

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas(*)

Félix María Pedreira González

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Los delitos de tráfico de drogas son una de las manifestaciones más evidentes del llamado “Derecho penal del enemigo”, caracterizado por una quiebra de los principios penales básicos, que no ha compensado desde ninguna perspectiva. Con frecuencia, el asunto de la degradación de los derechos y garantías de los ciudadanos se plantea como una cuestión exclusivamente, o casi exclusivamente, legislativa, sin advertir el relevante papel que los aplicadores del Derecho, y en particular los jueces y tribunales, desempeñan y pueden desempeñar en este ámbito, con su connivencia o con su resistencia. Se seleccionan, de entre la multitud de resoluciones de la jurisprudencia española sobre el tráfico de drogas, algunos ejemplos del importante papel que a estos efectos puede desempeñar los jueces y tribunales.

PALABRAS CLAVE: Tráfico de drogas, política legislativa, Derecho penal del enemigo, garantías.

ABSTRACT: The drug trafficking crimes are a clearly manifestation of the “enemy criminal law”, characterized by the collapse of basic criminal principles that have not been made them up in our days under any perspective. Frequently, the deterioration of the citizens’ rights and guaranties is seem as an exclusive, or almost exclusive, legislative matter, without realize the relevant role of those who implement the law, particularly judges and Courts, through their coexistence and resistance. It has been picked up, between huge amounts of Spanish case decisions about drug trafficking, some examples of the relevant role of the judges and courts for this effects.

KEY WORDS: Drug trafficking, legislative policy, enemy criminal law, guaranties.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. La lucha contra el tráfico de drogas. 3. La regulación de los delitos de tráfico de drogas en el Derecho penal español. 4. Algunos ejemplos de resoluciones relativas al tráfico de drogas en la jurisprudencia española.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

(*) El presente estudio se inserta en el Proyecto de I+D+I DER2015-63669-R, del Ministerio de Economía y Competitividad español, dentro del Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad.

1. Consideraciones previas

Puede observarse en diversos ámbitos del Derecho penal, sobre todo en aquellos influidos por intereses políticos, generalmente de rentabilidad electoral a corto plazo, que se pasa de la desprotección penal más absoluta a un exceso de protección que desconoce los límites más elementales del Estado de Derecho. Si a ello se une la frecuente ineficacia e ineficiencia de este tipo de planteamientos, no resulta difícil advertir y concluir que las cosas no se están haciendo bien. Pero lo cierto es que ello no impide que muchos se adscriban a estos planteamientos, que se pasen al extremo opuesto, en el que todo vale, y en el que las garantías y principios que con tanto esfuerzo habíamos desarrollado, parece que se quedan en nada o incluso son un obstáculo innecesario.

Sin embargo, esto no es una realidad aislada, sino que se integra en un contexto político más amplio, en una lamentable evolución de la política hacia el populismo, hacia el dar la apariencia de que se abordan los problemas, aunque en verdad no se resuelvan, hacia el conceder lo que el pueblo intuitiva y apasionadamente reclama sin advertirle que eso no resuelve nada, y que incluso puede empeorar y agravar las dificultades. Se trata, en definitiva, de un contexto político más amplio de profunda y enorme irresponsabilidad, de rentabilidades electorales a corto plazo, de dictado de leyes sin poner los recursos necesarios para ejecutarlas, de apariencias. Pero no es un contexto político sin trascendencia, sino con una enorme repercusión sobre el sistema democrático de Derecho, que lo sufre en sus cimientos más esenciales. A este panorama se une otro hecho preocupante, como lo es la carencia de alternativas, pues incluso los partidos políticos que tradicionalmente se caracterizaron por la defensa de estos valores se han unido a esta tendencia, populista y desbocada, y no están dispuestos a abandonarla en su lucha por el poder. Tampoco para los nuevos actores del escenario político, pretendidamente novedosos y tanto o más populistas, parece una prioridad la defensa de los límites propios del Estado democrático de Derecho o, como mucho, de una forma muy sesgada y selectiva.

En este contexto, se ubica también el denominado “Derecho penal del enemigo”. Acuñada por GÜNTHER JAKOBS, la noción de “Derecho penal

del enemigo” hoy sirve, en el lenguaje jurídico-penal, para identificar los rasgos de una tendencia político-criminal marcada por objetivos eminentemente preventivos y, sobre todo, encaminada a ciertas formas de criminalidad consideradas de especial gravedad, dentro de las que cabe clasificar como supuestos paradigmáticos el narcotráfico y el terrorismo. Con esto queremos decir que, aunque dicha propensión se acentúa en relación con actividades delictivas como las que acabamos de citar, también es posible detectar sus particularidades en otros marcos de regulación que atienden delitos de menor entidad y que, no pocas veces, son creados con el claro afán de dar respuestas a los requerimientos sociales o a determinados grupos de presión.

Pero para comprender mejor la base de este planteamiento, el estudio del concepto “Derecho penal del enemigo” aconseja la consideración de su polo antagónico, esto es, el “Derecho penal del ciudadano”, pues éste constituye el indicador que constata las manifestaciones de aquél cuando se sobrepasan sus límites. En teoría, el Derecho penal del ciudadano representaría al Derecho penal del Estado de Derecho y el Derecho penal del enemigo su antítesis. Sin embargo, aunque es posible verificar la existencia de dos tratamientos distintos que forman parte de un mismo sistema legal, se trata de dos polos opuestos que conviven, que se solapan y que se desarrollan en un sólo escenario jurídico-penal, dos tendencias antagónicas que se superponen, que se entremezclan, que pueden combinarse o interactuar en un solo supuesto de incriminación. Eso es así porque, como explica JAKOBS, ambos esquemas de intervención penal no se dan en la praxis de un modo puro, sino que más bien sus respectivos rasgos o manifestaciones suelen aparecer simultáneamente en el tratamiento de un mismo delito o sector criminal, aunque es verdad que sobre determinados ámbitos delictivos, como el narcotráfico y el terrorismo en particular, y la delincuencia organizada en general, la balanza se inclina, y de manera considerable, hacia el Derecho penal del enemigo.¹

Así pues, el Derecho penal del ciudadano se constituye como un esquema de regulación penal que confiere al autor o presunto autor de un delito un tratamiento que se ciñe a los criterios que informan el Derecho penal del Estado de Derecho, lo que conlleva

¹ Véase JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, pp. 23 y 24.

el reconocimiento de su condición de “persona o ciudadano”, o lo que es lo mismo, el respeto de cuantos derechos y garantías sustantivas y procesales ordena dicha configuración estatal. En esta medida, la acción delictiva es percibida como un quebrantamiento puntual del sistema penal, como una irritación aislada u ocasional,² como un desliz reparable³ o, inclusive, como un simple error,⁴ de modo que respecto de su autor todavía se mantiene la confianza en que, en el futuro, se conducirá con fidelidad a la norma.⁵

En contraposición a este modelo, aparece el Derecho penal del enemigo, que es una estrategia legislativa dirigida a ciertos sujetos que son identificados como tales, individuos que, en consecuencia, son despojados del estatus de persona y, por consiguiente, de una serie de derechos y garantías que, por mandato universal, son inherentes a todo ser humano. De acuerdo con la descripción de JAKOBS, ello se debe a que el sistema identifica en el enemigo una clara tendencia a la comisión de delitos o, si se quiere, su predisposición a quebrantar el orden establecido, lo que ocasiona que de él presuma que ya no cumplirá con la expectativa de un comportamiento personal en lo fundamental. Por eso se le considera enemigo, al que hay que declarar la guerra, al que hay que derrotar, al que hay que neutralizar por distintas vías para bloquear el permanente estado de trasgresión a la norma penal que de él se infiere.

Conforme a la visión de JAKOBS, los rasgos preventivos del Derecho penal del enemigo se reflejarían en la configuración formal de los tipos penales con la criminalización en estadios muy previos a la lesión del bien jurídico, tan previos que se diluirían los límites del *ius puniendi* estatal, siendo la manifestación más representativa y preponderante de este adelantamiento de la intervención penal la utilización de delitos de peligro abstracto. Ese sería el caso, según el penalista alemán, de la punición de conductas tan alejadas de producir lesión al bien jurídico como la mera

fundación o constitución de organizaciones o grupos criminales,⁶ lo cual implicaría una injerencia estatal en la esfera privada de las personas y un retroceso al Derecho penal de autor, quedando vulnerados, como indicador de ello, principios tan elementales como el principio del hecho y el principio de ofensividad.⁷ Lo anterior vendría acompañado de la intensificación desmedida del rigor punitivo y, por ende, de la trasgresión al principio de proporcionalidad.⁸ Éste sería el único recurso del legislador tras haber perdido el interés por reinsertar a los autores de esta clase de acciones criminales, dada la presunción sobre ellos acerca de su manifiesta peligrosidad y renuencia a desvincularse de un incesante estado de contravención al orden penal. Mejor optaría por aumentar, hasta el máximo posible, las penas privativas de libertad a fin de neutralizar al sujeto etiquetado como enemigo y así evitar su reincidencia en el futuro. La pena se orientaría, pues, antes que a la prevención especial, a la inocuización de los enemigos, a la segregación de todos aquellos que ya no garantizarían un comportamiento personal conforme a Derecho y por eso serían enemigos, a los que ya ni siquiera se les reconocerían los derechos y garantías más elementales.

