



**Grado en: Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso: 2017/2018**

**Convocatoria: Septiembre**

**Autora: Priscila Hernández González**

**DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS: BIEN JURÍDICO. CONDUCTAS TÍPICAS  
Y ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS SUPUESTOS DE ATIPICIDAD.**

**CRIME OF DRUG TRAFFICKING: LEGAL. TYPICAL BEHAVIORS AND  
SPECIAL CONSIDERATION TO THE CASES OF ATIPICIDAD.**

## ÍNDICE

<b>1. Concepto y regulación jurídica del tráfico de drogas.....</b>	<b>5</b>
<b>2. Bien jurídico protegido.....</b>	<b>7</b>
<b>3. Naturaleza del delito.....</b>	<b>8</b>
<b>4. Conductas tipificadas en el artículo 368 CP.....</b>	<b>9</b>
4.1 <i>Cultivo, elaboración o fabricación y tráfico.....</i>	<i>11</i>
4.2 <i>Otras formas de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.....</i>	<i>13</i>
4.3 <i>Posesión con aquellos fines.....</i>	<i>14</i>
<b>5. Supuestos de atipicidad.....</b>	<b>18</b>
5.1 <i>Consumo compartido.....</i>	<i>19</i>
5.2 <i>Posesión para consumo propio.....</i>	<i>23</i>
5.3 <i>Posesión y consumo compartido en la pareja y allegados.....</i>	<i>24</i>
5.4 <i>La invitación o donación a otro sujeto.....</i>	<i>25</i>
5.5 <i>Las donaciones altruistas o compasivas.....</i>	<i>26</i>
5.6 <i>Donaciones a presos.....</i>	<i>30</i>
<b>6. La venta de una pequeña cantidad de droga. Dosis mínima psicoactiva.....</b>	<b>31</b>
<b>7. Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana: la prohibición del consumo de drogas y tenencia ilícita en espacios públicos.....</b>	<b>35</b>

## **INTRODUCCIÓN**

La relevancia del delito de tráfico de drogas, ha llevado al legislador a intensificar la protección de la salud pública, regulándola en el artículo 368 del Código Penal, y tipificando una serie de conductas que lesionan el bien jurídico protegido.

Asimismo, ha querido excluir de su ámbito de aplicación aquellos comportamientos que, por su insignificancia, no tienen capacidad de poner en riesgo la salud, y que, para la sociedad resultan irrelevantes y excesivamente prohibicionistas.

El fundamento de este trabajo, es explicar en qué consisten ambas conductas, exponiendo diversas posturas jurisprudenciales y doctrinales, con especial consideración a las conductas atípicas, y proponiendo reformas político-criminales en esta materia, tendentes a su total legalización.

## **ABSTRACT**

The relevance of the crime of drug trafficking, has led the legislator to intensify the protection of public health, regulating it in article 368 of the criminal code, and making a series of behaviors that injured the legal protected.

Also, wanted to exclude from its scope those behaviours which, by its insignificance, have no ability to put health at risk, and that, for the society they are irrelevant and overly-prohibitionist.

The Foundation of this work is to explain what are both behaviors, exposing various postures jurisprudential and doctrinal, with special consideration to the atypical behaviors, and proposing Político reforms in this area, aimed at total legalization.

## **ABREVIATURAS**

**Art./s:** Artículo/s.

**CE:** Constitución Española.

**CP:** Código Penal.

**Ed.:** Edición.

**Dir.:** Director/es.

**LO:** Ley Orgánica.

**Ob.cit:** Obra citada.

**P./pp.:** Página/páginas citadas.

**SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.

**STS/STA:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**TS:** Tribunal Supremo.

## **1. Concepto y regulación jurídica del tráfico de drogas.**

El delito de tráfico de drogas está tipificado en el artículo 368 del Código Penal, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, bajo la rúbrica de “Delitos contra la salud pública”, donde afirma lo siguiente: “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.”

Tras la aprobación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al Gobierno, de 25 de febrero de 2005 y la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio<sup>1</sup>, se modifican las penas de dicho artículo, rebajándose el tipo básico, de tres a nueve años, a tres a seis años de pena privativa de libertad, si se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años de pena privativa de libertad en los demás casos, así como la posibilidad de que el Tribunal pueda imponer la pena inferior en grado atendiendo a la escasa gravedad del hecho y a las circunstancias personales del autor.

La doctrina mayoritaria considera que esta reforma supone un mayor respeto al principio de proporcionalidad, al haber un equilibrio entre las penas aplicadas a aquellos casos en los que se lesiona gravemente el bien jurídico protegido y los que no. Anteriormente, esta desigualdad se reflejaba en conductas en las que se llegaban a castigar hasta con nueve años de prisión a supuestos de elaboración de drogas para consumo propio y no para conductas de tráfico.

En efecto, esto supone, en palabras del autor PEDREIRA GONZÁLEZ, “una mejora de la regulación desde el punto de vista del mandato de determinación, al limitar la llamativa amplitud del marco penal, así como desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, ya que estos delitos se castigaban con penas próximas al homicidio”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BOE nº. 152, de 23 de junio.

<sup>2</sup> FRIEYRO ELÍCEGUI, Sofía, El delito de tráfico de drogas, 1ªed, Tirant Online, Valencia, 2017 (pp.11-12).

Por otro lado, existe una cuestión problemática ya que el concepto de tráfico de drogas no es sencillo, debido a la falta de precisión del legislador a la hora de definir conductas, debiendo acudir a instrumentos internacionales como es la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas dado en Viena en 1971, los cuales, nos definen en qué consisten las conductas y conceptos no aportados por nuestra legislación. A parte, también hemos de recurrir a la jurisprudencia para suplir esta falta de taxatividad conceptual, existiendo críticas doctrinales debidas al traslado de la responsabilidad a los Juzgados y Tribunales, que se ven obligados a usar su poder discrecional a la hora de concretar en qué consisten las mismas.

Así, Montero La Rubia, aprecia una “falta de taxatividad de la norma a la hora de definir las conductas, quedando en peligro la seguridad jurídica y derivando en sentencias contradictorias de Juzgados y Tribunales”.<sup>3</sup>

Entre ellas, debemos especificar en qué consisten cada una de las conductas típicas, no delimitadas por nuestro Código Penal, ya que sólo se limita a mencionarlas en su artículo 368, las cuales, veremos posteriormente; también, qué se entiende por “escasa entidad del hecho” y por “circunstancias personales del culpable” como requisitos a tener en cuenta por los Tribunales a la hora de imponer una pena inferior en grado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 369 bis y 370 del Código Penal; y además, pormenorizar cuáles son las sustancias que lesionan gravemente la salud pública y cuáles no, como criterio usado para graduar la pena.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como la nº 371/2013, 8 de mayo, define qué se entiende por escasa entidad del hecho a “la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".

Y entiende por circunstancias personales del culpable, de la siguiente manera: a las que “se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento

---

<sup>3</sup>MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier, Delitos contra la salud pública. Estudio práctico de la jurisprudencia del TS, 1ª ed., Bosch, 2007 (pp.9-10).

posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, que son factores que permiten modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, debiendo jugar en su favor el hecho de que no consten circunstancias de carácter negativo”.

En mi opinión, considero que el delito de tráfico de drogas es lo suficientemente relevante en la actualidad, en relación a la escasa determinación de los conceptos por parte del legislador, que debería determinarlos en el Código Penal, con mayor certeza, en aras a garantizar el principio de seguridad jurídica en el orden penal.

## **2. Bien jurídico protegido.**

El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas, como bien recoge la rúbrica donde está su redacción, es la salud pública, entendida tanto de manera individual como colectiva.

De acuerdo con el artículo 43 CE, es competencia de los poderes públicos el organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, reconociéndose así el derecho a la protección de la salud.

La jurisprudencia, originariamente, ha confirmado que el bien jurídico protegido en este delito es la salud pública, y, en sentencias como, nº 861/2007, de 24 de octubre, afirma lo siguiente: “El bien jurídico protegido por el tipo del art. 368 es la salud pública, que se ve seriamente comprometida por los efectos más o menos nocivos que produce el consumo de sustancias estupefacientes”.<sup>4</sup>

En este sentido, existe una discusión acerca del contenido implícito del bien jurídico protegido, ya que, una postura considera a la salud pública de manera independiente a la individual, como se afirma, en la sentencia nº 56/2015, de 6 de noviembre: “La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras”.

Y en cambio, otra, defendía que la salud pública está formada a su vez, por la salud individual de cada uno de sus componentes. Es por ello, de que, a pesar de la existencia de un gran número de conceptos sobre el bien jurídico protegido, un abundante sector

---

<sup>4</sup> STS nº 861/2007, de 24 de octubre

coincide en la idea de que el bien jurídico protegido de la salud pública es igual de relevante que la salud individual, como afirma, por ejemplo, la autora Sofía Frieyro Elícegui: “Dada su ubicación sistemática, que en este tipo de delitos se protege la salud pública, la protección de la salud pública debe entenderse también en su dimensión individual en tanto en cuanto que cada individuo es miembro de la colectividad.”<sup>5</sup>

Posteriormente, el Tribunal Supremo, comienza a modificar el sentido que la doctrina le daba al bien jurídico, cuando procedió a despenalizar conductas, que, suponiendo posesión y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, no lesionaban al bien jurídico protegido.

