración<sup>117</sup>.

Tras la omisión del concepto «elaboración» por parte de la Ley y los principales Convenios Internacionales, la doctrina ha presentado diversas propuestas sobre lo que podemos entender por tal. En el término elaboración se engloban algunos de los actos encaminados a la transformación de una materia prima en otro producto que constituya droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica. Todo parece indicar que con tal verbo típico el legislador alude a los ac-

tos de transformación del producto en droga que entra en el ámbito punible cuando dicho producto es elaborado para destinarlo al tráfico ilícito de estupefacientes<sup>118</sup>.

Sin embargo, hay que considerar la elaboración como un término más extenso que el de fabricación —al que suprimió tras la reforma operada por la LO 1/1988, de 24 de marzo—, pues comprende todos los procedimientos distintos a la producción, que permiten obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos productos en otros<sup>119</sup>. La elaboración contiene, además, cualquier producto obtenido a través de mezclas u otro tipo de composiciones que contengan características similares a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que en tales combinaciones se utilice en todo o en parte alguno de esos productos<sup>120</sup>.

Al referirse a la conducta de elaboración, el legislador incluye en la prohibición tanto a los que obtienen la droga a través de la planta en sí, como a los que producen la droga en el laboratorio<sup>121</sup>. De esta manera intenta criminalizar determinados procedimientos o manipulaciones que efectuadas a ciertas materias primas sirven para la obtención de droga<sup>122</sup>. Entre tales podemos encontrar: la obtención, producción, preparación, depuración o manipulación de sustancias para la elaboración de drogas destinadas al mercado ilícito de los estupefacientes<sup>123</sup>.

La elaboración —al igual que el cultivo— es una actividad preparatoria encaminada a la producción de droga

111. Piense, *v. g.* en el caso del coleccionista de plantas que, a sabiendas y sin autorización, cultiva algunas que contienen la sustancia perjudicial a la de quien, por satisfacción personal, sintetiza aquella, es notorio que en ambos casos no se aprecia el propósito de poner el producto a disposición de otros. *Cf.* DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO, «Tráfico de drogas en el proyecto del Código Penal», *cit.*, p. 107.

112. *Vid.* SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...», *cit.*, pp. 99 y 100.

113. Así, *v. g.*, en STS de 25 de junio de 1993, Pn. Francisco Soto Nieto (5240), se sancionó el cultivo de cannabis sativa en macetas que podrían producir una cantidad relativamente pequeña de droga.

114. En este sentido, es representativa la STS de 22 de junio de 1983, Pn. Luis Vivas Marzal (RJ 3571), en la que se advierte que los actos de auto consumo no se hallan sancionados en el Art. 344 (actual 368 CP) y, por tanto, son atípicos e impunes sucediendo lo mismo con los actos de cultivo, siempre y cuando el destino de la producción sea el propio consumo del producto. Aunque hay que aclarar que, si bien es cierto, en estos casos el cultivo de la planta del cannabis no constituye delito cuando va dirigido al consumo del cultivador, no sucede lo mismo cuando éste, aun sin fines demostrados de lucro, cultiva el producto para repartirlo el mismo con sus amigos, puesto que en estos casos ya estaríamos ante un acto de donación, acto que promueve, favorece o facilita el consumo de dicha droga. *Vid.* STS de 10 de junio de 1980, Pn. Bernardo Francisco Castro Pérez (RJ 2605).

115. Art. 11. 1. Se entenderá por fabricación de estupefacientes al conjunto de operaciones para la obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis química.

116. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena, de 20 de diciembre de 1988, en el artículo 3 número 1, apartado a), i), declara la necesidad de tipificar como delitos, entre otras conductas, la producción, la fabricación, la extracción y la preparación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica, en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en la forma enmendada o en el Convenio de 1971.

117. Consideramos que el término elaboración que emplea el Código penal es más oportuno en comparación con el de cultivo, pues es más amplio y flexible, ya que prevé la obtención de cualquier producto que tenga propiedades de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

118. En mismo sentido: JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, p. 126; CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones», *cit.*, pp. 125 y 126.

119. *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, «Derecho penal español, Parte especial», *cit.*, p. 1073.

120. *Vid.* SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, «Derecho Penal. Parte Especial», t. II, Dykinson, Madrid, 1997, p. 723.

121. *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, «Salud pública y drogas tóxicas», *cit.*, pp. 41 y 42.

122. *Vid.* SOTO NIETO, FRANCISCO, «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», *cit.*, p. 52.

123. *Vid.* JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, pp. 128 y 129.

que la previsión del legislador ha tipificado como delito en sí al ser una actividad ineludible para la confección de la sustancia, cuyo destino al tráfico se entrevé. Siendo indiferente, por tanto, que el tráfico se perciba como lejano al considerarse como probable.

A diferencia de lo que ocurre con el cultivo, en la elaboración es más factible algún supuesto de tentativa, pues se presenta la posibilidad de interrupción y, por causas independientes a la voluntad del autor, los productos utilizados no se transformarían en droga. En estos casos, y en la medida en que el resultado no se alcanzase, careciendo lo elaborado de las cualidades precisas para ser considerada como droga, podrían precisarse formas imperfectas de ejecución, lo que no sucedería en tanto el producto obtenido lograra, en el estadio interrumpido de su elaboración, por composición o concentración de principios activos, la calidad requerida para ser calificado como droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica<sup>124</sup>.

Incidirán en esta conducta, al igual que en el cultivo, tanto quienes las desarrollen sin estar facultados por la Ley, como aquellos que estándolo bifurquen sustancias producidas lícitamente hacia el comercio clandestino de los estupefacientes<sup>125</sup>. Por esta razón, en el caso que el responsable fuese autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador y obrase con abuso de su profesión, le sería atribuible las previsiones especiales del Art. 369.1 CP<sup>126</sup>.

El Art. 368 CP establece que la elaboración es equiparable al tráfico siempre y cuando vaya enfocada a promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas por terceras personas. Por lo que serán conductas atípicas aquellas que han sido autorizadas, las destinadas al autoconsumo y aquellas que, a pesar de ser prohibidas, carezcan de la capacidad objetivo-subjetiva para la expansión del consumo ilegal o el propio consumo por parte de quien ejecuta tales actos (v. g., la elaboración de una sustancia tóxica para una investigación, o por parte de un coleccionista)<sup>127</sup>.

### c) Tráfico

Cuando buscamos el significado jurídico del término tráfico tenemos que referirnos, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en La Convención Única de Estupefacientes (1961) y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas (1971), documentos que definen al tráfico ilícito como: «el cultivo o cualquier tráfico ilícito de estupefacientes, contrarios a las disposiciones de la presente Convención» (Art. 1.º, apdo. L) y «la fabricación y el tráfico de sustancias contrarias a las disposiciones del presente convenio» (Art. 1.j), respectivamente<sup>128</sup>. A priori, estas definiciones pudieran resultar tautológicas; no obstante, proporcionan una dato sobre la extensión del concepto al incluir los términos cultivo y elaboración, con lo que obviamente se supera la noción vulgar de tráfico, percibida por la idea mercantilista de compra-venta<sup>129</sup>.

Dentro de La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988) encontramos un concepto de tráfico más definido surgido tanto de la especificidad en la materia tratada como de su rango legal —forman parte del ordenamiento jurídico español en atención al Art. 96 CE—, el cual precisa que concurren en tráfico ilícito quienes ejecuten los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del Art. 3, de la presente Convención. En dichos párrafos se mencionan las siguientes conductas: producción, fabricación, extracción, preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961<sup>130</sup>.

En opinión de algún autor, con el término tráfico ubicado en el Art. 368 CP podrían incluirse todas las conductas contempladas en el Art. 15 de la Ley de estupefacientes de 8 de abril de 1967<sup>131</sup>, disposición que establece que: «constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de culti-

124. En mismo sentido: SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...», *cit.*, pp. 100 y 101.

125. La Ley 17/1967 de 8 de abril autoriza a fabricar dentro del territorio español determinados estupefacientes, pero solamente según lo prescrito en el Convenio Único de 1961, y bajo la fiscalización en todo momento del Servicio de Control de Estupefacientes. Los fabricantes están obligados a entregar a dicho Servicio dentro del período que se determine las cantidades y clases de productos finales. La orden de 14 de enero de 1981 sobre regulación de las sustancias y preparados psicotrópicos dispone en el número 2. que las Entidades que se dediquen o pretendan dedicarse a la fabricación de sustancias psicotrópicas habrán de contar con la autorización de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, que será independiente de aquellos otros requisitos legales exigidos por cualquiera otros Organismos. Toda Entidad destinada a la elaboración de productos psicotrópicos tendrá una sección de Almacenamiento, otra de Fabricación y otra de Control.

126. *Vid.* REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, p. 52.

127. *Vid.* JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, pp. 126 y ss.

128. En mismo sentido: ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, p. 29.

129. *Ob. ult. cit.*

130. Se aprecia, que es punto común de las definiciones típicas básicas de todas las legislaciones es el tráfico de drogas, en todos sus escalones. A tal efecto, en la línea de los convenios internacionales, se incluyen unas extensas listas de actos que comúnmente se incluyen en tal concepto y que van desde el cultivo y producción hasta la tenencia con fines de tráfico. *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, en *Delitos contra la salud pública*, CDJ, CGPJ, XXI, Madrid, 1993, pp. 21 y ss.

131. *Vid.* REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, p. 53.

vo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma».

Por lo anteriormente expuesto, es notorio que en materia penal el significado del término tráfico excede de su concepción mercantilista originaria<sup>132</sup>, entendida como comercio, negocio con dinero, compra o venta de mercaderías, permuta, especulación con ellas, etcétera. En nuestra área de estudio, tal concepto tiene un significado de gran amplitud que comprende toda actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión de droga, de una persona a otra, con contraprestación o sin ella<sup>133</sup>.

De igual forma, la jurisprudencia rebasa la acepción común del término al enfrentarse a la interpretación del concepto de tráfico<sup>134</sup>. La jurisprudencia realiza una interpretación muy amplia del vocablo en donde se equipara al tráfico con cualquier procedimiento de expansión de la droga<sup>135</sup>. Es decir, por tráfico puede entenderse tanto la compraventa como la permuta las actividades de intermediación, compra de drogas por encargo o la búsqueda de clientela<sup>136</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria incluyen dentro del concepto tráfico un conjunto de acciones heterogéneas que engloban cualquier suceso aislado de transmisión del producto<sup>137</sup> o el simple propósito de hacerlo; es

decir que el tipo se satisface con cualquier acto aislado o no, siempre y cuando contribuya de algún modo a la difusión de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas<sup>138</sup>.

