



<https://doi.org/10.18800/dys.202101.014>

FECHA DE RECEPCIÓN: 19/02/2021
FECHA DE APROBACIÓN: 11/05/2021

EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. UN REPASO A ALGUNAS DE LAS CUESTIONES MÁS RELEVANTES DE LA REGULACIÓN PENAL ACTUAL

The crime of drug trafficking in the Spanish legal system. A review of some of the most important issues of current criminal regulation

Itziar Casanueva Sanz*

Universidad de Deusto

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Deusto. Este trabajo es resultado del proyecto de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España para los años 2019-2021 (Referencia RTI2018-095155-A-C22). ORCID iD: 0000-0003-1461-3601. Contacto: itziar.casanueva@deusto.es

Resumen:

El presente artículo realiza una breve exposición sobre la regulación penal española en relación al delito de tráfico de drogas y los preceptos aplicables a aquellas personas que delinquen como consecuencia de su drogodependencia. Si bien existe una vinculación entre drogas y delincuencia, no existe unanimidad sobre cuál es el mecanismo que debe utilizar el Estado para hacer frente a dicho consumo y tráfico, el legislador español ha optado por una regulación amplia del delito de tráfico de drogas, lo cual resulta ciertamente excesivo. Es por ello, que se analizará la regulación de este delito en el artículo 368 del Código Penal de español.

Abstract:

This article makes a brief presentation on the Spanish criminal regulation in relation to the crime of drug trafficking and the precepts applicable to those people who commit crimes as a result of their drug dependence. Although the existing link between drugs and crime there is no unanimity on what is the mechanism that the State should use to deal with such consumption and trafficking, the Spanish legislator has opted for a broad regulation of the crime of drug trafficking, which results certainly excessive. That is why the regulation of this crime will be analyzed in article 368 of the Spanish Criminal Code.

Palabras clave:

Delito de tráfico de drogas – Objeto material – Bien jurídico – Código Penal español – Consumo de drogas – Comisión del delito

Keywords:

Drug trafficking offense – Material object – Legal asset – Spanish Criminal Code – Drug use – Crime commission

Sumario:

1. Introducción – 2. El delito de tráfico de drogas – 3. El tipo privilegiado del artículo 368II del CP – 4. Conclusiones – 5. Lista de referencias

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende hacer una breve exposición sobre algunas de las cuestiones más relevantes que plantea en la actualidad la regulación del delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español.

Me parece adecuado comenzar señalando que, si bien no puede negarse que el consumo y tráfico de drogas es un grave problema social, ni pueden ignorarse los efectos negativos que dicho consumo produce en el consumidor, así como la vinculación existente entre drogas y delincuencia (delincuencia funcional¹ y directa²), no existe unanimidad sobre cuál es el mecanismo que debe utilizar el Estado para hacer frente a dicho consumo y tráfico.

Nuestro legislador ha optado, como veremos, por una regulación muy amplia del delito de tráfico de drogas en la cual, si no se introducen criterios correctores, el ámbito de lo punible resulta ciertamente excesivo³. En las páginas siguientes, va a hacerse una breve exposición de la regulación que de este delito se hace en el Código Penal (CP, en adelante), deteniéndonos en primer lugar en el tipo básico del delito de tráfico de drogas del artículo 368 CP. Para ello intentaremos determinar cuál es el bien jurídico protegido, el objeto material, así como las conductas **típicas** que merecen sanción penal y las que deben considerarse atípicas. En segundo lugar, analizaremos el tipo atenuado recogido en el párrafo segundo de dicho artículo y, finalmente, se expondrán las conclusiones más importantes. Para realizar este trabajo, se ha consultado la doctrina y jurisprudencia más relevante y actual al respecto.

Debido a la gran variedad de cuestiones que plantea este delito, así como al espacio limitado de este trabajo, es evidente que no va a ser posible tratar todas ellas, ni profundizar en otras como sería deseable. Así y todo, creo que el lector va a poder tener una idea bastante completa de cuáles son los puntos más problemáticos en la aplicación del delito de tráfico de drogas y **cómo deben ser valorados y resueltos**.

¹ La delincuencia funcional se refiere a los delitos cometidos bajo los efectos de la previa ingesta de drogas. Algunos textos mencionan, además la delincuencia asociada que incluiría los delitos derivados de la situación de marginalidad en la que suele encontrarse el consumidor de drogas.

² Se refiere a los delitos cometidos con el objetivo de conseguir recursos con los que adquirir la droga objeto de consumo.

³ Hay quienes ven en esta regulación una manifestación del llamado Derecho Penal del Enemigo. Por todos, Pedreira, F. (2015-2016, pp. 160 y ss.).

2. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

El Código Penal español vigente regula el tipo básico del delito de tráfico de drogas en el artículo 368 disponiendo que:

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 triple 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.

En líneas generales, puede afirmarse que la redacción de este tipo penal evidencia, como se ha señalado *supra*, la intención del legislador de mantener una política de extrema dureza en relación con este delito incluyendo en el mismo todo tipo de conductas relacionada con el ciclo de la droga. Para una adecuada aplicación de este precepto, va a ser necesario llevar a cabo una interpretación teleológica tomando como criterios básicos los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de intervención mínima y de proporcionalidad para, de esta manera, reducir el ámbito de aplicación que resultaría de una interpretación literal.

A continuación, se va a analizar cuál es el bien jurídico protegido en este delito y a determinar cuál es el objeto material del mismo, así como cuáles son las conductas típicas y aquellas que deben considerarse atípicas, todo ello utilizando como criterio orientador los principios que se acaban de mencionar, propios de un Estado social y democrático derecho como el nuestro.

2.1 El bien jurídico protegido: la salud pública

Si bien casi nadie discute que el bien jurídico protegido en este delito es la salud pública⁴; lo que se cuestiona es su contenido y, en consecuencia, los

⁴ Si bien es esta la opinión mayoritaria, algunos autores consideran que el bien jurídico protegido es otro, o que junto a la salud pública, se protege un segundo bien jurídico; así, se han referido a la propiedad, la libertad del consumidor, los intereses fiscales, y el interés del Estado en la producción y comercio de estupefacientes, la estabilidad de la familia, la seguridad colectiva y el orden público, intereses económicos, de orden moral y cultural, etc. Para más detalles sobre estas posturas, véase Córdoba (1981, p. 14), Ganzenmüller (1997, pp. 67 y ss.), Joshi (1999, pp. 37-102), Prieto (1993, pp. 216 y ss.) y Rey (1987, pp. 120 y ss.).

supuestos en los cuales se produce su puesta en peligro o lesión⁵. Esta cuestión, como iremos viendo, es de gran relevancia puesto que, en aquellos supuestos en los que no se vea afectado el bien jurídico protegido, deberá afirmarse la falta de tipicidad. A continuación, se hará un breve recorrido por las teorías existentes en la doctrina y jurisprudencia antes de posicionarnos al respecto.

En relación con el contenido del bien jurídico salud pública, básicamente se distinguen dos posturas. La primera considera la salud individual como referente o bien jurídico mediatamente protegido en este delito mientras que la segunda sostiene que no debe existir ninguna referencia a bienes jurídicos individuales⁶.

En el primer sentido, algunos autores entienden la salud pública como:

[L]a presencia de un nivel óptimo en una sociedad concreta que solo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática (Joshi, 1999, p. 41).

En opinión de esta autora, las conductas que atentan contra la salud pública destruyen “los presupuestos para que cada uno de los ciudadanos pueda disfrutar del nivel óptimo de salud, así como también (...) los fundamentos de las relaciones individuales” (1999, p. 41), de manera que la “peligrosidad y gravedad de dichas conductas debe verse en el hecho de poder afectar a la salud de un número indeterminado de individuos, lo que puede poner en grave peligro la realización de los principios básicos de organización de los individuos y de la convivencia en sociedad” (1999). Estas conductas que atentan contra la salud pública no tienen que lesionar inmediata ni directamente la salud individual, aunque sí ponerla en peligro, al menos, de manera mediata e indirecta⁷. Por el contrario, otro sector doctrinal define la salud pública como:

⁵ Magaldi (2004, p. 1554) advierte de la dificultad de precisar, desde el prisma penal, el bien jurídico protegido **más allá de una formalista referencia a la salud pública** [Énfasis agregado]. Manjón-Cabeza (2003, p. 95), por su parte, se refiere a la vaguedad e indeterminación del contenido de la salud pública.

⁶ Más definiciones de **salud pública** pueden verse en Ganzenmüller (1997, pp. 67 y ss.) y Morant (2005, pp. 74 y ss).

⁷ Por todos, Joshi, (1999, pp. 37-102). En un sentido parecido, Manjón-Cabeza (2003, pp. 95-101), define la salud pública como la suma de las saludes de todos los individuos y considera que para que la salud pública se vea afectada, es necesario constatar la existencia de un peligro para terceras personas, aunque no estén determinadas; la salud individual se protege mediatamente y sirve de referencia a la salud pública.

El conjunto de condiciones generales de salubridad y sanidad en las que deben desarrollarse todos los ámbitos de la vida social de una colectividad políticamente organizada y que deben estar garantizadas por el Estado, tanto mediante una actuación positiva de fomento y reglamentación como prohibiendo, en último extremo, a los integrantes de la colectividad la realización de conductas susceptibles de incidir negativamente sobre aquellas (Córdoba & García, 2004, pp. 1555-1556).

De este modo, en el delito de tráfico de drogas la salud pública no debe ser dotada de referencias individuales y esta solo se verá afectada si:

Se introduce en el tejido social y se fomenta a través de conductas idóneas el consumo (ilegal) de productos o sustancias que médica y farmacológicamente merezcan el calificativo de grave o gravemente nocivas para la salud (de la generalidad de los ciudadanos y, por tanto, pública) por sus efectos objetivos sobre la misma y también por su capacidad de generar una adicción que la sociedad considera intolerable (Magaldi, 2004, p. 1555).