Todo lo anterior evidenciaría que la expresión “lucha” o, incluso, “guerra” contra determinados tipos de criminalidad no es sólo cuestión de palabras sino de contenidos; y también así lo demostrarían las medidas de persecución, investigación y enjuiciamiento criminal que son empleadas contra las formas de delincuencia que son fijadas como objetivo en esta “guerra”. De hecho, se alude a la existencia de un “Derecho procesal penal del enemigo”,⁹ que destacaría por la supresión de los componentes procesales esenciales para el funcionamiento de la maquinaria garantista que ordena el Estado de Derecho, porque, en esta guerra, derechos tan básicos para el sujeto procesal o sometido a investigación como el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, el

² Véase JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, trad. PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., Madrid, 1997, p. 299.

³ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 36.

⁴ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 47.

⁵ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 37.

⁶ Véase JAKOBS, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Buenos Aires, 2006, pp. 109 y ss.

⁷ Véanse JAKOBS, G., “Criminalización...”, ob. cit., pp. 293 y ss., y particularmente, pp. 294, 298 y 299; del mismo, “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., pp. 61 y 62.

⁸ Véase JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., pp. 41 y 42.

⁹ AKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., pp. 44 y ss.

derecho a no recibir tratos crueles e inhumanos (como la detención en régimen de incomunicación) y la presunción de inocencia dejarían de tener vigencia en aras de la seguridad. Se trataría, por lo tanto, de una línea político-criminal centrada en etiquetar (estigmatizar) a ciertos individuos como posibles peligros sociales para justificar su “inocuidad” en cualquier etapa y forma en que el poder punitivo del Estado pueda desplegar sus efectos sobre ellos.

Conviene insistir, no obstante, que tanto el Derecho penal del ciudadano como el Derecho penal del enemigo, a pesar de su utilidad conceptual a los efectos de analizar y valorar las modernas tendencias legislativas, son dos tipos ideales que, en Derecho positivo, difícilmente se desarrollarán de un modo puro, siendo lo común, en cambio, que se combinen o que se mezclen, sin perjuicio de que existan supuestos de tratamiento penal en los que se acentúe el Derecho penal del enemigo. Tomarlo en consideración otra vez tiene importancia, por cuanto que JAKOBS precisamente llama la atención respecto de la contaminación que ha venido sufriendo el Derecho penal (del ciudadano) debido a que en él se han venido integrando distintas disposiciones y figuras delictivas que reflejan una clara injerencia estatal en la vida privada de las personas, que vulneran sus principios informadores y cuya finalidad prioritaria no es otra que la de neutralizar a individuos que son identificados como fuentes de peligro. Lo anterior no sería más que la descripción de una línea político-criminal si no fuera porque el penalista alemán viene a proponer, antes que la eliminación de esas medidas penales contrarias al Estado de Derecho, su separación a un marco de regulación específico, aislado y diferente, en el que no existan restricciones para combatir a los sujetos peligrosos y sin que para dar cumplimiento a este objetivo tenga relevancia, inclusive, despojarlos de su condición de persona o, si se quiere, de su dignidad y de sus más elementales derechos.

Por esos cauces, a juicio de JAKOBS, debería conducirse la regulación del Derecho penal del enemigo, porque ello, según refiere, por lo menos supone un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva.¹⁰ Sostiene que sería menos peligroso, bajo el prisma del

Estado de Derecho, un Derecho penal del enemigo claramente delimitado, que entremezclar sus fragmentos con todo el Derecho penal.¹¹ Así llega a establecer que, en estas condiciones, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, en la medida en que vincula a los ciudadanos y, exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Sin embargo, posteriormente matiza que el Derecho penal del enemigo no implica una regulación para la “aniquilación ilimitada”, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada de manera consciente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente.¹²

Pero, por mucha sutileza que se pretenda otorgar a esta clase de propuestas, ello no les resta ilegitimidad, al menos a mi juicio. En efecto, lo que a este respecto se pone de relieve es que las disposiciones que presentan los signos típicos de este esquema normativo son incompatibles con el Estado de Derecho; son, en definitiva, una anomalía desde el punto de vista de esta evolucionada estructura estatal y de ahí que deba exigirse con contundencia su eliminación de la legislación destinada a garantizar su funcionamiento. Así, desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos fundamentales y de las garantías sustantivas y procesales, el Estado de Derecho no admite tratamientos diferenciados para sus destinatarios, puesto que, dada su condición humana (personas), son portadores de dignidad, de esos derechos fundamentales y de esas garantías penales y procesales, y ello, en ningún caso, porque un sistema decida concedérselos, sino por la elemental razón de que, por mandato universal, dicho sistema debe reconocer que les son inherentes.

Tampoco creemos que el hecho de trasladar el Derecho penal del enemigo a un marco de regulación específico para apartarlo del Derecho penal del ciudadano resuelva los problemas, pues aun así la disfunción permanecerá. Con esto, lo único que se conseguiría sería cambiar la ubicación del problema, toda vez que las medidas se seguirían aplicando dentro de un orden que las rechaza. En efecto, en sustancia, la transgresión del Estado de Derecho no cesaría; simplemente sería llamada de otra forma y se concentraría en un esquema normativo especial que continuaría ha-

¹⁰ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 24.

¹¹ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 55.

¹² Véase JAKOBS, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, ob. cit., p. 107.

bilitando la extralimitación estatal y tal vez con mayor crudeza. Además, previsiblemente, la estructuración de una legislación excepcional ni siquiera evitaría la propagación del fenómeno, pues además de otorgarle una pretendida legitimidad, la realidad prueba que, cualitativa y cuantitativamente, se trata de un fenómeno en expansión que hasta ahora no ha sido posible frenar. Menos aún habría garantía de que la vigencia de estas medidas excepcionales fuera limitada en el tiempo o transitoria, porque la experiencia también demuestra que esta clase de decisiones tiende a perpetuarse en el tiempo y que resulta muy difícil recuperar los derechos y garantías perdidos. En fin, con todo ello se seguiría dando respaldo legal a la extralimitación, y eso es lo que denuncia y pretende evitar, con acierto a nuestro juicio, la doctrina jurídico-penal mayoritaria.

En efecto, lo que se denuncia y se trata de impedir es que el Derecho penal del enemigo forme parte de la legislación y que se expanda progresivamente hasta ganar terreno al Derecho penal del ciudadano.¹³ Con razón se afirma que no basta con identificar aquellos sectores del Ordenamiento que responden a la lógica del Derecho penal del enemigo, sino que, adicionalmente, deben desaparecer.¹⁴ Además, ya sabemos que el hecho de permitir la posibilidad de dedicar un tratamiento de excepción—de por sí ilegítimo— a contadas manifestaciones delictivas, abre la puerta para que el problema se propague, se agudice y se establezca dentro de lo ordinario. Cabe considerar que una concesión de este tipo, por mínima que sea, no suele permanecer estática, siendo por el contrario lo común que sea el punto de inicio para ir obteniendo concesiones hasta asumir el formato como algo convencional; un problema crónico que difícilmente podrá reconducirse y, precisamente, de lo que se trata es de advertir la existencia del latente peligro de que ello se extienda a otros sectores delictivos—como ciertamente ha venido sucediendo— hasta el punto de que el Derecho penal del enemigo se convierta en una práctica habitual en las legislaciones penales y, entonces, el Estado de Derecho acabe siendo más una ilusión que una realidad.

En definitiva, el “Derecho penal del enemigo”, en principio, se configura como un Derecho penal de excepción, pero cada vez se generaliza más a otros

sectores, convirtiéndose en un fenómeno preocupante e insaciable que no se sabe dónde acabará ni al grado de retroceso histórico al que nos puede abocar. Se trata de un Derecho caracterizado por una anticipación llamativa de las barreras de protección penal, un Derecho que intenta adelantarse a la lesión del bien jurídico con un planteamiento ultra-preventivo: delitos de peligro abstracto, de riesgo remoto para los bienes jurídicos, en los que el juicio de peligro es establecido directamente por el legislador, sin que sea preciso verificar en el caso concreto que ha existido efectivamente ese peligro; lesión del principio de legalidad mediante tipos vagos e indeterminados; lesión del principio de proporcionalidad, mediante el establecimiento de penas que no se corresponden con la entidad del delito; asimilación de la participación y de la autoría, así como de la preparación, tentativa y consumación, a través de la multiplicación de los verbos típicos (por ejemplo, “el que promueva, favorezca, facilite...”); delitos imprescriptibles o con plazos de prescripción desproporcionados; figuras como el “agente provocador”, próximo a un inductor, el agente encubierto, que se introduce en la propia organización criminal, el denominado “arrepentido”, que frecuentemente, más que un verdadero arrepentido, es un resentido, por lo que sus declaraciones deberían ser tomadas con las debidas cautelas, etcétera.