De otro modo, existe una doctrina minoritaria que defiende el Derecho Penal trata de proteger otros intereses, como los fiscales, la seguridad ciudadana o la libertad. Esta minoría, es rechazada por el autor MANJÓN-CABEZA OLMEDA, al afirmar: “a partir de ahí caben dos opciones: interpretar el tipo desde estas razones, aunque se llegue a castigar lo que no afecta a la salud pública, o interpretar el tipo teleológicamente, para descubrir el ámbito de protección de la norma, es decir el bien jurídico, aunque ello no responda en todos los casos a los motivos que están detrás de la tipificación... Las razones metajurídicas o el interés dominante no pueden confundirse con el bien jurídico para contaminar la determinación del ámbito de lo prohibido... una cosa son las razones que condujeron al prohibicionismo, como opción política, y otra cosa es la selección que el Legislador ha hecho del bien jurídico salud pública como criterio para construir la antijuricidad en estos delitos”.<sup>6</sup>

Como podemos comprobar, es una cuestión que no ha logrado la uniformidad conceptual, por falta de acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia pero que, apreciando las singularidades del bien jurídico en la práctica, no resulta descabellado separar la salud pública de la individual, por la despenalización de conductas atípicas, que, no lesionando la primera, sí afectan de manera individual al consumidor y de las cuales, el legislador ha querido desentenderse por no afectar a la colectividad.

---

<sup>5</sup> *Ob.cit.*: FRIEYRO ELÍCEGUI, p.27.

<sup>6</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, El delito de tráfico de drogas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 24-25

### 3. Naturaleza del delito de tráfico de drogas

El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto o mera actividad, ya que no es necesario que se llegue a consumir para que sea punible, ya que se castiga la posibilidad de producir un riesgo para el bien jurídico protegido. El artículo 368 CP engloba una serie de conductas típicas punibles, que abarcarían desde una fase inicial como es su elaboración o cultivo hasta la posesión del destinatario, castigándose en sí, cualquiera que implique difusión y que su finalidad esté destinada al tráfico, ya que todas suponen un riesgo para la salud pública sin necesidad de que el destinatario acabe consumiéndolas.

Así lo reconoce nuestra jurisprudencia, en numerosas sentencias, al señalar 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”<sup>7</sup>

Asimismo, la jurisprudencia, también hace alusión a esta concepción cuando se admite que: “Este artículo tiene una singular estructura típica. En definitiva, de modo particularmente abierto, sanciona a quienes de cualquier modo favorezcan el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. En tal amplitud típica quedan integradas conductas muy diversas: caben aquí actos aislados de donación o venta de esas sustancias, otros de consumación instantánea y efectos duraderos en el tiempo, como los casos de posesión de la droga para su difusión ilícita, y, lo más importante por lo que aquí nos interesa, actos repetidos de cultivo, elaboración o tráfico de esas mismas sustancias. Nos encontramos ante lo que un sector doctrinal denomina "tipos que incluyen conceptos globales", es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo

---

<sup>7</sup> STS nº 444/2005, de 11 de abril

que obliga a considerar que unas variedades de acciones punibles de contenido semejante constituyen, no un delito continuado, sino una sola infracción penal."<sup>8</sup>

#### **4. Conductas tipificadas en el artículo 368 CP.**

Las conductas típicas se regulan en el artículo 368 del Código Penal, al afirmar que son “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”. El legislador ha querido castigar un amplio abanico de conductas, que, aunque abarquen distintas fases, tienen en común que afectan a la salud pública de la ciudadanía y que estén destinadas a un consumo ilícito.

La doctrina mayoritaria coincide en considerarla una conducta amplia, que engloba numerosas facetas, desde la inicial como puede ser el cultivo de cannabis, hasta conductas de tráfico como puede ser una compra-venta de heroína. De esta manera, “la conducta abarca inicialmente desde su cultivo y producción, hasta su fase de distribución, así como promocionar, favorecer o facilitar el consumo de estas sustancias... Se trata de cualquier actividad de tráfico de sustancias tóxicas, ya sea a través de la venta, permuta, u otras actividades con similar finalidad”<sup>9</sup>

Como afirma ACALE SÁNCHEZ, “Comienzan con el cultivo y finalizan con la puesta en circulación de las mercancías”.<sup>10</sup>

Hay que tener en cuenta que, en el artículo 368 del Código Penal, se hace alusión a aquellas conductas destinadas a lesionar la salud pública y cuya finalidad sea el consumo ilícito, pero no detalla en qué consiste cada una de ellas. Esta cuestión ha sido criticada por la doctrina mayoritaria, al afirmar que se trata de “una conducta tan amplia, que absorbería, por tanto, dentro de sí, conductas de participación y fases del iter criminis...generando una desproporción, al no discriminar entre conductas de diferente gravedad e incidencia sobre el bien jurídico”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> STS nº 118/2005 del TS, de 9 de febrero de 2005

<sup>9</sup> STS de 6 abril 2000

<sup>10</sup> *Ob.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, pp. 44-48

<sup>11</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, Derecho de las drogas y las drogodependencias, Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, 1ºed, Madrid, 2002, p.116

No se especifica en el Código Penal aquellas conductas que, por sus características, no llegan a lesionar el bien jurídico.

Esta cuestión debió regularse debidamente en nuestra legislación penal, detallando minuciosamente, en qué consiste cada una de las conductas e incluyendo todos los elementos las mismas, para suplir la falta de taxatividad del legislador, que ha convertido el Código Penal en esta materia, en lo más parecido a una ley en blanco.

*Cultivo, elaboración o fabricación y tráfico.*

La escasa alusión que hace el artículo 368 a las conductas típicas no es más que un reflejo del descuido del legislador a la hora de elaborar conceptos legales sólidos, ya que solo se hace mención a los “actos de cultivo... de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, lo cual se ha criticado por la doctrina, al entender que el concepto debe ser corregido porque “no es posible cultivar drogas en sí, sino las plantas o especies botánicas de las cuales se obtendrían las drogas”<sup>12</sup>.

Existen numerosas definiciones legales de cultivo, como la que nos aporta la Ley 17/1967, de 8 de abril, que hace alusión al cultivo de plantas destinados a la producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear como tales, o como la aportada por el Convenio 1961, que alude como planta cultivada, la adormidera, arbusto de coca o cannabis.

En contraste a esta situación, un sector doctrinal critica la escasez de los términos ya que no se engloban todas las especies botánicas mediante las cuales pueden producir dichas sustancias. Así lo afirma F. Javier, al declarar que “estas definiciones son insuficientes, dado el gran número de especies botánicas que contienen o de las que pueden obtenerse drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (plantas, hongos...)”.<sup>13</sup>

Partiendo de esta base, la propia doctrina se ha encargado de crear un concepto más adecuado de cultivo, definiéndolo Joshi Jubert, U. como la “siembra, plantación y recolección de elementos a partir de los cuales puedan obtenerse las sustancias mencionadas”.<sup>14</sup>, abarcando desde el cultivo de cannabis hasta cualquier otra especie botánica.

---

<sup>12</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 30

<sup>13</sup>*Ibid.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 31

<sup>14</sup> *Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 30

Para definir la elaboración o fabricación acudimos al Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, donde en su artículo 1, que define la fabricación como aquel proceso que permita obtener sustancias psicotrópicas, incluida la refinación y la transformación de sustancias psicotrópicas en otras sustancias psicotrópicas. Entre ellas se incluye, obtención, producción, preparación, depuración, manipulación y proceso de transformación de droga. El término incluye la elaboración de preparados distintos de los elaborados con receta en las farmacias.

Respecto a los actos anteriores, es unánime la opinión que defiende que no pueden ser punibles al no haber comenzado la ejecución del delito, así lo afirma en este sentido, el autor Álvarez García, F. Javier, al afirmar que “Los actos anteriores a la siembra, como pueden ser los de preparación del terreno o la posesión de semillas, no suponen todavía un inicio de ejecución, pues no puede afirmarse que el cultivo ha comenzado, y, en consecuencia, son conductas que no pueden subsumirse en el artículo 368 del Código Penal, ni siquiera como tentativa”.<sup>15</sup>

Inicialmente existía una postura doctrinal que consideraba la fabricación como un delito en grado de tentativa, por estar en ese momento en fase temprana de preparación, concepción que fue derribada posteriormente por la doctrina mayoritaria al determinar que la conducta de fabricación en sí, también es una conducta típica. Esta última opinión es la más razonable, al entender que ésta también ha quedado regulada en el artículo 368 CP como una conducta tendente a afectar a la salud pública, porque ya se estaría comenzando a elaborar una sustancia que se va a destinar al consumo ilícito, dañando desde ese momento al bien jurídico protegido, además de otras como la elaboración, cultivo y tráfico de drogas.

El tráfico, es definido por el art. 15 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el Convenio 1961 de las Naciones Unidas, como cualquier operación de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma.

---

<sup>15</sup>*Ibid.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier., p. 31

#### *1.5.4. Otras formas de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas*

La Convención de 1961 y la Convención de Viena de 1988, explica las formas de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, como “cualquier actuación relacionada con actos de cultivo, elaboración o tráfico, u otros, como la posesión de aquellas sustancias con los referidos fines, donaciones, transporte, extracción, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, importación y exportación”.

Con esta expresión, entendemos que el legislador, ha querido englobar cualquier conducta que implique consumo ilícito, y ha incluido en la misma, los actos de cultivo, elaboración y tráfico.