En este trabajo se defiende que la salud pública solo puede entenderse referida a la salud individual. Los esfuerzos que hacen algunos autores para demostrar lo contrario no convencen, pues, si deben utilizarse criterios médicos y farmacológicos para determinar que una sustancia es nociva para la salud de la generalidad de los ciudadanos, como se afirma, no se alcanza a comprender cómo se van a aplicar dichos criterios a un colectivo si no es teniendo en cuenta la salud de los concretos individuos. La medicina y la farmacología determinarán si una sustancia es nociva para el organismo humano, en su caso para el consumidor medio o para un sujeto concreto, pero no para un colectivo en sí mismo considerado.

Por lo tanto, para afirmar que una sustancia es peligrosa para la salud pública, es necesario comprobar que es peligrosa para la salud de los individuos y, además, que ese peligro trasciende a la generalidad. A continuación, se intentará ofrecer criterios que ayuden a concretar cuándo puede afirmarse que existen ambos peligros.

2.1.1 Peligro para la salud individual

Comparto la postura de Joshi Jubert (1999) según la cual para determinar si una sustancia es capaz de lesionar la salud individual o no, debe aplicarse un método que denomina mixto (abstracto-concreto). Este método supone un doble análisis: en primer lugar, hay que determinar si la sustancia en cuestión, en abstracto (la heroína, la cocaína, entre otras), puede poner en peligro la salud individual y, en segundo lugar, hay que analizar si puede decirse lo mis-

mo de la sustancia intervenida en concreto, es decir, teniendo en cuenta su peso y pureza específicos (Joshi, 1999, p. 94). Como señala esta autora, son las ciencias médicas y farmacológicas las que deberán aportar datos sobre estos extremos (p. 96)⁸.

2.1.2 Peligro para la salud pública

Una vez comprobado que la sustancia (en concreto) tiene capacidad para afectar de forma negativa y penalmente relevante a la salud individual, hay que comprobar que pueda afectar negativamente a la salud pública.

Resulta convincente la postura defendida por algunos autores según la cual el peligro para la salud pública se traduce en la posibilidad de que la sustancia concreta pueda afectar a la salud de un número indeterminado de individuos, para lo cual es necesario que pueda ser difundida entre “personas indeterminadas y de forma indiscriminada” (Joshi, 1999, p. 94)⁹ y que pueda afectar a la salud de “hipotéticos y múltiples consumidores” (Magaldi, 2004, p. 1560); este riesgo de difusión no está presente si la cantidad de droga solo puede dar lugar a una dosis (Joshi, 1999, p. 94)¹⁰.

2.1.3 La jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, partiendo, como no podía ser de otro modo, de que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública

⁸ En el mismo sentido, Luzón (1982, p. 68) y Prieto (pp. 177 y ss.). No hay que confundir este requisito con la necesidad de que la sustancia objeto de controversia pueda incluirse en el concepto médico-farmacológico de droga. La afirmación de esto último significa que el consumo de dicha sustancia puede afectar al sistema nervioso central, en este momento se trata de analizar si esos efectos en dicho sistema son nocivos para el individuo o no.

⁹ Manjón-Cabeza (2003, pp. 95-102).

¹⁰ Manjón-Cabeza (2003, pp. 101 y 102), Manjón-Cabeza, señala los argumentos utilizados por parte de la doctrina y la jurisprudencia para condenar por conductas relacionados con cantidades pequeñas de droga que no suponen riesgo de difusión, que apuntan principalmente (i) al hecho de que con una sola dosis se inicia el consumo que posteriormente generará en dependencia; (ii) a los efectos acumulativos que la droga tiene en el organismo; (iii) a que es la suma de muchas pequeñas dosis lo que genera el problema (2003, pp. 96 y 97). La autora rebate estos argumentos afirmando que “no podemos imputar al autor de una venta de estas cantidades indivisibles todo el universo de los males de la drogadicción (...) no puede responder por el efecto acumulativo que su comportamiento y muchos otros puedan tener sobre el consumidor” (2003, pp. 96 y 97). Afirma esta autora que, si con la presencia de la dosis mínima psicoactiva se condena, estamos entendiendo la salud pública como algo desvinculado de la salud individual, sin contenido material, que pueda ser objeto de prueba, “supondría decir que es un delito de peligro presunto” (2003, pp. 96 y 97).

y no la salud individual (objeto de protección de otros delitos) señala que, a pesar de ello:

No se pueda dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud conforma la de la colectividad¹¹.

El Tribunal Supremo señala que estamos ante un “delito contra la salud pública, un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada en el que el bien jurídico protegido es la salud pública”, la salud general de los integrantes de la sociedad, no de cada uno de sus miembros. Entiende este tribunal que la salud pública no existe ni como realidad mensurable ni como suma de la salud de personas individualmente consideradas. El objetivo del legislador es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que causaría en la población, previniendo así el riesgo de lesiones o enfermedades de la población, físicas o psíquicas, en aras de alcanzar los más altos niveles de bienestar físico, mental y social. El sujeto pasivo, por lo tanto, no es la persona concreta receptora y consumidora de la sustancia, sino el colectivo social, puesto que el bien jurídico protegido es la salud pública, el bienestar sanitario del colectivo social¹².

Como veremos a lo largo de este trabajo, son numerosas las sentencias en las cuales el Alto Tribunal exige, para la aplicación del delito de tráfico de drogas, que la misma pueda llegar a “personas indeterminadas y de forma indiscriminada” y que pueda afectar a la salud de “hipotéticos y múltiples consumidores”¹³. Así podemos deducir que el tipo no debería ser aplicado si la cantidad de droga incautada solo es adecuada para dar lugar a una dosis, cuestión sobre la que nos detendremos en apartados posteriores.

Los resultados dañosos que eventualmente produzca dicho consumo en un sujeto concreto no son objeto de protección en este delito, “resultando indiferente a los efectos de la aplicación de este precepto, la eventual lesión o perturbación física o psíquica de la persona que finalmente consume la droga objeto del tráfico ilícito”¹⁴.

¹¹ SSTS N° 573/2006, de 26 de abril; N° 456/2006, de 24 de abril; N° 116/2006, de 27 de enero; N° 131/2005, de 7 de febrero; y N° 619/2004, de 6 de mayo.

¹² Véanse, entre otras, las SSTS N° 29/2020 de 4 de febrero; N° 91/2018 del 21 de febrero; y N° 723/2017 de 7 de noviembre.

¹³ SSTS N° 507/2018 de 25 de octubre; N° 373/2018 de 19 de julio; N° 91/2018 de 21 de febrero; N° 723/2017 de 7 de noviembre; N° 571/2017 de 17 de julio; y N° 493/2015, de 23 de julio.

¹⁴ STS N° 723/2017, de 7 de noviembre.

A pesar de estas afirmaciones, tal y como veremos, son numerosos los momentos en los que se toma como referencia la afectación que la sustancia pueda tener para la salud individual: para determinar el propio concepto de droga, así como la gravedad o no de la misma; para concluir sobre la tipicidad o atipicidad de algunas conductas, etc. Es decir, parece que, de un modo u otro, también el Tribunal Supremo toma como referencia los efectos potenciales que una sustancia puede tener en el organismo humano, en los individuos que la consumen; por lo que este delito no puede desvincularse completamente de la salud individual.

2.2 El objeto material: las drogas¹⁵

El objeto material del delito de tráfico de drogas, tal y como indica el artículo 368 CP, son las “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. No existe una definición clara de qué son las drogas tóxicas, estupefacientes ni psicotrópicas en el ámbito jurídico ni en el de las ciencias de la salud, aunque todas estas sustancias pueden incluirse, sin mayores problemas, en un concepto genérico de **drogas**.

En la doctrina y jurisprudencia existen distintas teorías que tratan de dotar de contenido a esta expresión utilizada por el CP, distinguiéndose principalmente la teoría de la definición rígida o por elenco de sustancias, la teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial y las teorías mixtas. Pero, antes de analizar estas teorías, es necesario referirse a una serie de textos internacionales fundamentales para entender la polémica existente en torno al objeto material de este delito.

2.2.1 La Convención Única de 1961, el Convenio de 1971 y la Convención de 1988

El 30 de marzo de 1961 se firmó en Nueva York la Convención Única¹⁶ de las Naciones Unidas sobre estupefacientes¹⁷ que fue enmendada por el

¹⁵ Un estudio más detenido y profundo de este tema puede verse en Casanueva (2019, pp. 33 y ss).

¹⁶ Los primeros documentos que se refieren a esta Convención como, por ejemplo, la publicación en el BOE de su instrumento de ratificación o la Ley N° 17/1967, la denominan “Convenio Único”, pero los posteriores como, por ejemplo, el Protocolo de Ginebra, se refieren a la “Convención Única”, denominación esta última que será la utilizada en este trabajo.

¹⁷ Se publicó el Instrumento de ratificación en el BOE, N° 96, de 22 de abril de 1966.

Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972¹⁸. En esta Convención, figura un anexo en el cual se incluyen cuatro listas de sustancias y se considera que son estupefacientes “cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas” (artículo 1.1.j), teniendo en cuenta que “los estupefacientes de la Lista IV serán también incluidos en la Lista I” (artículo 2.5).

En el ámbito nacional, hay que señalar que el contenido de la Convención de 1961 se incorporó a nuestro derecho positivo por medio de la Ley 17/1967 de 8 de abril por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio¹⁹ de 1961 de las Naciones Unidas²⁰.

Posteriormente, el 21 de febrero de 1971 se aprobó en Viena, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas que contiene, de manera similar a lo que acabamos de ver, cuatro listas²¹. El artículo 1.e) del Convenio entiende por sustancias psicotrópica “cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV” y en el 1.g) se entiende por Lista I, II, III y IV “las listas de sustancias psicotrópicas que con esa numeración se anexan al presente Convenio, con las modificaciones que se introduzcan en las mismas de conformidad con el artículo 2”.

En el ámbito interno, el Real Decreto N° 2829/1977, de 6 de octubre por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de las

¹⁸ Se publicó el Instrumento de ratificación en el BOE, N° 39, de 15 de febrero de 1977. El texto modificado se incorporó al básico el 8 de agosto de 1975 y se publicó de manera íntegra en el BOE, N° 264, de 4 de noviembre de 1981.