Para algunos autores en la expresión tráfico podrán ser incluidos todo tipo de actos de transmisión de la droga en los cuales concurra la idea de contraprestación: «económica o en especie, o el obtener un provecho». Lo anterior derivado de que «la idea de lucro es esencial al concepto de tráfico»<sup>139</sup>. Tanto la doctrina como la jurisprudencia destacan entre algunas de las principales acciones que integran el tráfico a la venta, la permuta, el transporte, almacenamiento y depósito. De forma sumaria podemos decir que de tales conductas típicas sobresalen los siguientes aspectos:

Si bien pueden existir dudas cuanto al significado y alcance del concepto tráfico<sup>140</sup>, indudablemente está fuera todo cuestionamiento que la venta ilegítima constituye su acto más característico<sup>141</sup>. Por lo general se consideran entre los diversos actos de venta: la promesa de venta, la publicidad del tráfico, los actos de venta en sentido estricto —que pueden ser directos o por intermediario—, las ofertas de venta, las negociaciones sobre la venta, los actos de los intermediarios de la venta, el suministro de droga, la recaudación del precio de la compra<sup>142</sup>.

La permuta es otra de las operaciones que se pueden incluir dentro del concepto de tráfico cuando una de las partes entrega droga a cambio de otro producto o prestación<sup>143</sup>. En el ámbito del delito descrito en el Art. 368 CP, es claro

132. Vid. LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL, «Reforma de 1983 y tráfico de drogas», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDESA, Madrid, 1986.

133. Vid. SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p.101

134. El carácter gratuito u oneroso de los actos de acto de tráfico y, desde luego, la especificación del precio de las diferentes operaciones, es algo que el legislador no ha tenido en cuenta para sancionar penalmente estos comportamientos. Vid. STS de 18 de marzo de 1999, Pn. Joaquín Delgado García (RJ 2406).

135. El término tráfico referente a los actos de tal clase, en comparación a los de cultivo y elaboración no supone una equivalencia a granjería, negocio, actividad lucrativa o comercio, sino movilidad, extensión, propagación de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas. Vid. STS de 4 de mayo de 1998, Pn. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2746).

136. Vid. Análisis jurisprudencial vinculado a estas modalidades de: GANZENMULER, CARLOS, ESCUDERO JOSÉ FRANCISCO, FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, pp. 127 y ss.

137. En la doctrina, véase la descripción de las conductas que se incluyen en el concepto tráfico, así como su seguimiento jurisprudencial, presentada por: SOTO NIETO, FRANCISCO, «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», *cit.*, pp. 52 y ss; REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, pp. 53 y ss; ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, pp. 32 y ss.

138. Vid. Revisión jurisprudencial en este sentido de: CLEMENT DURÁN, CARLOS, GARCÍA GONZÁLEZ, JAVIER, PASTOR ALCOY, FRANCISCO Y PÉREZ MARTÍNEZ, ANA «Las drogas en el Código penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios», *Práctica de Derecho*, S. L., Valencia, 1998, pp. 22 y 23.

139. Cf. PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, p. 276.

140. Vid. ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, «Salud pública y drogas tóxicas», *cit.*, pp. 42 y ss.

141. Vid. SOTO NIETO, FRANCISCO, «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», *cit.*, pp. 52-57.

142. En estos actos, respecto del vendedor, no hay duda que comete el delito del Art. 368 CP, y ello incluso cuando no ha llegado a efectuar la venta, pues en este supuesto, la posesión de la droga con la finalidad de venta, es por sí sola suficiente para considerarle como autor de un delito contra la salud pública. Las complicaciones aparecen cuando se trata del comprador. En este caso hay que distinguir entre el comprador que aplica la droga al propio consumo, en cuyo caso su conducta es impune, de aquel que la adquiere para revenderla, la que será punible —aun cuando destine parte de ella a su propio consumo—. Cf. ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, p. 40.

143. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra (art. 1538 CC).



que se debe considerar al que entrega la droga como traficante y, en consecuencia, autor de un delito contra la salud pública se haya o no consumado la permuta. Además, en tales supuestos el traficante en el momento que acepta esos objetos promueve otros delitos contra la propiedad y, por tanto, se constituye en autor de un delito de receptación<sup>144</sup>.

El transporte, aunque no está figurando expresamente en la enumeración de las formas comisivas del Art. 368 CP, está comprendido dentro del tipo delictivo al aparecer enlistado dentro de los convenios internacionales entre aquellas acciones respecto a las cuales las partes asumen el compromiso de atribuirles la calificación de delictivas. Se considera que la importación y la exportación, así como el tránsito, constituyen actos de transporte<sup>145</sup>.

El transporte, de cualquier tipo, sirve para movilizar la mercancía y llegar a puntos de venta de la misma. A efectos penales, es irrelevante que los consumidores a los que está reservado el estupefaciente se encuentren en territorio nacional o en un lugar geográfico fuera del territorio español. Igualmente, es indistinto el hecho de que la conducta se realice por cuenta propia o por intervención de terceras personas, siempre y cuando quien la realice esté consciente de que son sustancias tóxicas, pues ante el desconocimiento de este hecho podríamos estar frente a un

supuesto de autoría mediata<sup>146</sup>, en el cual la conducta del ejecutor material debe quedar impune por falta de dolo, siendo imputable el delito a la persona que se sirvió del mismo para llevarlo a cabo<sup>147</sup>.

Por otra parte, los actos de almacenamiento y depósito vinculados a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, por lo general, no dan lugar a discusiones interpretativas, únicamente cabe aclarar que la droga debe de ir destinada al tráfico ilegal con terceras personas<sup>148</sup>. A efectos penales, es indiferente que el almacenaje del estupefaciente se realice en nombre ajeno y para otro. Sin embargo, sí es preciso el conocimiento del objeto que se guarda. En el caso de que no concorra tal conocimiento tendrán que aplicarse las reglas del error de tipo<sup>149</sup>.

Por último, hay que señalar que en todas las conductas de tráfico se exigirá, para que sean punibles, la demostración de la existencia de un ánimo dirigido a promover, favorecer o felicitar el consumo ilegal de drogas. Por lo tanto, no podrán considerarse conductas de tráfico: el tráfico autorizado<sup>150</sup> ni algunos supuestos de tráfico dirigidos al propio consumo; así como tampoco la donación de cantidades mínimas de droga a familiares cercanos o persona toxicómana para aliviar su posible síndrome de abstinencia<sup>151</sup>, ni el tráfico no autorizado sin idoneidad objetivo

144. La permuta es una operación que se da con cierta frecuencia en el tráfico de drogas a pequeña escala, donde el suministrador de la sustancia admite como forma de pago objetos que el consumidor entrega, y, cuyo origen es, con frecuencia, producto de la comisión de delitos contra la propiedad. *Vid.* Revisión jurisprudencial de la figura de los supuestos de permuta en el ámbito de tráfico de drogas de: ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, pp. 41 y ss.

145. *Vid.* REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, pp. 55 y ss.

146. *Vid.* Análisis de jurisprudencia vinculado con este aspecto de: CLEMENT DURÁN, CARLOS, GARCÍA GONZÁLEZ, JAVIER, PASTOR ALCOY, FRANCISCO Y PÉREZ MARTÍNEZ, ANA «Las drogas en el Código penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios», *cit.*, p. 22.

147. En estos supuestos, basta que se produzca la posibilidad material de un resultado para que el tipo logre su perfección, señalándose la consumación anticipada por la mera existencia de un riesgo *in ingere*. *Cf.* GANZENMULER, CARLOS, ESCUDERO JOSÉ FRANCISCO, FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, p. 132. Para la consumación del delito de tráfico de drogas en su modalidad de transporte, como señala STS de 20 de abril de 1996, Pn. Luis Román Puerta Luis (RJ 2890), no es preciso la posesión de la sustancia, pues basta cualquier actividad encaminada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, siendo suficiente el acuerdo de recibir la droga transportada desde el extranjero (en este caso Sudamérica) para estar dentro de las previsiones típicas del texto legal. En la misma, se señala que: «desde que el estupefaciente es remitido desde la estafeta o agencia de transporte de origen, desprendiéndose del suministrador y entrando en el circuito del transporte, se ha consumado el delito, tanto del último como del destinatario, aunque finalmente no llegue a su poder por el seguimiento o intervención policial, ya que para la posesión de la sustancia no precisa su tenencia material».

148. *Vid.* REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, pp. 55 y ss.

149. *Vid.* JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 del Código Penal», *cit.*, p. 183.

150. La legislación española (Ley 17/1967 de 8 de abril) exige para autorizar el tráfico de drogas los siguientes requisitos a saber: a) las importaciones y exportaciones tienen que ser autorizadas en todo caso por el Servicio de Control de Estupefacientes; b) cuando se trate de materias primas, el permiso sanitario para la importación sólo se concederá a las fábricas autorizadas para su transformación; c) no se podrá efectuar legalmente ningún transporte de estupefacientes sin dar cuenta del mismo al servicio de Control; d) la venta o dispensación al público de preparados a base de estupefacientes de empleo tanto en medicina humana como veterinaria, solamente podrá efectuarse a través de las oficinas de farmacia legalmente establecidas sobre la base de las correspondientes prescripciones.

151. En estos casos, para que se de la atipicidad de la conducta se exigirá: «a) que la cantidad de droga entregada sea muy pequeña y no exceda de la dosis terapéutica; b) que la entrega se haga a persona drogadicta para aliviar el síndrome de abstinencia que padece; c) que exista una relación estrecha de parentesco o de convivencia entre donante y donatario, que determine que la entrega se haga por móviles altruistas y humanitarios y no por lucro; y d) que no quepa posibilidad de difusión a terceros, y que exista, por tanto, una comprobación por parte del donante de que el donatario consume la droga él exclusivamente». *Cf.* 22 de diciembre de 1998, Pn. Luis Román Puerta Luis (RJ 1495).

subjetiva<sup>152</sup>, pues en ninguna de éstas se llega a poner en peligro el bien jurídico protegido<sup>153</sup>.

#### **d) Promover, favorecer y facilitar el consumo ilegal «de otro modo»**

Esta forma tan abierta de concebir las conductas típicas de tráfico de drogas es una novedad introducida por la LO 1/1988, de 24 de febrero. Anteriormente, las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación se «cerraban» a través de conductas específicas, de tal forma que debía suceder específicamente el fin propio de dichas conductas y que a su vez supusieran objetivamente este tipo de actuación. Además, debía presentarse alguna de las conductas previstas en el tipo legal (cultivo, elaboración y tráfico)<sup>154</sup>. Actualmente, con la inclusión de la fórmula «o de otro modo», la referencia a las conductas genéricas no se cierra, al contrario, instituye una cláusula abierta que alcanza figuras anteriormente no sancionadas<sup>155</sup>.

No cabe duda que esta cláusula es especialmente controvertida al trasladar el tipo del Art. 368 CP a un espacio de aplicación claramente abierto<sup>156</sup>. La doctrina critica insistentemente tal forma de configurar el precepto penal y considera que atenta flagrantemente contra el principio de

legalidad (al admitir que se puedan sancionar conductas que no aparecen en la redacción del Art. 368 CP y que, en sentido estricto, no constituyen actos de tráfico)<sup>157</sup>, de seguridad jurídica<sup>158</sup>, e incluso, contra el principio de intervención mínima<sup>159</sup>.