La falta de claridad, ha sido crítica de la doctrina mayoritaria, que las adjetiva como “cláusulas abiertas difusas y proponen la exclusión de aquellas conductas que no afectan al bien jurídico protegido, debiendo incluir conductas de transporte, prescripción abusiva de recetas médicas, su suministro o entrega no autorizada y actos de mediación por implicar una verdadera difusión del consumo ilegal”.<sup>16</sup>

El Tribunal Supremo no ha sido tajante al, definir en algunas sentencias, la donación, como modo de facilitar y promover el consumo de drogas por ser una forma de transmisión gratuita de las mismas, a un tercero para su consumo; así lo afirma la sentencia 527/1998, de 15 de abril: “La jurisprudencia ha sido constante en la reiteración de que quien regala o hace donación de drogas está realizando la acción en que el delito consiste, favorecer o facilitar el consumo ilegal de las nocivas sustancias”.<sup>17</sup>

A su vez, también se considera la donación, o el transporte de drogas, como conducta típica del tráfico ilegal de drogas, al ser un modo de distribución de las mismas para su consumo ilegal, donde se “sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O bien cualquier

---

<sup>16</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p.38

<sup>17</sup> V. las SSTs de 19 de mayo de 1989, de 24 de enero, 17 y 22 de octubre de 1990, 3 y 29 de mayo y 28 de junio de 1991 y 25 de enero de 1992

otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también sería "típico".<sup>18</sup>

En cambio, en la sentencia de 3 de febrero de 1997, el Tribunal Supremo declara la atipicidad de una donación a un preso adicto para calmar su síndrome de abstinencia.

En efecto, se trata de una problemática conceptual, que no le quita razón a la doctrina mayoritaria, puesto que la falta de claridad del legislador, supone una excesiva carga a los Juzgados y Tribunales, que han de especificar el contenido de estas conductas en numerosas sentencias, no siempre concordantes. Lo adecuado sería una exhaustiva concreción de los elementos de cada conducta en el respectivo artículo 368 CP.

#### *1.5.5. Posesión con aquellos fines*

Para considerar la posesión como acción típica, es necesario atender a su finalidad, puesto que es el criterio determinante para considerarla punible. El legislador ha querido excluir del abanico de conductas, la posesión para consumo propio, castigando simplemente la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cuya finalidad sea destinarla al tráfico ilegal por considerar que ésta si pone realmente en riesgo el bien jurídico protegido, y ésta, es la conducta castigada por el artículo 368 del Código Penal por considerarse la misma, una forma de promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal.

En el orden penal, el concepto de posesión, es el comprendido en el Código Civil, en sus art. 430 y ss., donde la posesión no equivale a tenencia de la droga, sino dominio sobre la misma. Así, la jurisprudencia mayoritaria fue adoptando este concepto de posesión, al afirmar que "la posesión puede ser directa e inmediata, puede ser actual, material, física, de presente, pero también puede ser mediata, indirecta, incluso a distancia sin necesidad de contacto físico, porque lo decisivo, en cualquier forma de tenencia, es que el objeto poseído, -la droga-, esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente -dominio funcional sobre la cosa, como opción y posibilidad de disponer sobre la droga-; quien tiene el dominio sobre la droga es el poseedor a todos los efectos, siendo suficiente la voluntad de poseer aunque la propia persona no la posea materialmente y sí la tenga, para ella, otra, que sería la figura del llamado ""servidor de la posesión".<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> STS 62/2016, de 7 de septiembre

<sup>19</sup> STS 924/2009, de 7 de octubre

El problema surge a la hora de determinar cuando estamos ante una tenencia para consumo propio o para tráfico, circunstancia límite a la hora de acordar la tipicidad de la conducta. En esta tesitura, han existido dos posturas contradictorias. Inicialmente, se consideraban los actos de posesión “con aquellos fines” como una conducta típica, cuya finalidad estaba destinada tráfico ilegal de drogas, salvo que el acusado demostrase lo contrario, mediante la carga de la prueba. Esta rígida percepción se modifica posteriormente, por el Tribunal Supremo, dando lugar a numerosas sentencias contradictorias, por absolver en numerosos casos, supuestos de posesión de droga para consumo propio o consumo compartido. Además, en relación con la prueba, se exige para su imputación, una serie de pruebas indiciarias que den lugar a varias interpretaciones, suponiendo que, en aquellos casos en los que exista duda de si el sujeto tenía ánimo de traficar, se debe aplicar el principio “in dubio pro reo”.

Esta evolución sería la más adecuada, porque lo que se castigan son las conductas que vulneran el bien jurídico protegido, al estar destinadas al tráfico para satisfacer el consumo de tercero, pero no la posesión para autoconsumo, porque conllevaría satisfacción de las necesidades propias, sin que ello suponga, poner en riesgo la salud de toda la colectividad, respetándose de esta manera, el principio de mínima intervención y el de proporcionalidad.

Ante esta situación el Tribunal opta por la valoración la prueba indiciaria, que permitiría descubrir la intencionalidad del sujeto a través de una serie de indicios que se han ido configurando a lo largo de estos años para resolver este tipo de problemas. De esta manera, se tendrá en cuenta tanto la cantidad como las características de la droga (pureza, variedad y presentación), puesto que en ocasiones la droga es poseída en cantidades escasas lo que puede generar dudas y en otros casos tener una cantidad considerada mayor que para el propio autoconsumo, aunque tendría que valorarse junto con otros indicios por ser el de la “cantidad” insuficiente para derrumbar la presunción de inocencia. Si la cantidad es superior a la considerada para el autoconsumo, sería suficiente para considerar que es para tráfico, en cambio, si hay dudas de si es para autoconsumo o no, regiría el principio de “in dubio pro reo”.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup>MORANT VIDAL, Jesús El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2005, pp. 90-91

Así lo dispone también, la autora Teresa Molina Pérez, al afirmar que esta situación “se basa más en valores probatorios, lo que deriva en la mayoría de los casos en numerosas investigaciones en aras a descubrir la verdadera intención del sujeto, donde en la mayoría de los casos se recurre a la prueba indiciaria” y también considera que “uno de los casos más difíciles es cuando la cantidad es tan pequeña, que hace complicado distinguir si está destinada al autoconsumo o al tráfico, rigiendo en este caso el principio de in dubio pro reo, para el caso de que la prueba indiciaria sea inexistente, se podría absolver al acusado”.<sup>21</sup>

Llegados a este punto, ¿Hasta qué cantidad se considera que es para autoconsumo? ¿Y a partir de cuál es considerada para tráfico? El baremo del autoconsumo oscila entre la que hubiese consumido una persona en el tramo de tres y cinco días, como normal general. Aunque no es una cuestión jurisprudencialmente unánime, ya que existen sentencias que han aumentado el consumo, situándolo entre tres y diez días. La cantidad según la sustancia, se distribuiría de la siguiente manera:

**HACHÍS:** Como regla general, el consumo es hasta 50 gramos.

**COCAÍNA:** Aquí las cantidades varían, puesto que no hay un acuerdo unánime, oscilan como regla general, entre 0,45 gramos (en casos más extremos con otros indicios) y 10 gramos (es lo normal).

**HEROÍNA:** La posición mayoritaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la sitúa en 5 gramos (4 dosis diarias), calificándose de autoconsumo 2 gramos, pero si hay otros indicios se condena desde 0,0043 gramos.

**LSD:** Autoconsumo cuando no supera las 5 dosis.

**ANFETAMINAS:** Autoconsumo es menos de 7 gramos.

**DROGAS DE DISEÑO (MDMA O ÉXTASIS):** 40 Comprimidos, 8,2 gramos y riqueza del 40% ya es tráfico de drogas. MDEA de 78,5 comprimidos es tráfico.

Independientemente de las cantidades, también hay que tener en cuenta cuatro factores<sup>22</sup>:

1. Grado de habituación, asimilación y tolerancia del toxicómano: el poseedor no puede ser consumidor y porta varias dosis.

---

<sup>21</sup>MOLINA PÉREZ, Teresa, El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas, Anuario jurídico y económico Escorialense, 2005, p. 111

<sup>22</sup>*Ob.cit.*: MORANT VIDAL, Jesús, p.93

2. Cuantía de la droga: si no es consumidor, independientemente de la cantidad pues siempre se considera tráfico. Si es consumidor, pues cuando supere la cantidad del autoconsumo.
3. Medio económicos del poseedor de la droga.
4. Tipo de droga consumida: variedad y cantidad, pureza, lugar en donde se encuentra la droga, modalidades de posesión y lugar y modo de ocultación de la sustancia.<sup>23</sup>

Otro factor sería la situación patrimonial del poseedor, ya que, si la cantidad de ingresos es ínfima o entra dentro de unos baremos considerados normales, es probable que la posesión esté destinada al autoconsumo. En cambio, el hecho de que los ingresos sean desproporcionados e injustificados, son indicios de que la posesión puede estar destinada a una situación de tráfico ilegal.

De hecho, la jurisprudencia actual, establece como indicios más comunes en este tipo de delitos, son los siguientes<sup>24</sup>:

- a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.
- b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.
- c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.
- d) Naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico;
- e) Inexistencia de justificación ilícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.
- f) Debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales.
- g) La existencia de sociedades “pantalla” o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas.