¹⁹ Como se acaba de señalar, en los primeros textos se hacía referencia al “Convenio”, en lugar de a la “Convención”.

²⁰ BOE, N° 86, de 11 de abril de 1967. En su artículo 2.1 dispone que “a los efectos de la presente ley, se consideran «estupefacientes» las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo, a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca”. En el ámbito nacional la inclusión de nuevas sustancias en el catálogo de estupefacientes se lleva a cabo, fundamentalmente, a través de órdenes ministeriales. Puede verse un listado actualizado de estas órdenes en la página web del Plan Nacional sobre Drogas (<<http://www.pnsd.msc.es>>) en el apartado de “Legislación sobre drogas”. Asimismo, en la página web de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) se recogen, actualizadas, la lista de estupefacientes (lista amarilla) y la de psicotrópicos (lista verde). <http://www.incb.org>

²¹ En el BOE, N° 218, de 10 de septiembre de 1976, se publicó el instrumento de adhesión de España al Convenio; en el BOE, N° 246, de 13 de octubre de 1976, se publicó un anexo con las listas del Convenio y en el BOE, N° 59, de 10 de marzo de 1978, se publicó una enmienda a dichas listas.

sustancias y preparados psicotrópicos, adaptó la legislación española al Convenio de 1971²² y reprodujo en su anexo I las cuatro listas arriba mencionadas²³.

El 20 de diciembre de 1988 se aprobó en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas²⁴, que entiende por estupefacientes “cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes” y por sustancias psicotrópicas “cualquier sustancia natural o sintética o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III y IV del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971”.

2.2.2 Teoría de la definición rígida o por elenco de sustancias. Teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial. Teorías mixtas

La teoría de la definición rígida o por elenco de sustancias considera que el objeto material del delito de tráfico de drogas está integrado exclusivamente por las sustancias incluidas en las listas mencionadas. Es decir, serán estupefacientes las sustancias incluidas en las Listas I, II y IV de la Convención Única de 1961 y sustancias psicotrópicas las de las Listas I, II, III, IV del Convenio del 1971, así como las que se van incorporando a esos listados por los procedimientos previstos, tanto a nivel internacional como interno²⁵.

Por el contrario, los defensores de la teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial postulan la necesidad de elaborar un concepto penal autónomo de droga a los efectos del artículo 368 del Código Penal, teniendo las consabidas listas un carácter meramente orientativo, de modo que sustancias no

²² BOE, N° 274, de 16 de noviembre de 1977.

²³ El artículo 1.1 de dicho Real Decreto establece que “las sustancias psicotrópicas a que se refieren las Listas I, II, III y IV del anexo uno (...) o bien que en futuro puedan ser incorporadas a las Listas (...) quedan sometidas a cuanto se previene en la presente disposición” y la disposición final primera establece que “por el Ministro de Sanidad y Seguridad Social se dictarán las disposiciones complementarias precisas para el desarrollo del presente Decreto, al objeto de que por las entidades y empresas a quienes afecte, puedan acomodarse y adecuarse a su normativa”. El número de sustancias incluidas en las listas se ha ido ampliando a través de órdenes ministeriales.

²⁴ Ratificada y publicada en el BOE, N° 270, de 10 de noviembre de 1990.

²⁵ Defendida entre otros por Lorenzo (1986, p. 34), Pedreira (2009, pp. 55 y ss.), Rey (1999, pp. 108 y ss.), Sequeros (2000, pp. 81 y ss.) y Serrano Gómez (2009, pp. 707 y ss.). También se muestra partidaria de esta teoría la Fiscalía General del Estado: Circular N° 1/1984, de 4 de junio, sobre interpretación del artículo 344 del Código Penal (pp. 2 y ss).

incluidas en ellas pueden ser objeto material del delito y sustancias incluídas en ellas pueden no serlo. El contenido del concepto penal de droga, según estos autores, se configura, fundamentalmente, atendiendo al bien jurídico protegido en este delito, sin olvidar el resto de criterios y principios básicos que deben regir toda interpretación penal (principio de intervención mínima, *ultima ratio*, lesividad, etc.). Así, será objeto material del delito de tráfico de drogas toda sustancia con capacidad para poner en peligro la salud pública; la siguiente cuestión que tienen que resolver los defensores de esta postura se refiere al contenido de dicho bien jurídico que, como se ha puesto de relieve, no es pacífico²⁶.

Además de las dos teorías expuestas, existen en la doctrina otras tesis que intentan superar los inconvenientes que ambas plantean y que podemos denominar “teorías mixtas”²⁷.

En mi opinión, una interpretación como la que aquí se pretende, nos lleva a considerar que lo más correcto es mantener una postura mixta según la cual una sustancia, para poder ser considerada objeto material del delito de tráfico de drogas, debe cumplir los requisitos exigidos por la Teoría de la definición rígida o por elenco de sustancias, así como por la Teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial. De esta manera, 1) la sustancia debe figurar en alguna de las listas ya conocidas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tanto nacionales como internacionales y 2) el consumo de la misma es susceptible de poner el peligro el bien jurídico protegido, es decir, la salud pública (Carbonell, 1986, pp. 341-342).

Entendiendo la salud pública como aquí se hace, este segundo requisito exigiría que la sustancia concreta pudiera afectar negativamente al sistema nervioso central de los consumidores concretos, pues es ahí donde actúan las drogas en el organismo (salud individual) (Carrasco & Maza, 2010, p. 879)²⁸ y, además, que pueda llegar a un número indeterminado de sujetos (salud pública).

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo aplica en numerosas ocasiones la teoría de la definición rígida²⁹, no es menos cierto que en algunas sentencias

²⁶ Acale (2002, pp. 78 y ss.), Arroyo (2000, pp. 368 y 369), Magaldi (2004, p. 1561), Morant (2005, p. 71) y Sequeros (2000, p. 81).

²⁷ Véase Córdoba (1981, pp. 18 y ss.), Magaldi (2004, pp. 1563 y 1564), Joshi (1999, pp. 37-102), Sánchez Tomás (2002, p. 120), Serrano (2009, pp. 1070 y ss).

²⁸ Carrasco (2010, p. 879), Homs (1996, p. 293).

²⁹ Pueden consultarse, entre otras, las SSTS N° 352/2019, de 10 de julio; N° 429/2014, de 21 de mayo; N° 713/2013, de 24 de septiembre; N° 221/2011, de 29 de marzo; N° 423/2004, de 2 de marzo y N° 111/1996, de 5 de febrero, así como las citadas por Sequeros (2000, pp. 85 y 86).

de los últimos años puede observarse cierta flexibilización al exigir dos requisitos para que una sustancia sea droga a los efectos del artículo 368: que esté recogida en alguna de las listas ya conocidas y que ponga en peligro el bien jurídico protegido, es decir, la salud pública³⁰.

2.2.3 Sustancias que causan grave daño a la salud

Una vez concluido que una sustancia concreta es droga a los efectos del artículo 368, hay que determinar si causa grave daño a la salud o no, puesto que de ello depende la pena a imponer, tal y como indica dicho precepto.

El Tribunal Supremo enumera una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para poder afirmar dicha gravedad y son: a) si la droga, en sí, es lesiva para la salud, b) el nivel de dependencia que crea, c) el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y d) el grado de tolerancia que origina³¹. Es decir, al Alto Tribunal se fija en las consecuencias que, el consumo de la droga en cuestión, tiene (o puede tener) para el consumidor.

Algunos autores señalan que estos criterios no son adecuados puesto que, si el bien jurídico protegido es la salud pública, la referencia debería ser a dicha salud pública y no a la individual (Joshi, 1999, p. 69). En mi opinión, no estamos

Merece la pena destacar dos resoluciones, por la repercusión práctica que tuvo en las mismas la aplicación de esta teoría. En la STS N° 162/1984, de 4 de febrero se juzgaron unos hechos ocurridos en el año 1978, año en el cual el artículo 344 (actual 368) solo se refería a las drogas tóxicas y los estupefacientes. Una de las sustancias involucradas en los hechos era el Bustaid, incluido en el Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas, pero la referencia a este grupo de sustancias no se añadió al artículo 344 hasta el año 1983, razón por la cual el Tribunal Supremo no consideró al Bustaid posible objeto material del delito. Algo similar se planteó en la STS N° 2618/1992, de 4 de diciembre, sentencia en la que se juzgaron hechos ocurridos en 23 de mayo de 1989 relacionados con una sustancia denominada Buprex (nombre comercial de la buprenorfina). Esta sustancia se incluyó en el anexo I del Real Decreto N° 2829/1977 por orden de 20 de septiembre de 1989, meses después de los hechos, por lo que la sentencia fue absolutoria.

³⁰ Así las SSTS N° 1214/2005, de 6 de octubre; N° 272/2004, de 5 de marzo y N° 588/2004, de 6 de mayo. Acale (2002, p. 80), aún da un paso más y considera que el Tribunal Supremo ha dado un giro radical al no exigir, para la aplicación de los artículos 368 y ss., que la sustancia esté recogida en las listas. Esta autora justifica su postura en el hecho de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Acuerdo no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 modificó las cantidades necesarias para aplicar la agravante de notoria importancia y para ello elaboró un cuadro con sustancias y cantidades, incluyendo el tramadol, un opiáceo que no estaba en ninguna de las listas conocidas.

³¹ Entre otras, las SSTS N° 29/2020, de 4 de febrero; N° 635/2019, de 20 de diciembre; N° 723/2017, de 7 de noviembre; N° 608/2017, de 11 de septiembre; y N° 26/2013, de 22 de enero.

ante criterios contradictorios puesto que, como se ha indicado *supra*, aunque el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública, esta no puede desvincularse de la salud individual.

Aplicando su doctrina podemos decir que, según el Tribunal Supremo, la mayoría de las sustancias incautadas que dan lugar a la aplicación del artículo 368 se consideran sustancias que causan grave daño a la salud (cocaína, LSD, heroína, crack, anfetamina y derivados, entre otros³²), a excepción del cáñamo índico o Cannabis Sativa y sus derivados (la sustancia activa es el THC) así como de algunos medicamentos que son vendidos en el mercado negro, sobre todo, benzodiazepinas, barbitúricos y ansiolíticos (Pedreira, 2015-2016, pp. 59-60).