Un sector importante de la doctrina penal considera que la fórmula «o de otro modo» es, en cierta forma, anticonstitucional. Expresan que hubiese sido preferible un sistema cerrado o taxativo en favor de la seguridad jurídica. Asimismo, estiman que las fronteras entre infracción criminal y comportamiento penalmente irrelevante por atípico quedan muy estrechas, provocando con ello la posible intervención del Derecho penal en estadios muy alejados de la simple puesta en peligro del bien jurídico protegido<sup>160</sup>.

Por lo anteriormente expuesto, ya no puede dudarse de que ciertos actos como la «donación»<sup>161</sup> o la «invitación a consumir» entren dentro de la esfera típica del Art. 368 CP sin necesidad de incorporarse en el concepto de tráfico<sup>162</sup>. Dando con esto solución a las precedentes dudas sobre la punición de la donación<sup>163</sup>; concluyendo entonces que toda donación es punible, pues no hay duda de que promueve, favorece o facilita el consumo de la droga prohibida<sup>164</sup>.

152. La simple tenencia de la droga en sí misma es considerada atípica: «el tránsito de acto impune a la conducta típicamente antijurídica se produce a través de la potencial vocación al tráfico de las drogas o estupefacientes que se poseen». Cf. STS de 22 de junio de 1998, Pn. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar (RJ 5499).

153. Cf. JOSHÍ JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, p. 133.

154. Vid. BOIX REIG, JAVIER, «Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas», *CDJ, CGPJ*, n.º V, Madrid, 2000, p. 390.

155. Estas modalidades delictivas, entiende que la promoción a la que se refiere el artículo contemplado para el tráfico de drogas, es con relación a un consumo no iniciado y que con respecto al favorecimiento no afirma que debe de comprenderse como un concepto sinónimo de expansión, por último y haciendo alusión a la término facilitación, nos deja claro que desde su punto de vista el legislador alude al comportamiento de proporcionar sustancias tóxicas a quien ya previamente las consumía. Vid. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, *cit.*, p. 344.

156. Esta cláusula, en el ámbito de intervención del Derecho penal, adquiere una amplitud poco deseable que supera incluso a la del Derecho administrativo en la materia. Vid. MARTÍNEZ BOLUDA, FRANCISCO, «Análisis jurídico del delito de tráfico de drogas», *RGD*, n.º 100, 1996, p. 9707.

157. En la jurisprudencia Vid. Entre otras: STS de 14 de octubre 1992, Pn. Francisco Soto Nieto (RJ 8188); STS de 15 de abril de 1994, Pn. Joaquín Martín Canivell (RJ 3328).

158. Entre ellos: LANDROVE DÍAZ, GERARDO, «La contrarreforma de 1988 en materia de tráfico de drogas», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, (Libro Homenaje a Antonio Beristain), Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 753; Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, «Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas...», *cit.*, pp. 59; DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, «El marco normativo de las drogas en España», *cit.*, p. 396.

159. Cf. PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, p. 272.

160. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Derecho Penal. Parte General», 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 632.

161. La jurisprudencia viene reputando la donación de drogas como una conducta que encaja en el tipo del Art. 344 CP (actual 368), porque para el bien jurídico protegido, la salud pública, es indiferente que la transmisión de la sustancia ilícita a un tercero se haga a título oneroso o gratuito, pues lo que se sanciona nada tiene que ver con la existencia o no de ánimo de lucro, y esto es lo importante, «con tal conducta se favorece el consumo ilegal de sustancias estupefacientes, que es uno de los supuestos contemplados en tal norma penal». Cf. STS de 10 de diciembre de 1988, Pn. Delgado García (RJ 2308).

162. Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, «Derecho Penal. Parte General», *cit.*, p. 632.

163. Este criterio es utilizado algunas veces por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «estas conductas serán constitutivas de delito cuando determinen un peligro abstracto de facilitación, promoción o favorecimiento del consumo ilegal de drogas o sustancias, porque la finalidad de la norma penal es la tutela del bien jurídico de la salud pública mediante la represión y evitación del peligro general o común de facilitación del consumo de drogas para personas indeterminadas...». Cf. STS de 16 julio de 1994, Pn. Joaquín Martín Canivell (RJ 6457).

164. Vid. BOIX REIG, JAVIER, «Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas», *cit.*, p. 390.

Deteniéndonos un poco en la definición de donación como todo acto de traspaso de la disponibilidad de la droga a título distinto de la venta u otra contraprestación<sup>165</sup>, merecen una consideración especial, a efecto de ausencia de punibilidad, todos aquellos actos de intercambio, guarda o entrega gratuita de drogas entre familiares o cónyuges de drogodependientes que reciprocamente se facilitan la adquisición del estupefaciente ya sea comprándolo uno de ellos con dinero común, para el consumo del otro o de ambos —como simple mandatario o intermediario—, o bien ocultando la sustancia tóxica dentro del domicilio familiar, haciendo entrega al toxicómano de la dosis correspondiente cuando éste la requiera. Todas estas acciones son penadas en el tipo abierto del Art. 368 CP, pero, como indicábamos, por su mínimo reproche social no deberían ser punibles<sup>166</sup>.

Con lo anterior no queremos decir que toda donación debería ser impune, pues tal solución sería un grave error político-criminal si tomamos en cuenta que una de las estrategias más comunes empleadas por el traficante de drogas para captar nuevos clientes —y abrir nuevos mercados— es, precisamente, la facilitación de drogas a personas sin ninguna contraprestación inmediata, pero con la esperanza de que en un futuro próximo, estas personas, ya habituadas al tóxico, por medio de pago —u otra contraprestación— le requieran nuevas cantidades de droga para su consumo personal<sup>167</sup>.

Sin embargo, valdría la pena establecer una diferencia entre una donación como acto de difusión de la droga, con

el ánimo de promocionar, favorecer o facilitar su consumo, lo cual en sí mismo constituye una acción subsumible en el tipo del Art. 368 CP, y aquella donación en donde el drogadicto que posee o adquiere una pequeña cantidad de droga para su propio uso haga participe de ella, o la comparta de un modo ocasional y en el momento de su consumo —ya por solidaridad ya por cortesía—, con otros consumidores pertenecientes a un reducido círculo íntimo<sup>168</sup>.

Continuando con la expresión «de otro modo», es evidente que a través de ella se cubre el espectro de conductas típicas relacionadas con el delito de tráfico de drogas<sup>169</sup>. La consecuencia de tal extensión del tipo es que se consideran como delitos consumados lo que en integridad de principio serían configuraciones imperfectas de ejecución o incluso simples actos preparatorios; y como autoría lo que conforme a los principios generales son actos de complicidad<sup>170</sup>. En síntesis, con la cláusula «de otro modo», se constituye fórmula en la que tiene espacio cualquier conducta vinculada a las ideas de promover, favorecer y facilitar el consumo ilegal de droga<sup>171</sup>.

Hay que advertir con respecto a la cláusula «o de otro modo» que esto no imposibilita incluir en el tipo del Art. 368 CP —dada, como decíamos, su literalidad y de no extremarse al máximo la moderación interpretativa— comportamientos tales como proporcionar mera información, por ejemplo, sobre el sitio en donde se pueda adquirir droga, el facilitar el piso donde administrársela, o el prestar o dar dinero a un tercero para que pueda comprar drogas para su propio consumo<sup>172</sup>. Sin embargo, hay autores que

165. Como señala PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, p. 269, la donación entra dentro de la expresión tráfico, pues no es necesario para que se perfeccione la conducta tráfico un ánimo de lucro, ya que la difusión de droga puede ser gratuita. Y es que el tráfico no ha de entenderse en sentido mercantil.

166. *Vid.* DE URQUÍA GÓMEZ, FAUSTINO, «Donación o entrega de droga al familiar consumidor», en *Delitos contra la salud pública*, CDJ, CGPJ, XXI, Madrid, 1993, pp. 343 y ss.

167. En mismo sentido: GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, «Bases para una política criminal de la droga», *cit.*, p. 366; SOTO NIETO, FRANCISCO, «Estudio básico del artículo 344 del Código Penal», en *Delitos contra la salud pública*, CDJ, CGPJ, XXI, Madrid, 1993, p. 97. Como señala la STS de 25 de marzo de 1993, Pn. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 2842), no todas las donaciones merecen el mismo tratamiento, hay que distinguir por un lado la donación típica de una atípica.

168. Es claro que en el segundo supuesto de donación no hay un verdadero ánimo de promocionar o favorecer el consumo y sólo en una estricta interpretación literal, desconectada de la pretensión de la norma, puede hablarse de «facilitación». Tal pretensión se dirige a sancionar los comportamientos de difusión de la droga, tutelando el bien jurídico colectivo de la «salud pública», tratando de evitar el peligro común o general que la promoción o facilitación de su consumo por personas indeterminadas representa, lo que no se da en el caso a que nos estamos refiriendo. En este sentido: STS de 25 de marzo de 1993, Pn. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 2551).

169. La Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, que se caracterizó por un incremento notable de la represión, fue la que introdujo esta modalidad abierta en el campo de los comportamientos punibles.

170. *Cf.* LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL, «Los delitos contra la salud pública en el Código penal de 1995: aspectos básicos», *cit.*, p. 434.

171. VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, BOIX REIG, JAVIER, y otros, «Derecho Penal. Parte Especial», 2ª ed., Madrid, 1997, p. 632. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se incluyen dentro de esta cláusula, entre otras conductas: recepción de mercancía para luego transportarla al lugar de venta (STS de 26 de marzo de 1977 [RJ 1307]), financiación de conductas de tráfico de drogas (STS de 14 de octubre de 1995, Pn. Enrique Bacigalupo Zapater [RJ 7551]), cesión de lugar para guardar o manipular la droga, actividades de custodia de la droga (STS de 24 de marzo de 1995, Pn. Manuel García Miguel [RJ 2267]), actos de intermediación a favor de los traficantes (STS de 18 de abril de 1988, Pn. Marino Barbero Santos [RJ 2799]), actos de auxilio al poseedor de la droga con destino al tráfico (STS de 6 de abril de 1998, Pn. Carlos Granados Pérez [RJ 4017]).

172. *Cf.* LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL, «Los delitos contra la salud pública en el Código penal de 1995: aspectos básicos», *cit.*, p. 434.

sostienen la imposibilidad de evadir la fórmula genérica «o de otro modo» tras la inmensa cantidad de acciones posibles en relación a la forma de comisión de los delitos relacionados con las drogas<sup>173</sup>.

