



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015/2016
Convocatoria: Junio

TRÁFICO DE DROGAS: BIEN JURÍDICO Y SUPUESTOS DE ATIPICIDAD

DRUG TRAFFIC: LEGAL ASSET AND ATYPICAL CASES

Realizado por la alumna: Dña. Haridian Fariña Gómez

Tutorizado por el Profesor: D. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

RESUMEN:

El objeto de estudio del presente trabajo versa sobre el bien jurídico protegido «salud pública» y los supuestos de atipicidad contemplados por el Tribunal Supremo para el delito de tráfico de drogas, refiriéndonos a conductas en las que, realizándose aparentemente la acción típica, determinadas circunstancias permiten su exclusión de la aplicación del precepto 368 del Código Penal de 1995, dada la falta de lesividad para el mencionado bien jurídico.

De este modo, la investigación se ha realizado con base en las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales recabadas al respecto. Dicho análisis pretende ayudar a obtener una visión general que nos permita concluir si los supuestos de atipicidad son coherentes con la protección de dicho bien jurídico tutelado.

Palabras clave: tráfico de drogas, salud pública, supuestos atípicos, autoconsumo, consumo compartido, transmisión gratuita entre familiares o allegados, venta de cantidad insignificante, donaciones gratuitas.

ABSTRACT:

The object of study is focusing on the legally protected "public health" and atypical cases which includes the Tribunal Supremo for this offense, referring to those behaviors where apparently performing the typical action, certain circumstances allow exclusion from the application of that provision given the lack of harmfulness for said fine.

In this way, the research has been conducted based on the different doctrinal and jurisprudential positions raised about it. This analysis is intended to help obtain an overview that allows us to conclude whether the atypical cases are consistent with the protection of such protected legally.

Palabras clave: drug traffic, public health, atypical cases, consumption, shared consumption, free transmission between family members or relatives, sale of insignificant amount, donations.

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	BIEN JURIDICO PROTEGIDO	5
	II.1 Posición doctrinal	5
	II.2 Posición jurisprudencial	8
	II.3 Toma de postura	12
III.	SUPUESTOS DE ATIPICIDAD	14
	III.1. Autoconsumo	14
	III.2. Consumo compartido	20
	III.3. Transmisión a título gratuito entre familiares o allegados	24
	III.4. Venta de cantidad insignificante	27
	III.5. Donaciones o cesiones gratuitas	30
IV.	CONCLUSIONES	35
V.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37
VI.	JURISPRUDENCIA	40

I. INTRODUCCIÓN

La política criminal actual en materia de tráfico de drogas refleja una política expansiva, ya que castiga todo comportamiento relacionado con el mismo, a la vez que endurece el sistema de penas instaurado, en particular en el artículo 368 del Código Penal de 1995. Este artículo establece la penalización de todos aquellos «actos de cultivo, elaboración o tráfico», así como los que «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas», incluyendo la mera posesión de dichas sustancias cuando se pretendan usar con estos fines.

La inseguridad jurídica que genera la locución «o de otro modo», así como la incoherencia entre aquello que se penaliza y el valor que se pretende proteger, «salud pública», lleva al Tribunal Supremo a realizar una interpretación restrictiva del precepto, dando lugar a los supuestos de atipicidad a los que dedicaremos las siguientes páginas, previo análisis del bien jurídico protegido.

II. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

II.1 Posición doctrinal

Es generalmente admitido por la doctrina mayoritaria que el bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de drogas lo constituye la salud pública entendiéndose esta de muy diverso modo. En palabras de RODRÍGUEZ RAMOS podemos comprenderla como el «conjunto de condiciones que positiva o negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos»¹, o, siguiendo indicaciones de BOIX REIG, como el «nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad»², nivel que se encontraría avalado por el fomento y garantía que de dichas condiciones han de efectuar los poderes públicos. En este sentido, recuerda JOSHI JUBERT que supone la salud «un valor esencial de la comunidad, reconocido con carácter general en nuestra Constitución en los artículos 43.1, 2 y 3 y art. 51.1»³.