Independientemente de la clara necesidad de plasmar estos criterios en el derecho positivo penal, el establecimiento de estos indicios, ha resultado favorable en aras a suplir la falta de precisión legislativa para diferenciar supuestos de posesión típicas y atípicas. Se trata de una aportación relevante, tanto como medida protección del principio de seguridad

---

<sup>23</sup>*Ob.cit.*: MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup> del Carmen, pp. 107-108

<sup>24</sup> STA n° 1310/2011, de 12 de diciembre

jurídica, que se vería vulnerado sin esta serie de criterios jurisprudenciales, como para un adecuado tratamiento de cada supuesto práctico concreto.

## **5. Conductas atípicas en el tráfico de drogas.**

Una vez definidas las conductas típicas, es importante concretar aquellas conductas que, suponiendo una transmisión de drogas tóxicas, el legislador ha querido excluirlas del ámbito de aplicación del Código Penal, como conducta típica, por su escasa o nula capacidad de lesionar el bien jurídico protegido, la salud pública, frente a aquellas conductas que, por sus características, son realmente una puesta en peligro del mismo.

Así lo afirma el Tribunal Supremo, de la siguiente manera<sup>25</sup>:

1. La insignificancia del hecho que se traduce en la irrelevancia de la conducta en cuanto bien jurídico protegido, la salud pública.
2. Desde una perspectiva subjetiva, que el delito del art. 368 CP, aunque ello no aparezca en su texto, exige, además del dolo necesario en toda infracción dolosa, un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la intención del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica, intención que queda excluida en estos supuestos en que el círculo cerrado en que se desenvuelve la conducta, o la mínima cuantía de la droga.

Además, se ha encargado de especificar cuáles son las conductas antijurídicas:

1. Supuestos de compra compartida o bolsa común.
2. Las invitaciones en el momento del consumo y otros supuestos de invitación socialmente adecuada.
3. Los de consumo en pareja u otros casos de convivencia estrecha.
4. Las llamadas donaciones compasivas o altruistas, en las que se dona droga a alguien para librarle del síndrome de abstinencia u otros males relacionados con su adicción.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> STS nº1441/2000, de 22 de septiembre

<sup>26</sup> *Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, pp. 66-67

### *1.8.1. Consumo compartido*

El consumo compartido consiste en la existencia de un grupo de consumidores que, con la finalidad de consumir drogas tóxicas, deciden aportar dinero en su conjunto, para adquirirlas. El motivo de que exista una transmisión y posesión de droga, sin que se considere una conducta típica, es la inexistencia de intencionalidad de traficar con dichas sustancias, y, por ende, no se pone en riesgo la salud pública de la colectividad.

Así lo afirma el autor, Jacobo Dopico Gómez-Aller, al firmar que “estamos ante una conducta colectiva de consumidores que se distribuyen las funciones de adquisición y transporte, y no ante una especie de distribución minorista”.<sup>27</sup>

El consumo compartido se engloba por la compra compartida o “con fondo común”, la permuta e invitación mutua y ciertas invitaciones socialmente aceptadas, u otras adquisiciones y consumos de la droga en un pequeño círculo de personas en un régimen de comunidad (parejas de consumidores, compañeros de piso, etc.).

Existía una tesis inicialmente, la conocida como “el servidor de la posesión”, que los calificaba como forma de promoción, favorecimiento y facilitación, al admitir que el encargado de la bolsa común adquiriría las sustancias, para luego distribuirlo entre todos.

No es hasta después de los años 80, cuando esta concepción es modificada por el Tribunal Supremo y confirma la tesis de la “posesión en nombre y al servicio de los demás”, que entendía que la droga era comprada por todos y que poseían lo de la bolsa en proporción a su aportación, así que el portador portaba en su propio nombre y no superaba la cantidad de autoconsumo. Se pasa a considerar un mandatario, que sustituye en ese momento la intervención de los demás.<sup>28</sup>

La jurisprudencia lo ha calificado de consumo colectivo, y considera que no hay aumento de la peligrosidad en relación con el consumo individual, puesto que no se promueve ni incita al consumo de un sujeto por otro, por el hecho de que el dinero aportado para la compra es aportado por todos y no por uno solo, incitando a los que no han aportado. Es

---

<sup>27</sup>GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, *Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Tirant Monografías 799, Valencia, 2013, p.27

<sup>28</sup>*Ibid.*: GÓMEZ-ALLER Jacobo Dopico, *Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 27-28

lo mismo que el autoconsumo, pero mandan a uno a comprar la droga con el dinero de todos.

Independientemente de ello, la jurisprudencia va a valorar el cumplimiento de una serie de indicios, para que la conducta no se considere delictiva. Inicialmente, estos indicios fueron objeto de una discusión doctrinal, donde una teoría restrictiva los calificaba de “requisitos” que tenían que excepcionales y aplicados de manera cautelar.

Así lo afirma el autor SÁNCHEZ MELGAR, la doctrina del consumo compartido debe ser aplicada restrictivamente, en cuanto concurren estrictamente los requisitos jurisprudenciales.<sup>29</sup>

Posteriormente, se convierte la postura mayoritaria la calificación de los mismos como “meros indicios orientativos”.

Se enumeran de la siguiente manera:

1. Obligación de que los consumidores sean habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia.

La jurisprudencia lo exigía en un principio, porque se consideraba que los sujetos al tener esta condición, no promocionaban entre ellos, las sustancias. De esta manera, lo podemos ver reflejado en la sentencia n°632/2006, de 8 de junio, cuando se concreta que “la atipicidad del consumo compartido o de la posesión de las drogas con esa finalidad, se encuentra sujeta a la estricta observancia de determinados requisitos que han sido reiteradamente exigidos por la doctrina jurisprudencial de esta Sala: 1) Los consumidores que se agrupan han de ser ya adictos, no meros consumidores más o menos ocasionales o habituales pero que no han caído en la adicción y drogodependencia, ya que, en otro caso, el favorecimiento del consumo genera un patente riesgo de traspasar la frontera que separa el simple consumo de la drogadicción”.

Actualmente, rige una teoría más flexible que califica esta circunstancia como irrelevante, tanto si es adicto como si es consumidor temporal, porque la posesión para autoconsumo es atípica igualmente. Entre ellos, autores como Martínez Rodríguez,

---

<sup>29</sup>*Ob.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, p. 224

afirman que: “La razón de ser de tal requisito es evitar la captación o integración en el grupo de quien no es consumidor, debe ser interpretado en el sentido que las personas integrantes del grupo respondan a un patrón de consumo... el patrón de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, generalmente en el marco de fiestas o celebraciones de amigos. Ello supone una matización o modulación importante de la condición de adicto que no debe interpretarse como drogadicto sino como consumidor de fin de semana.”<sup>30</sup>

A pesar de la tolerancia que ha tenido la jurisprudencia a la hora de tratar estos supuestos, considero más adecuado que se siga aplicando la teoría restrictiva, ya que los consumidores habituales, por su condición, no se van a ver afectados de la misma manera que una persona no adicta que entra en esa esfera de consumo compartido, suponiendo riesgo de abatirse en la adicción.

## 2. Consumir en un lugar cerrado.

En este sentido, existía una línea jurisprudencial restrictiva que exigía este requisito al entender que, si se consumen en un lugar público, puede producir que terceras personas participen en la distribución y produce en sí, una falta de ejemplaridad.

Esta teoría restrictiva es criticada por entender que el consumo individual no supone promover el tráfico ilícito de drogas al hacerlo en un lugar público, ya que el hecho de que no sea ejemplarizante no quiere decir que se promueva.

Respecto al concepto de lugar cerrado, encontramos diversas posturas no uniformes, como es el caso de las discotecas, donde un sector defiende que no es un lugar cerrado, por considerarse un lugar de reunión para gente joven. Más razonablemente, otras resoluciones admiten que “el consumo colectivo en discotecas o salas de fiestas no es obstáculo a la atipicidad de la conducta”.<sup>31</sup>

Respecto a las ferias y fiestas populares: un sector jurisprudencial rechaza la atipicidad por entender que es en lugar público, en cambio otras sentencias si la admiten por considerar la feria como recinto cerrado. Sentencias como 171/2010, de 9 de abril, y fundamenta el rechazo, entre otras cosas, en que “[e]l consumo fue en lugar público, como

---

<sup>30</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, 1ª ed., Bosch, 2012, p.45

<sup>31</sup> *Ob.cit.*: GÓMEZ-ALLER Jacobo Dopico, Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 42

es la Feria de un municipio y en la propia calle” (similar, SAP Madrid (Sec. 3ª) 528/2011, de 29 de noviembre). Por otro lado, se admite la atipicidad, en la sentencia 210/2009, de 6 de marzo, considerando la feria un recinto cerrado; y la SAP Cádiz (Sec. 3ª) 120/2011, de 4 de abril, en relación con el consumo discreto en una zona apartada del aparcamiento de una discoteca.<sup>32</sup>

3. La cantidad ha de ser reducida o insignificante o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.<sup>33</sup> No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato (cantidades reducidas y consumo diario).<sup>34</sup>

Así, en la sentencia nº 698/2016, de 7 de septiembre, alude como requisito, a la cantidad mínima: “4º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario”.

La insuficiencia de la cantidad, es otro elemento indiciario para determinar si se posee con finalidad de consumo o de tráfico ilícito. En ocasiones el TS se ha basado en este indicio para calificar una conducta de típica, pero la jurisprudencia mayoritaria, lo aprecia atendiendo al número de personas que forman la reunión y al número de días que se van a consumir.