Y la pregunta que hay que hacerse es si merece la pena acabar con los principios y garantías propios del Estado de Derecho de esta manera. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, pues la respuesta positiva, en gran medida, es tanto como dar la razón a los llamados “enemigos del sistema”, que odian nuestro sistema de convivencia, quieren cambiarlo, y nosotros, de este modo, estamos cediendo a sus pretensiones, reduciendo los derechos y garantías individuales, auto-bombardeando los pilares básicos de ese sistema que decimos proteger, de manera que nuestro sistema se parece cada vez más a sus sistemas o subsistemas autoritarios o totalitarios, por lo que de algún modo nosotros mismos les estamos sirviendo “en bandeja de plata” que nos ganen la batalla. Lejos de intentar apuntalar, en la medida de lo posible, los cimientos de nuestro sistema de convivencia, aun asumiendo y ex-

¹³ Véanse MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, núm. 16, 2005, pp. 123 y ss, sobre todo, pp. 135 y 136; QUINTERO OLIVARES, G., *A dónde va el Derecho penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, 2004, pp. 129 y 136; ZAFFARONI, R., *El enemigo en el Derecho penal*, México, 2007, pp. 23 y ss., entre otros.

¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”, en AA.VV., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, ob. cit., pp. 978, 999 y 1000.

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

plizando que ello tiene un precio, éstos resultan bombardeados por ambos lados, debido en gran medida a la irresponsabilidad de unos dirigentes políticos, integrados en unos partidos cuyo propio funcionamiento interno roza, cuando no supera, la anomalía democrática, prioritariamente interesados en mantener e incrementar el poder a toda costa y en defender sus propios intereses.

2. La lucha contra el tráfico de drogas

Las actividades relacionadas con el tráfico ilegal de drogas son uno de los ejemplos paradigmáticos y más claros del tratamiento penal y procesal penal al que nos hemos referido. En efecto, el marco de regulación penal que se dedica a la punición de las actividades relacionadas con el tráfico de drogas suele integrar disposiciones que encajan manifiestamente en las particularidades señaladas. Ello viene impulsado por la influencia que tiene la tendencia internacional sobre gran parte de los Estados, puesto que de forma paulatina se ha ido extendiendo el compromiso de los gobiernos de perseguir con rigor esta clase de delitos y sancionarlos con penas elevadas, lo cual, en buena medida, se desarrolla mediante instrumentos, tanto multilaterales¹⁵ como bilaterales,¹⁶ que regularmente se ciñen a la línea marcada por los miembros de la Comunidad internacional que mayor peso tienen en el escenario mundial. Y ya desde esta plataforma legal internacional se establece la idea de emprender una “lucha” o “combate” contra las drogas o, mejor, contra determinadas drogas.

Partiendo de esta base, y teniendo en cuenta el planteamiento descriptivo desarrollado por JAKOBS, resulta que el tratamiento penal destinado a la delincuencia relacionada con el tráfico de drogas suele caracterizarse por punir la fundación o constitución de organizaciones criminales, así como por intensificar el rigor punitivo sobre los jefes, encargados o administradores de la organización, y ello sin dejar de lado que la pena que comúnmente se aplica sobre los meros integrantes de esta clase de organizaciones delictivas ya es muy elevada. Además, si interpretamos que en el Derecho penal del enemigo se integran aquellas disposiciones que se extienden a todos los que se vinculen o que se sospeche que tienen vínculos con el ámbito delictivo que estigmatiza, entonces no existe inconveniente para clasificar dentro de dicho esquema normativo a la equiparación de la participación con la autoría y a la asimilación de la preparación, tentativa y consumación, pues también éstos son rasgos que frecuentemente presenta la legislación penal relativa al tráfico de drogas. Y sólo por citar algún ejemplo en el plano procesal, cabe aludir al método de investigación del agente encubierto, cuyo desarrollo queda formalmente habilitado por la combinación que se da entre la naturaleza del delito y su preparación y ejecución en el marco de una organización criminal, esto es, por el hecho de que concurren los elementos a partir de los cuales se configura la delincuencia organizada.

En definitiva, como se ha dicho, precisamente los delitos de tráfico de drogas son una de las manifestaciones más evidentes de este llamado “Derecho penal del enemigo”, de esta quiebra de los principios y ga-

¹⁵ Véanse, entre otros instrumentos, la “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 y abierta a la firma el 12 de diciembre del mismo año; la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988; el “Convenio sobre sustancias psicotrópicas”, acordado en Viena el 21 de febrero de 1971; la “Convención única de 1961 sobre estupefacientes”, organizada en Nueva York el 30 de marzo de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972. Del marco jurídico de la Unión Europea, *vid.*, la “Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas”; la “Decisión 2003/847/JAI del Consejo, de 27 noviembre de 2003, sobre las medidas de control y las sanciones penales con respecto a las nuevas drogas sintéticas 2C-I, 2C-T2, C-T-/ y TMA-“; la “Decisión 2008/206/JAI del Consejo, de 3 de marzo de 2008, por la que se define la 1-benzilpiperacina (BZP) como una nueva sustancia psicotrópica que debe estar sujeta a medidas de control y sanciones penales”.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, el “Acuerdo entre Los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España de cooperación en materia de prevención del uso indebido y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, firmado en la Ciudad de México, el 6 de noviembre de 1997; el “Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre cooperación para combatir el narcotráfico y la farmacodependencia”, celebrado en la Ciudad de México, el 23 de febrero de 1989; la “Iniciativa Mérida”, que constituye un acuerdo de cooperación bilateral entre México y los Estados Unidos de América celebrado en marzo de 2007, en virtud del cual ambas partes se comprometen a imprimir mayor eficacia en la lucha contra las organizaciones criminales y, especialmente, contra aquellas dedicadas al narcotráfico, al tráfico de armas, al tráfico de personas, a la realización de actividades financieras ilícitas y al tráfico de divisas; la “Segunda Reunión del Grupo de alto nivel”, de 23 de marzo de 2010, celebrada entre los presidentes de México y los Estados Unidos de América, que dio como resultado la “Declaración conjunta sobre cooperación bilateral contra la delincuencia organizada transnacional”.

¹⁷ AA.VV., en *Drogas: ¿Legalización? (Memoria del Simposio Internacional Argentina-España-México)*, UNAM, México, 2010, pp. 88 y ss.; LÓPEZ BETANCOURT, E., *Drogas. Su legalización*, México, 2009.

rantías penales, de esta lucha sin límites. Y la pregunta que hay que hacerse, sin más dilación, es si verdaderamente compensa. En este sentido, la doctrina especializada ya ha puesto de manifiesto, con numerosos datos y argumentos sólidos, que si el objetivo de esta política es erradicar el comercio y el consumo de estas sustancias, puede afirmarse llanamente que ha sido un fracaso.¹⁷ Además, el consumo y comercio de drogas han originado consecuencias sociales desastrosas: un grado de violencia inusitado, con innumerables muertos, corrupción política, daños a la salud pública derivados no sólo de los posibles efectos nocivos sobre la salud de los consumidores, sino en especial de las condiciones de clandestinidad que ha generado la prohibición (adulteración, desarrollo de sustancias sintéticas cada vez más potentes y tóxicas...). El problema ha alcanzado tales dimensiones, sobre todo en algunos países como México, que ya se está planteando si esta política de prohibición no está provocando más costes que beneficios, con una enorme asignación de recursos públicos con muy escasos resultados. Lo que se está planteando, dicho en palabras claras, no es otra cosa que la legalización de las drogas.¹⁸