Esta postura se sostuvo, en un primer momento, en la ubicación que el legislador otorgó al delito. En concreto, el artículo 368 que se recoge dentro del Capítulo III «De los delitos contra la salud pública» del Título XVII, en el marco de los delitos contra la salud colectiva, del Libro II del Código Penal de 1995. Anteriormente, el artículo 344 ubicado en la sección 2º «Delitos contra la salud pública y el medio ambiente» del Capítulo II «De los delitos de riesgo en general» dentro del Título V del Código Penal de 1973 o el precepto 346, Capítulo II «delitos contra la salud pública» Título VI del Código Penal de 1932. Así, entre otros, señalaba REY HUIDOBRO, respecto al precepto 344, que «la mayoría de los comentaristas esgrimen como argumento que apoya esta postura, la colocación sistemática del artículo 344 en el Libro II del Código dentro de una sección que lleva como rúbrica tal bien jurídico, lo cual es demostrativo, según ellos, de los fines que con su incriminación persigue el legislador»⁴. En un sentido próximo, afirma JOSHI JUBERT que fue «esta ubicación sistemática la que permitió que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia

¹ RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS.: Fraudes alimenticios contrarios a la salud pública. Temas de derecho

² BOIX REIG, JAVIER.: Derecho penal. Parte especial, Vol III, Iustel, Madrid, 2012, p. 305.

³ JOSHI JUBERT, UJALA.: Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, Bosch, Barcelona, 1999, p. 28.

⁴ REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: El delito de tráfico de estupefacientes: su inserción en el ordenamiento penal español, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 127 y 138.

entendiera que el bien jurídico protegido era la salud pública»⁵. Esto se puede corroborar en obras como la de ROMERAL MORALEDA en la que afirma que: «el bien jurídico protegido es la salud pública colectiva, indicado en la rúbrica de la sección»⁶.

Sin embargo, pese a estas primeras observaciones, no podemos declarar que sea una cuestión pacífica dada la multitud de atribuciones que presenta el vocablo salud y la reciente preocupación que ha supuesto para el Estado la «salud pública» propiamente dicha⁷. Un seguimiento de los diversos pronunciamientos al respecto muestran que, con el curso del tiempo, el bien jurídico salud individual, como se regulaba en el código penal de 1822, ha avanzado a salud colectiva tras concebirse el delito de tráfico de drogas como un delito de afectación plural o indeterminada, ya que implica la lesión o puesta en peligro de la salud de una cifra de ciudadanos indeterminada, pero amplia⁸.

El inconveniente surge a la hora de determinar el contenido de este bien jurídico, pues parte de dicha doctrina⁹, considera que tratamos con un bien de titularidad colectiva, autónomo e independiente de la salud individual¹⁰. Desde esta posición se añade que su afectación no requiere la lesión concreta de la salud de un determinado individuo pues, la barrera punitiva, calificada de desmedida por ciertos autores, se adelanta a dicha lesión, bastando la puesta en peligro de las condiciones que inciden tanto en el bienestar físico como psíquico y social de la comunidad¹¹.

Otros autores, como PÉREZ ÁLVAREZ o JOSHI JUBERT, defienden también la existencia de un único bien tutelado de carácter colectivo, siendo este el indicado, pero sin

⁵ JOSHI JUBERT, UJALA.: Los delitos de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 28.

⁶ ROMERAL MORALEDA, ANTONIO.: Tráfico y consumo de drogas: aspectos penales y médico-forenses, Comares, Granada, 1993, p. 3.

⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO.: Derecho penal parte especial, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2002, p. 594.

⁸ DOVAL PAIS; ANTONIO.: Delitos de fraude alimentario. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 163.

⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS.: (nota 1), *Passim*; BOIX REIG, JAVIER.: (nota 2), p. 305; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO.: (nota 7), p. 594.