2.3 Conductas típicas. Supuestos de atipicidad

A tenor del artículo 368 CP las conductas que se castigan en este precepto son los actos de cultivo, elaboración, tráfico, posesión o cualquier otra conducta (“o de otro modo”) siempre que estén dirigidas a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas. El consumo de drogas en sí mismo considerado, no es típico, y, en consecuencia, tampoco lo son las conductas citadas (cultivo, elaboración, posesión...) si van dirigidas a dicho autoconsumo³³.

Como ya se ha adelantado al principio de este trabajo, la redacción del artículo 368 incluye prácticamente cualquier conducta relacionada con el ciclo de la droga (Lorenzo, 1983, p. 111): 1) actos de producción como el cultivo o la fabricación; 2) actos principales de tráfico, incluyendo la transmisión gratuita u onerosa y también actos de intermediación en el tráfico como traslados o la indicación de lugares o personas que trafican y 3) actos auxiliares de tráfico como la posesión o tenencia y el transporte si son preordenados a promover, favorecer o facilitar el consumo; incluyéndose actos de fomento como la propaganda o la formulación de ofertas (Expósito, 2012, pp. 96-97).

³² La STS N° 29/2020, de 4 de febrero, una de las últimas referidas a esta cuestión, analiza al metilfenidato, un principio activo que se utiliza en algunos medicamentos ordinarios, pero que, dice el Tribunal Supremo (TS, en adelante), constituye una droga de abuso, cuando se dispone y utiliza al margen de control facultativo. Tiene similitudes estructurales y efectos que se asemejan a la anfetamina, por lo que, dice, debe ser considerada como esta, una sustancia que cause grave daño a la salud.

³³ Como se ha indicado ya en la introducción, por falta de espacio, no pueden tratarse todas las cuestiones de relevancia relacionadas con este delito; una de ellas es la que hace referencia a los criterios que se utilizan para llegar a conclusión de que se trata de un supuesto de autoconsumo y, por lo tanto, atípico. En este sentido, a título de ejemplo, puede consultarse la reciente STS N° 352/2019, de 10 de julio.

Una interpretación literal del precepto conduciría a castigar todo tipo de conductas relacionadas de algún modo con el consumo ilegal de drogas, incluso algunas de tan escasa relevancia que no merecen una intervención penal (Dopico, 2013, p. 11). Por este motivo, son muchos los autores y las resoluciones judiciales que optan por una interpretación restrictiva del tipo penal basándose, principalmente, en los principios de subsidiariedad, *ultima ratio*, mínima intervención y exclusiva protección de bienes jurídicos. De este modo, algunas de las conductas citadas serían consideradas atípicas, bien porque no generan riesgo para el bien jurídico protegido (la salud pública) o bien porque generan un riesgo mínimamente relevante para el mismo al tratarse de contactos entre consumidores o entre consumidores y su entorno inmediato, y que no suponen un peligro relevante de consumo general o indiscriminado de droga.

A continuación, va a hacerse una breve referencia a estos supuestos de atipicidad que suelen agruparse en 1) supuestos de dosis mínima psicoactiva, 2) consumos compartidos y 3) donaciones altruistas o compasivas³⁴.

Algunos autores se muestran críticos con la forma en la que los tribunales manejan estos supuestos desde criterios de excepcionalidad y rechazando la mayoría de las alegaciones de atipicidad. Se observa, en ocasiones, un manejo dudoso de la carga de la prueba considerando típicas las conductas salvo “que haya prueba de exclusión radical de todo peligro para el bien jurídico protegido” y produciéndose una estandarización de la prueba de descargo casi a modo de prueba tasada (Dopico, 2013, p. 20).

2.3.1 Dosis mínima psicoactiva

El Tribunal Supremo utiliza el criterio de la denominada “dosis mínima psicoactiva” (dmp, en adelante) para considerar que, en algunos casos, no hay delito de tráfico de drogas al tratarse de cantidades insignificantes que no ponen en peligro el bien jurídico protegido. En este apartado vamos a ver cómo se maneja este criterio y a posicionarnos sobre el mismo.

En primer lugar, hay que aclarar qué se entiende por dosis mínima psicoactiva. Puede definirse como la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que afecta a las funciones del organismo humano; en otras palabras, se refiere a una cantidad de sustancia tal que un consumo

³⁴ Un rápido repaso a algunas de las resoluciones más relevantes en este sentido puede verse en Pedreira (2015-2016, pp. 169 y ss).

inferior a dicha dosis no es capaz de producir efectos apreciables en el organismo (ni positivos ni negativos)³⁵.

El 24 de enero de 2003, el Tribunal Supremo, en un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Unificación de doctrina, pidió al Instituto Nacional de Toxicología que elaborara un informe proponiendo cuáles eran las cantidades que podían considerarse dmp. Este Instituto emitió el informe N° 12691/03, de 22 de diciembre de 2003 que llegó al Tribunal Supremo el 13 de enero de 2004. En dicho informe, se hacía referencia a 29 sustancias y se determinaba su dmp, la dosis de abuso habitual y la dosis de consumo estimado. A la vista del informe, el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo elaboró un cuadro-resumen en el que incluyó solo 6 sustancias y solo su dmp³⁶.

Este cuadro, y no el informe íntegro del Instituto Nacional de Toxicología, es el documento que recibieron los magistrados del Tribunal Supremo y el que está siendo utilizado desde entonces en las resoluciones de este tribunal cuando se refiere a la dosis mínima psicoactiva.

Tras la recepción del mencionado cuadro el Tribunal Supremo ha seguido, en la mayoría de sus resoluciones, una doctrina según la cual, si la cantidad de droga incautada es inferior a la dosis mínima psicoactiva, la conducta se considera atípica, al no suponer un riesgo para la salud pública³⁷. Si, por el contrario, la cantidad excede esta dosis, la conducta se considera típica³⁸.

Se refiere en estos casos el Tribunal Supremo a la aplicación del principio de insignificancia, si bien, en la actualidad prefiere utilizar la expresión “falta de toxicidad y lesividad para el bien jurídico” de estas transmisiones que, por este motivo, caerían fuera del tipo penal. Esta doctrina, indica este tribunal, debe aplicarse de manera excepcional y restrictiva³⁹.

Esta aplicación del criterio de la dmp no puede ser del todo compartida por los motivos que se exponen a continuación.

³⁵ Para determinar cuál es esta cantidad, se tiene en cuenta la pureza de la droga.

³⁶ Las sustancias que más aparecen recogidas en la jurisprudencia son la heroína (dmp 0,66 miligramos), cocaína (dmp 50 miligramos), MDMA (dmp 20 miligramos) y la morfina (dmp 2 miligramos). Por todas, la STS N° 326/2017, de 9 de mayo.

³⁷ SSTS N° 136/2019, de 12 de marzo; N° 723/2017, de 7 de noviembre; N° 326/2017, de 9 de mayo; N° 245/2017, de 5 de abril; y N° 141/2017, de 7 de marzo. Véanse, Magro Servet (2013, pp. 3 y ss.).

³⁸ Por ejemplo, la STS N° 326/017, de 9 de mayo aplicó el delito de tráfico en un supuesto en el que se incautaron 57 miligramos de cocaína, lo que excede solo en 7 miligramos la dmp.

³⁹ STS N° 199/2020, de 20 de mayo.

En primer lugar, considero que el Tribunal Supremo no maneja correctamente los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Toxicología. Lo que el Alto Tribunal utiliza es un cuadro-resumen realizado por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, no el informe original. A esto hay que añadir que este cuadro resumen es parcial y no es fiel, en algunos casos, al informe original⁴⁰ y que los autores del informe no habían sido informados de que éste iba a ser utilizado para justificar condenas por el delito de tráfico de drogas⁴¹.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo identifica la presencia de la dmp (o superior) con la puesta en peligro de la salud pública, lo que implica dos deducciones que pueden ser discutibles. Por un lado, de la presencia de esta dosis se deduce que existe riesgo para la salud individual, lo que no tiene por qué ser cierto pues la presencia de la dmp no supone siempre un peligro para la salud del potencial consumidor. Esta dosis es la cantidad que puede producir **algún** efecto en el organismo, sin que necesariamente tenga que ser un efecto negativo para la salud individual (física o psíquica).

Por otro lado, de este riesgo para la salud individual se deduce un riesgo para la salud pública, de manera que se identifica la salud individual con la pública; deducción esta que no parece correcta si entendemos la salud pública, tal y como se ha explicado en páginas anteriores.

En mi opinión, hay que seguir un criterio restrictivo, según el cual, si la dosis incautada es inferior a la dmp, es evidente que no hay ningún riesgo para la salud individual, por lo que deberá negarse la tipicidad del hecho. Si es mayor, será necesario un análisis adicional para determinar si puede ser nociva o no para la salud del potencial consumidor (salud individual) y además, si pone en

⁴⁰ El informe ofrece cifras de dosis mínima psicoactiva que van de un mínimo a un máximo y el cuadro resumen hace suyas exclusivamente las cifras mínimas. Por ejemplo, en relación con el LSD, el informe estima que la dosis mínima psicoactiva está entre 20 y 50 microgramos, mientras que en el cuadro-resumen solo aparece la cifra de 20 microgramos.

⁴¹ Esta crítica llegó a los medios de comunicación, como puede verse en el artículo elaborado por **Lázaro y Benito** y publicado en *El País*, el 11 febrero del 2004. Merece especial atención una afirmación que suele encontrarse en algunas sentencias según la cual “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” (entre otras, las SSTS N° 723/2017, de 7 de noviembre; N° 1168/2009, de 12 de noviembre o la N° 1982/2002, de 28 de enero). Pues bien, este Instituto nunca ha dicho que la dosis mínima psicoactiva produzca efectos negativos en la salud de las personas, y aún menos se ha referido a su componente adictivo.

riesgo la salud pública que, no lo olvidemos, es el bien jurídico protegido; es decir, la cantidad de droga deberá dar lugar, al menos, a más de una dosis de la misma, puesto que tiene que poder llegar a terceros de manera indiscriminada e indeterminada, tiene que tener capacidad para afectar de manera negativa a más de un eventual consumidor⁴².