En defensa de una teoría más flexible, autores como DOPICO GÓMEZ-ALLER, rechazan una interpretación jurisprudencial restrictiva de los requisitos del consumo compartido como auténticas condiciones de atipicidad. En su opinión, si el fundamento de la atipicidad de la compra compartida reside en la atipicidad de la compra individual, entonces requisitos el que la cantidad compartida sea insignificante debe tratarse como un elemento indiciario de que la droga poseída no se destina al tráfico sino al consumo colectivo.

4. Ausencia de ánimo de lucro.

---

<sup>32</sup>*Ibid.*: GÓMEZ-ALLER Jacobo Dopico, Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 40-42

<sup>33</sup> STS de 28 de noviembre de 1995

<sup>34</sup> STS 475/2018, de 21 de febrero

La doctrina discute si el ánimo de lucro es un factor relevante para determinar la tipicidad de una conducta. Autores como DOPICO GÓMEZ-ALLER, si en una transmisión supuestamente atípica, como puede ser el consumo compartido o una donación compasiva, media retribución, será un claro indicador de que la conducta no tiene lugar entre consumidores sino en una relación entre distribuidor y consumidor y, por ello, de darse los demás requisitos típicos, comportará riesgo para la salud pública.<sup>35</sup>

En cambio, otros autores MANJÓN-CABEZA, afirman que la ausencia de precio no es un requisito para la atipicidad pues el art. 368 CP no incluye expresamente ni el precio ni el ánimo de lucro como requisitos típicos, y tampoco se incluye la exigencia típica de que el consumidor sea adicto.<sup>36</sup>

#### 5. Consumo inmediato.

En relación al consumo inmediato, existen dos líneas jurisprudenciales contrapuestas. Una restrictiva que niega la atipicidad si no se prueba que el consumo fue inmediato y otra que interpreta la inmediatez como días después, porque lo aprecia como indicio.

Para calificar la inmediatez, Jacobo Dopico, observa el criterio temporal de consumo, defendiendo la postura de que se tiene que consumir el mismo día de la reunión y otra que admite varios días por ser un mero indicador.

En cambio, la sentencia nº 91/2018, de 21 de febrero, que considera la permanencia como conducta típica, al calificarlo de cultivo en el consumo compartido: “mientras que el consumo compartido se caracteriza por el consumo de la droga en un momento episódico, es inherente al cultivo compartido una cierta permanencia. El cultivo, por definición, se desarrolla durante un período de tiempo. Su producto se reparte entre los partícipes, sin que, lógicamente, pueda realizarse un consumo en grupo puntual. Será siempre dilatado o prolongado en el tiempo. Esa perdurabilidad no aparece en el caso de los acopios para fiestas o celebraciones, con los que habitualmente se relaciona el consumo compartido.”

#### *1.8.2. Posesión para consumo propio*

---

<sup>35</sup>*Ob.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, El delito de tráfico de drogas, 1º ed., Valencia, 2017, p. 221

<sup>36</sup>*Ibid.*: Frieyro Elícegui, Sofía, El delito de tráfico de drogas, 1º ed., Valencia, 2017, ob.cit., p. 221

Como se ha explicado anteriormente, la antijuricidad en la posesión desaparece, cuando lejos de usarse con cualquier intención de traficar con drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se hace con la única finalidad de consumir.

Independientemente de la atipicidad de esta conducta, el hecho de portar estas sustancias en lugares públicos, es objeto de sanción administrativa por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, al considerarlo una infracción grave en su artículo 36.16., al afirmar lo siguiente: “El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares”. Así como también sanciona la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos, en su apartado.

### *1.8.3. Posesión y consumo compartido en la pareja y allegados*

En este caso, la posesión o donación se produce en el plano conyugal o afectivo. La doctrina mayoritaria, entiende que el vínculo afectivo excluye toda relación propia del distribuidor-consumidor, tal y como determina.<sup>37</sup> Y, a diferencia del resto de casos, se entiende que el consumo es esporádico.

En este caso, lo relevante es si se considera suficiente para atribuir la culpabilidad a ambos sujetos, que la droga se encuentre en el domicilio común. La jurisprudencia en estos casos puede llegar a ser contradictoria, por considerar en algunos casos como suficiente para imputar a uno de los cónyuges por posesión de drogas tóxicas, el simple conocimiento de la conducta por parte del otro unido a la convivencia con el mismo.

No obstante, la jurisprudencia mayoritaria ha admitido que no es suficiente el mero conocimiento y la convivencia de uno de ellos, sin no haberse comprobado anteriormente su participación en los hechos delictivos.

La jurisprudencia entiende que hay verdadera coautoría, “no por la mera convivencia familiar, sino por la inestimable colaboración con el principal acusado, manifestada en

---

<sup>37</sup> GÓMEZ ALLER, Jacobo Dopico, Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad, Tirant Monografías 799, Valencia, 2013, ob.cit., p. 67

actividades como recibir telefónicamente los encargos de compra de cocaína, avisar al principal acusado de la presencia policial en las inmediaciones, desplazarse a realizar diversas entregas de droga, e indicar el lugar del domicilio común donde se encontraba escondida la droga, en cuanto dichas actividades denotan una efectiva y plural

contribución al desarrollo de la ilícita actividad de su compañero”<sup>38</sup>. El conviviente no es garante de la no comisión del delito<sup>39</sup>.

Pero no por ser cónyuge o conviviente queda ésta siempre amparado por la exención de responsabilidad, si su comportamiento no se limita a conocer y padecer la actividad del otro y se demuestra que el ilícito negocio lo llevan entre ambos y en definitiva el compañero o compañera realiza aportaciones causales, al hecho delictivo que denotan un concierto o coordinación.<sup>40</sup>

#### *1.8.4. La invitación o donación a otro sujeto*

Consiste en transmitir drogas tóxicas a otro sujeto sin contraprestación económica. No es relevante entrar a definir en sí el término de donación, porque conceptualmente no difiere del aportado por nuestro Código Civil actual, en su artículo 618: “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”.

El hecho de considerar atípica la donación, dependerá de la valoración que el Juez o Tribunal, puesto que generalmente esta conducta sí se ha considerado un acto de promoción, favorecimiento o facilitación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópica, pero que, en algunos casos, el Tribunal Supremo califica de atípicas, aquellas donaciones con fines solidarios, para autoconsumo compartido, como por ejemplo, el adquirir pequeñas dosis para entre amigos para el consumo en una fiesta.

Los requisitos para que se considere la donación como atípica, como norma general, serían<sup>41</sup>:

1. Cantidad mínima, en relación con un solo acto de consumo.

---

<sup>38</sup> Frieyro Elícegui, Sofía, El delito de tráfico de drogas, 1º ed., Valencia, 2017, p. 248

<sup>39</sup> Frieyro Elícegui, Sofía, El delito de tráfico de drogas, 1º ed., Valencia, 2017, ob.cit., p. 249

<sup>40</sup> STS. 1274/2009 de 18 de diciembre

<sup>41</sup> Jacobo Dopico Gómez-Aller, Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad, Tirant monografías 799, Valencia 2013, p. 63

2. No prolongado en el tiempo, sino, la jurisprudencia lo considera como suministro.
3. Invitado concreto y determinado.
4. Tiene que ser drogodependiente.
5. Gratuidad de la transmisión, requisito esencial de una donación, en caso contrario, estaríamos hablando de suministro.
6. Autoconsumo común: Se ha de realizar en presencia de que realiza la invitación, y a parte, que el donante, sea a su vez, consumidor-> esto solo a modo indiciario, pero no en sentido estricto.

En la práctica suele ocurrir que el donante y el invitado no consuman juntos, siendo requisito jurisprudencial necesario para que la conducta se considere atípica, pero aun así el Tribunal Supremo, admite que se han de seguir considerando atípicas las mismas, por su nula puesta en peligro para los bienes jurídicos protegidos de la colectividad, ya que solo afecta al donante y al invitado.

Pero, ¿Y cuándo donante no consume con el invitado?

La jurisprudencia mayoritaria, entiende que es atípica, por falta de trascendencia social y por falta de lesividad para la salud pública, se trata de una forma de gestión del consumo y no como difusión. Otra línea jurisprudencial, entiende que la invitación es delito, salvo donación compasiva, o autoconsumo compartido.<sup>42</sup>

#### *1.8.5. Donaciones altruistas o compasivas.*

Generalmente, son conductas basadas en transmisiones gratuitas de pequeñas dosis de drogas a sujetos que están en proceso de deshabituación, en aras a aliviar su síndrome de abstinencia; o simplemente para garantizar que el consumo de dichas sustancias se haga en un contexto más salubre.

Así, un sector doctrinal admite, que, sin embargo, “existe un ámbito en el que estas donaciones son perseguidas y llevadas ante los Tribunales. Y esos Tribunales en ocasiones absuelven, pero en no pocas condenan estas conductas. Se trata de los supuestos de donación compasiva penitenciaria, que son prácticamente los únicos “verdaderos” casos de donación compasiva que llegan a los tribunales. Casi toda la doctrina jurisprudencial sobre donación compasiva se refiere a estos casos”.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup>*Ob.cit.*: GÓMEZ ALLER, Jacobo Dopico, p. 65

<sup>43</sup>*Ob.cit.*: Jacobo Dopico Gómez-Aller, p. 71

Existe una gran contraposición entre dos líneas jurisprudenciales distintas, en las que hay sentencias que condenan por situaciones consideradas típicas y otras que absuelven por considerarse atípicas, siempre que de los indicios se demuestre que es una donación altruista.