Cierto autor señala que con la cláusula «de otro modo» se logra evitar alguna laguna legal provocada por una tipificación cerrada que incite a que una conducta vinculante con el tráfico de drogas pueda esquivar el cerco de protección legal. De esta forma, al legislativo no le queda otra opción que utilizar una fórmula tan abierta como esta, tan criticada por la doctrina penal. De hecho, algunos autores comprenden que «la formulación española es correcta y no atenta contra principio alguno ni merma derechos del justiciable»<sup>174</sup>. Consideran que una tipificación demasiado casuística de las conductas punibles hubiera sido perjudicial, pues no sería capaz de englobar todo el conjunto de acciones irregulares que se pueden desarrollar en relación con el tráfico ilícito de drogas<sup>175</sup>.

Hay un grupo de comportamientos que, a pesar de que podrían considerarse formalmente incluidos en la cláusula «o de otro modo», en ellos no se aprecia un ánimo de promocionar, favorecer o facilitar el consumo de drogas, por lo que no podrán considerarse como típicos. Concretamente nos referimos a los supuestos aquellos donde el objetivo es facilitar el autoconsumo y el consumo compartido, o que por su naturaleza carecen de capacidad objetiva y/o subjetiva para la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal así como de los actos que promueven, favorecen o facilitan el consumo autorizado<sup>176</sup>.

#### e) Posesión de droga «con aquellos fines»

El concepto de posesión tiene, en gran parte, un origen jurídico penal acotado con criterios civiles. No obstante, cuando se vincula el término con delitos de tráfico de drogas el Tribunal Supremo se separa notoriamente de su acepción civil. La posesión o tenencia de drogas, tal y co-

mo se entiende en la materia penal, puede envolver diversas formas: puede ser directa o inmediata, actual, material, física y de presente. Pero también, mediata, indirecta e incluso a distancia, sin que sea necesaria —en ningún momento— la comunicación física con la sustancia tóxica. Lo esencial en cualquier forma de tenencia de droga es que ésta se encuentre sometida de alguna forma a la voluntad del agente; es decir, opción y posibilidad de disposición sobre la droga (dominio funcional de la cosa).

Son dos los elementos que han de converger para considerar como típica la posesión de droga: el objetivo, que exige la tenencia o posesión de la droga; y el subjetivo o tendencial, que es la preordenación al tráfico o a su transmisión a terceros<sup>177</sup>. Con la declaración «con aquellos fines» el legislador tipifica la posesión de drogas predestinada al tráfico<sup>178</sup>. Esto nos indica que el infractor ha de tener el conocimiento del carácter perjudicial de la sustancia objeto de tráfico y, además, concurrir su intención de expandir el tráfico ilícito de drogas.

La expresión «con aquellos fines» ha provocado en la doctrina desacuerdos sobre cuáles son los verdaderos fines a los que atañe el Art. 368 CP. Un grupo de comentaristas considera que con la expresión «con aquellos fines» el legislador alude al cultivo, elaboración o tráfico, pues estiman que en caso de referirse a «promover, favorecer o facilitar», hubiera dicho «con estos fines». En cambio, otro sector aprecia como típica la posesión de la droga que se lleve a cabo para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal ajeno<sup>179</sup>. Finalmente, la doctrina mayoritaria considera que los fines aludidos por el legislador con esa expresión son todos a los que se refiere el art. 368 CP; esto es, la posesión dirigida al cultivo, elaboración o tráfico, o la encaminada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas<sup>180</sup>.

En nuestra opinión, los fines a los cuales debe orientarse la posesión son ciertamente los señalados en el Art. 368 CP. Sin embargo, debe considerarse que todos ellos deben

173. Entre los que se encuentra SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p.102.

174. SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p.102.

175. *Ob. ult.cit.*

176. Cf. JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, p. 177.

177. ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, p. 50.

178. Esta expresión constituye el elemento subjetivo de la posesión, el que para ser comprobado, generalmente, se recurre al sistema de indicios, esto es, a la búsqueda de los siguientes pasos: precisar la cantidad de droga decomisada; comprobación del carácter de adicto o por lo menos de consumidor; forma en que guardaba de droga; lugar en que se entregaba la sustancia tóxica; capacidad adquisitiva del procesado en relación con el precio de la droga; actitud asumida al momento de la detención; tipos de drogas poseídas; utensilios encontrados al momento de la detención (balanzas de precisión, químicos, etc.); y, la posesión de sumas importantes de efectivo al momento de la detención. *Vid.* JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, pp. 199-204.

179. *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El marco normativo de las drogas en España», *RGLJ*, t. XCV de la segunda época, No. 3, Septiembre 1987, p. 396; REY HUIDOBRO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.24

180. *Vid.* JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, p. 197. Por otra parte, señalando algunos de los autores que sigue ésta postura (Doctrina mayoritaria): MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Derecho Penal, Parte Especial», IIª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p.570; BOIX REIG, JAVIER, COBO DEL ROSAL, MANUEL y otros, «Derecho penal, Parte Especial», 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p.341.

destinarse a la expansión del consumo ilegal, así como ser objetivamente idóneos para difundir el dicho consumo; igualmente, el objeto materia de la posesión deben ser las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas<sup>181</sup>. Por lo que entendemos que la posesión para el cultivo destinado al consumo personal o compartido, la posesión para la elaboración de las dosis personales o para consumir en grupo, la posesión de cantidades mínimas o insignificantes<sup>182</sup> o la posesión no permitida no destinada a la promoción del consumo ilegal, no encuadrarían con los requisitos del tipo y, por lo tanto, deberían estimarse conductas atípicas<sup>183</sup>.

Por otra parte, partiendo con base a la invalidez de la presunción general de que toda posesión está orientada al tráfico de drogas<sup>184</sup>, la comprobación del elemento subjetivo —en este caso manifestado en la norma con la expresión «aquellos fines»— se centra en demostrar que la tenencia está realmente dirigida a dicha actividad<sup>185</sup>, para ello generalmente se atiende a los siguientes elementos: la verificación de cantidad de droga poseída, que será variable según su clase y grado de pureza; la personalidad del poseedor, es decir, si se trata o no de un toxicómano; el da-

to relativo a las manipulaciones efectuadas en la droga; el lugar concreto de su hallazgo e incautación; y, finalmente, son relevantes todos los aspectos que conciernen a la intervención de útiles para el tráfico, al igual que de instrumentos para el consumo, conservación y transporte de aquélla<sup>186</sup>.

### II.5. El elemento subjetivo del art. 368 CP

La llamada fase subjetiva impone la idea de que también hay un tipo subjetivo compuesto por el dolo y, en algunos casos, de otros elementos subjetivos adicionales al mismo<sup>187</sup>. Durante el presente apartado solo nos referiremos al dolo como elemento subjetivo del tipo doloso<sup>188</sup>, puesto que el tipo penal del delito de tráfico de drogas es doloso<sup>189</sup> o intencional por excelencia<sup>190</sup>. Como ya se sabe, el dolo se conforma por los contenidos de la voluntad que rige la acción; es decir, por el conocimiento del autor sobre los elementos objetivos del tipo, las circunstancias, su deseo de realizar la conducta y provocar el resultado<sup>191</sup>. En el caso concreto del tráfico de drogas, para su realización se requiere de la plena intención del agente para la ejecu-

181. En mismo sentido: JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, p. 198.

182. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, JOSEPH MARÍA, «Drogas y derecho penal», en *Drogodependencia y derecho*, CDJ, CGPJ, VIII, Madrid, 2003, p. 195.

183. Consideramos que tampoco deberán considerarse típicos los supuestos de común convivencia y posesión de estupefacientes. En la vida real es común encontrar casos de posesión de drogas ilegales por parte de personas que viven juntas, como cónyuges, padres e hijos, amigos que tienen el mismo lugar de residencia y que poseen el tóxico para actos de consumo compartido, o los casos en que la droga sea poseída con el fin de mantener el consumo de uno de los convivientes para así lograr poco a poco su deshabitación. *Vid.* REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de estupefacientes. El tribunal supremo ante los actos de dudosa tipicidad», *AP*, n.º 34/19, 25 de septiembre de 1994, pp. 642 y ss.

184. Con respecto a esto, queremos destacar que a raíz de la reforma de 1988, el tipo del entonces Art. 344 (actual 368), como tipo abierto que era, no sólo comprendía la tenencia de droga con intención de traficar con ella, sino también su posesión «con aquellos fines», es decir, para «promover, favorecer o facilitar» el consumo ilegal de la misma.

185. La doctrina reconoce la dificultad para la comprobación del componente subjetivo del injusto en la posesión de drogas al que hacemos alusión, considera que es un ingrediente que en varios de los casos no resulta apreciable por la sola conducta verificada, siendo así que los hechos de la pura y simple tenencia del producto, no logran aislados determinar en el sujeto (poseedor) su condición como consumidor o traficante, y ello por la razón lógica de que los hechos objetivos del consumo personal o del tráfico están por venir, debido a lo cual, no se puede más que confiar o atender al único instrumento que en esta lógica puede ayudar a la calificación del sujeto, que son sus intenciones, con el peligro que supone ubicar la atipicidad del supuesto únicamente sobre un factor psíquico. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, GONZALO, «El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo», en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, p.169 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, «Problemas dogmáticos del delito de tráfico de drogas», en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, Madrid, 1991, pp. 144 y ss.; PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español», *cit.*, pp. 309 y ss.

186. *Vid.* Revisión jurisprudencial en este sentido de: CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO, «Posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CDJ, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 25 y ss.

187. *Vid.* Diversas consideraciones al respecto de: ROXIN, CLAUDIUS, «Derecho Penal, Parte General» t. I, 2ª edición, Madrid, 1999, p. 307; DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO, HUERTA TOCILDO, SUSANA, «Derecho Penal. Parte General», 2ª ed. Rafael Castellanos Editor, Madrid, 1986, p. 119 y ss.

188. *Vid.* Comentarios sobre el tipo dolo de: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, ARROYO ZAPATERO, LUIS, FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, «Lecciones de Derecho Penal. Parte General», *Praxis, Barcelona*, 1999, p. 195.

189. *Vid.* LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL, «Las Drogas en el Ordenamiento Penal Español», *cit.*, pp. 122 y 123; CORDOBA RODA, JUAN, «El delito de tráfico de drogas», *cit.*, p. 26.

190. *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ, EFRAÍN, «Drogas. Análisis del delito contra la salud», *cit.*, p. 381.

191. Tal concepción finalista no requiere que dicha realización sea antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad). Pero a juicio de otros: «el dolo completo exige la conciencia de la antijuridicidad». MIR PUIG, Santiago, «Derecho Penal. Parte General», PPU, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 243.

ción del delito, por lo cual, no sería factible su aparición culposa<sup>192</sup>.

El dolo, en el delito de tráfico de drogas, comprende tanto el conocimiento del carácter nocivo para la salud de la sustancia de que se trate (es suficiente una valoración paralela en la esfera de lo profano)<sup>193</sup>, como la voluntad particular de incurrir en cualquiera de las múltiples formas de conducta que el tipo del Art. 368 CP señala<sup>194</sup>. En otras palabras, el *animus* de cultivar, elaborar, traficar o promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas<sup>195</sup>. Si la intención es favorecer el consumo propio, el dolo no existe.