2.3.2 Consumo compartido

Teniendo en cuenta que el autoconsumo es impune, los supuestos incluidos en lo que se denomina “consumo compartido” se entiende que son “autoconsumos compartidos” y, por lo tanto, también impunes (Dopico, 2013, p. 26). Se trata de casos en los cuales no parece existir una afectación relevante a la salud pública puesto que los consumidores son un grupo cerrado y concreto de personas que ya consumían anteriormente y no hay posibilidad de que la droga llegue a terceros ni a nuevos consumidores de modo indiscriminado e indeterminado⁴³.

A continuación, se va a hacer una breve referencia a los supuestos incluidos bajo este epígrafe de “consumo compartido”, advirtiendo de la inseguridad jurídica existente en este ámbito y la enorme casuística que presentan.

2.3.2.1 Compra compartida o con fondo común

En estos supuestos, que son los más habituales en la jurisprudencia, varias personas aportan dinero a un fondo común a fin de conseguir droga para su consumo y uno de ellos es el que se encarga de adquirirla para todos y de hacérsela llegar; son supuestos de “posesión en nombre y al servicio de los demás” (Dopico, 2013, p. 28).

⁴² Joshi (1999, pp. 37-102) y Manjón-Cabeza (2003, pp. 101-102). Manjón-Cabeza señala los argumentos utilizados por parte de la doctrina y la jurisprudencia para condenar por conductas relacionados con cantidades pequeñas de droga que no suponen riesgo de difusión, que apuntan principalmente (i) al hecho de que con una sola dosis se inicia el consumo que posteriormente generará en dependencia; (ii) a los efectos acumulativos que la droga tiene en el organismo; (iii) a que es la suma de muchas pequeñas dosis lo que genera el problema. La autora rebate estos argumentos muy acertadamente, afirmando que “no podemos imputar al autor de una venta de estas cantidades indivisibles todo el universo de los males de la drogadicción (...) no puede responder por el efecto acumulativo que su comportamiento y muchos otros puedan tener sobre el consumidor” (pp. 96-97).

⁴³ Córdoba (1981, pp. 13-14 y 28), Del Río (1996, pp. 155 y ss.), Rey (1999, pp. 42-43 y 94), Maqueda (1998, pp. 1553-1554), Subijana (2004, pp. 65-92 y pp. 75-76), Nuñez & Guillén (2008, pp. 80-108 y pp. 98-99) y Díez & Muñoz (2012, pp. 49-77 y pp. 52-53 y 62).

Haciendo una interpretación literal del artículo 368, el que adquiere la droga está favoreciendo el consumo de la misma por parte de terceros, por lo que su conducta podría considerarse típica, pero desde los años 80 se empieza a considerar impune si concurre una serie de requisitos dirigidos a evitar que la droga llegue a terceros distintos de los que han puesto el fondo común (Dopico, 2013, p. 28).

Aunque la jurisprudencia no es uniforme, los requisitos que suelen exigirse son los siguientes: 1) que los consumidores sean adictos, con lo que se pretende evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros; si bien este requisito suele suavizarse siendo suficiente con que estemos ante consumidores habituales, incluso de fin de semana; 2) que el consumo proyectado se realice en un lugar cerrado sin riesgo de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y sin riesgo de difusión o de visión de tal consumo por los efectos perjudiciales que ello conlleva; 3) que la cantidad de droga sea pequeña, la estrictamente necesaria para el consumo que tiene que ser inmediato, evitando todo riesgo de almacenamiento y de que pueda llegar a manos de terceros; 4) que las personas que integran el grupo de consumidores sean personas ciertas y determinadas, único modo de valorar su número y condiciones; 5) que el número de consumidores sea reducido de modo que se pueda considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública⁴⁴ y 6) que no haya ningún tipo de contraprestación ni remuneración⁴⁵.

A pesar de que estos requisitos se exigen en la mayoría de los casos, también es cierto que, en ocasiones, estas exigencias son matizadas o incluso excluidas en supuestos específicos en los que resultan difícil de constatar⁴⁶, y que las resoluciones judiciales no siempre dan el mismo contenido a estos

⁴⁴ Este requisito es el que más problemas plantea en los supuestos de las asociaciones cannábicas que, en sus estatutos, pretende equipararse a supuestos de consumo/cultivo compartido. Pueden verse, entre otras, las SSTs N° 373/2018, de 19 de julio; N° 91/2018, de 21 de febrero y N° 571/2017, de 17 de julio. Por falta de espacio, no es posible dedicar más tiempo a estos supuestos, si bien, en la actualidad, son objeto de una abundante jurisprudencia, así como de una importante atención doctrinal. Pueden consultarse, entre otras, Muñoz Sánchez (2015), Peña (2019) y Segarra & Núñez (2020).

⁴⁵ SSTs N° 507/2018, de 25 de octubre; N° 91/2018, de 21 de febrero; N° 723/2017, de 7 de noviembre y N° 493/2015, de 23 de julio. Véase, también, Acale (2002, pp. 65 y ss.), Díez & Muñoz (2012, pp. 49-77 y pp. 66-67), Dopico (2013, pp. 38 y ss.), Granados (2007, pp. 59 y ss.), Muñoz Sánchez & Díez Ripollés (2004, p. 54), Mazuecos (2018, pp. 327 y ss.) y Sequeros (2000, pp. 115-116).

⁴⁶ STS N° 91/2018, de 21 de febrero.

requisitos por lo que puede afirmarse que la doctrina del consumo compartido “está lejos de ser clara y uniforme” (Maraver, 2019, p. 37).

Señala Maraver Gómez que uno de los motivos de esta disparidad es el hecho de que estos requisitos suelen reproducirse de unas sentencias a otras de manera automática, desvinculándose de su fundamentación. Comparto su opinión cuando afirma que estos elementos que valora la jurisprudencia no son requisitos de atipicidad que deben darse en todo caso, sino indicios de carácter probatorio sobre la forma en la que se produce o se va a producir el consumo, de manera que se demuestre que no hay riesgo para la salud pública, es decir, riesgo de tráfico generalizado o indiscriminado (2019, p. 38).

2.3.2.2 Invitación o donación a sujeto determinado en el momento del consumo

La donación a consumir en sí es conducta típica del artículo 368, pero hay un grupo de supuestos en los cuales esta invitación se hace entre consumidores habituales por solidaridad o cortesía. Se entiende que no hay peligro para el bien jurídico porque la droga no se difunde ni se distribuye indiscriminadamente a terceros, sino que se consume conjuntamente con otra concreta persona a la que se invita en el momento del consumo.

Tampoco en este caso existe una línea jurisprudencial claramente definida aunque en la mayoría de las sentencias se exige, para considerar la invitación atípica, que se den las siguientes circunstancias: 1) que se trate de una cantidad mínima (se trata de invitar a un consumo puntual), 2) el carácter esporádico de la invitación, 3) el invitado tiene que ser una persona determinada y ser consumidor anterior, 4) no tiene que existir contraprestación, 5) la invitación tiene que llevarse a cabo en el marco de un acto de consumo común en presencia del que realiza la invitación y 6) el donante también tiene que ser consumidor⁴⁷.

2.3.2.3 Posesión y consumo compartido en pareja y supuestos similares

Estos supuestos son similares a los que acabamos de analizar, diferenciándose en que, por la relación que hay entre el que invita y el invitado, no se trata de situaciones esporádicas, sino que se repiten en el tiempo, repetición que se explica por la situación de convivencia existente. El resto de requisitos son los mismos que los vistos en el apartado anterior (Dopico, 2013, p. 66).

⁴⁷ Acale (2002, pp. 52 y ss.), Dopico (2013, pp. 61 y ss.), Muñoz & Díez (2004, p. 54) y Sequeros (2000, p. 114).

2.3.3 Donaciones altruistas o compasivas. Donación compasiva penitenciaria

Estas donaciones se diferencian de las anteriores por la motivación de las mismas, ya no se trata de consumidores que invitan a otros consumidores, sino de sujetos, generalmente no consumidores, a los que les unen lazos afectivos con aquella persona a las que proporcionan la droga con finalidad **compasiva** como puede ser evitar el síndrome de abstinencia (algunas resoluciones solo admiten este motivo), los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, que el consumidor salga a la calle si está amenazado o enfermo, que delinca para adquirir la droga, etc. (Dopico, 2013, p. 69)⁴⁸.

Normalmente, la donación altruista o compasiva se realiza por una “víctima” de la drogodependencia, como son los padres o parejas de los consumidores; en gran medida son como servidores de la posesión de los casos de autoconsumo compartido porque compran, trasladan la droga en nombre e interés del drogadicto y, generalmente, la entrega y el consumo se llevan a cabo en la intimidad del domicilio.

El fundamento de considerar estos supuestos atípicos reside en que se entiende que no hay peligro para la salud pública o que este es tan insignificante que no resulta necesaria la intervención penal. Del mismo modo que se ha señalado *supra*, existe una gran inseguridad jurídica en relación con los requisitos que deben concurrir para declarar la atipicidad en estos casos. Los indicios que suelen manejarse son: 1) la gratuidad; 2) la entrega a un destinatario concreto evitando la difusión a terceros (a veces se exige que la donación la haga un familiar, conviviente o allegado); 3) algunas resoluciones exigen que la droga se consuma de manera inmediata y en presencia del donante, aunque otras veces se considera irrelevante este dato; y 4) en ocasiones, se considera que las entregas tienen que ser esporádicas, no reiteradas en el tiempo, mientras que otras veces no se exige este requisito (Dopico, 2013, pp. 69).

Se entiende que también es relevante la cantidad que se facilita, lo que parece lógico para evitar que el consumidor trafique con lo que se le ofrece, pero este criterio no debería ser determinante si se demuestra que la cantidad entregada, aun siendo relativamente elevada, es para asegurar al dependiente varios consumos.

⁴⁸ Dopico (2013, pp. 69 y ss.), Granados (2007, pp. 69 y ss.), Muñoz & Díez (2004, p. 54) y Sequeros (2000, p. 114-115).