Actualmente, el Tribunal Supremo, las califica de atípicas por su "ausencia de lesividad o antijuricidad material de hecho, se considera una modalidad de la invitación atípica, y se estructuraría sobre la idea de estado de necesidad, como producción de un mal menor: evitar los graves padecimientos de una persona concreta... se le da una dosis mínima, inferior a la habitual de droga".<sup>44</sup>

El Tribunal Supremo no lo acepta por estado de necesidad, "por afectar al sujeto con síndrome de abstinencia", salvo que se trate de causas de exculpación, donde desde siempre exonera a los allegados del tercero, pero el Alto Tribunal entiende que hay otras vías más adecuadas y menos lesivas para la salud pública.<sup>45</sup>

Respecto a los rasgos de atipicidad, la línea más restrictiva limita las causas de atipicidad, obligando al sujeto a demostrar totalmente, a través de la carga de la prueba, que solo era para que consumiese el allegado, y una más abierta que permite la atipicidad en estos casos. Para demostrar que no estamos ante un tráfico ilegal, se tiene en cuenta la gratuidad como prueba indiciaria; que se trate de un familiar o allegado, para demostrar que se trata de una conducta altruista realizada por un familiar, que actúa en interés del afectado; finalidad altruista que es evitar el síndrome de abstinencia, suministrar dosis para lograr la deshabitación y evitar consumir en condiciones insalubres.

En este sentido, es descabellada la obligación de que el sujeto tenga que demostrar que la donación era para el allegado únicamente, por la excesiva exigencia que supone, ya que la donación como norma general, es una conducta atípica. Es desproporcionado obligar a familiares a aportar toda una serie de elementos probatorios, por una conducta calificada de antijurídica, y cuyo motivo es querer aliviar momentáneamente el síndrome de abstinencia de un hijo.

Respecto a la cantidad mínima proporcional al síndrome, lo normal es que se de pequeñas dosis para paliarlo, pero, la cantidad se usará como mero indicio para saber si es una

---

<sup>44</sup> *Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 94

<sup>45</sup> *Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 95

donación o un tráfico de drogas, de hecho, hay casos en los que se han suministrado grandes dosis y se sigue considerando atípico. Lo normal es que sea proporcional a lo que consume el sujeto, pero hay otra tesis más restrictiva que, exige que sea una dosis terapéutica.

Esta última concepción, que alude a una dosis terapéutica, supone la indeterminación de un concepto que no en todos los casos, es proporcionado usar como límite para diferenciar una conducta típica de una atípica, debiendo regularse legalmente en el Código Penal en aras a evitar la imputación de un sujeto que, por error, supere por una ínfima cantidad dicha dosis. De esta manera, una teoría más flexible se opone a la aplicación de las dosis terapéuticas, y en cambio, tendría en cuenta como indicio, una dosis abusiva.

El autor, F. Javier, “si de lo que se trata es de saber si estamos ante una conducta de difusión o distribución ilegal de drogas tóxicas (oferta criminalizada) con repercusión sobre la salud pública; o ante una conducta que tiene lugar en el lado de la demanda, realizada de parte del adicto y en su interés, lógicamente el módulo que debe emplearse como indicio es la dosis de consumo abusivo de un adicto (más aún: la dosis abusiva que consume ese adicto), y no una hipotética “dosis terapéutica”.<sup>46</sup> Estas han de tomarse como indicativas.

Por otro lado, en la Jurisprudencia, “se alternan dos líneas distintas respecto de estos supuestos:

- La línea más punitiva, que limita enormemente (a veces hasta extremos incomprensibles) la posibilidad de admitir la atipicidad de la conducta, introduciendo multitud de requisitos objetivos para la atipicidad. Como se verá, esta visión incurre en la ya señalada inversión de la carga de la prueba que obliga al acusado a demostrar con total certeza que la droga no podía haber llegado a terceros distintos de su familiar o allegado.
- Una línea más flexible, que admite un cauce de atipicidad razonable para estos supuestos, en especial para los de donación penitenciaria y que aborda la cuestión probatoria en términos compatibles con la presunción constitucional de inocencia.”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, El delito de tráfico de drogas, Tirant Lo Blanch, 1ªed., Valencia, 2009, p. 104

<sup>47</sup>*Ob.cit.*: Jacobo Dopico Gómez-Aller, Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad, Tirant monografías 799, Valencia 2013, p. 78

La Jurisprudencia inicialmente se limitaba a mencionar como posibles sujetos activos de la donación atípica a los familiares, si bien poco a poco fue ampliando el ámbito a meros convivientes, hasta incluir, de modo general, el círculo más amplio e indeterminado de los “allegados” (en realidad, atendiendo en cada caso a cuál era la relación existente entre donante y donatario).<sup>48</sup>

La línea más represiva solo admite como modalidad de esta conducta, el síndrome de abstinencia, surgiendo otro problema, que supone determinar cuál es la dosis mínima para paliar los efectos y que no se prolongue temporalmente, para que no sea calificada como tráfico de droga.

Según REY HUIDOBRO, en estos casos, el principio de accesoriedad impediría la punición, puesto que, si la responsabilidad del partícipe está supeditada a que la conducta del autor sea constitutiva de delito, cuando la droga sea destinada al consumo personal de éste, como tal hecho es impune, también lo debe ser el acto del copartícipe. Entiende que, en estos casos, el hecho de la toxicomanía como el de los móviles que llevan al suministro, deben quedar demostrados; se debe examinar el caso concreto con todas sus connotaciones, analizar la situación subjetivo-ambiental en la que se produjo el suministro, así como las condiciones de vida individual, familiar y social en las cuales los sujetos se mueven, porque la cesión de droga entre allegados puede también tener otras finalidades<sup>437</sup>.<sup>49</sup>

Para DOPICO GÓMEZ-ALLER, la existencia de un vínculo familiar o de afecto no debe interpretarse como un requisito objetivo de atipicidad, sino como un mero indicio de que no nos hallamos ante un acto de oferta criminalizada de drogas<sup>439</sup>.<sup>50</sup>

A la aplicación restrictiva de esta jurisprudencia, se refiere la sentencia núm. 659/2007, de 6 julio, según la cual, “únicamente y siempre de modo excepcional y restringido se han venido considerando como carentes de antijuridicidad y atípicas las conductas consistentes en la entrega altruista y sin contraprestación familiares próximos o allegados cuando se trate de cantidades mínimas de drogas tóxicas y con la única finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que padecen quienes las reciben”.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup>*Ibid.*: Jacobo Dopico Gómez-Aller, Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad, Tirant monografías 799, Valencia 2013, p. 80

<sup>49</sup>*Ob.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, pp. 229-230

<sup>50</sup>*Ibid.*: Frieyro Elícegui, Sofía, p. 230

<sup>51</sup>*Ob.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, p. 234

Independientemente de ello, la doctrina mayoritaria admite más casos, como es, por ejemplo, el evitar que se haga en condiciones insalubres.

#### *1.8.6. Donaciones a presos*

Es el caso más común de donaciones altruistas. Son transmisiones gratuitas de sustancias a personas penamente privadas de libertad en un establecimiento penitenciario de drogas tóxicas.

A pesar de que los sujetos sean presos, la conducta también se sigue considerando atípico por el mismo fundamento que los anteriores casos, pero puede dar lugar sanción administrativa por el hecho de que la transmisión se realiza dentro de un establecimiento penitenciario, pero lejos de una penal.

La jurisprudencia mayoritaria considera suficiente que los parientes demuestren que el toxicómano es adicto a la sustancia y que sufre un síndrome de abstinencia, frente a una tesis punitiva que exige que se demuestre que tiene síndrome de abstinencia.

Así, la sentencia 665/2014 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 16 de octubre de 2014, confirma esta situación: “Y si bien es cierto que esta misma Sala, en las Sentencias mencionada en la Resolución de instancia y en otras anteriores y posteriores a esas, ha venido acogiendo, en efecto, la tesis de la ausencia de antijuridicidad, en ciertos supuestos de entrega de drogas a parientes o allegados, no debe olvidarse que siempre se ha tratado de casos de facilitación de pequeñas cantidades destinadas a aliviar los padecimientos propios del síndrome de abstinencia que sufre el destinatario de la misma y no, como en el propio " factum " de la recurrida se refiere, de un suministro continuado en el tiempo, de una elevada cantidad de droga.”

Anteriormente se exigía, para evitar que la droga llegase a manos de un tercero, que la droga se consumiese delante del donante, tesis derrumbada por el Tribunal Supremo al afirmar que lo normal es que se consuma posteriormente y no delante del donante, por estar encerrado en prisión.

Esta última postura resulta la más coherente, ya que el consumidor está situado en prisión, y como norma general, no la consumirá frente al donante, sino en un momento posterior.

## 6. La venta de una pequeña cantidad de droga. Dosis mínima psicoactiva.

Hasta el año 2004 existían dos teorías jurisprudenciales contrapuestas relacionadas con calificar la venta insignificante como conducta típica o atípica. Es el 24 de enero de 2003, cuando el Tribunal Supremo, Sala 2ª, celebra el Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Doctrina para solucionar este problema, alegando que el Instituto Nacional de Toxicología estableciese unos mínimos exentos de cualquier afectación a la salud de las personas, entre lo cual establece la dosis de abuso habitual, dosis de consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva (dmp).<sup>52</sup>

En este sentido, existía una postura que defendía que, si la cantidad era muy pequeña, la conducta era atípica, porque no causaba peligro ni lesión al bien jurídico protegido, al carecer la conducta de antijuricidad material.