Sin embargo, en mi humilde opinión, tampoco este debate puede plantearse en México de forma general o de forma aislada, pasándonos otra vez de un extremo a otro sin la debida reflexión. No puede resolverse de forma general en el sentido de que es preciso tener en cuenta los perfiles específicos del problema mexicano, es decir: creo que el debate de la legalización no puede plantearse aquí, al menos exclusivamente, en torno a las “drogas blandas”, fundamentalmente los derivados del cannabis, lo que resolvería poco o nada, sino que tiene que pasar por las llamadas “drogas duras”. Con ello no queremos decir que los recientes debates en México sobre la legalización del consumo de marihuana no supongan un avance, pero conviene situarlos en su justa trascendencia, entre otras razones para evitar una injusta y mayor frustración. Tampoco se puede obviar que este problema se encuentra íntimamente conectado no sólo con la salud pública, sino también con un gravísimo problema de criminalidad organizada; y mucho menos se puede dejarse de lado la vinculación con el grave problema de la corrupción pública, que

probablemente sea un presupuesto para abordar adecuadamente este y otros muchos problemas serios de México. Pero tampoco, como se ha dicho, el debate puede plantearse de forma aislada, en el sentido de que legalizar las drogas en México, mientras los países destinatarios y potenciales receptores de esas drogas, que proporcionan esos ingentes beneficios económicos, continúen en la ilegalización, previsiblemente no sólo no resolvería el problema principal y los graves problemas asociados al mismo, que ya hemos mencionado, sino que incluso podría agravarlos. En esta línea de pensamiento, GONZÁLEZ RUS ha afirmado que “la legalización solo es planteable en términos de mínima eficacia mediante una respuesta global, cuando todos los países, productores, distribuidores y receptores, lleguen a los acuerdos mínimos necesarios para una eventual legalización y regularización de los mercados. La respuesta aislada de un Estado es inútil desde un punto de vista global, y hasta contraproducente para los intereses directos del Estado que la asume”.¹⁹ Posiblemente sea por estos acuerdos por los que hay que luchar y dedicar los recursos necesarios, que no serán más que una cantidad insignificante frente al despilfarro de recursos públicos con escasos o nulos resultados que se está haciendo para intentar solventar un problema que no se resuelve. Tampoco sería comparable con el enorme gasto ineficaz e ineficiente que se viene haciendo hasta ahora, dedicar los recursos necesarios a la educación y concienciación realista de los daños derivados del consumo de drogas, así como a la investigación.

Pero también hay un coste, quizá menos visible, pero tanto o más trascendente que el coste económico de esta lucha sin límites, como lo es el coste en materia de derechos y garantías, el coste para nuestros sistemas jurídicos. Y la pregunta que se plantea, en este caso, es si merece la pena acabar con los principios y garantías propios del sistema democrático de Derecho a través de este enfoque del problema. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, por varias razones: desde un punto de vista general, como se ha dicho, la respuesta positiva, en gran medida, es tanto como dar la razón a los llamados “enemigos del sistema”. Desde un punto de vista particular, referido al tráfico

¹⁸ Este debate, sin embargo, no es nuevo, y así, por ejemplo, FERRÉ OLIVÉ, a finales de los años ochenta del pasado siglo, ya se manifestaba favorable a la descriminalización con argumentos convincentes (FERRÉ OLIVÉ, J.C., “La descriminalización del tráfico y tenencia de drogas como alternativa político-criminal”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 52, Buenos Aires, 1989, pp. 11 y ss.).

¹⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Drogas: ¿Legalización?* (*Memoria del Simposio Internacional Argentina-España-México*), cit., p. 99.

de drogas, como ya se ha puesto de manifiesto, si el objetivo de esta política criminal era el de erradicar el comercio y consumo de estas sustancias, como vía para acabar también con sus problemas asociados, puede afirmarse que ha sido un rotundo fracaso. Por lo tanto, por muy poco que se valoren los derechos, garantías y principios propios del Estado democrático de Derecho, se trata de un coste muy elevado, dados los escasos o nulos resultados, y no digamos ya dadas las consecuencias contraproducentes.

Pero dado que no es previsible, al menos a corto plazo, que esta política criminal vaya a cambiar en sus rasgos esenciales, también resulta conveniente hacer un planteamiento, no tanto de lo que sería más o menos deseable, sino de lo que podemos hacer con lo que tenemos. Es decir, ¿qué podemos hacer en nuestros contextos legales para tratar de abordar el problema sin ese profundo deterioro de nuestro sistema de derechos y garantías? Y en la respuesta a esta pregunta verdaderamente creemos que los jueces y tribunales pueden aportar y desempeñar un papel trascendental como muro de contención, en defensa de los límites del Estado democrático de Derecho. En efecto, con frecuencia, el asunto de la degradación de los derechos y garantías de los ciudadanos se plantea como una cuestión exclusivamente, o casi exclusivamente, legislativa, sin advertir el relevante papel que los aplicadores del Derecho, y en particular los jueces y tribunales, desempeñan y pueden desempeñar en este ámbito, con su connivencia o con su resistencia. Aunque pueda resultar evidente, del mismo modo que los efectos de un buen Derecho, ajustado a las exigencias de un Estado democrático de Derecho, pueden quedar seriamente cercenados por los aplicadores del mismo, sobre todo cuando operan sin ninguna responsabilidad en la práctica, como resulta demasiado frecuente, los efectos de un mal Derecho, con desajustes, pueden ser limitados de un modo relevante por los aplicadores del mismo. México ya ha dado un ejemplo con sus recientes resoluciones, hasta el punto de que el gobierno y la Cámara de Diputados han comenzado una serie de debates sobre la legalización de la marihuana, después de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación amparara a cuatro ciudadanos que pretendían sembrar, transportar y consumir cannabis con fines recreativos. A ese fallo, que ha empujado a posicionarse a la clase política, se sumó la otra resolución judicial que permitió en el país la entrada de un derivado del cannabis con

fines medicinales, sobre la base del caso de Graciela, la niña de ocho años que sufre constantes ataques de epilepsia.

Posteriormente, nos referiremos a la experiencia jurídica española, seleccionando, de entre la multitud de aportaciones jurisprudenciales, algunas que, a nuestro juicio, están en esta línea y constituyen un ejemplo del importante papel que a estos efectos pueden desempeñar los jueces y tribunales. Pero antes recogeremos la regulación de estos delitos en el Código Penal español, que, por otra parte, se encuentra en la línea de las restantes legislaciones penales europeas, que son fruto de los mismos tratados internacionales y, en tal medida, responden a principios similares y reflejan las mismas posiciones en lo esencial.

3. La regulación de los delitos de tráfico de drogas en el Derecho penal español

En el Código Penal español los delitos de tráfico de drogas se encuentran regulados en el Capítulo III (“De los delitos contra la salud pública”), del Título XVII (“De los delitos contra la seguridad colectiva”), del Libro II, a través de los siguientes artículos:

“Artículo 368:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis 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.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

Artículo 369:

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.^a El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.
- 2.^a El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
- 3.^a Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.
- 4.^a Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.
- 5.^a Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.
- 6.^a Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.
- 7.^a Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.
- 8.^a El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

2. [...]

Artículo 369 bis:

Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del valor de la droga cuando la

cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

- b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 370:

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

- 1.^o Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
- 2.^o Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.^a del apartado 1 del artículo 369.
- 3.^o Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

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

Artículo 371:

1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Conven-

ción de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2.

Artículo 372:

Si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo funcionario público, trabajador social, docente o educador; en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Artículo 373:

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores.

Artículo 374:

En los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales:

- 1.ª Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.*
- 2.ª Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.*

Artículo 375:

Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

Artículo 376:

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

Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la

pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabitación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.

Artículo 377:

Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 a 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener.

Artículo 378:

Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 361 al 372 se imputarán por el orden siguiente:

- 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.*
- 2.º A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.*
- 3.º A la multa.*
- 4.º A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.*
- 5.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.”*

Con todo, resulta preciso reconocer que, a través de la reforma penal que entró en vigor en España el 23 de diciembre de 2010, se llevaron a cabo, entre otras, dos modificaciones en el art. 368 del Código Penal español, que, desde nuestro punto de vista, mejoraron la regulación anterior, aunque la regulación vigente todavía diste mucho de la perfección. En primer lugar, se redujo de nueve a seis años el límite máximo de la pena en el caso de drogas que causan grave daño a la salud, lo cual venía siendo una demanda más o menos explícita de la jurisprudencia española, que frecuentemente se resistía a semejante exceso, moviéndose en la mitad inferior de dicho marco penal. Esta reforma, que también tiene incidencia en las agravantes específicas de los arts. 369 –pena superior en grado– y 370 –pena superior

en uno o dos grados–, así como en todos aquellos supuestos en que sea preciso tomar como referencia el marco penal del art. 368, supuso una mejora de la regulación, no sólo desde el punto de vista del mandato de determinación, al limitar la llamativa amplitud del marco penal, sino también desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, pues no puede dejarse de advertir la distorsión valorativa que supone castigar estos delitos con penas próximas al homicidio o, incluso, al asesinato. También se incluyó la cláusula contemplada en el párrafo segundo del art. 368 CP, que faculta a los tribunales para imponer la pena inferior en grado a las señaladas, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, salvo que concurriera alguna de las agravaciones referidas en los arts. 369 bis y 370. Aunque pueda resultar discutible el carácter facultativo de esta atenuación (“*los tribunales podrán*”), pues las circunstancias discrecionales siempre comportan un riesgo de fomentar la desigualdad, es positivo que, al menos, ya se contemple esta posibilidad. Como efecto reflejo, también resulta positivo que se incrementaran las posibilidades de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 y ss. del Código Penal español), evitando en mayor medida un ingreso en prisión que raras veces produce el efecto deseado desde el punto de vista preventivo especial, cuando no genera el efecto inverso al pretendido.