El error sobre el carácter dañino de la droga en cuestión puede apreciarse como una falta sobre un elemento integrante de la infracción penal, lo cual determinaría la exclusión de la conducta de la esfera de lo punible aunque en la práctica no se hace uso de tal posibilidad<sup>196</sup>. Asimismo, puede ocurrir que el sujeto desconozca que la sustancia que, por ejemplo, entrega a un tercero es una de las prohibidas en el Art. 368 CP, o que piense que se trata de un paquete de café. El error sobre el carácter prohibido de la sustancia determina, en cambio, un error de prohibición. En todo caso, en esta materia la jurisprudencia da poca relevancia al error en cualquiera de sus formas<sup>197</sup>.

La acreditación del elemento subjetivo en las conductas típicas reseñadas en el Art. 368 CP no es una tarea sencilla. Lo anterior, a razón de que dicho tipo penal está clasificado dentro de los denominados delitos de intención en

los que el autor, a la hora de realizar el injusto penal, busca un objetivo que no requiere lograr; ya dentro de éstos, se relaciona a los delitos de resultado cortado, porque el sujeto debe realizar la acción con el fin de que se logre ese resultado exterior que está más allá del tipo objetivo, aunque no se lleve acabo, consistente en cultivar, elaborar o traficar con drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o, de otro modo, promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal<sup>198</sup>.

En ocasiones, resulta complicado diferenciar, por las cantidades de droga localizada, entre una tenencia de tóxicos para el propio consumo y la posesión que esta orientada al tráfico. Resulta aún más difícil descubrir el móvil anímico en aquellos casos en donde el consumidor es a un tiempo pequeño traficante, o «camello», que realiza dicho comportamiento para conseguir la dosis estupefaciente que necesita<sup>199</sup>. Con el fin de evitar tal confusión, las cantidades no muy elevadas de droga se interpretan como tenencia para el propio consumo y por lo tanto su atipicidad<sup>200</sup>. Aun así, hay quienes opinan que no es adecuado basarse únicamente en este criterio de tipo cualitativo o material para afirmar que se está o no ante un acto de tráfico —es decir, estimar que ante cantidades elevadas de droga se está automáticamente ante un traficante y cuando hay cantidades pequeñas ante un caso de auto consumo<sup>201</sup>—. Para considerar excluida la antijuridicidad del hecho y alcanzar tal conclusión, el dato referido a la cantidad debe ir acompañado entre otras cir-

192. En este sentido: RODRIGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA «Derecho penal español. Parte especial», *cit.*, p. 1074, entiende que: «Los delitos en cuestión son de la índole de aquellos en los que *re ipsa in se dolus habet*, pues el cultivo, fabricación o suministro en la creencia de que los productos en cuestión no están destinados al consumo ilegal, no está comprendido en el tipo. Por ello no es posible la comisión culposa». *Vid.* también: QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEPH, «Derecho Penal Español. Parte Especial», 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1992, p. 526; CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ y otros, «Manual de Derecho Penal. Parte Especial», Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 147. En contra: PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, pp. 238 y 239.

193. *Vid.* MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas», en *Reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 200.

194. *Vid.* SEQUEROS SAZARTORNIL, Fernando, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p. 93; ROMERAL MOREDA, Antonio y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, p. 50 y ss.

195. *Vid.* SOTO NIETO, Francisco, «Estudio básico del artículo 344 del Código Penal», *cit.*, pp. 102 y ss.

196. *Cf.* MUÑOZ CONDE, Francisco, «Derecho Penal. Parte Especial», 12ª ed., *cit.*, p. 634.

197. *Ob. ult. cit.*

198. *Vid.* REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, p.31.

199. En relación a este caso debe tenerse en cuenta que si el denominado «camello» es también toxicómano, atañe además, contemplar en determinadas hipótesis, previa comprobación de la confluencia del «síndrome de abstinencia» (conjunto de síntomas de fenómenos orgánicos y psíquicos provocados por la dejación violenta de un tóxico o droga que se ha venido suministran de forma habitual), y la intensidad de la alteración sufrida por individuo en sus facultades cognitivas y volitivas, la eximente incompleta o bien de la del trastorno mental transitorio, o, en defecto de ambas. Otra posibilidad sería la mera atenuante por analogía. En otro sentido, también podría presentarse otra hipótesis, claro si se cumplen las exigencias legales, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (contemplada en el Art. 87 CP para delincuentes adictos). *Vid.* CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, y otros, «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» *cit.*, p. 158.

200. En este sentido, parece que hay unanimidad en entender que la cantidad apropiada para el autoconsumo dependerá de los siguientes puntos: clase de droga, su calidad y pureza; el grado de adicción del sujeto, es decir, la cantidad que habitualmente consume, siendo por ejemplo distinto si se trata de un consumidor habitual con gran adicción o de uno ocasional, los días para los cuales se prevé el consumo, permitiéndose acopio de droga hasta para cinco días, y en casos excepcionales (*v. g.*, por realización de un viaje), poder adquisitivo del poseedor *Cf.* JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, p. 199.

201. PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español», *cit.*, p. 303.

cunstancias: a) que no produzca difusión de la droga; b) que no exista contraprestación alguna; c) que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, a presencia de quien lo entrega; d) que el destinatario sea drogodependiente y se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia; e) que se trate de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que pueden degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos<sup>202</sup>.

En cualquier caso, entendemos que en el contexto que rodea las consecuencias del principio de lesividad la cantidad insignificante de droga es atípica por faltar la antijuridicidad material dada la ausencia de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido.

En lo concerniente a la posesión el tipo subjetivo del delito de tráfico necesariamente tuvo que adelantarse al momento en que se estudió la conducta típica, pues sin él no sería posible explicar la forma típica de la posesión con destino al tráfico. Para acreditar el elemento subjetivo en las demás conductas típicas reseñadas en Art. 368 CP, además del conocimiento sobre el carácter perjudicial para la salud de la sustancia que maneja<sup>203</sup>, es preciso que se tenga la intención de cultivar, elaborar, traficar para el mercado ilícito de las drogas tóxicas, o en su caso se desee promover, favorecer o facilitar el consumo «ilegal» de sustancias estupefacientes a terceras personas.

La acreditación del elemento subjetivo en las conductas del delito de tráfico de drogas es en la mayor parte de las ocasiones un factor no determinable con claridad con la sola conducta verificada o por la cantidad de droga encontrada, precisa, además, la presencia de una mínima actividad probatoria, en donde no se descarta a la prueba indiciaria como alternativa procesal, la que será sin duda en muchos de los casos, utilizada para demostrar que se está en la presencia de una de las conductas que integran el tipo previsto en el Art. 368 CP<sup>204</sup>.

La prueba indiciaria, recordamos, resulta de la observación en su conjunto de los ingredientes probatorios que aparecen en el proceso, mismos que no se analizan aisladamente sino que cada uno de los elementos de la prueba constituyen en sí un indicio, un referente, y de su armonía lógica y natural se establece una verdad resultante que pre-

sume la unívoca e inequívoca llegada a la realidad buscada<sup>205</sup>. A pesar de que consideramos que la prueba directa es más adecuada que la indiciaria —y que tal medio probatorio presenta mejores márgenes de garantía—, nos queda claro que tratándose de este injusto no siempre es factible la prueba directa por mucho que se haga para encontrarla o conseguirla<sup>206</sup>. Además, si no se acudiera a la prueba indirecta tal inutilización del recurso llevaría a la impunidad de algunas de las conductas típicas realizadas con singular sigilo, lo que provocaría una grave indefensión social<sup>207</sup>. El evitar esto —es decir, la impunidad de las conductas de tráfico de drogas tóxicas y la consecuente indefensión social ante esos comportamientos— no debe descuidar la obligación que tiene el Estado de respetar principio de presunción de inocencia, previsto en el 24-2 de la Constitución, y por ende, de las consecuencias que supone la observación de dicho postulado.

Debe partirse del hecho de que la prueba indiciaria en los casos de tráfico de drogas puede basarse en una infinidad de hechos, siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos: a) que los hechos base estén directamente acreditados; b) que el indicio no sea el único; c) que la inferencia sea correcta, de forma que no se incurra en la arbitrariedad proscrita por el Art. 9.3 CE, y d) que cumpliendo lo establecido en el Art. 120.3 CE, el Tribunal exponga los hitos principales del curso lógico<sup>208</sup>.

No es propósito de la presente investigación abarcar todos los supuestos en los que mediante la probanza de unos determinados hechos y una inferencia apropiada puede acreditarse cualquiera de los ánimos tendenciales previstos en el Art. 368 CP. Pero de una revisión de la jurisprudencia se prevé que estos hechos se repiten, y que juntos o por separado el Tribunal Supremo los considera suficientes para inferir de ellos la presencia del elemento subjetivo en el referido tipo penal los siguientes puntos: cantidad de droga incautada, pureza del tóxico, sustancias adulterantes, drogodependencia, dinero ocupado, instrumentos auxiliares para la manipulación del estupefaciente encontrados junto con la sustancia, lugar de ocultación, viajes sin motivos aparentes donde habitualmente suelen adquirirse partidas de droga, investigaciones policiales previas (informaciones recibidas sobre la posibilidad de que el inculcado se dedicara al tráfico de drogas, antecedentes y circunstancias del inculcado<sup>209</sup>.

202. En este sentido: SSTS de 27 de febrero de 2003, 16 de septiembre de 1996, 20 de julio de 1998. Cit. por: TAMARIT SUMALLA, JOSEPH MARÍA, «Drogas y derecho penal», *cit.*, pp. 195 y 196.

203. Para que esa valoración sea competente, basta con que se haga dentro de la esfera de lo profano, es decir, no se exige el tener inteligencia de la determinación exacta de la composición de la droga, por lo que no se necesita en ningún caso, que el individuo tenga grandes conocimientos o que sea una autoridad en la materia.

204. *Vid.* CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO, «Posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido», *cit.*, pp. 33 y ss.

205. Los indicios deben ser varios, concatenados, confirmativos de aquélla. La inferencia sobre éstos se basa en principios de lógica, buen sentido y lecciones de la experiencia. *Cf.* STS de 29 de abril de 1995, Justo Carrero Ramos (RJ 3540).

206. *Ob. ult. cit.*, p. 34.

207. *Vid.* relacionado con esto la STC de 17 de diciembre de 1985, Pn. Ángel Latorre Segura (RTC 174).

208. *Cf.* RAFOLS LLACH, JUAN, «Tráfico de drogas y prueba indiciaria», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 326 y 327.

209. *Ob. ult. cit.* pp. 326 y ss.

## II.6. *Iter criminis* en el Art. 368 CP

### A) Aspectos preliminares

El particular recorrido que efectúa el autor de un hecho delictivo desde el momento en que forja la idea de cometerlo hasta que logra su consumación se denomina *iter criminis*<sup>210</sup>. Este proceso, en parte material y en parte físico<sup>211</sup>, se integra por etapas que describen los distintos estadios de la evolución criminal: actos preparatorios, tentativa y consumación<sup>212</sup>.