De esta manera, la línea jurisprudencial mayoritaria, basándose en el principio de insignificancia, considera que, “al coincidir la salud pública con la suma de saludes de cada individuo y estar ante un delito de peligro abstracto, bastará para entender afectado el bien jurídico que hay apeligro para personas indeterminadas, aunque para una persona concreta pueda no haber daño. Lo anterior no es obstáculo para juzgar que presupuesto ineludible de la salud pública es la individual, y si no hay sustancia idónea para dañar potencialmente la salud individual no podrá haber peligro para la salud pública”.<sup>53</sup>

En cambio, la posición que la consideraba típica, dictaba sentencias a veces teniendo en cuenta el concepto de dmp y en otras no, incluso antes de la aprobación del IINT 2003. Ésta defendía que la venta es típica y antijurídica, independientemente de la cantidad de la sustancia.

En este sentido, la sentencia 1743/2003 de 22 de diciembre: “... el mero hecho de que las dosis consumidas por una persona sean de una cuantía mínima, no por ello dejan de producir el efecto acumulativo en el organismo determinante de unos mecanismos de tolerancia y dependencia que, por el transcurso del tiempo, llega a generar una toxicomanía más intensa, e incluso, un daño patente en los diversos órganos del cuerpo...”.

---

<sup>52</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 116

<sup>53</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 118

El día que se reciben los datos del INT, se prescinde del Pleno y se elabora un Cuadro Resumen del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, con tan sólo 6 sustancias. El cuadro puede tenerse en cuenta o no así que la cuestión no está resuelta.<sup>54</sup>

Heroína 0.66 mg

Cocaína 50 mg

Hachís 10 mg

MDMA 20 mg

Hachís 20 miligramos

Aceite de hachís 6.67 miligramos

Actualmente el Tribunal Supremo, identifica por igual, el concepto “dmp” con dosis que resulta idónea para poner en peligro la salud pública, por la falta de conocimiento público del IINT 2003, descuido que ha permitido que se le atribuya un contenido que no tiene<sup>55</sup>.

Muchas sentencias aplicaban la doctrina del TS, pero no se adecuaban al principio de insignificancia, que solo puede aplicarse cuando sea inferior al dmp, de tal manera que produce una corrección, comenzando a aplicarse de esta manera, el criterio de la dmp de manera adecuada.

También comienza a surgir una tesis, que defendía que, cuando tenemos una cantidad de sustancia que está por debajo de la dmp, no puede considerarse droga por no afectar al organismo. De esta manera, el autor F. Javier afirma que “Cuando nos colocamos por debajo de la dmp no hay droga, habrá otra sustancia que no produce ninguna alteración en las funciones físicas o psíquicas. Luego, no comparto la tesis fundamental de esta Sentencia que, en la práctica, lleva a la misma conclusión que las resoluciones que anota: impunidad por debajo del mínimo psicoactivo y castigo por encima, siempre que se trate de actos de tráfico”.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 125

<sup>55</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 128

<sup>56</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 135

A pesar de esta modificación, siguieron dictándose sentencias que condenaban al sujeto, cuando la cantidad es insignificante, produciéndose así, una contraposición jurisprudencial relevante.

Sin ir más lejos, la sentencia 272/2004, de 5 de marzo, decide prescindir de la nueva doctrina, donde absuelve una venta 16 mg de heroína, superior al dpm, en base al siguiente razonamiento: “psicoactividad no es equiparable a toxicidad y el tipo penal básico del artículo 368 del Código Penal, no penalizaba la composición psicoactiva, sino que se refiere a drogas tóxicas, es decir, que tengan un efecto de toxicidad añadido e independientemente de su composición analítica, por lo que tratándose de 16 miligramos de heroína nos movemos en cotas muy bajas, casi inocuas, de toxicidad, por lo que no se puede hablar de un riesgo, ni siquiera abstracto, contra el bien jurídico protegido”.<sup>57</sup>

Posteriormente, la Sala Segunda se dedicó a deliberar abundantemente sobre “resultados analíticos para determinar cuál es la dosis mínima que puede afectar a ese bien difuso”.<sup>58</sup>

No hay acuerdo unánime ni si quiera en la dmp, por absolverse a sujetos que venden cantidades superiores a la dmp, pero “por debajo de la dosis de abuso habitual y muy por debajo de la dosis de consumo medio”.<sup>59</sup> Por ende, un magistrado formula un voto particular y defiende que debió absolverse defendiendo que “Es indispensable hacer un estudio clínico sobre la persona del consumidor o adquirente cuando éste, como sucede en el caso presente, está perfectamente identificado. Al no hacerlo no sabemos si la cantidad ocupada lesiona, tanto en abstracto como en concreto, el bien jurídico protegido. Decidida así la cuestión el marco punitivo lo fijan los laboratorios”.<sup>60</sup>

Existen disparidades doctrinales que critican la falta de regulación en la Ley de cuáles son las dosis mínimas, lo que, en palabras de José Antonio Martínez Rodríguez, “La ley no define qué drogas han de ser calificadas como drogas que causen daño a la salud, y cuáles no, extremo de capital importancia por las consecuencias punitivas que ello entraña. Si esto es así, y evidentemente lo es de manera pacífica tanto en sede doctrinal, como jurisprudencial, igual legitimidad tiene el intérprete y aplicador judicial de la norma para determinar cuándo lo transmitido tiene la naturaleza penal de droga en atención al resultado de la analítica del producto, sin que la peligrosidad de la conducta enjuiciada,

---

<sup>57</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 140

<sup>58</sup>*Ob.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 141

<sup>59</sup>*Loc.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 141

<sup>60</sup>*Loc.cit.*: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, p. 141-142

la venta de una papelina con una insignificante cantidad de droga, pueda llenar el vacío de la transmisión de algo que no merece ser calificado penalmente como droga, y no tiene la aptitud potencial de poner en peligro el bien jurídico de la salud pública, aunque formalmente se ejecute la acción descrita del tipo. A nuestro juicio este argumento no respeta los principios elementales de nuestro Derecho Penal, dando entrada a una jurisprudencia creativa ajena a dichos principios con los peligros de inseguridad jurídica que ello conlleva”<sup>61</sup>.

Y así, frente a las corrientes jurisprudenciales a favor y en contra de la condena en supuestos de venta de cantidades mínimas de droga, donde se ha considerado por la jurisprudencia más reciente que la venta de pequeñas cantidades de droga es una conducta típica y antijurídica siempre que se supere la cantidad, que se estima como dosis mínima psicoactiva. El concepto de dosis mínima psicoactiva se convierte así, en criterio delimitador entre atipicidad y tipicidad, entre conductas que no ponen en peligro el bien jurídico y otras que evidencian ese peligro. <sup>62</sup>

Supone este cambio, un mayor respeto a los principios de seguridad jurídica, tal y como establece, MORALES GARCÍA: “la tesis de la dosis mínima psicoactiva alcanza mayores cotas de seguridad jurídica, pero supone también una mayor quiebra del principio de proporcionalidad y una deficiente fijación del bien jurídico. Para este autor, la plena identificación entre principio psicoactivo y salud pública no explica si, por debajo del efecto puramente psicoactivo, la sustancia administrada tiene capacidad de afectación a la salud, y, además, en esta hipótesis, se estaría reafirmando el criterio de insignificancia en el seno del art. 368 CP, sólo que estableciendo los límites en la capacidad meramente psicoactiva de la sustancia”. <sup>63</sup>

Defendiendo esta misma línea doctrinal, para poder hablar de tráfico de drogas, es necesario que exista una dosis mínima psicoactiva en el tráfico, la cual, según MARTÍNEZ RODRÍGUEZ “se deben considerar aptas para ser calificadas penalmente típicas únicamente aquellas conductas que tenga por objeto, al menos, la venta de las dosis mínimas psicoactivas de cada tipo de sustancia para cuya exacta determinación es

---

<sup>61</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia, Bosch, 1ªed., marzo, 2012, p. 53

<sup>62</sup>*Ob.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, p. 225

<sup>63</sup>*Ob.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, p. 261

preciso que en el análisis de este tipo de sustancias se haga constar su grado de pureza sin que se consideren admisibles presunciones en contra del reo”.<sup>64</sup>

Desde otro punto de vista, autores advierten de que el uso de la dmp debe hacerse de una manera cautelar, ya que pueden justificarse conductas de compraventa de sustancias tóxicas, acudiendo a este criterio, de manera indistinta. Así lo establece FRIEYRO ELÍCEGUI al manifestar que “efectivamente el recurso indiscriminado al principio de insignificancia podría dejar fuera de castigo los actos de tráfico de cantidades mínimas, lo que no es recomendable pues la suma de pequeños actos de tráfico puede implicar un daño grave a la salud pública. Pensemos, por ejemplo, en el sujeto que vende pequeñas cantidades de droga que, aunque, en sí mismas, sean insignificantes desde el punto de vista del bien jurídico protegido, no obstante, en su conjunto, la conducta sea realmente grave. La fijación de un criterio como el de la dosis mínima psicoactiva ofrece, en mi opinión, mayor seguridad jurídica, al establecer unos criterios cuantitativos mínimos para la tipicidad de la conducta, de manera que el principio de insignificancia se aplicaría tan sólo debajo de estos mínimos. Si bien puede discutirse si este es el límite adecuado o no para estimar afectada la salud pública, considero que, en la medida en que la salud pública se debe entender como la suma de saludes individuales, y en cuanto la droga puede ir destinada también a un no adicto, es correcto establecer dicho límite en la cantidad de sustancia a partir de la cual se producen efectos en el organismo humano”<sup>65</sup>.