4. Algunos ejemplos de resoluciones relativas al tráfico de drogas en la jurisprudencia española

Como es sabido, uno de los límites esenciales al *ius puniendi* es el principio de legalidad, como límite sustancial derivado de la consideración del Estado como Estado de Derecho (art. 25 de la Constitución española y arts. 1 y ss. del Código Penal español). Pero junto con este límite al *ius puniendi*, absolutamente necesario pero eminentemente formal, resultan imprescindibles otras restricciones de carácter material, esto es, relativas al contenido de la potestad punitiva del Estado, para evitar que el papel activo que ha de desempeñar el mismo en la protección de la convivencia social se convierta en un intervencionismo opresivo y antidemocrático, cuando no en un efecto perverso desde una perspectiva político-criminal global. En este ámbito debe tenerse en cuenta, especialmente, el denominado principio de ofensividad, lesividad o prin-

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

cipio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que puede verse como una implicación del Estado social y democrático de Derecho, y en cuya virtud todo delito debe de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.²⁰

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en España estiman que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la salud pública, como bien jurídico de carácter colectivo.²¹ Ello nos introduce en la cuestión de los bienes jurídicos colectivos, cuya protección, actualmente, aparece como una exigencia en el marco del desarrollo del aspecto social del Estado. Sin perder el necesario equilibrio, hoy día el Derecho penal, junto con las restantes ramas del Derecho, y con respeto al principio de intervención mínima o de menor injerencia posible, también está llamado a intentar proteger de un modo eficaz esta clase de bienes jurídicos. Actualmente, no se discute que el Estado, en su dimensión social, está obligado a tomar las medidas necesarias para tutelar la salud pública. Asimismo, es algo comúnmente asumido que dicha tutela ha de llevarse a cabo también a través del Derecho penal, aunque en todo caso, insistimos, de forma acorde con el principio de intervención mínima, que implica que el Derecho penal únicamente debe

intervenir en los casos de ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. La salud pública se configura, así, como un bien jurídico colectivo digno de protección penal.

Por otra parte, si bien vinculado con lo anterior, la doctrina mayoritaria estima que el denominado delito de tráfico de drogas se configura como un delito de peligro abstracto.²² En la misma línea se manifiesta la jurisprudencia mayoritaria y así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 444/2005 de 11 de abril señala que “*el delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión*”.²³ Este tipo de delitos, en los que el riesgo para el bien jurídico es remoto, puede plantear problemas desde el punto de vista del principio de ofensividad.

Por ello, no conviene confundir el peligro abstracto ni con la ausencia de verdadero peligro, ni con un pretendido peligro presunto, ni con un delito de simple desobediencia o formal. Ello ha terminado aceptándolo el Tribunal Supremo español, que, frente a cier-

²⁰ También para el Tribunal Constitucional español la protección de un bien jurídico es un requisito para la limitación de derechos constitucionales. En este sentido, la Sentencia 24/2004 de 24 de febrero señala: “[...] *la imposición de sanciones penales sólo puede considerarse proporcionada y constitucionalmente legítima, si resulta necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos [...]*”. Al bien jurídico generalmente se le atribuyen diversas funciones, como la función de límite frente al legislador ordinario, la función sistemática, la función de criterio de medición de la pena y la función de guía en la interpretación. Esta última función, como veremos, resulta clave en esta clase de delitos, permitiendo saber qué comportamientos quedan incluidos en el ámbito de aplicación de los preceptos y excluir las conductas que, aunque formal y aparentemente pudieran entrar en el amplísimo tenor literal de los mismos, son incapaces de afectar al bien jurídico protegido. Sin embargo, lo cierto es que las dificultades aparecen cuando se intenta concretar el concepto de bien jurídico, a los efectos de que pueda cumplir las funciones que tiene atribuidas, algo que, desde nuestro punto de vista, puede conseguirse razonablemente a través de la vinculación del bien jurídico con la Constitución. De esta forma, el ilícito penal puede concretarse únicamente en la lesión o puesta en peligro de un *valor constitucionalmente relevante* (vid, un desarrollo de esta postura en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, Madrid, 1991, pp. 5 y ss.).

²¹ Véanse, en este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia, 2002, pp. 18 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas. I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, 1999, pp. 33 y ss., quien se refiere también a otras posiciones doctrinales minoritarias que fueron manejadas ya hace años por la doctrina española y que hoy día ya están prácticamente abandonadas, como la relativa a la libertad del consumidor, al interés del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes e, incluso, a las tesis pluriofensivas, que mantienen que los delitos de tráfico de drogas sirven a la protección de varios bienes jurídicos, como la salud pública, intereses económicos y políticos o, incluso, la seguridad en general; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Madrid, 2000, pp. 54 y ss. Dicho bien jurídico encuentra reflejo en la Constitución española, algo que en nuestra opinión resulta esencial, como se ha señalado con anterioridad. Este reconocimiento se lleva a cabo, fundamentalmente, en el artículo 43, apartados 1 y 2. Con arreglo al apartado 1, “se reconoce el derecho a la protección de la salud”, y en el apartado 2 se establece que “*compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*”. Este aspecto también es destacado por la Sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de noviembre de 1990, al señalar que “*la salud pública, como uno de los valores esenciales comunitarios, está reconocida con carácter general en nuestra Constitución en sus artículos 43.1, 2 y 3 y 51.1 y en el Código Penal en los artículos que tipifican aquellas conductas que más gravemente la atacan*”.

²² Véanse, en este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., pp. 26 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas. I*, cit., pp. 44 y 45; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, cit., pp. 70 y ss.

²³ En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español, núms. 353/2007 de 7 de mayo; 77/2007 de 7 de febrero; 1243/2006 de 27 de diciembre; 131/2005 de 7 de febrero; 717/2004 de 3 de junio, entre otras.

tos excesos de antaño, ha ido evolucionando en una línea más ponderada. Así, ya la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 715/1993, de 25 de marzo, aclaraba que, *“aunque esté jurisprudencialmente reconocido que la figura del art. 344 constituye un delito de peligro abstracto, no cabe confundir ese peligro abstracto con un peligro presunto, pues ello vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia. El peligro ha de ser siempre una potencialidad de daño, por lo que el peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados –ni tienen por qué estarlo– los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no que pueda faltar la posibilidad remota del daño. Por ello, si en el caso concreto puede concluirse que no hay peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de la antijuridicidad del acto, por lo que no se da en él la adecuación a tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia y, por ende, sin contenido material de antijuridicidad”*. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 444/2005, de 11 de abril, señala que *“lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido [...] desde el punto de vista de la antijuridicidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. En delitos como el tráfico de drogas, lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico”*.²⁴

Las consideraciones anteriores comportan una serie de repercusiones importantes en la práctica. En primer lugar, al estimarse que la salud pública es un bien jurídico colectivo digno de protección penal y que nos encontramos ante delitos de peligro abstracto,

no se exige la lesión efectiva de la salud de ninguna persona concreta y determinada. Sin embargo, ello no implica que deje de exigirse un peligro relevante para el bien jurídico protegido. Con base en ello y en el método de interpretación teleológico, la jurisprudencia ha ido excluyendo del ámbito de aplicación de estos preceptos una serie de conductas que, aunque desde una perspectiva eminentemente formal pudieran ser subsumidas en los mismos, se estima que no ponen en peligro el bien jurídico protegido, por considerar que se trata de comportamientos socialmente aceptados, por estimar que el riesgo es insignificante, por no existir proporcionalidad entre el comportamiento realizado y la pena contemplada en la ley o por faltar la finalidad de traficar requerida por el tipo. Este efecto de exclusión se da en supuestos como el autoconsumo y consumo compartido, la invitación o donación a sujeto determinado, las entregas compasivas y la venta de una pequeña cantidad de droga.²⁵

En cuanto al autoconsumo, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 425/2011, de 23 mayo, aclara que *“existe jurisprudencia, asimismo bien conocida, que siguiendo las indicaciones del Instituto Nacional de Toxicología fija en 1.5 gramos diarios de cocaína la media de consumo del adicto; y existen sentencias, como la de este tribunal, de 18 de marzo de 2003, que admitió ese destino en el caso de tenencia de las dosis precisas para cubrir cinco días; y la nº 584/2010, de 21 de mayo, que estimó la concurrencia de ese supuesto en un caso en el que lo incautado fueron 12.8 gramos de cocaína.*

Así las cosas, lo que hay es una cantidad de cocaína hallada en poder de un consumidor habitual, que, a lo sumo, cabría decir, está en el límite de lo admitido como acopio para el propio consumo. Es patente la ausencia en la conducta del ahora recurrente de dato alguno sugestivo de que estuviera implicado en actos de tráfico, sobre lo que nada consta. Y, por otro lado, la forma de presentación de la sustancia aprehendida tampoco es la propia –distribución en dosis de uso inmediato– de la que va comercializarse.