¹⁰ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, CRISTINA ANA.: Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1366: «El bien jurídico protegido es la salud pública como bien jurídico colectivo, autónomo, independiente y diferenciado de la salud individual». En sentido próximo JOSHI JUBERT, UJALA.: Los delitos de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 33: «La doctrina mayoritaria española entiende – con lo cual coincide con la jurisprudencia – que el bien jurídico protegido en este delito es la salud pública, como valor social y comunitario» y SOTO NIETO, FRANCISCO.: El delito de tráfico ilegal de drogas: su relación con el delito de contrabando, Trivium, Madrid, 1989, p. 1: «Viene entendiéndose comúnmente que el bien jurídico protegido por el artículo 344 del Código Penal es la salud pública, colectiva y comunitaria».

¹¹ En este sentido, SOTO NIETO, FRANCISCO.: *Ibid.*, p. 4: «El delito configurado en el artículo 344, no exige de una lesión concreta, se ofrece como delito de peligro abstracto, de riesgo común, en cuanto que la conducta a que atiende se cierne como desventurada contingencia sobre la salud ciudadana, como amenazante riesgo sobre su seguridad», más recientemente JOSHI JUBERT, UJALA.: Los delitos de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 28: «No hace falta que se concreten determinados sujetos pasivos lesionados en su salud personal por el consumo de drogas». Así lo plasma la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ejemplo de ello las SSTs 1/2005, de 17 de junio y 1312/2005, de 7 de noviembre, cit. por GRANADOS PÉREZ, CARLOS.: Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas, La Ley, Madrid, 2007, pp. 21 y 22.

atribuirle autonomía, pues les resulta imposible imaginar una salud pública que no aluda a la individual. Concretamente, PÉREZ ÁLVAREZ afirma que no se puede negar que las infracciones contra la salud colectiva incidan necesariamente sobre la salud individual¹². Por su parte, JOSHI JUBERT deduce que la salud pública «solo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos (de la sociedad) 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»¹³. Asimismo, MAQUEA ABREU comprende que la salud pública es un valor instrumental al servicio de la salud individual¹⁴; y en un sentido próximo, REY HUIDOBRO: no cabe concebir una norma que proteja la salud colectiva y olvide la individual, pues «llevaría a pensar que la comunidad social posee una salud distinta de aquella que poseen los ciudadanos que la componen»,¹⁵ o ANDRÉS DOMÍNGUEZ que defiende que la relación entre un bien y otro es de complementariedad, siendo la salud pública la que complementa a la individual¹⁶.

Por lo que a las posiciones doctrinales minoritarias respecta, estas entienden de la existencia de una serie de intereses o valores socialmente relevantes que encuentran, a su parecer, cobertura en el precepto mencionado. Así, autores como DEL RÍO FERNÁNDEZ o BERISTAIN IPIÑA consideran que se trata de un delito pluriofensivo que preserva junto a la salud pública otros intereses como: la libertad del consumidor, el interés del Estado por la producción y comercio de estupefacientes, la seguridad ciudadana, intereses fiscales, económicos o políticos¹⁷.

¹² PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO.: Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación: análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo, Praxis, Barcelona, 1991, p. 40.

¹³ JOSHI JUBERT, UJALA.: Los delitos de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 41.

¹⁴ MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA.: Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas, La Ley nº 4624/1998, Madrid, 1998, p. 86.

¹⁵ REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [Arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]”, en Comentarios a la legislación penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (Tráfico ilegal de drogas), Revista de derecho privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, pp. 62 y 63.

¹⁶ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, CRISTINA ANA.: Comentarios al Código Penal... *op. cit.*, p. 1367.