Existe un grupo de supuestos específicos, denominados **donaciones compasivas penitenciarias**, cuya particularidad consiste en que la droga se introduce en el centro penitenciario donde el drogodependiente está cumpliendo condena. Si bien los supuestos de donaciones compasivas antes mencionados suelen tolerarse socialmente y, en ocasiones, no son perseguidos por la policía, en este caso la situación es distinta; aquí la denuncia es ineludible. De hecho, este tipo de donaciones compasivas son casi las únicas que llegan a los tribunales (Dopico, 2013, p. 70).

Señala algún autor, en mi opinión acertadamente, que, si bien estas conductas merecerían una sanción administrativa, al lesionar el orden interno de la prisión, no atentan contra la salud pública por los motivos que acabamos de ver y, por lo tanto, no deberían considerarse típicas penalmente. De hecho, en ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado que se trata de conductas atípicas⁴⁹.

3. EL TIPO PRIVILEGIADO DEL ARTÍCULO 368II DEL CP

El artículo 368 dispone, en su apartado segundo, que:

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 369bis y 370.

Este apartado fue introducido por la LO N° 5/2010 de 22 de junio y es fruto de las múltiples críticas que existían, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ante la elevada penalidad del artículo 368 que, en ocasiones, obligaba a imponer penas claramente desproporcionadas en supuestos de poca relevancia, bien por la poca gravedad del hecho al tratarse de pequeñas cantidades de droga o bien por concurrir otro tipo de circunstancias, normalmente personales, que hacían adecuada la imposición de penas inferiores⁵⁰. En ocasiones incluso se otorgaban indultos parciales solicitados por los propios tribunales sentenciadores ante lo elevado de la pena impuesta. De hecho, la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, en un Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de

⁴⁹ Acale (2013, pp. 55 y ss.), Dopico (2013, pp. 72-73) y Granados (2007, pp. 69 y ss.).

⁵⁰ A la imposibilidad de atenuar la pena se sumaba, en la regulación anterior, el hecho de que la pena de prisión correspondiente a los supuestos de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud era de 3 a 9 años, no de 3 a 6 como ocurre tras la LO N° 5/2010.

25 de octubre de 2005, propuso la modificación del artículo 368 en sentido similar a la redacción finalmente aprobada.

De la posibilidad de esta atenuación quedan excluidos aquellos supuestos en los cuales sean de aplicación los tipos agravados del artículo 369bis y el 370. El primero de estos preceptos se refiere a delitos de tráfico de drogas llevados a cabo por “quienes pertenecieren a una organización delictiva” y el segundo a la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: A) utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito, B) cuando se trate de jefes, administradores o encargados de organizaciones cuya actividad se vea facilitada por la comisión del delito o C) si se trata de conductas de extrema gravedad⁵¹.

Si bien los supuestos en los que parecía pensar el legislador cuando introdujo este tipo atenuado son aquellos en los cuales una persona drogodependiente vende al menudeo (último eslabón/último escalón del tráfico) alguna o alguna papelinas de droga para sufragarse su adicción⁵², debe valorarse siempre el caso concreto, analizando la entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable para decidir si es adecuada o no su aplicación⁵³. A continuación, se va a hacer referencia a cuáles son los datos y elementos que deben ser objeto de dicha valoración.

3.1 Escasa entidad del hecho

Es frecuente vincular la escasa entidad del hecho con la cantidad y calidad (pureza) de la droga aprehendida (Molina, 2007, p. 1). Si bien es cierto que este

⁵¹ “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 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” (artículo 370II). El Proyecto de modificación del CP remitido por el Gobierno proponía excepcionar también de la atenuación los supuestos en los que fuera de aplicación el tipo agravado del artículo 369 así como hacer referencia a que, esta atenuación, se aplicaría **excepcionalmente**. En el trámite parlamentario se eliminaron las referencias a la excepcionalidad y al artículo 369.

⁵² SSTS N° 142/2018, de 22 de marzo y N° 877/2016, de 22 de noviembre.

⁵³ Como señala Sequeros, los jueces y tribunales deben fundamentar sus juicios de valor en datos objetivos acreditados, deberán motivarse las decisiones y todo ello podrá ser objeto de revisión casacional (2010, p. 3).

criterio es uno de los más relevantes a valorar, tanto la doctrina como el propio Tribunal Supremo indica que ni es el único, ni es determinante en todo caso⁵⁴.

En relación con este requisito relativo a la cantidad de la droga incautada, creo necesario llevar a cabo la siguiente apreciación. Son muchas las sentencias que entienden aplicable el tipo atenuado a supuestos en los cuales se incautan cantidades pequeñas de droga, próximas a la dmp por su escasa afectación al bien jurídico protegido⁵⁵. Pues bien, considero que en muchos de estos supuestos no debería aplicarse el tipo atenuado, puesto que estamos ante conductas atípicas. Ya se ha señalado en apartados anteriores que, según la postura defendida aquí, no solo conductas en las que la cantidad aprehendida es inferior a la dmp, sino también otras en las cuales esta cantidad es superior, deben ser atípicas por su imposibilidad de afectar al bien jurídico salud pública⁵⁶.

Resulta curioso observar cómo algunas voces que se mostraban partidarias de considerar atípicas estas conductas ante lo elevado de la pena que habría que imponer si se afirmaba su tipicidad antes de la inclusión del tipo atenuado en el CP, parecen dar a entender que ahora, al contar con un marco penal inferior y con la posibilidad de aplicar el tipo atenuado, estas conductas deben considerarse de escasa entidad y serles de aplicación el artículo 368II⁵⁷.

⁵⁴ “Se debería desterrar la equiparación entre escasa entidad del hecho y escasa cantidad de sustancia. La valoración de la antijuridicidad material del concreto hecho de tráfico, posesión, promoción o facilitación de que se trate se debe hacer en relación con muchos otros factores, no solo la cantidad de sustancia intervenida” (Etxebarria, 2011, p. 4). Véanse, entre otras, las SSTS N° 465/2018, de 15 de octubre y N° 488/2017, de 29 de junio. En este sentido, advierte el TS que el precepto analizado “no alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de notoria importancia (artículo 369.1.5ª) por lo que, advierte, hay que evitar la tentación de crear una especie de escala de menos a más: a.- cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad); b.- escasa cuantía (368.2º); c.- supuestos ordinarios (tipo básico: artículo 368.1º); d.- notoria importancia (artículo 369.1.5ª); y e.- cantidad superlativa (artículo 370). El artículo 368.2º se mueve en otra escala no coincidente con esa especie de gradación”. SSTS N° 465/2018, de 15 de octubre y N° 142/2018, de 22 de marzo.

⁵⁵ SSTS N° 465/2018, de 15 de octubre y N° 712/2017, de 30 de octubre.

⁵⁶ Por poner solo algún ejemplo, la STS N° 465/2018, de 15 de octubre aplica el tipo atenuado en una venta de 0,051 gramos de cocaína, cuando la dmp es de 0,05 y la STS N° 199/2020, de 20 de mayo, refiere la venta de una sola dosis de heroína muy cercana a la dmp. Pueden verse más ejemplos en González (2011, pp. 2 y ss.) y Sánchez Melgar (2011, pp. 4 y ss.).

⁵⁷ En este sentido, señala Sequeros que “en reiteradas ocasiones se había venido insistiendo acerca de cómo la ausencia de articulación de cláusulas de flexibilidad en los códigos penales invitaba a llevar a cabo una aplicación rebuscada de los principios rectores que determinaban la ratio de su

Considero que este planteamiento es erróneo. Si dichas conductas se consideraban atípicas porque se entendía que no ponían en peligro el bien jurídico protegido o porque este peligro era insignificante penalmente, esto no cambia por el hecho de que ahora tengamos una regulación que permita imponer penas inferiores; estas conductas tienen que seguir siendo atípicas si queremos respetar los principios básicos del Derecho Penal⁵⁸.

En la búsqueda de criterios orientadores diferentes a la cantidad de droga, recuerda el Alto Tribunal que, en otros preceptos, el CP se refiere a supuestos de “menor entidad” (artículos 242.2, 351, 385 ter, entre otros). Pero, a diferencia de esa redacción, el artículo 368 del CP, no se refiere a la menor entidad, sino a la escasa entidad de los hechos. Y, mientras el primero de los vocablos tiene un significado comparativo, autorizando así un punto de contraste que relativiza la gravedad del hecho en función del elemento de comparación con el que se opere, el calificativo **escaso**, referido a la entidad de los hechos, ya expresa por sí solo la idea de excepcionalidad⁵⁹.

En este sentido, se señala la relevancia de otros datos como la zona en la que se ha desarrollado la actividad (si es propensa a proclive a venta habitual, con denuncia de vecinos, entre otros); quiénes son los destinatarios de la droga (menores, incapaces, entre otros); la posible vinculación con grupos organizados; el grado de riesgo generado por la conducta, etc.⁶⁰

Teniendo en cuenta estos otros criterios, la Jurisprudencia entiende que el tipo atenuado también puede aplicarse a supuestos muy alejados de la venta al menudeo cuando la participación del sujeto es de muy escasa entidad, pero

punición, con la utilización inadecuada de remedios, como el de la interpretación restrictiva de los tipos penales para proceder a la neutralización de la norma en supuestos de insignificancia o irrelevancia de la conducta con el fin de salvar situaciones extremas. Supuestos que, a partir de ahora, con el empleo racional del arbitrio judicial podrán traducirse en una menor aspereza penal en el tratamiento de aquellos casos en los que las circunstancias lo demanden, sin tener que verse abocados los tribunales a compasivas absoluciones, al carecer de otra salida para enervar la severidad de las sanciones previstas de manera indiscriminada para su perpetración” (p. 2).

⁵⁸ En sentido similar, Dopico (2013, pp. 111-112), así como Etxebarria cuando señala que “menos aún deberían querer emplearse la atenuación para recoger los casos que con la jurisprudencia anterior a 2004 quedaban en el ámbito de la atipicidad, la venta de dosis inferiores a la dosis media pero superiores a la dosis mínima psicoactiva” (p. 2).