#### **1. 8. Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana: la prohibición del consumo de drogas y tenencia ilícita en espacios públicos.**

El derecho administrativo, regula en la actual Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana, regula en su artículo 36, como infracción grave, y sanciona con multa desde 600 hasta 30.000 euros, las siguientes conductas:

- El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares.

---

<sup>64</sup>*Loc.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, p.261

<sup>65</sup>*Ob.cit.*: Frieyro Elícegui, Sofía, p. 272

- El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público.
- La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

El fundamento se basa en la prohibición de tenencia y consumo en lugares públicos, al querer evitar el legislador, que el consumo en presencia de otras personas, promueva el consumo de estas sustancias.

En cuanto a la tenencia, se prohíbe indistintamente, aunque la cantidad sea para consumo propio, al prohibir estrictamente la exhibición del consumo públicamente en aras a proteger la seguridad ciudadana. Así, la doctrina, “realizando una interpretación teleológica, afirma que parece lógico que la tenencia, acto preparatorio y el prius lógico del consumo, sólo se sancione cuando lo sea exclusivamente en lugares públicos, como ocurre con el consumo; de lo contrario se dará la incongruencia lega de que el consumo privado no constituye infracción administrativa, pero sí el momento inmediatamente anterior al consumo”.<sup>66</sup>

En la antigua Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección a la Seguridad Ciudadana, también regulaba con infracción grave, en su artículo 25, apartado 1), el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo.

Así, la jurisprudencia, en la sentencia de 4 de noviembre de 2002, confirma lo dispuesto en la Ley, al afirmar que la “mera tenencia ilícita de drogas constituye infracción administrativa y por tanto sancionable por la autoridad gubernativa, sin que pueda entenderse excluida del precepto la tenencia de pequeñas cantidades, aunque se destinen

---

<sup>66</sup> GARRIDO DE LOS SANTOS, M.J., Las drogas en la delincuencia, Tirant Lo Blanch, 1ªed., Valencia, 2004, p.77

para autoconsumo, porque en la norma no se formula distingo ni excepción de clase alguna al respecto”.

Y en la misma línea, afirma que, lo que “el precepto sanciona es la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; y es claro que fue hallada en poder del actor, en el instrumento mencionado, una cantidad, ciertamente mínima de cannabis. El hecho de que no estuviera en una bolsa u otro recipiente, sino que se encontrara depositada en un grinder o picador no excluye la tipicidad de la conducta del recurrente, pues, como hemos visto, el tipo del ilícito administrativo consiste en la tenencia ilícita de drogas, esto es, en su posesión, y resulta acreditado que el actor en el momento de la denuncia poseía una mínima cantidad de cannabis depositada en el picador o grinder que llevaba”.<sup>67</sup>

Esta situación ha sido criticada por la doctrina mayoritaria, al considerar, esta tipificación como excesiva, y la califican como un atraso, ya que la tenencia y consumo propio, son conductas atípicas, y ven desproporcionado que se castiguen como infracciones al consumirse en espacio público, incluso llegando a considerarse una forma de recaudación económica por parte del Gobierno.

En mi opinión, resulta más razonable y adecuado, la eliminación de la tenencia y consumo en público como infracción administrativa, ya que el propio Código Penal, dentro de los límites legales, las ha tipificado como conductas atípicas, por no lesionar el bien jurídico protegido. El hecho de que se realice en establecimientos públicos, puede considerarse como inapropiado, desde el punto de vista social, pero no por ello supone una promoción de sustancias ilegales entre las personas. Se trata más bien, de una cuestión moral, que no justificaría tal regulación excesiva en materia penal, porque de acuerdo con la opinión de la doctrina mayoritaria, no se lesiona la salud pública en estos casos. En cambio, si considero justificada la intervención estatal en los casos de abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en citados lugares, en los que sí se aprecia un riesgo para el bien jurídico protegido, por el desconocimiento del estado de salud del consumidor, donde el ejemplo más práctico sería el abandono de jeringas en lugares públicos.

---

<sup>67</sup> STS 67/2016, de 18 de marzo

## CONCLUSIONES

En definitiva, el Código Penal ha regulado el delito de tráfico de drogas, en su artículo 368, castigando aquellas conductas que, por su gravedad, ponen en riesgo o lesionan el bien jurídico protegido, como son, el cultivo, elaboración o fabricación, tráfico, así como otras formas de promover, favorecer o facilitar, entre las cuales se engloban las anteriores, y la posesión con aquellos fines.

Por otro lado, queda reflejada la necesidad de legalizar aquellas conductas que, por su escasa o nula lesividad a la salud pública, no merecen ser tipificadas como delito en el Código Penal, ni ser susceptibles de una desproporcionada intervención de los poderes públicos, que, por otro lado, no han provocado otra cosa que el incremento del tráfico de drogas, y que el consumo habitual se haga en condiciones clandestinas e insalubres; así como la falta de uniformidad entre posturas no solo doctrinales, sino también jurisprudenciales, llegando a dictar sentencias dispares entre sí.

Por otro lado, el presente estudio de investigación, nos ha servido, además, para ser conscientes del descuido del legislador a la hora de regular conceptos relacionados con el tráfico de drogas, teniendo en este caso la jurisprudencia, que precisar en la medida de lo posible las definiciones, requisitos y condiciones de cada una de las conductas, debiendo hacer uso de su poder discrecional. Se trata de una situación, en la que, en muchas ocasiones, se ha atentado contra los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que configuran nuestro derecho penal.

De esta manera, concluimos que la solución más adecuada, es que el legislador regule de manera precisa, en qué consiste cada conducta, especialmente las constitutivas de atipicidad, en aras a suplir la falta de taxatividad en la que se envuelve esta materia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

**Legislación:** <https://www.boe.es/>

Constitución Española

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2005.

Convención Única de 1961, sobre Estupefacientes.

la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

Convenio de Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1971.

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

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

### **Monografías**

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Derecho de las drogas y drogodependencias*, Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, Madrid, 2002.

SÁNCHEEZ MUÑOZ, J./ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Dir.) /GARRIDO DE LOS SANTOS. M.J. (coord.), *Las drogas en la delincuencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier, *Delitos contra la salud pública. Estudio práctico de la jurisprudencia del TS*, 1ª ed., Bosch, 2007.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, 1ª ed., Bosch, 2012.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, *Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Tirant Lo Blanch Monografías 799, Valencia, 2013.

FRIEYRO ELÍCEGUI, Sofía, *El delito de tráfico de drogas*, 1ªed, Tirant Online, Valencia, 2017.

MORANT VIDAL, Jesús, *El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2005.

MOLINA PÉREZ, Teresa, *El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas*, Anuario jurídico y económico Escorialense, 2005.

MOLINA MANSILLA, Mª del Carmen, *El delito de narcotráfico*, 1ª ed., Bosch, 2008.

### **Jurisprudencia consultada**

#### **Tribunal Supremo**

Sentencia nº 371/2013, Sala de lo Penal, de 8 de mayo de 2013 (REC 1388/2012).

Sentencia nº 861/2007, Sala de lo Penal, de 24 de octubre de 2007 (REC 10852/2006).

Sentencia nº 1310/2011, Sala de lo Penal, de 12 de diciembre de 2011 (REC 996/2011).

Sentencia nº 1441/2000, Sala de lo Penal, de 22 de septiembre de 2000 (REC 1832/1999).

Sentencia nº 632/2006, Sala de lo Penal, de 8 de junio de 2006 (REC 1921/2005).

Sentencia nº 444/2005, Sala de lo Penal, de 11 de abril de 2005 (REC 991/2004).

Sentencia nº 118/2005, Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 2005 (REC 1649/2003).

Sentencia nº 527/1998, Sala de lo Penal, de 15 de abril de 1998 (REC 1363/1997).

Sentencia, Sala de lo Penal, de 3 de febrero de 1997 (REC 2808/1995).

Sentencia nº 698/2016, Sala de lo Penal, de 7 de septiembre (ROJ 3972/2016).

Sentencia nº 924/2009, Sala de lo Penal, de 7 de octubre (REC 10313/2009).

Sentencia nº 171/2010, Sala de lo Penal, de 10 de marzo de 2010 (REC 11059/2009).

Sentencia nº 698/2016, Sala de lo Penal, de 7 de septiembre (REC 62/2016).

Sentencia nº 475/2018, Sala de lo Penal, de 21 de febrero.

Sentencia nº 91/2018, Sala de lo Penal, de 21 de febrero.

Sentencia nº 1274/2009, Sala de lo Penal, de 18 de diciembre de 2009 (REC 1242/2009).

Sentencia nº 659/2007, Sala de lo Penal, de 6 de julio de 2007 (REC 2346/2006).

Sentencia nº 665/2014, Sala de lo Penal, de 16 de octubre de 2014 (REC 782/2014).

Sentencia nº 586/2003, Sala de lo Penal, de 22 de diciembre de 2003.

Sentencia nº 272/2004, Sala de lo Penal, de 5 de marzo de 2004 (REC 1671/2003).

Sentencia nº 1803/2002, Sala de lo Penal, de 4 de noviembre de 2002 (REC 236/2002).

#### Audiencia Provincial

Sentencia nº 56/2015, Sección Tercera, 6 de noviembre de 2015