¹⁷ DEL RÍO FERNÁNDEZ, LORENZO JESÚS.: “Tráfico de drogas y adecuación social: supuestos de atipicidad en el artículo 344 del Código Penal”, Revista general de derecho, 1996, p. 155: «Nos hallamos ante un delito pluriofensivo entendiendo por tales aquellos en los que el legislador toma en consideración múltiples intereses y establece su inmediata y directa tutela por la norma», en un sentido próximo BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO.: Las drogas y su legislación en España, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1973, p. 2: «Es un problema muy importante por el número de personas afectadas y por el volumen de los intereses en juego (propiedad, salud, orden público, libertad y seguridad, etc)». Postura compartida por ROMERAL MORALEDA, ANTONIO.: Tráfico y consumo de drogas... *op. cit.*, pp. 3 y 4: «Algunos autores, además de la salud pública, encuentran en el delito la protección de otros intereses o valores como el control estatal de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, las repercusiones que su consumo tiene en el orden laboral,

En cambio, comentaristas como NUÑEZ PAZ Y GUILLÉN LÓPEZ, defienden que «quienes siguen la postura de defender en el delito de tráfico de drogas, junto a la salud pública, intereses como el control estatal de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas y las repercusiones que su consumo tiene en el orden económico, político, de seguridad ciudadana, etc., confunden los motivos políticos-criminales que subyacen en la tipificación de estas conductas con el verdadero bien jurídico protegido»¹⁸, negando así que dicha regulación pretenda proteger cualquier otro interés de los mencionados.

II.2 Posición jurisprudencial

En cuando al ámbito jurisprudencial, cabe destacar el giro significativo al que dio lugar este panorama doctrinal, el cual originó que el Tribunal Supremo se replanteara la interpretación que había realizado en un primer momento del precepto. De este modo, distinguiremos una línea jurisprudencial inicial, denominada tradicional, y una segunda más reciente, aunque en ambos periodos hallaremos pronunciamos contradictorios.

Así, la jurisprudencia tradicional, de hace apenas un par de décadas, comprendía de modo unánime que la salud pública no podía ser otra cosa que la suma de la salud individual de cada uno de los miembros de la sociedad. Se admitía la colectividad del bien, pero no se le dotaba de autonomía, pues, al igual que parte de la doctrina, le era imposible al TS imaginar la salud pública sin aludir a la individual¹⁹. En este sentido, la STS 1863/1993, de 29 de mayo, cita que: «el precepto contempla una figura "abierta", con

económico, sanitario, de seguridad ciudadano, ect.»; JOSHI JUBERT, UJALA.: Los delitos de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 28: «Algunos autores han defendido la protección de otros bienes jurídicos, llegando algunos a sostener, debido precisamente a su ubicación, que lo que se protege es en realidad la seguridad de la colectividad» y anteriormente por REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: El delito de tráfico de estupefacientes... *op. cit.*, p. 123: «Un sector doctrinal sostiene que nos hallamos ante un delito pluriofensivo, entendiendo por tales aquellos en los que el legislador toma en consideración múltiples intereses y establece su inmediata y directa tutela por la norma penal».

¹⁸ NUÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL., GUILLÉN LÓPEZ, GERMÁN.: “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal”, Revista penal N° 22, Madrid, 2008, p. 82. En este sentido REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: El delito de tráfico de estupefacientes... *op. cit.*, p. 124: «Estas teorías sin embargo, parecen confundir el objeto jurídico con las causas político criminales que fundamentan la punición».

¹⁹ En este sentido, JOSHI JUBERT, UJALA.: Los delitos de tráfico de drogas... *op. cit.* p. 41: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años (1990-1998) considera únicamente que el bien jurídico protegido es la salud pública. Por tal se entiende mayoritariamente la salud colectiva, que no es nada más que la suma de bienestar físico y psíquico de cada uno de los ciudadanos, ya que de lo contrario – se dice – implicaría pensar que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta de aquella de todos y cada uno de los individuos que la integran».

cláusula genérica que sanciona también a los que de "otro modo" -como dice literalmente el artículo- "promuevan", "favorezcan" o "faciliten" el consumo de drogas (por terceros) (Cfr. SS., entre otras muchas, de 26 de noviembre de 1.986, 19 de mayo de 1.989, 19 de febrero de 1.990, 4 de febrero de 1.991, 21 de enero y 2 de noviembre de 1.992 y la muy reciente de 25 de marzo de 1.993), previniendo así el ataque al "bien jurídico" protegido, no otro que la salud pública colectiva y, consecuentemente, la individual (física y psíquica) de cada una de las personas que componen la comunidad (Cfr. S. del Tribunal Constitucional 62/1.983, de 11 de julio), ya que lo contrario implicaría pensar que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta que aquella de todos y cada uno de los individuos que la integran»²⁰.