⁵⁹ Por todas, la STS N° 230/2020, de 26 de mayo.

⁶⁰ En opinión de Etxebarria, también podría considerarse supuestos de menor entidad aquellos que consisten en el mero transporte de droga, sin pretensión de hacer llegar por sí mismo a los consumidores ni introducirla en el mercado, sin ningún control sobre su distribución; transporte, además, muchas veces, interceptado y controlado desde el primer momento por los cuerpos policiales (2011, p. 3).

participa en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a esta última actividad, en sí misma, no le sea aplicable la calificación de escasa entidad⁶¹. Se puede pensar en labores secundarias como la facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; tareas de simple vigilancia realizadas por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas, etc⁶².

Otro elemento que valora el Tribunal Supremo para entender que estamos ante un supuesto de escasa entidad es el hecho de que no se trate de acciones reiteradas o que se enmarquen en una actividad más o menos mantenida como una forma de obtención de ingresos (*modus vivendi*), que revelen una mayor gravedad por su carácter permanente⁶³.

3.2 Circunstancias personales del culpable

Como se acaba de señalar, el legislador, al introducir la referencia a las circunstancias personales del culpable, pretendía posibilitar la aplicación de este tipo atenuado a aquellos supuestos en los cuales el autor del delito de tráfico de drogas es un consumidor-trafficante perteneciente a lo que se denomina el **último eslabón** de la cadena de la droga; el adicto que vende al menudeo y que no pretende tanto un ánimo de lucro, como satisfacer su propia dependencia (Molina, 2007, p. 1)⁶⁴.

Si bien es cierto que en estos casos puede aplicarse la atenuante, no es este el único dato de carácter personal que debe tenerse en cuenta. Entre otros, se alude también al entorno social, la edad, el grado de formación intelectual y cultural, la madurez psicológica, el entorno familiar y social, las actividades laborales, las posibilidades de integración en el entorno social, la ausencia de reincidencia, habitualidad o profesionalidad, la relación familiar o de amistad existente con el que recibe la droga, la situación de vulnerabilidad frente a las redes de narcotraficantes o la pobreza, su condición o no de toxicómano, en-

⁶¹ SSTS N° 617/2020, de 18 de noviembre y N° 537/2017, de 11 de julio.

⁶² SSTS N° 465/2018, de 15 de octubre y N° 142/2018, de 22 de marzo.

⁶³ SSTS N° 230/2020, de 26 de mayo y N° 233/2017, de 4 de abril. La STS N° 141/2017, de 7 de marzo no aplica el tipo atenuado porque, aunque se trata de cantidades muy pequeñas, se demuestra que el sujeto había convertido la venta de droga al menudeo en su fuente de ingresos.

⁶⁴ Por todas, la STS N° 141/2017, de 7 de marzo.

fermedad o necesidad que sitúan al culpable en una situación rayana o análoga a la del estado de necesidad (Etxebarria, 2011, p. 4)⁶⁵.

Como advierten algunos autores e incluso el propio Tribunal Supremo, no hay que confundir las circunstancias a valorar en esta atenuante con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (artículo 21 CP), en especial, con las aplicables a los drogodependientes en supuestos en los cuales existe una disminución de la imputabilidad como consecuencia de este trastorno (artículos 21.1, 21.2 o 21.7 CP). De hecho, la aplicación de la atenuante no exige que el autor sea drogodependiente, aunque en la práctica sean estos los supuestos en los cuales suele aplicarse⁶⁶.

En relación con este requisito del tipo atenuado, es interesante detenerse en los supuestos en los cuales existe reincidencia. El Tribunal Supremo ha reiterado en multitud de ocasiones que la concurrencia de esta agravante no debe ser obstáculo, con carácter general, para la aplicación del apartado 2 del artículo 368, toda vez que de seguir la postura afirmativa se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*, al actuar el antecedente como factor de agravación de la pena a imponer a la vez que impedimento para la rebaja prevista en dicho apartado. De modo que cabe aplicar el tipo atenuado aunque exista reincidencia, si del resto de circunstancias se desprende que dicha solución es adecuada, sobre todo en supuestos en los cuales se trata de ventas al menudeo llevadas a cabo por drogodependientes⁶⁷.

⁶⁵ Sánchez Melgar (p. 4), Sequeros (2010, p. 2). Por todas, las SSTS N° 617/2020, de 18 de noviembre, N° 465/2018, de 15 de octubre, N° 142/2018, de 22 de marzo y N° 537/2017, de 11 de julio.

⁶⁶ En este sentido puede verse la frecuentemente citada STS N° 32/2011, de 25 de enero o la más reciente STS N° 465/2018, de 15 de octubre. Xabier Etxebarria también advierte de que “sería ilógico abortar el alcance individualizador de este nuevo subtipo atenuado reduciendo su aplicación a las personas adictas cuando ya existen en los artículos 20, 21 o 376 segundo párrafo previsiones que permiten adecuar la pena a la culpabilidad del autor. En “Propuesta de interpretación...” (2011, p. 4).

⁶⁷ SSTS N° 617/2020, de 18 de noviembre; N° 465/2018, de 15 de octubre y N° 537/2017, de 11 de julio.

La STS N° 617/2020, de 18 de noviembre señala que, cuando además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la primera detención por la venta aislada de una papelina de cocaína, por ejemplo, determinará, si no constan circunstancias desfavorables la aplicación del subtipo atenuado. La segunda detención por los mismos hechos, con condena previa, determinará la aplicación de la agravante de reincidencia en el ámbito del subtipo atenuado. Y la tercera detención, con previas condenas, la aplicación de la agravante de reincidencia dentro del tipo básico.

3.3 ¿Es necesaria la concurrencia de los dos requisitos?

El artículo 368II permite aplicar la atenuación “en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”. La duda que plantea el uso de la conjunción copulativa **y** es si resulta necesario que concurren los dos requisitos o basta con que concorra uno de ellos.

Según la opinión mayoritaria, si concurren los dos requisitos se puede aplicar (de hecho, son los supuestos más frecuentes: consumidor-drogodependiente que trafica al menudeo), pero también si concurre solo uno y el otro es inespecífico, neutro o inexpresivo, puesto que en este caso se haría una ponderación conjunta de todas las circunstancias. Por el contrario, si concurre uno de los requisitos y el otro claramente no se da, no sería aplicable la atenuación⁶⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también es clara en este aspecto; no es preciso la concurrencia de los dos elementos, sino una valoración total del hecho para mejor proporcionar la pena a la conducta declarada probada, siempre que uno de ellos no excluya al otro, es decir que opere como factor excluyente de la aplicación del otro, y, por ello, de carácter negativo⁶⁹.

En este sentido, son también reiteradas las sentencias que han expresado que las circunstancias personales del recurrente son un dato que tiene menor entidad y consistencia que el de la escasa gravedad del hecho, por lo que en los supuestos en los que nada se dice al respecto de las circunstancias personales, ello no impedirá la aplicación del tipo privilegiado⁷⁰.

⁶⁸ En este sentido, la Circular N° 3/2011 sobre la reforma del Código Penal efectuada por la LO N° 5/2010, de 22 de junio en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores. También, a título de ejemplo, puede verse la STS N° 764/2011, de 19 de julio o la N° 448/2011 de 19 de mayo. Esta interpretación supone la imposibilidad de aplicar la atenuante si la cantidad con la que se trafica es importante, lo que suele ocurrir en los casos de **correos o muleros** que, en ocasiones, actúan coaccionados y/o en situación de necesidad, pero que transportan grandes cantidades de droga. En opinión de Etxebarria, esta interpretación no es adecuada puesto que estos supuestos deberían tener cabida en el tipo atenuado (p. 4).

⁶⁹ SSTS N° 199/2020, de 20 de mayo y N° 465/2018, de 15 de octubre.

⁷⁰ SSTS N° 808/2017, de 11 de diciembre y N° 608/2017, de 11 de septiembre. En las SSTS N° 465/2018, de 15 de octubre y N° 142/2018, de 22 de marzo se señala que, “La ponderación obligada de esas circunstancias simplificando las cosas, puede arrojar tres resultados. 1.- El primero, sería el descubrimiento de algunas circunstancias que militan a favor de la atenuación. 2.- En el extremo opuesto estaría la detección de factores subjetivos que la desaconsejan. 3.- Por fin es imaginable que ese examen no alumbre nada significativo; es decir, que ese parámetro sea neutro o indiferente. De acuerdo con la dicción legal no queda excluida radical y necesariamente la atenuación en los dos últimos supuestos; aunque en el segundo caso será exigible una intensidad cualificada del parámetro objetivo. Sí que es factible que pudiendo catalogarse el hecho

Incluso afirma el Tribunal Supremo que “cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable”⁷¹. Esto ocurre, sobre todo, cuando la venta de pequeñas cantidades es puntual, esporádica, de modo que **no revele un modo usual de vida, un *modus vivendi***⁷².

Ahora bien, en mi opinión, este dato tampoco debería impedir, en todo caso y de manera automática, la aplicación de la atenuación puesto que, si los supuestos en los que pensaba el legislador cuando la introdujo en el CP eran los de la venta al menudeo de drogodependientes como forma de financiarse su adicción, no son excepcionales los supuestos en los que estas ventas al menudeo son muy frecuentes, puesto que la necesidad de conseguir la droga que tiene el adicto, no es esporádica o puntual, sino continua y permanente.

Me parece adecuado terminar el análisis de la atenuación del artículo 368II con unas palabras de Etxebarria Zarrabeitia:

Sería una lástima que se interpretara esta cláusula [...] con una interpretación tan restrictiva que diera lugar a su aplicación únicamente a cantidades mínimas (cuya venta antes era considerada incluso atípica) y a sujetos adictos a las drogas (para los cuales existen ya toda una serie de previsiones normativas dirigidas a adecuar la respuesta penal a la finalidad de reinserción social). Por el contrario, debe utilizarse esta nueva atenuación, en el ejercicio motivado de la discrecionalidad judicial, con una visión amplia —máxime tras la eliminación de su carácter excepcional durante la tramitación parlamentaria— de los elementos que concurren en la graduación de la antijuridicidad material y la culpabilidad (2011, p. 4).