Las diversas fases del *iter criminis* se encuentran contempladas en el Código penal el cual, en principio, considera impunes a los actos preparatorios (Art. 15 CP)<sup>213</sup> salvo en aquellos casos en que se valoran como particularmente peligrosos: conspiración, proposición y provocación para delinquir (Arts. 17 y 18 CP)<sup>214</sup>. Es importante tener en cuenta que los denominados actos preparatorios no siempre concurren en un hecho delictivo, ubicándose, más bien, en un punto intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del injusto<sup>215</sup>.

En lo concerniente a la tentativa, el primer párrafo del Art. 16 CP establece que dicha figura se presenta desde el momento en que: «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, así como la no producción del resultado típico por cuestiones ajenas a la voluntad del agente». Tales elementos no pueden ex-

presarse de manera autónoma, para apreciarlos correctamente, deberán de ser proyectados en una determinada forma de delito prevista en la parte especial, pues solamente así se comprenderán como actos constitutivos de una tentativa<sup>216</sup>.

De la propia literalidad del Art. 16 CP, se puede concluir que en el ordenamiento jurídico no se sanciona la tentativa inidónea. Esta afirmación se obtiene por el término «objetivamente» que, tal y como se presenta en la norma, exige dicha cualidad a la acción para considerarla punible. De ahí que se descarte la posibilidad de apreciar punible a la tentativa inidónea, ya que cuando aparece como tal para cualquier observador objetivo alcanza el grado de irreal<sup>217</sup>.

El ordenamiento penal establece que la punibilidad de la tentativa se determinará tomando en consideración no solo aquellos actos que puedan objetivamente provocar un resultado típico, sino que también se tendrá en cuenta el riesgo o peligro al que ha sido sometido el interés jurídico concreto; es decir, «atendiendo al peligro inherente al intento»<sup>218</sup>.

Por otra parte, el segundo párrafo del Art. 16 CP exenta de responsabilidad penal por el delito intentado a todos aquellos que voluntariamente desistan de la comisión de un hecho delictivo o efectúen actos para impedir la producción de un resultado típico<sup>219</sup>. En aquellos supuestos en donde estén involucradas varias personas, solo será efectivo el desistimiento para aquél o aquellos sujetos que, participando en el complot delictivo, renuncien al

210. Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, SERRANO PIEDECASAS, GARCÍA RIVAS, TERRADILLOS BASOCO, «Curso de Derecho Penal. Parte General», Experiencia, Barcelona, 2004, p. 363.

211. Vid. QUINTERO OLIVARES, GONZALO, «Derecho penal. Parte General», 2ª ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1992, p. 512.

212. Vid. JESCHECK, HANS HEINRICH, «Tratado de Derecho penal. Parte General», 4ª edición, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 461.

213. Los actos preparatorios no son punibles porque estos, por sí mismos, no son suficientes para demostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito en específico ni para poner en peligro un bien jurídico. Cuando hablamos de tales comportamientos nos encontramos con el problema de precisar cuándo terminan los actos preparatorios, o sea los impunes, y cuándo comienzan los ejecutivos del delito en especial, es decir los punibles.

214. Vid. MIR PUIG, SANTIAGO, «Derecho Penal. Parte General», *cit.*, pp. 326-327.

215. Ejemplos de tales actos son entre otros: procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices, etc. Vid. CAMPO MORENO, JUAN CARLOS, «Los actos preparatorios punibles», Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp.19-23.

216. Cada tipo penal plantea distintos problemas de tentativa. Es natural que así sea, dando lugar a la llamada "accesoriedad" de la tentativa. Cf. NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL, «El delito intentado. Fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa», Colex, Madrid, 2003, p. 75

217. El derecho penal únicamente debe prohibir comportamientos objetivamente peligrosos para los bienes jurídicos que el ordenamiento deba proteger. Si bien, atendiendo al fin preventivo del Derecho penal, debe admitirse que esa voluntad de la norma se dirige a la voluntad del autor, para impedir que la vulnere mediante la realización de esa acción peligrosa. Pero el peligro debe ser verificado *ex ante*, colocándose el Juez al emitir el juicio en el momento en que la conducta se llevó a cabo, considerando los comportamientos que tenía el autor en ese momento y los de un observador objetivo respecto a los de aquel, así como el conocimiento promedio de la sociedad. Cf. NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL, «El delito intentado. Fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa», Colex, Madrid, 2003, p. 75.

218. El Art. 62 CP de 1995 señala que: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por 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».

219. Tal voluntad y autonomía no existirán cuando el sujeto renuncia a la comisión del acto delictivo motivado por la representación de alguna acción especial del sistema penal que ponga en peligro la realización del plan criminal, o en el convencimiento de la imposibilidad de consumir el hecho delictivo. Vid. JESCHECK, HANS HEINRICH, «Tratado de Derecho penal...», *cit.*, p. 492.



comportamiento criminal o intenten evitar su consumación, esto sin perjuicio de la sanción a la que puedan hacerse acreedores por conductas ya realizadas y que por sí mismas sean merecedoras de la desaprobación penal<sup>220</sup>.

Por último, en lo referente a la consumación, se dice que un comportamiento delictivo está consumado cuando produce el resultado lesivo que el tipo penal intenta evitar. Su distinción con la frustración o tentativa acabada está en el desvalor de resultado, pues en este caso la afectación al bien jurídico sí llega a ocurrir tal y como se contempla en el correspondiente tipo penal<sup>221</sup>.

La consumación es un concepto de ámbito formal según el cual basta estar ante la presencia de todos los elementos descritos en el tipo para hablar de un acontecimiento penal consumado, sin que en algún momento sea necesario para adquirir tal condición la efectiva lesión (material) del bien jurídico protegido por la norma. La razón por la que no se requiere la afectación objetiva del interés protegido es debido a la gran cantidad de delitos de peligro que se localizan en el código, tipos penales que por su propia naturaleza no pueden contener algún resultado material<sup>222</sup>.

### **B) Dificultad para apreciar formas imperfectas de ejecución en el Art. 368 CP**

La configuración del tráfico de drogas como delito de mera actividad que no necesita para su consumación la

consecución material de un resultado que rebase el simple comportamiento típico, dificulta la posibilidad de apreciar en él formas imperfectas de ejecución<sup>223</sup>. Lo anterior se debe a que con la sola realización de los actos con los que se debería sobrevenir el delito, queda éste consumado; es decir, que «perfecta la manifestación de voluntad, ésta tiene ya valor de resultado»<sup>224</sup>.

Como ya se ha puesto de relieve, el delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto en cuanto que las conductas señaladas en el Art. 368 CP ponen en peligro la salud pública<sup>225</sup>. Igualmente, dichas conductas son dogmáticamente encuadrables dentro de los denominados delitos de peligro presunto, ya que el juzgador no necesita averiguar sobre la objetiva amenaza al bien jurídico, sino que éste viene apoyado en una presunción absoluta *iuris et de iure*, o de pleno derecho, que no admite prueba en contrario<sup>226</sup>. Con base en lo anterior, se puede afirmar que al considerarse de peligro es, en la mayoría de los casos, un delito de conducta, por lo que casi siempre carece de un acontecimiento en sentido naturalístico, lo cual dificulta la existencia de una actividad comenzada, pero sin terminar<sup>227</sup>. Por tal razón, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria no aceptan las formas imperfectas de ejecución salvo en raras excepciones<sup>228</sup>.

220. Algunos consideran que la situación que se origina con el desistimiento en las formas imperfectas de comisión tiene una situación adicional, esto es, que no es suficiente con la sola suspensión de la conducta criminal, sino que se tiene además que realizar acciones para coartar la producción del resultado. Esto es para que el desistimiento en actos preparatorios punibles sea válido deberá ser activo, de manera que se oponga al riesgo creado, por lo que tendrá que significar la total retirada de la contribución al hecho. Con esto no se obliga a la efectiva neutralización del injusto, ni hacer todo lo posible para conseguirlo, pues aún ante la incapacidad de evitar el resultado típico, el desistimiento si sigue los patrones ya comentados podrá seguir siendo eficaz. Vid. MIR PUIG, SANTIAGO, «Derecho Penal. Parte General», *cit.* p. 534.

221. A diferencia de las anteriores fases del *iter criminis* (actos preparatorios y tentativa) que son supuestos de extensión de injusto —y por ello que se diga que son casos de ampliación de la punibilidad—, la consumación si presenta el resultado que la norma pretende impedir. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, «Manual de Derecho español. Parte general», Ariel, S. A., Barcelona, 1984, pp. 318 y 319.

222. A diferencia de la consumación, donde mayoritariamente se contiene un criterio formal, para la tentativa en cambio, la doctrina dominante mantiene una posición objetivo-material: esto es, que para que concurra el comienzo de la ejecución deberá la acción iniciada haber puesto en efectivo riesgo o peligro el objeto de protección de la norma. Para conocer detalles debatibles de la consumación. Vid. BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, «La terminación del delito», *ADPCP*, 1995, pp. 89 y ss.

223. Entre las manifestaciones de las denominadas formas imperfectas de ejecución se han comprendido tradicionalmente la tentativa y frustración. Ambas figuras se encontraban en el derogado Art. 3 CP y, no obstante haberse suprimido la figura del delito frustrado en el vigente Art. 16 CP, aún cuando se mantiene la tentativa, ello no repercute en absoluto el delito en estudio, dado que siendo éste un delito de peligro o de consumación anticipada, es difícil que se realice en las formas de tentativa y frustración, pues se consume con la ejecución de cualquiera de las conductas señaladas en el tipo penal. Cf. GANZENMÜLLER, CARLOS, ESCUDERO JOSÉ FRANCISCO, FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, pp. 266 y 267.

224. Cf. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de estupefacientes...», *cit.*, p. 201.

225. La consecuencia inmediata de que el delito de tráfico de drogas sea de peligro abstracto es la especialidad en orden a su consumación. «Se indica, en este sentido, que es un delito de consumación anticipada, en tanto en cuanto no precisa materialización de un daño, una lesión en concreto o un determinado resultado. La realización de cualquiera de las conductas tipificadas en el tipo, daría lugar a la consumación.» Cf. PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, p. 243.

226. Vid. REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de estupefacientes...», *cit.*, p. 201.

227. *Ob. ult. cit.*

228. Vid. En la doctrina: DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, «Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas...», *cit.*, p. 65; JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 del Código Penal», *cit.*, p. 227. También véase revisión jurisprudencial en este sentido de: CLEMENT DURÁN, CARLOS, GARCÍA GONZÁLEZ, JAVIER, PASTOR ALCOY, FRANCISCO Y PÉREZ MARTÍNEZ, ANA «Las drogas en el Código penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios», *cit.*, p. 39.