No obstante, teniendo en cuenta el panorama referido y la contradicción que supondría comprender la salud pública como bien jurídico y aún así penalizar conductas como el autoconsumo, el Tribunal Supremo se propuso realizar una interpretación teleológica con el objeto de llegar a comprender la finalidad práctica de la norma. De este modo, tuvo lugar un cambio jurisprudencial aunque sin uniformidad. Así, se establecieron mediante esta vía los supuestos de atipicidad, excluyendo así conductas que siendo subsumibles en el tipo penal, son y eran socialmente adecuadas. Así, la STS 396/2012, de 25 de mayo, aclaró, tras dicha interpretación, que: la «sala ha venido excluyendo de la aplicación del art. 368 del Código Penal determinados supuestos de tenencia e incluso transmisión de drogas cuando se limitan a cantidades ínfimas, que se estima que no son punibles por falta de peligro para el bien jurídico protegido y por la inadecuación de la acción para la creación de dicho peligro [...]. Al tratarse de un delito de peligro, aun cuando sea abstracto, el peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas conductas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro, incluso potencialmente, la salud pública (Sentencias de 29 de mayo de 1993 y 298/2004, de 12 de marzo, entre otras muchas) [...]. 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 acciones 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

²⁰ STS 1863/1993, de 29 de mayo, fto. jurídico 2º. En los mismos términos las SSTS 3498/1993, de 29 de mayo, fto. jurídico 2º, 12171/1993, de 29 de mayo, fto. jurídico 2º, 16459/1993, de 29 de mayo, fto. jurídico 2º, 759/1994, de 11 de febrero, fto. jurídico 2º, 10694/1994, de 11 de febrero, fto. Jurídico 2º, 21917/1994, de 11 de febrero, fto. jurídico 2º.

jurídico protegido (STS 298/2004, de 12 de marzo)²¹». En este sentido, mayor claridad ofrece la STS 2164/2011, de 20 de abril, al indicar que la sala, «partiendo de la concepción de los delitos contra la salud pública, como de infracciones de peligro en abstracto, tiene establecido que pueden existir supuestos en los que no objetivándose tal peligro se estaría en una conducta atípica, evitándose con ello una penalización sic et simpliciter»²². En un sentido próximo, la STS 3746/2012, de 25 mayo, afirma que «la atipicidad en casos de conductas de tráfico se concreta en supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada determina que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. En estos casos la absoluta nimiedad de la sustancia implica que ya no constituye, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo»²³, o la anterior STS 6795/2008, de 16 de diciembre, en la que se mantiene que «tratándose de un delito de peligro - aún cuando sea abstracto - dicho peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro -aún potencialmente- la salud pública [...]. Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, como dice la Sentencia 977/2003, de 4 de julio, razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún 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»²⁴.

De este modo, surgió una nueva línea jurisprudencial que comprendió que la finalidad del precepto era adquirir carácter público y no permanecer en la esfera de la mera salud individual, lo cual comienza a plasmar el Tribunal Supremo en sentencias posteriores como la STS 3843/2004, de 3 de junio, en la que comprende que «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»²⁵, o la STS 2250/2013, de 26 de marzo, en la que cita: «El delito contra la salud pública es un ilícito de riesgo abstracto y

²¹ STS 396/2012, de 25 de mayo, fto. jurídico 3º.

²² STS 2164/2011, de 20 de abril, fto. jurídico 1º.