Por tanto, la conclusión más compatible con el principio de presunción de inocencia que cabe asociar a estos elementos de juicio es la representada por la dedicación de la droga a un uso personal. Pues mien-

— 24 En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español núms. 1243/2006 de 27 de diciembre y 717/2004 de 3 de junio.

25 Véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en . ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (coord.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *El delito de tráfico de drogas*, Valencia, 2008, pp. 65 y ss.

tras es evidente que aquel, siendo consumidor, precisaba de la misma, la importancia de lo aprehendido no lleva necesariamente, en términos de experiencia a inferir que traficase con ella, alternativa no abonada por ningún otro dato probatorio”.

En relación con el consumo compartido, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 493/2015, de 22 julio, señala: *“debemos de recordar que la doctrina del consumo compartido es de elaboración jurisprudencial y tuvo –y tiene– su origen en situación de consumos más o menos episódicos, con ocasión de celebraciones entre amigos, ya de por sí consumidores de las sustancias concernidas, que delegan en uno de ellos la compra de toda la sustancia para consumirla conjuntamente. Como puede observarse, se trata de casos en los que no hay riesgo de propagación o incentivación al consumo del no consumidor; y por tanto como proyección de la doctrina de que el simple hecho de consumir no es delictivo, se estaría extramuros de los verbos nucleares del art. 368 del CP, que se refieren a acciones destinadas a promover, facilitar o favorecer. En concreto, la Jurisprudencia de la Sala establece como elementos integradores de la doctrina de la atipicidad del consumo compartido los siguientes:*

- a) *Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, concepto que, ya lo anunciamos, ha sido suavizado. La razón de este requisito estriba en interdicción de facilitar el consumo a quien no es consumidor y ello no podría impedir la aplicación del art. 368 del CP. Se estaría ante un acto tan patente, acto de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de Junio de 1993, 3 de Marzo, 3 de Junio y 25 de Noviembre de 1994, 27 de Enero, 3 de Marzo de 1995, 20 de Julio de 1999, 13 de Diciembre de 2001. No obstante, dentro del concepto adictos deben entenderse los consumidores habituales de fin de semana, singularmente en los casos de drogas sintéticas (MDMA, MDA) en los que el patrón de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos.*

En efecto, que la exigencia de que el grupo de consumidores hayan de ser adictos, enten-

diendo esta palabra como “consumidor de fin de semana”, un patrón de uso que no exige la condición de drogadicto strictu sensu, ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia de esta Sala –SSTS 983/2000 de 30 de Mayo, 237/2003 de 17 de Febrero, 286/2004 de 8 de Marzo, 408/2005, 225/2006 y 718/2006 de 30 de Junio–; esta última sentencia nos recuerda que la condición de consumidor esporádico de fin de semana (o con ocasión de algunos eventos) es la más usual y típica del consumo compartido. Ciertamente el mantenimiento riguroso del término “adicto” versus drogodependiente supondría prácticamente el vaciamiento de la doctrina del consumo compartido.

- b) *El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente.*
- c) *La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser mínima como correspondiente a un normal y esporádico consumo –SSTS de 25 de Junio y 10 de Noviembre de 1993, 21 de Noviembre de 1994 y 28 de Noviembre de 1995–, en todo caso podemos citar que la STS 408/2005 estima consumo compartido la cantidad de 7.9 gramos de coca sin concretar concentración.*
- d) *La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.*
- e) *Ha de tratarse de un consumo “inmediato” de las sustancias adquiridas –SSTS de 25 de Junio de 1993, 25 de Septiembre y 2 de Noviembre de 1995– y sin contraprestación especulativa de las sustancias adquiridas al efecto –SSTS de 16 de Junio de 1997 y 15 de Enero de 1998–.”²⁶*

²⁶ En cuanto a los polémicos “clubs de Marihuana”, sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo español, núm. 484/2015, de 7 de septiembre, niega el consumo compartido, argumentando, entre otras razones, que *“en el supuesto ahora analizado un reducido núcleo*

En cuanto a la venta de una ínfima cantidad de droga, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 482/2014, de 10 junio, aclara que “en la reunión del Pleno no jurisdiccional de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 se consideró necesario disponer de una referencia genérica para unificar las decisiones de los tribunales, y fue así como se dio publicidad a tal efecto a unas dosis mínimas psicoactivas que facilitó el Instituto Nacional de Toxicología: 0.66 a 1 miligramo de heroína; 50 miligramos de cocaína; 10 miligramos de hachís y 20 miligramos de MDMA. Estas pautas fueron ratificadas en otro Pleno posterior de 3 de febrero de 2005, en el que se acordó continuar manteniendo los parámetros referidos hasta que se produjera una reforma legal o se adoptaran otros criterios o una decisión alternativa.

En la sentencia de este Tribunal de 25 de junio de 2004, al tratar del concepto de mínimo psicoactivo y sus repercusiones penológicas con respecto al elemento objetivo del delito, se precisa que “los mínimos psico-activos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión”.

Este Tribunal con relación a las situaciones en que la droga intervenida presenta una precaria toxicidad tiene reconocida la atipicidad de las conductas de tráfico cuando, debido a su absoluta nimiedad, la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo (SSTS 527/1998, de 15-4; 985/1998, de 20-7; 789/99, de 14-5; 1081/2003, de 21-7; y 14/2005 de 12-1). Y en otras ocasiones ha afirmado que deben quedar excluidas de la punición por este delito contra la salud pública aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice el comportamiento típico, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno

para el bien jurídico protegido. En este ámbito se ha hecho referencia en sentencias de esta Sala al principio de insignificancia: cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo (SSTS 1441/2000, de 22-9; 1889/2000, de 11-12; 1591/2001, de 10-12; 1439/2001, de 18-7; y 216/2002, de 11-5).

En los últimos tiempos, las sentencias de este Tribunal han matizado el uso del término “insignificancia” por generar cierta inseguridad en la aplicación de la norma penal y lo han sustituido por el término “toxicidad”, de manera que lo que caería fuera del tipo penal serían las transmisiones de sustancias que por su falta de lesividad no entrañaran el riesgo abstracto de su transmisión a personas; y también se ha advertido que la doctrina de la atipicidad ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva, y concretamente en los supuestos en que la desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada determina que esta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal (SSTS 602/2007, de 4-7; 936/2007, de 21-11; 182/2008, de 21-4; 278/2009, de 18-3; 273/2009, de 25-3 ; 464/209, de 28-4; y 640/2009, de 10-6). En este contexto, se sigue operando con los criterios establecidos en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003, y así lo constatan las sentencias absolutorias que se vienen dictando en los casos en que la droga intervenida carece de la mínima toxicidad (SSTS 936/2007, de 21-11; 1110/2007, de 19-12; 183/2008, de 29-4; y 1168/2009, de 12-11).

Sobre las entregas compasivas, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 857/2004, de 28 junio, señala que “ciertamente esta Sala (véase Sentencia 401/2002, de 15 de abril) ha considerado carentes de antijuridicidad y atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o allegados de cantidades mínimas de drogas tóxicas con finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen. Igualmente se exige que no exista riesgo de

de personas organiza, y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo, [...] y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores –aunque sean también consumidores frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente”.

transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada. Y en la Sentencia de esta Sala 84/1997, de 22 de enero se declara que el consumo se cierra en la persona del interno al que va destinada la papelina, que sería inmediato, sin que pueda afirmarse, por consiguiente, que exista peligro abstracto para la salud de indeterminados consumidores, no resultando afectada la salud pública, que es el bien especialmente protegido por esta figura delictiva.

Aplicando la doctrina que se deja expresada al caso que examinamos, nos encontramos ante la entrega de una cantidad mínima de heroína, concretamente 0.044 gramos puros de dicha sustancia, que el acusado realiza a su esposa cuando se encuentra detenida en dependencias policiales, habiendo manifestado que lo hizo para aliviar la drogodependencia que padecía, manifestación que no ha sido desvirtuada en las diligencias ya que ni siquiera se recibió declaración a la esposa del acusado en el acto del plenario ni se le sometió a reconocimiento médico.

Así las cosas, no puede descartarse que estemos ante uno de los supuestos excepcionales de entrega altruista y compasiva de sustancias estupefacientes sin contraprestación económica, por lo que procede estimar el recurso y dictar una sentencia absolutoria”.

La Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 581/1999, de 21 abril, absuelve en un supuesto de invitación de un toxicómano a otro toxicómano, aclarando que *“una consolidada doctrina jurisprudencial tiene declarado que siendo el bien jurídico protegido por este delito la salud pública, ésta no padece cuando no concurre el riesgo o peligro para la salud de terceros en el caso de consumo entre adictos, bien que esa jurisprudencia haya limitado sus efectos a [...] cantidades disponibles por los copartícipes que no rebasen los límites de un consumo normal e inmediato...”* –SSTS 1923/1993, de 21 de julio, 290/1994, de 9 de febrero, 1089/1994, de 27 de mayo, 1472/1994, de 16 de julio, 118/1995, de 27 de enero, 16 de septiembre de 1997 y finalmente la más reciente núm. 386/1998, de 11 de marzo–”.

Por otra parte, en lo que se refiere a la formulación de la conducta típica en los delitos de tráfico de drogas, con frecuencia se caracteriza por una enorme amplitud. Así, en el Código Penal español (art. 368)

se contemplan una serie de actos (“cultivo, elaboración, tráfico”, “posesión con aquellos fines”...) conteniendo una cláusula genérica que incluye a todos los que “promuevan, favorezcan, faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. Este tipo de formulaciones tan amplias, obviamente, están dirigidas a que no se escape nada ni nadie del ámbito de aplicación del precepto, es decir, todo aquel que de algún modo intervenga en este tipo de actividades realiza la conducta típica. Sin embargo, esta clase de formulaciones resultan objetables, fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque se trata de cláusulas excesivamente genéricas y difusas, carentes de la precisión que requiere la idea de seguridad jurídica y el principio de legalidad, y dentro de éste, el mandato de determinación o taxatividad; en segundo lugar, porque dificultan enormemente la posibilidad de admitir un grado de ejecución distinto a la consumación y una forma de contribución al hecho distinta de la autoría, equiparando valorativamente comportamientos que no pueden considerarse equivalentes. A ello se une el rigor punitivo con el que son tratados dichos comportamientos, con penas incluso superiores al homicidio. Sin embargo, en España ello ha forzado una reacción doctrinal y, en menor medida, jurisprudencial, en la línea de una interpretación restrictiva, tratando de dar cabida a las formas imperfectas de ejecución y a la participación y, en definitiva, intentando en lo posible que se respeten los principios básicos de Derecho penal (legalidad, ofensividad, proporcionalidad...).²⁷

Ciertamente, la tentativa en este delito es de difícil admisión, dada la amplitud en la configuración de la conducta típica por parte del legislador español. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 989/2004, de 9 septiembre, señala: *“la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 344 del CP/1973 y en el 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción diri-*

²⁷ Véanse ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., pp. 30 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas*, I, cit., pp. 114 y ss.

gida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de ‘promover’, ‘facilitar’ o ‘favorecer’ el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (SS. de 30-6-82, 21-1-88, 19-4-88 y 30-9-88; 15 y 21-3-89, 27-10 y 14-11-89; 4-3-92; 16-7-83; 30-5-94 y 8-7-94; 3-4-97 y 1567/1998 de 7-12-98, entre otras) ”.

Sin embargo, excepcionalmente, se ha apreciado la tentativa cuando el sujeto no ha alcanzado la posesión de la droga ni le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad. En este sentido, admitiendo la tentativa, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1179/2006, de 5 diciembre —que aprecia un supuesto de tentativa inacabada, “*dado que no llegaron a realizarse todos los actos que constituían el plan de los autores, puesto que no se llegó a pagar el precio, condición necesaria para la entrega de la droga*”—. También se ha admitido la tentativa inidónea, y en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1000/1999, de 21 junio, señala que “*ha de tomarse en consideración que el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión ‘objetivamente’ (‘practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado’). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor; ‘objetivamente’ considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados ‘delitos putativos’ (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, ‘objetivamente’*

valorados ‘ex ante’ y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva ‘ex post’ toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción. En el caso actual, y en general en todos los de ‘entrega vigilada’, el agente ha dado principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga para procurársela, practicando parte de los actos que ‘objetivamente’ deberían conducir al fin planeado, que sin embargo no se alcanza por causas independientes de la voluntad de su autor: la intervención policial preventiva. En consecuencia procede estimar sólo parcialmente el motivo de recurso interpuesto, sancionando el hecho como tentativa”. En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español, núms. 379/2000, de 13 marzo —en un caso en el que el acusado va recoger lo que cree que es droga y no es así— y 312/2008, de 5 junio —en un supuesto de entrega vigilada en el que los acusados se dirigen a recoger droga de una tercera persona que venía del extranjero, sin haber participado en los actos para traerla a España y sin que fueran ellos los destinatarios finales de la misma—.

En cuanto a la autoría y participación, como se ha señalado, la formulación tan amplia de la conducta típica por parte del legislador español también dificulta la posibilidad de admitir una forma de contribución al hecho distinta de la autoría. Sin embargo, excepcionalmente, la jurisprudencia española ha aceptado la complicidad o cooperación no necesaria, cuando se trata de una aportación de escasa relevancia, meramente secundaria. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 120/2008, de 27 febrero, recogiendo la doctrina de la Sala Segunda de dicho órgano jurisdiccional en esta cuestión, señala que “*en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS 10.3.97 y 6.3.98). Por ello la doctrina*

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

de esta Sala STS 1069/2006 de 2.11, ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP, y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino. Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25.2.2003, que comprende otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14.6.95, la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar. Es lo que se ha venido a denominar “actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico”, que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría. La sentencia de esta Sala 312/2007, de 20.4, enumera “ad exemplum” diversos casos calificados de complicidad: a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores. b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía. c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS 15.10.98). En el mismo sentido STS 28.1.2000. d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS 10.7.2001). e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS 25.2.2003). f) realizar llamadas telefó-

nicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS 23.1.2003). g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS 7.3.2003). h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS 30.3.2004)”.

También en dicho ámbito puede destacarse la problemática del agente provocador, próximo a un inductor, y cuyo comportamiento se caracteriza por estar dirigido a que otro cometa un delito, pero no con la intención de que ello llegue a suponer la afectación al bien jurídico, sino con el exclusivo propósito de que el otro sea declarado criminalmente responsable de ello. Este comportamiento, que normalmente se realiza por parte de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, es frecuente en el tráfico de drogas. En el ámbito de la doctrina española, es mayoritaria la solución de no considerar como partícipe al agente provocador que, desde un inicio, dirige su voluntad y comportamiento a evitar la consumación del delito, de manera que puede decirse que en todo momento ha procurado impedir, a través de la adopción de medidas precautorias, la afeción del bien jurídico. Por eso, si dichas medidas de precaución fracasan y se produce el ataque al bien jurídico que implica la consumación, en ningún caso cabe pensar que el agente provocador haya incurrido en responsabilidad por un delito doloso consumado. Todo lo más podría incurrir en la responsabilidad propia de un autor accesorio de un delito imprudente, si de antemano le fue previsible que tal consumación no iba a poder evitarse.²⁸ La jurisprudencia española se manifiesta partidaria de absolver al agente provocador, si bien distingue entre los casos que denomina “delito provocado”, en los que se hace surgir la idea criminal en quien no estaba ya predisuelto, en cuyo caso se absuelve también al inducido, y los de “actuación del agente provocador” o “delito comprobado”, en los que sólo se trata de obtener la prueba de una actividad delictiva precedente y en los que el inducido incurre en responsabilidad criminal.²⁹

²⁸ Esta es la solución dominante a raíz de la aportación en esta materia de RUIZ ANTÓN, L.F., *El agente provocador en el derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 278 y ss. Véase, también, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1986, pp. 536 y ss. En el ámbito del tráfico de drogas, véanse: GARCÍA VALDÉS, C., *El agente provocador en el tráfico de drogas*, Madrid, 1986, pp. 10 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas. I, cit.*, pp. 288 y ss.; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, cit., pp. 134 y ss.

²⁹ En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español núms. 975/2007, de 15 noviembre, y 781/2007, de 3 octubre, remitiéndose a otras muchas sentencias.

Desde el punto de vista subjetivo, en la medida en que no se contemplan de forma expresa modalidades imprudentes (art. 12 del Código Penal español) el legislador penal español requiere en este ámbito la presencia de dolo, es decir, conciencia y voluntad en la realización de los elementos objetivos del tipo. La falta de conocimiento de alguno de estos elementos da lugar a un error de tipo, en el que el sujeto cree que no concurren en su comportamiento todos o algunos de los elementos objetivos del tipo, cuando en realidad sí concurren. Aunque la jurisprudencia española raras veces aplica en este ámbito el error de tipo, puede encontrarse alguna Sentencia que sí lo ha apreciado. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo español 2133/1994, de 9 de diciembre, y 849/1995, de 7 de julio, admitieron el error sobre la nocividad de la sustancia, estimando que en aquel momento los acusados no conocían que el MDMA o “éxtasis” pudiera causar grave daño a la salud, como también debería apreciarse, sin tantas reticencias, en los supuestos, no infrecuentes, de sujetos que trasladan droga sin saberlo. En efecto, no es ningún secreto que las denominadas “mulas” muchas veces son víctimas del engaño o de la pura instrumentalización, por lo que desconocen que están trasladando droga.