En sentido contrario se manifiestan el Convenio Único de Estupefacientes (1961) y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas (1971), mismas que enumeran posibles formas de tentativa y frustración en sus Arts. 36, 2.9) n) y 22.2.a) 11), respectivamente. También el Art. 3-1 c) IV de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) prevé como delitos, a reserva de cada parte contratante, «la asociación y confabulación para cometerlos» así como «la tentativa de cometerlos».

Si bien en los delitos de tráfico de drogas no parecen posibles las formas imperfectas de ejecución al considerarse consumados por la mera actividad, y aun cuando dicho juicio sea aplicable a la mayoría de las modalidades previstas en el Art. 368 CP, cabe advertir que algunas de las conductas en él sancionadas al requerir la producción de un resultado, en concreto el cultivo y la elaboración, pueden admitir la posibilidad de formas imperfectas de ejecución<sup>229</sup>. Consideremos también que de inferir que la promoción, el favorecimiento y facilitamiento del uso requieren el consumo de la sustancia, podrá, igualmente, vislumbrarse la posibilidad de su imperfecta ejecución<sup>230</sup>.

#### a) Actos preparatorios

Atendiendo a la previsión de la parte general del Código penal en lo concerniente a actos preparatorios (Arts. 17 y 18), el Art. 373 CP, enclavado entre los tipos penales que regulan los delitos de tráfico de drogas, dispone que: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 368 a 372, se castigará con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente a los hechos previstos en los preceptos anteriores»<sup>231</sup>. Por lo tanto, su ámbito de aplicación abarca, junto a los delitos de tráfico de drogas, los ilícitos vinculados al tráfico de equipos, materiales o sustancias para la elaboración de drogas<sup>232</sup>.

De las tres figuras consideradas como actos preparatorios punibles en el ámbito del tráfico de drogas, la proposición

y provocación no suelen plantear especial problemática —incluso— apenas existen unas cuantas Sentencias del Tribunal Supremo que se hayan pronunciado al respecto<sup>233</sup>. La conspiración, por su parte, hay que distinguirla de la asociación ilícita cuyo propósito sea el ejecutar actos de tráfico ilícito de drogas. En este sentido, cabe advertir que la asociación ilícita posee mayor estabilidad y organización y, habitualmente, su objeto criminal es menos puntual en cuanto al número de actos; en cambio la conspiración suele tener un objeto criminal más concreto y la reunión de sujetos participantes suele ser temporal<sup>234</sup>.

En la práctica judicial se ha considerado supuesto de conspiración el caso de varios sujetos que se congregaron llevando consigo varios elementos mecánicos y químicos utilizables para la elaboración de cocaína para el consumo. Estos individuos habían realizado un gasto de considerable cuantía para la adquisición de dichos componentes, al apreciarse esto, se argumentó que aunque no se había realizado ninguna actividad concreta de elaboración sobre la droga existente en posesión de las personas reunidas, sí se revelaba —con los antecedentes que aparecían en el sumario— la intención indudable de realizar una actividad de elaboración en un momento posterior, por lo que se presentaban los elementos necesarios para apreciar la conspiración para cometer un delito de tráfico de drogas<sup>235</sup>.

Respecto a la conspiración, hay que recordar que su condición de infracción penal independiente desaparece al momento que se producen los hechos ejecutivos del objeto de la conspiración, transformándose en tentativa, o en delito cuando el propuesto ya fue consumado. Por ello, el Tribunal Supremo no estima conspiración cuando tras el concierto de voluntades los sujetos adquieren de común acuerdo la droga convirtiéndose automáticamente en dueños sin dejar de ser propietarios, igualmente son poseedores porque la posesión no solo se adquiere por quedar sometidos a la acción de la voluntad del sujeto correspondiente sino que además, con arreglo al Art. 438 CC, cuando este inicial acuerdo de vo-

229. Cf. BERISTAIN, ANTONIO, «La droga. Aspectos penales y criminológicos», *cit.*, p. 50. Por su parte PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento Español», *cit.*, pp. 243 y 244, entiende que la existencia de formas imperfectas de ejecución ha de ir vinculada a la naturaleza de la sustancia, de tal forma que siempre que no pueda hablarse de sustancia estupefaciente o psicotrópica —por faltar la realización de un acto posterior de transformación o de otra índole— habrá que aceptar la posibilidad de que concurren aquéllas.

230. En este sentido: CORDOBA RODA, JUAN, «El delito de tráfico de drogas», *cit.*, p. 31.

231. La especial regulación de actos preparatorios en materia de tráfico de drogas también obedece a compromisos internacionales signados por el gobierno español. El Art. 36 2 a), ii) del Convenio Único sobre estupefacientes (1961), establece el compromiso de castigar la confabulación para cometer cualquiera de estos delitos, así como los actos preparatorios. También la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988), en su Art. 3 número 1, apartado c) iii), prevé el deber de sancionar la «instigación o inducción» pública a otros, por cualquier medio, a cometer estos delitos y en el apartado c) IV, la confabulación para cometerlos y la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

232. Para mayor profundidad sobre los aspectos más significativos del tráfico de precursores *Vid.* SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA, «El tráfico de precursores. Propuestas de *lege ferenda*», en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 63 y ss.

233. *Vid.* Revisión jurisprudencial en este sentido de: ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, pp. 158 y ss.

234. *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, «Asociaciones ilícitas en el Código penal», Bosch, Barcelona, 1978, p. 238.

235. Cf. STS 30 de junio de 1995, Pn. Joaquín Martín Canivell (RJ 5157).

luntades avanza y se introduce en la fase de ejecución, ya no puede hablarse de conspiración, ya que ésta se reduce a un acuerdo de voluntades imprescindible como comienzo de la vida del delito cuando es realizado por varias personas<sup>236</sup>.

### b) Tentativa

Como ya se ha señalado con anterioridad, es difícil la admisión de la tentativa en el delito de tráfico de drogas, pues difícilmente puede presentarse en los delitos de consumación anticipada<sup>237</sup>, puede argumentarse, además, que siendo el delito intentado un típico ilícito de peligro en estos supuestos, la tentativa —en caso de ser admitida— acabaría siendo una redundancia: el peligro de un peligro<sup>238</sup>.

La composición de las conductas creadas para sancionar el tráfico de estupefacientes, lleva a la esfera de lo punible comportamientos alejados de la efectiva lesión del interés tutelado por la norma<sup>239</sup>. Tales conductas, que en otro injusto expuesto de la forma usual serían actos preparatorios punibles o conductas imperfectas de ejecución, en este caso en particular, fácilmente se encuadren en un tipo penal consumado<sup>240</sup>. Existen, por ejemplo, un importante número de Sentencias del Supremo que consideran que en la posesión de drogas tóxicas no es posible aceptar la presencia de alguna forma de ejecución imperfecta, por ser un tipo penal de resultado cortado y de consumación anticipada<sup>241</sup>.

Desde esta perspectiva, la naturaleza de la posesión punible tiene como fundamento la mera disponibilidad, sin

que sea necesario para apreciarla como tal una aproximación material a la droga o su objetiva posesión. En esta modalidad delictiva basta para la consumación que el estupefaciente haya quedado sujeto a la acción de la voluntad del individuo al que iba destinada la sustancia<sup>242</sup>.

A pesar que la redacción del Art. 368 CP dificulta el establecimiento entre lo que es acto de inicio y el acto de consumación, no dispensa, a quien interprete la norma, del análisis detenido de los supuestos que la práctica plantea. Además, el propio precepto distingue la realización de actos de cultivo, de elaboración, de tráfico y de posesión, con la sentencia «aquellos fines». En relación a esta última forma típica, la tentativa no se aprecia desde el instante en que la persona posee la droga. Sin embargo, si mediante indicios se infiere la orientación al tráfico el delito logrará el grado de consumación, a no ser que todavía no se haya producido la efectiva posesión<sup>243</sup>.

Por otra parte, consideramos que la tentativa sí se presenta con respecto a los destinatarios de la sustancia tóxica, quienes a su vez intentan ejercer el control directo del narcótico para su tráfico ilícito. En estos supuestos se justifica la discusión acerca del instante a partir del cual cabe valorar la posesión de la droga y, por consecuencia, cuando la conducta se consume<sup>244</sup>. Precedente a ese momento, si es posible especular sobre alguna forma imperfecta de ejecución o, en su caso, de una consumación, pues como cierta sentencia afirma, para que la consumación se constituya solo se re-

236. En este sentido: STS de 23 de enero de 1990, Pn. Enrique Ruiz Vadillo (432).

237. Vid. SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p. 318.

238. Vid. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, «Tentativa y Posesión en el tráfico de drogas. Comentario a la del TS de marzo de 1989», La ley. No. 2260, junio de 1989, p. 537. En este sentido es importante comentar que la Circular de la Fiscalía General del Estado de 4 de junio de 1984, establece entre otras cosas que «el comienzo de toda conducta típica, no se conforma con la tentativa o la frustración, sino siempre con la consumación».

239. En esa línea, DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, «El marco normativo de las drogas», *cit.*, p. 396.

240. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, «Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas...», *cit.*, p. 65. Estimación parcialmente aprobada por MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Derecho penal. Parte Especial», 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p.450.

241. Pronunciamientos del Alto Tribunal en este sentido (SSTS por todas de 27 septiembre 1991, 19 febrero 1993, 28 abril 1993, 17 marzo 1994, 30 mayo 1994, 1 abril 1995, 11 diciembre 1995, 24 mayo 1996). La Sentencia de 4 diciembre 1991 estima que «la anticipación de la fase consumativa, propia de este delito de resultado cortado, dota de excepcionalidad a las figuras imperfectas de ejecución, esporádicamente reconocidas en los supuestos de no haberse llegado a poseer la droga, ni haberse tenido sobre ella ninguna disponibilidad». *cit. por*: SEQUEROS SAZARTORNIL, FERNANDO, «El tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico...», *cit.*, p. 122.

242. Tal consideración en la práctica acarrea por ejemplo que se considere que se da la posesión droga en el caso de los envíos por correo que no son retirados por sus destinatarios de las agencias de mensajería en las que se encuentran confinados. O también, cuando estamos en los supuestos de los envoltorios con tóxicos interceptados por la policía y cuya recepción se vigila a la espera de que el receptor del envío haga el retiro. El hecho de que se aprecie como consumada la ejecución de la conducta en estos casos, obedece, a causas de carácter político-criminal, porque si esto no fuera así, quedarían impunes penalmente muchos de las acciones que realizan los grandes traficantes de drogas, los que en varias de sus operaciones no tienen contacto con el estupefaciente, por citar un hipótesis, cuando realizan su actividad mediante simples llamadas telefónicas.

243. En este sentido en la doctrina: ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, «Salud pública y drogas tóxicas», *cit.*, p. 109. En la jurisprudencia: STS 21 de febrero de 1994, Pn. Gregorio García Ancos (1087).