²³ STS 3746/2012, de 25 mayo, fto. jurídico 3º. En los mismos términos la STS 4053/2015, de 30 de septiembre, fto. jurídico 9º.

²⁴ STS 6795/2008, de 16 de diciembre, fto. jurídico 1º. En los mismos términos la STS 2367/2014, de 3 de junio, fto. jurídico 2º.

²⁵ STS 3843/2004, de 3 de junio, fto. jurídico 1º.

de consumación anticipada en el que el bien jurídico protegido es la salud pública, consumándose la infracción con la ejecución de alguna de las acciones incluidas en el precepto penal»²⁶, reflexión que toman otros órganos judiciales como la Audiencia Provincial de Zaragoza al reiterar que: «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. Pero, aun cuando resulte dificultoso conceptualmente, la consideración de ese bien jurídico ha de referirse a una valoración relativa a la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita científicamente que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que tal clase de consumo afecta a la salud pública. Y es, finalmente, el legislador a través de la norma penal quien precisa qué conductas de las que pueden afectar a la salud pública son constitutivas de delito»²⁷.

Junto a estas dos líneas existen otros pronunciamientos contradictorios. De este modo, la STS 3499/1993, de 29 de mayo, defiende la existencia de una salud pública como ente supraindividual declarando que, «por imposición de la propia rúbrica de la Sección del Código en que se encuentra incardinado tal precepto, el peligro citado en el tipo es un peligro común o colectivo, pues afecta al bien social de la salud pública»²⁸. En el mismo sentido la STS 6731/1999, de 27 de octubre: «se castiga no sólo los actos descritos sino también cualquier tipo de posesión o tenencia preordenada al tráfico, pues este elemento tendencial o teleológico, denota el propósito de generar un peligro contra la salud pública general, que es el bien jurídico protegido, pues no podemos olvidar que nos encontramos dentro de la tipología genérica de los delitos contra la seguridad colectiva»²⁹.

Mientras que en contraposición, la STS 5529/2014, de 23 de diciembre, establece que «el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente), como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, aunque no se pueda dejar de tener en

²⁶ STS 2250/2013, de 26 de marzo, fto. jurídico 3º.

²⁷ SAP Z 1880/2015, de 22 de septiembre, fto. jurídico 1º. En los mismos términos SAP Z 2182/2015, de 6 de noviembre, fto. jurídico 1º.

²⁸ STS 3499/1993, de 29 de mayo, fto. jurídico 1º.

²⁹ STS 6731/1999, de 27 de octubre, fto. jurídico 9º. En un sentido próximo la STS 1171/1973, de 25 de junio: «los denominados delitos contra la salud pública, cuyo bien jurídico protegido es el de la comunidad social y nacional, y no el atentatorio a la vida o salud corporal de persona concreta y determinada, siendo delitos de peligro que no permiten otra forma comisiva que la de consumación por su propia estructura jurídica».

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 colectividad»³⁰, advirtiéndose la desorientación del Tribunal Supremo en cuanto al contenido que ha de darse a este bien jurídico.

II.3 Toma de postura

Entre la multitud de pareceres entorno a las cuestiones que conciernen al delito de tráfico de drogas, tanto doctrinales como jurisprudenciales, se pueden apreciar algunos elementos de coincidencia. Entre estos, se encuentra el bien jurídico, «salud pública», sin prejuicio de las discrepancias en su concreción.

Por lo que respecta a la doctrina, la opinión mayoritaria coincide en la existencia de un único bien jurídico, siendo la mencionada «salud pública», pero concibiéndose, de un lado, como ente supraindividual, y de otro, como mera suma de la salud de los individuos que conforman la sociedad. En otro sentido, la opinión minoritaria se aventura al considerar la existencia de un delito pluriofensivo en el cual, junto a la salud, subsisten otros intereses, considerados socialmente relevantes, tan diversos como lo es la seguridad ciudadana o el interés económico del Estado por comercializar dichas sustancias.