Por lo que se refiere a la antijuridicidad del comportamiento, en principio responde a las reglas generales, pudiendo operar una causa de justificación, como el estado de necesidad (art. 20. 5 del Código Penal español) o el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20. 7 del Código Penal español). Sin embargo, en cuanto al estado de necesidad, la jurisprudencia española se muestra reticente a su aplicación, rechazándose completamente en los casos de penuria o estrechez económica, por entender que el mal causado por tal clase de delito es superior al derivado de la precariedad económica del sujeto, y admitiéndose sólo excepcionalmente en su forma incompleta (art. 21. 1 del Código Penal español) en supuestos muy graves, como la necesidad urgente de operar a un hijo careciendo de medios económicos.³⁰ En el marco del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, hay que tener en cuenta la denominada circulación o entrega vigilada de drogas, regulada en el art. 263 bis

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, y el agente encubierto, regulado en el art. 282 bis de la misma Ley. Estas figuras ha sido muy cuestionadas por parte de la doctrina, tanto desde el punto de vista de su fundamentación —la mayor eficacia en la lucha contra determinados delitos, aun a costa de renunciar a los principios básicos del Estado de Derecho—, como desde la perspectiva de su concreta configuración legal, excesivamente amplia e imprecisa.³¹

Por otra parte, la culpabilidad del sujeto no presenta especialidad alguna con respecto al que cometa cualquier otro delito. No obstante, sí merece una consideración la cuestión de la imputabilidad del traficante que además es consumidor o adicto a las drogas, muy frecuente en estos delitos, y cuya responsabilidad podrá quedar excluida o atenuada (cfr. arts. 20.2 y 21 del CP). En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo español núm. 1458/2006, de 21 junio, recogiendo la doctrina de la Sala Segunda de dicho Tribunal, señala: *“Es cuestión pacífica y reiteradamente admitida por la ciencia y por la doctrina jurisprudencial (Cfr. STS de 22-7-2005, núm. 961/2005; de 26 de marzo de 1997; de 5 de marzo, 27 de febrero y 20 de marzo de 1998, y 5 y 24 de febrero de 1999), haberse contemplado en el tratamiento legal de los efectos sobre la imputabilidad del adicto, los siguientes estadios: ‘a) El consumo de drogas tóxicas que ocasiona auténticas psicosis con la abolición completa del juicio y de la voluntad del agente, que eliminan la imputabilidad de éste. Para este supuesto sería aplicable el art. 20.1 CP vigente, o bien el art. 8.1 CP anterior, en cuanto uno y otro preceptos contemplan al autor de una conducta penalmente típica ejecutada con un grado de deterioro mental de tal envergadura que le impida conocer lo que hace o actuar de modo distinto. En estos casos, la exención de la responsabilidad del sujeto exige la acreditación no sólo de la toxicomanía del acusado, sino la constatación de que al momento de delinquir el déficit intelectual y/o volitivo de aquél era completo y absoluto, bien porque tal plena perturbación se hubiera instalado de manera estable en la psiquis de la persona, bien porque ésta hubiera actuado en dicho estado como consecuencia del denominado síndrome de abstinencia pleno (art. 20.2 CP), equiparable al trastorno mental transitorio*

³⁰ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1652/2000, de 30 octubre.

³¹ Véase GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, 2004.

del antiguo art. 8.1 CP de 1973. b) Cuando la intoxicación no produzca plenos efectos sobre la capacidad de la conciencia y/o la voluntad del adicto, o cuando éste actúe bajo un síndrome de abstinencia limitado, teniendo la imputabilidad sensiblemente disminuida, aunque no anulada, sería aplicable la eximente incompleta del art. 21.1 CP vigente, o la misma del art. 9.1 CP derogado, debiéndose también haber quedado demostrado—normalmente, como en el caso anterior, con informes facultativos— el deterioro mental del sujeto al ejecutar el hecho ilícito. c) Para los demás casos la moderna doctrina de este Tribunal Supremo ha sentado el criterio, ya profundamente consolidado, de que puede aplicarse la circunstancia atenuante sin efectos privilegiados del art. 21.2º CP—o la atenuante analógica del art. 9.10 CP anterior— siempre que haya quedado suficientemente probado que el sujeto no sólo es un toxicómano, sino que se halla preso de una dependencia a sustancias específicas que, por su naturaleza, producen severos trastornos en los resortes psíquicos de la persona'. La STS de 16-5-2005, núm. 630/2005, explica que 'la mera condición de toxicómano no supone la apreciación de una atenuante o de una eximente. La atenuante del artículo 21.2ª exige que la adicción sea grave y además que tenga un efecto causal respecto del delito. Y las eximentes incompletas referidas al artículo 20.2ª exigen la existencia de una intoxicación o de un síndrome de abstinencia que afecten a las facultades del sujeto'. Esta doctrina jurisprudencial se manifiesta reiteradamente en multitud de resoluciones de esta Sala, como, entre muchas, la STS de 23 de junio de 2004, en la que se reitera que 'para que opere como eximente incompleta, se precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta' (STS 23-1-2006)".

También merece una consideración la eximente de miedo insuperable (art. 20.6 del Código Penal español), pues si bien es cierto que la jurisprudencia normalmente se muestra reticente a su aplicación, pueden encontrarse Sentencias que lo han apreciado, de forma completa o incompleta. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 340/2005, de 8 marzo, aprecia la eximente completa de miedo insuperable en un caso en el que el acusado "capitaneaba una embarcación de ocio y se dirigía desde la localidad colombiana de Cartagena de Indias hacia

las Islas Canarias. En ese contexto recibe la visita de unas personas que le exigen el transporte y le comunican datos de la vida privada de sus padres, que comprueba con una llamada a éstos quienes le afirman haber recibido la misma visita y el temor que les producía y la idea de que pertenecían a una organización terrorista". Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 778/2004, de 17 junio, lo aprecia como eximente incompleta en un supuesto en el que la acusada, deudora de unos peligrosos narcotraficantes, se prestó a transportar droga "para evitar que las amenazas de muerte sobre su persona, y de muerte y secuestro de sus hijas se hicieran realidad". También se admite como eximente incompleta por la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1095/2001, de 16 julio, en un caso en el que los tripulantes de un barco acceden en alta mar a recoger cocaína por la orden del capitán de la embarcación, "cuya desobediencia podía conllevar serias consecuencias negativas". Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1491/1999, de 25 octubre, lo admite como eximente incompleta en un supuesto en el que la acusada se prestó a trasladar droga "bajo amenazas y violencia física de su compañero, lo que alteró gravemente sus facultades volitivas". En la misma línea se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2479/1993, de 8 noviembre, en un caso en el que la acusada dona una papelina de heroína a un drogadicto que es conocido por ser un hombre difícil, conflictivo y de carácter violento cuando está bajo los efectos del síndrome de abstinencia. En esta cuestión, debe tenerse en cuenta que las denominadas "mulas" muchas veces son víctimas de graves amenazas hacia ellas y hacia sus familias, por lo que no les es exigible un comportamiento distinto.

En cuanto al error de prohibición (art. 14. 3 del Código Penal español) también ha sido admitido excepcionalmente por el Tribunal Supremo español. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 25 marzo de 1993 admite un error de prohibición invencible (exclusión total de la responsabilidad criminal) en un supuesto en el que el acusado, "conocedor de la situación angustiosa que genera el síndrome de abstinencia y con el único propósito de evitarle los sufrimientos que le acompañan actuó de la forma que se describe en el antecedente fáctico de la sentencia recurrida, pretendiendo entregar a su hermano una bola conteniendo 0.0274 de heroína, cantidad que

revela por sí misma cualquier otro propósito que no fuera el de beneficencia". La Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1426/2004, de 13 diciembre, en un supuesto de venta de golosinas con derivados de la marihuana a niños de siete y 14 años, ignorando la ilegalidad de la venta, pero sí conociendo la composición de lo que vendía, aprecia un error de prohibición vencible (atenuación de la pena). También la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 413/1994, del 1º marzo, aprecia un error de prohibición vencible (atenuación de la pena) en un supuesto en el que el

acusado, *"que por entonces consumía drogas, decidió adquirir una pequeña cantidad consistente en 0.5 gramos de hachís y 0.05 gramos de heroína, productos que destinaría una parte a su consumo y la otra parte para remitir junto con una carta a unos compañeros y amigos que se hallaban en el reformatorio, en la creencia de que la entrega de drogas a sus amigos no constituía ningún tipo de responsabilidad, ya que era lo que constantemente se realizaba en la galería del Centro Penitenciario al que acababa de ser trasladado"*.