4. CONCLUSIONES

Para finalizar este repaso breve, pero, creo que bastante completo, por las cuestiones más importantes que plantea en la actualidad la aplicación del delito de tráfico de drogas, se van a resumir las conclusiones más importantes puestas de manifiesto en las páginas anteriores.

como **de escasa entidad**, concurren condiciones en el culpable que se erijan en obstáculo para la apreciación del subtipo” [Énfasis agregado].

⁷¹ SSTS N° 617/2020, de 18 noviembre; N° 537/2017 de 11 de julio y N° 336/2017, de 11 de mayo.

⁷² SSTS N° 465/2018, de 15 de octubre y N° 142/2018 de 22 de marzo.

En primer lugar, aceptando que el bien jurídico protegido en este delito es la salud pública y que la consumación del tipo exige su puesta en peligro, no parece que pueda negarse la necesidad de que, este bien jurídico colectivo, tenga la salud individual como referente. De hecho, como se ha puesto de relieve, son numerosas las cuestiones dudosas que se resuelven de manera más adecuado si tomamos como referencia los efectos que las sustancias tienen, o más bien, pueden tener, en el organismo humano, en la salud individual del eventual consumidor, sin perder de vista, por supuesto, el carácter colectivo del bien jurídico.

En segundo lugar, la determinación del objeto material del delito, es decir, la existencia o no de una droga, debe llevarse a cabo aplicando la teoría mixta, según la cual, la sustancia de que se trate deberá figurar en alguna de las listas ya conocidas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tanto nacionales como internacionales y además, debe de ser idónea para poner en peligro la salud pública. Esto implica que el consumo de la misma debe poder afectar negativamente al sistema nervioso central de los consumidores concretos (referencia a la salud individual) y, además, debe tener capacidad para afectar a la salud pública.

En tercer lugar, en relación con las conductas típicas, si bien la redacción del tipo penal es muy amplia, tanto la doctrina como la jurisprudencia plantean la necesidad de aplicar criterios restrictivos que permitan afirmar la atipicidad en aquellos supuestos en los que el bien jurídico no se ve puesto en peligro o, al menos, no de un modo relevante.

De esta manera, se consideran atípicos los supuestos en los cuales las cantidades objeto del delito no superan la dmp, aunque, según la postura aquí defendida, también cantidades superiores a esta dosis pueden conducir a la absolucón puesto que, a pesar de exceder la dmp, no puede afirmarse que pongan en peligro la salud pública, ante la imposibilidad de llegar a terceros de manera indiscriminada e indeterminada con potencialidad para afectar a su salud.

Del mismo modo, también son atípicos los supuestos de consumo compartido en los cuales tampoco se da este riesgo. En estos supuestos, entendemos que los datos que la jurisprudencia valora para determinar si existe un consumo de este tipo o no, no deben entenderse como requisitos exigibles en todo caso de manera automática, sino únicamente como indicios de la existencia de ese consumo compartido y de la dificultad de que la droga llegue de manera indiscriminada a terceros.

Finalmente, en relación con el tipo atenuado recogido en el artículo 368II del CP, es unánime la opinión según la cual no es necesario que concurren los dos requisitos: escasa entidad del hecho y circunstancias personales del sujeto, siendo suficiente con que concorra uno de los dos elementos, siempre que el otro sea neutro o, al menos, no negativo.

Si bien los supuestos más habituales de aplicación del tipo atenuado son aquellos en los cuales estamos ante un consumidor que lleva a cabo una actividad de venta de droga al menudeo de pequeñas cantidades para satisfacer su adicción, no son estos los únicos casos en los cuales el sujeto activo puede verse beneficiado por esta rebaja de la pena. Merecen una especial mención aquellos supuestos en los que se podrá afirmar la escasa entidad del hecho, aunque no se trate de pequeñas cantidades, valorando otra serie de circunstancias, así como aquellos en los cuales, a pesar de existir reincidencia, no se cierra la puerta a la posibilidad de atenuar la pena.

Ahora bien, debemos criticar la aplicación del tipo atenuado a supuestos en los cuales debería afirmarse la atipicidad de la conducta, por tratarse de cantidades muy pequeñas de droga, así como su no aplicación de manera automática ante la concurrencia de otros datos como el hecho de que las ventas no sean algo más o menos puntual, sino frecuentes. En mi opinión, debe analizarse caso por caso y huir de generalizaciones para evitar volver a la situación anterior a la entrada en vigor de este tipo atenuado, en la cual se imponían penas realmente desproporcionadas a la gravedad del delito cometido.

5. LISTA DE REFERENCIAS

- Acale, M. (2002). *Salud pública y drogas tóxicas*. Tirant lo Blanch.
- Arroyo, L. (2000). El objeto material en el artículo 368 del CP: planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En Soriano, J. (Dir.), *Delitos contra la salud pública y contrabando, Cuadernos de Derecho Judicial* (pp. 319-381). CGPJ.
- Carbonell, J. (1986). Consideraciones técnico jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas". En M. Cobo Del Rosal, *La problemática de la droga en España (análisis y propuestas político-criminales)* (pp. 337-353). EDESA.
- Carrasco, J. & Maza, J. (2010). *Tratado de Psiquiatría legal y forense*. La Ley-Actualidad, 4ª ed.
- Casanueva, I. (2019) *La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad, Aranzadi*. Cizur Menor.

- Córdoba, J. (1981). El delito de tráfico de drogas. *Estudios penales y criminológicos*, 4, 9-34.
- Del Río, L. (1996). Tráfico de drogas y adecuación social. Supuestos de atipicidad en el artículo 344 del Código Penal. *Revista General de Derecho*, 617, 153-174.
- Diéz, J. & Muñoz, J. (2012). Licitud de la autoorganización del consumo de drogas. *Jueces para la Democracia*, 75, 49-77.
- Dopico, J. (2013). *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*. Tirant lo Blanch.
- Etxebarria, X. (2011). Propuesta de interpretación del segundo párrafo del artículo 368 del código penal. *La Ley Penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 85(8), 44-52.
- Expósito, A. (2012). El delito de tráfico de drogas. *Revista de Derecho UNED*, 10. <https://doi.org/10.5944/rduned.10.2012.11092>
- Ganzenmüller, G. (1997). *Delitos contra la salud pública (II). Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*. Barcelona.
- González, M. (2011). Tendencias jurisprudenciales del nuevo artículo 368.2 del Código Penal. *Diario la Ley*, 7660. <https://doi.org/10.17345/1137>
- Granados, C. (2007). *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas*. Madrid.
- Homs J. (1996). *Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad*. Barcelona.
- Joshi, U. (1999). *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del artículo 368 CP*. Barcelona.
- Lorenzo, J. (1983). *Las drogas en el ordenamiento penal español*, 2da edición. Casa Editorial.
- Lorenzo, J. (1986). *Reforma de 1983 y tráfico de drogas. La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político-criminales*. Edersa (Editoriales Reunidas).
- Luzón, D. (1982). Tráfico y consumo de drogas. En Barbero, M. et al., *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales* (pp. 61-69). Instituto Alemán.
- Magaldi, M. (2004). Artículo 368. En Córdoba, J. & García, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II* (pp. 1552-1596). Marcial Pons.
- Magro, V. (2013). Algunas cuestiones sobre la cantidad insignificante en la droga aprehendida y la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: ¿hay un delito, aunque se trate de un acto de venta? *La Ley Penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 100.

- Manjón-Cabeza, A. (2003). Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces. *ADPCP*, Tomo 56, 45-112.
- Maqueda, M. (1998). Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 5, 1551-1561.
- Maraver, M. (2019). La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2.
- Mazuecos, A. (2018). La posesión de drogas: delito y conducta atípica. Criterios delimitadores a partir del análisis comparado de la regulación peruana y española. En Atahuamán y Reyna (Coord.), *Delitos de tráfico ilícito de drogas. Problemáticas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio* (pp. 289-335). Jurista editores.
- Molina, M. C. (2007). Propuesta de modificación del artículo 368 del CP por razón de la cantidad". *La Ley Penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 38, 78-85.
- Morant, J. (2005). *El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*. Editorial Práctica de Derecho.
- Muñoz, J. & Díez, J. (dirs.), Garrido, M. J (coord.). (2004). *Las drogas en la delincuencia, Instituto andaluz interuniversitario de criminología*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz, J. (2015). La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 17.
- Nuñez & Guillén. (2008). Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del artículo 368 del Código Penal. *Revista Penal*, 22, 80-108.
- Pedreira, F. (2009). Concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Las Convenciones de Naciones Unidas. El sistema de listas. Clasificación en función del daño a la salud. La pureza de la droga. En Álvarez, F. (dir.), *El delito de tráfico de drogas* (pp. 54-60). Tirant Lo Blanch.
- Pedreira, F. (2015-2016). La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas. *Revista Penal México*, 9, 159-179.
- Pena, W. (2019). La problemática de los clubes de cannabis: ¿error de tipo o error de prohibición?. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- Prieto J. (1993). *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, 2ª ed. Aranzadi.

- Rey, L. (1999). *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*. Tirant lo Blanch.
- Rey, L. (1987). *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. Bosch.
- Sánchez Melgar, J. (2011). El nuevo subtipo atenuado en el delito de narcotráfico. *Diario la Ley*, 7666,.
- Sánchez Tomás, J. (2002). *Derecho de las drogas y las drogodependencias*. Fundación de Ayuda contra la drogadicción (FAD).
- Segarra, J. & Núñez A. (2020). Los clubes cannábicos: eventual responsabilidad penal de la persona jurídica y de las personas físicas responsables o gestoras de su actividad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4.
- Sequeros, F. (2000). *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa doctrinal y jurisprudencial)*. La Ley, 4.
- Sequeros, F. (2010). La nueva redacción de los delitos relativos al tráfico de drogas en la reforma del Código penal de 2010: juicio crítico. *Diario la Ley*, 7534.
- Serrano A. & Serrano A. (2009). *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., Dykinson.
- Subijana, I. (2004). Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas (El marco judicial en el que se inserta la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). *Revista del Poder Judicial*, 74.