En cuanto a la evolución de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, este se planteó en los inicios que la «salud pública» era, ni más ni menos, que la suma de la salud individual de los ciudadanos que componen nuestra sociedad³¹. Sin embargo, el panorama doctrinal indicado y razones sistemáticas, en particular la rúbrica de la sección del Código en que se encuentra incardinado tal precepto³², conllevaron a que el Tribunal Supremo comenzara a proponer la «salud pública» como ente independiente de la individual³³. Así, acercaba su postura a la de la doctrina y suavizaba la contradicción existente entre la protección de la salud individual y la tutela de otros derechos fundamentales como la libertad a ejercer o no, en este caso, el consumo.

³⁰ STS 5529/2014, de 23 de diciembre, fto. jurídico 1º. En el mismo sentido las SSTS 5455/2013, de 4 de noviembre, fto. jurídico 1º, 1625/2012, de 14 de marzo, fto. jurídico 1º, 3127/2004, de 10 de mayo, fto. jurídico único.

³¹ En este sentido la Sentencia citada en la nota 20. STS 1863/1993, de 29 de mayo, fto jurídico 2º.

³² En este sentido la Sentencia citada en la nota 28. STS 3499/1993, de 29 de mayo, fto jurídico 1º.

³³ En este sentido la Sentencia citada en la nota 25. STS 3843/2004, de 3 de junio, fto jurídico 1º.

No obstante, con independencia de las posturas por las que se pueda optar y el contenido del que se pueda dotar al término, lo relevante es que la salud ha sido aceptada como objeto de protección por el precepto 368 CP.

En cuanto a su definición, podríamos comprender este valor como aquel «nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad»³⁴, sin perder de vista la salud del ciudadano individualmente considerada, pues la «salud pública y salud individual son dos bienes jurídicos distintos que encuentran protección diferenciada en el CP, pero esto no autoriza a ignorar la salud individual cuando tratamos la pública, pues de lo contrario estaríamos hablando de la salud pública como algo totalmente desvinculado de la realidad que la justifica y a la que sirve de complemento. Si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia»³⁵.

En el presente estudio, el bien jurídico interesa en tanto que nos permite valorar la congruencia de los supuestos de atipicidad por inexistencia de lesividad hacia el bien jurídico tutelado³⁶.

³⁴ BOIX REIG, JAVIER.: Derecho penal. Parte especial, Vol III, Iustel, Madrid, 2012, p. 305.

³⁵ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI.: “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)proporción de menores e incapaces”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, 2003, p. 101.

³⁶ STS 3843/2004, de 3 de junio, fto. jurídico 1º.

III. SUPUESTOS DE ATIPICIDAD

III.1. Autoconsumo

Comprende el Tribunal Supremo que: se excluye de la punición por este delito contra la salud pública, aquellas conductas en las que, aún cuando se dé una realización aparente del comportamiento típico, por las especiales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, la «salud pública»³⁷. Esto ocurre en particular, con la práctica del autoconsumo, pues como señala SOTO NIETO, se trata de un supuesto en el que: la tenencia de drogas o estupefacientes tiene por objeto satisfacer propósitos propios del autoconsumo³⁸, no suponiendo riesgo alguno para el bien jurídico protegido supraindividual, al no apreciarse en dicha conducta una disposición a la afectación del mismo.

En este sentido, se pueden señalar sentencias como la STS 1232/1977, de 15 de marzo, en la que ya manifestaba el TS su negativa de penalizar el autoconsumo y «los actos preparatorios del mismo o encaminados a lograrlo»³⁹, planteamiento que, de modo unánime, ha sido asimilado por nuestra doctrina. La cual no ha dejado lugar a dudas acerca de la atipicidad de la presente conducta. De este modo, matiza MAGRO SERVET que «la posesión de drogas ilegales sólo es penalmente típica cuando está preordenada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de las mismas por otras personas, pues sólo la existencia de dicha finalidad significa un riesgo, aunque abstracto, para el bien jurídico protegido»⁴⁰. En un sentido próximo SOTO NIETO y HERRERO ÁLVAREZ comprenden que la

³⁷ STS 2329/2014, de 10 de junio, fto. jurídico 1º: «Este Tribunal [...] en ocasiones ha afirmado que deben quedar excluidas de la punición por este delito contra la salud pública aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice el comportamiento típico, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido».