244. En relación con este punto la STS de 27 de junio de 1991, Pn. Francisco Soto Nieto (4833), resuelve que: «Difícilmente resultan concebibles formas imperfectas de ejecución en el delito del artículo 344 del CP desde el momento que resulta subsumible en el tipo la tenencia con el propósito tendencial de hacerla llegar a terceros. Ahora bien, excepcionalmente y en cuanto concierne a adquirentes o destinatarios de la sustancia estupefaciente que, a su vez, tratan de hacerse con ella con fines especulativos o de tráfico, sí puede plantearse la cuestión relativa a la determinación del momento a partir del cual cabe estimar que tienen la posesión de la droga latente el ánimo tendencial referido y, por ende, producida la consumación, si no es que los actos merecen su adscripción a la órbita de la conspiración, proposición o provocación. Con precedencia a dicho instante sí cabe hablar de tentativa, o frustración, en su

quiere una probada disponibilidad por cierto período de tiempo, por mínimo que éste sea<sup>245</sup>. De la misma forma en que ocurre en los delitos patrimoniales, en los comportamientos de tráfico de drogas se exige una disponibilidad libre y pacífica de la droga aunque sea por breves instantes<sup>246</sup>.

Sin embargo, aunque reconozcamos la posibilidad de formas imperfectas de ejecución en el delito materia de revisión, se sugiere una interpretación restringida a efecto de evitar que la tentativa entre en juego a costa del espacio de atipicidad y, en consecuencia, se favorezca un desproporcionado adelantamiento de las barreras de protección que rodean el bien jurídico<sup>247</sup>.

### C) Consumación en el 368 art. CP

Con respecto a la última fase del *iter criminis*, la práctica judicial mayoritaria ha considerado que al tratarse de un delito tendencial de resultado cortado en el que no se aceptan formas de ejecución imperfectas —salvo en extraordinarios casos—, basta con la mera posesión o tenencia con ánimo de tráfico para estar ante el delito consumado de tráfico de drogas. Lo anterior debido a que en esta clase de tipos, acción y consumación se confunden sin que quepan por ello formas imperfectas salvo en casos muy singulares<sup>248</sup>. Tampoco es necesario que dicho ánimo tendencial tenga que pasar de la fase intelectual a la ideación a la realidad de su cumplimiento, el cual más bien pertenece a la fase de agotamiento<sup>249</sup>.

Son comunes los casos en que el destinatario de la droga no llega a poseerla materialmente por la intervención de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Ya hemos mencionado con antelación algunos supuestos que merecen la calificación de formas imperfectas, por lo que solo haremos hincapié en lo que distingue tales supuestos de aquellos otros en que, a pesar de no efectuarse la entrega de la droga, se aprecian como consumados.

Básicamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado consumado el delito de tráfico de drogas cuando concurren los siguientes elementos:

- Disponibilidad de la droga o del hecho, de quedar ésta sujeta a la voluntad del destinatario, a través del Art. 438 del CC cuando reconoce el dominio funcional (quedar sujetos a la acción de nuestra voluntad), aunque no haya existido tráfico, ni haya posesión si la preordenación al tráfico es patente<sup>250</sup>;
- cuando ha existido cualquier actividad tendente a promover, favorecer o facilitar, y que plasmada de una manera concreta suponga la conclusión del delito, el cual por ser de mera actividad se consume anticipadamente;
- en los casos en que exista mediación consciente en cualesquiera que sean las formas de la misma, siempre que se esté favoreciendo, facilitando o promoviendo el vicio.
- Esta teoría es además congruente con la civil, pues se entiende que carecería de sentido que la compraventa civil se estime perfeccionada por el simple acuerdo consensuado —Art. 1540 del CC— respecto a la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro hubieren sido entregados; y que, en cambio, se rechace la consumación de este delito contra la salud pública porque la droga no se hubiere traspasado real y efectivamente<sup>251</sup>.

Por otra parte, vale la pena señalar que el Tribunal Supremo no requiere la posesión de la droga para apreciar la consumación del delito de tráfico de estupefacientes, porque lo que intenta es alcanzar penalmente a los grandes traficantes que dirigen el ilícito negocio de la droga a través de llamadas telefónicas o cualquier otro medio de comunicación. De ahí que tanto el remitente como el destinatario del tóxico enviado por Correos hayan de ser considerados como detentadores culpables, ya que en ambos supuestos el estupefaciente queda sometido a la acción de la voluntad de uno y de otro<sup>252</sup>.

---

caso, o de actos simplemente preparatorios. Se habla de la exigencia, a efectos de consumación, de una auténtica disponibilidad, aunque sea por unos instantes. Para conocer parámetros doctrinales que nos ayuden a determinar el ánimo tendencial al tráfico».

Por otra parte, se reconoce la tentativa en atención a elementos jurídicos civiles con relación a la perfección y consumación de la compraventa respecto del comprador, si la primera se ha cumplido y la segunda todavía no ha ejecutado. Vid. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, «Compendio de Derecho penal. Parte especial», Dykinson, S.L., Madrid, 1996, p. 222.

245. En este sentido en la doctrina Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Derecho Penal. Parte Especial», *cit.* pp. 635. En la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 17 de octubre de 1996, Pn. Eduardo Móner Muñoz (7575) y de 17 de octubre de 1996, Pn. Eduardo Móner Muñoz (7575); 24 de noviembre de 1993, Pn. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (9006); y 5 de diciembre de 2000, Pn. Joaquín Delgado García (10169).

246. Vid. SOTO NIETO, FRANCISCO, «El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando», *cit.*, p. 36; FRIGOLA, Joaquín, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, p. 271.

247. Considera peligroso la aceptación de formas imperfectas de ejecución en el Art. 368 CP entre otros: TAMARIT SUMALLA, JOSEPH MARÍA, «Drogas y derecho penal», *cit.*, p. 201.

248. Vid. Revisión jurisprudencial en este sentido de: ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses», *cit.*, pp. 164 y ss.

249. Cf. STS de 25 de marzo de 1993, Pn. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (2551). También véanse SSTS de 30 de mayo y 10 de octubre de 1997 citadas por: CLEMENT DURÁN, CARLOS, GARCÍA GONZÁLEZ, JAVIER, PASTOR ALCOY, FRANCISCO Y PÉREZ MARTÍNEZ, ANA «Las drogas en el Código penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios», *cit.*, 37.

250. Tal disponibilidad puede provenir de situaciones muy diversas, desde la posesión material a la espiritual que comprende la detentación, o coposesión, a distancia, sea o no compartida con otros detentadores directos e inmediatos.

251. Cf. STS de 25 de marzo de 1994, Pn. José Augusto de Vega Ruiz (1111).

252. Vid. En mismo sentido: Vid. FRIGOLA, JOAQUÍN, «Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», *cit.*, p. 271.

### D) Aproximándonos a los casos de delito imposible y desistimiento

Como anteriormente se apuntaba, la objetividad de las conductas ejecutivas imperfectas es una cualidad exigida por el ordenamiento jurídico para considerarlas como punibles (Art. 16.1 CP). Por lo cual, en el caso de faltar dicha condición, por ausencia del objeto o por la idoneidad de los medios o el sujeto, tal comportamiento no merecerá sanción penal alguna.

La citada objetividad para el caso particular del delito que nos ocupa, se interpreta en la materialidad del objeto jurídico; es decir, se requiere necesariamente que se posea, cultive, elabore, trafique, o en su caso, favorezca, facilite, o promocióne, sustancias apreciadas por la normativa internacional y nacional como drogas tóxicas prohibidas. Si tal condición no se presenta, o la sustancia no cuenta con la cualidad requerida, estaremos en la presencia de una tentativa inidónea o delito imposible<sup>253</sup>.

Sin embargo, esporádicamente el Tribunal Supremo ha considerado punible la ejecución de comportamientos de difusión ilícita, a pesar de que las sustancias no detentaban la cualidad de drogas prohibidas por el Art. 368 CP, en aquellos supuestos en donde el sujeto considera, equivocadamente, que concurren los elementos del delito<sup>254</sup>. Los requisitos que ha exigido para ello son: 1) Resolución de cometer el delito de realizar un acto tipificado penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2) mate-

rialización de tal intención en una actividad orientada a la consecución del propósito criminal buscado; 3) la no concurrencia del fin querido, bien por haber usado medios inidóneos con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los crea idóneos y carecía de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, o porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del objeto del delito; 4) presencia de antijuridicidad, esto es, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social o cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. Excluyéndose tan solo la punibilidad cuando la inidoneidad es absoluta<sup>255</sup>.

Por lo que toca al desistimiento<sup>256</sup>, su eficacia dependerá de circunstancias internas propias de la voluntad del agente. Es decir, si es originado por acontecimientos externos que conviertan inviable la ejecución de la acción criminal (v. g., peligro de ser detenido o extrema dificultad para lograr en ese momento el objetivo) dejará de ser eficaz<sup>257</sup>. Para que el desistimiento sea efectivo cuando se trata de un delito de tráfico de drogas, además de no estar viciado en su origen y provenir de dependientes de la propia voluntad del sujeto<sup>258</sup>, el tipo en estudio exige una cláusula adicional: que quien protagonice la acción encaminada a la producción del hecho delictivo no hubiese concurrido en ninguna forma de posesión del estupefaciente, pues en tales supuestos ya se le considera como delito consumado<sup>259</sup>.

253. También será el mismo caso, para aquellos supuestos en los que aunque las sustancias si se encuentre dentro de las denominadas ilícitas, ya no tenga las propiedades peligrosas que le dieron tal distinción. En este sentido: REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», *cit.*, pp. 160 y ss.

254. *Vid.* SSTS 16 de diciembre de 1996, Pn. Manuel Areal Álvarez (RJ 9660) y de 10 de noviembre de 1997, Pn. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (8033).

255. *Cf.* «Los Delitos de Tráfico de Drogas...»

256. Esta figura contiene una esencia netamente político criminal y tiene como objeto dar al autor de la conducta un estímulo final para que se desista de realizar algún comportamiento criminal MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «El desistimiento voluntario de consumir el delito», Bosch, Barcelona, 1972, pp. 18 y 19. Ampliamente sobre el tema, NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL, «El delito intentado» (*Presentación: Claus Roxin – Prólogo: Francisco Muñoz Conde*), Colex, Madrid, 2003, pp. 111 y ss.

257. *Vid.* MOLMENTI, MARIO, «El desistimiento voluntario en la tentativa», Librería Jurídica, Buenos Aires, 1953, p. 40; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, «El desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo (Memoria Doctoral)», Madrid, 1928, p. 23.

258. *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, «Salud pública y drogas tóxicas», *cit.*, p. 117.

259. Esta modalidad jurídica tiene la característica de que se puede usar para las dos primeras fases del *Iter criminis*, tanto para los actos preparatorios, como para la tentativa. En el caso de los actos preparatorios, la aplicación del desistimiento se lleva a cabo por la vía analógica (a favor del reo). *Vid.* JOSHI JUBERT, UJALA, «Los Delitos de Tráfico de Drogas...», *cit.*, p. 237.