³⁸ SOTO NIETO, FRANCISCO.: El delito de tráfico ilegal de drogas... *op. cit.*, p. 192.

³⁹ STS 1232/1977, de 15 de marzo: «castigar no el autoconsumo ni los actos preparatorios del mismo o encaminados a lograrlo, sino todos aquellos constitutivos de tráfico, transmisión o tercería en su más amplio sentido, los de elaboración, fabricación, cultivo, tenencia o transporte con potencial y ulterior finalidad o destino traslativo de consumo por parte de otras personas, y los de proselitismo o recluta de nuevos adeptos a la droga, como lo son, además de algunos de los acabados de exponer, los de promoción, favorecimiento y facilitación del uso de las dichas drogas».

⁴⁰ MAGRO SERVENT, VICENTE.: Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública. Especial referencia a los delitos al tráfico de drogas y su casuística. Todas las dudas y respuestas. Incluye Código Penal, La Ley, Madrid, p. 58.

expresión «“de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el uso”, revelaba la intención legislativa de sancionar tan sólo los actos propiciadores del uso de terceros»⁴¹.

Ahora bien, se torna relevante trazar una línea que nos permita distinguir cuándo estamos ante un supuesto de posesión de drogas orientada al autoconsumo y cuándo aquella se posee con la finalidad de tráfico⁴². No obstante, la determinación de un caso u otro no está exenta de debate. Algunos autores han intentado establecer como criterio la cantidad de sustancia aprehendida. Este es el caso de REY HUIDOBRO quien considera que: la cantidad de droga constituye un elemento de vital importancia a la hora de llevar a cabo la verificación del destino a terceros del estupefaciente poseído⁴³. En la misma línea, JOSHI JUBERT señala que «la cantidad de droga el criterio más utilizado por la jurisprudencia para decidir el destino» de aquella⁴⁴. En contraposición, autores como MARTÍNEZ RODRÍGUEZ han comprendido que dicha determinación debe ser fruto del estudio detallado de cada supuesto y las circunstancias concurrentes al mismo y no de la fijación de un criterio único⁴⁵.

⁴¹ SOTO NIETO, FRANCISCO.: El delito de tráfico ilegal de drogas... *op. cit.*, p. 192. En un sentido próximo, HERRERO ÁLVAREZ, SERGIO.: Tratamiento legal de la mdma y otras drogas psicoestimulantes en el nuevo código penal español de 1995, capítulo del libro extasis (mdma): un abordaje comprehensivo, Obra colectiva, Masson, Barcelona, 1997, p. 6: «el consumo de droga no ha sido nunca objeto de sanción penal en España y, consiguientemente, la previa tenencia de la droga que se va a consumir no resulta tampoco delictiva. Ello ha sido siempre así. Incluso durante el periodo comprendido entre los años 1.971 y 1.983, en el cual la redacción entonces vigente del artículo 344 del Código Penal incluía en el tipo penal los actos de "tenencia" de drogas, el Tribunal Supremo interpretó que ello había necesariamente de referirse a la tenencia destinada a un tráfico posterior de la sustancia poseída (STS 6 de abril de 1.973, 5 de mayo de 1.975 y 24 de noviembre de 1.975, entre otras), proclamando, con rotunda lógica, que "como el consumo de drogas o estupefacientes es atípico, para que la mera tenencia se reputa delictiva, es menester que quede acreditado que la poseída no se hallaba destinada al propio consumo" (STS 20 de marzo de 1.980). A partir de la reforma del Código de 1.983, desaparece cualquier posible duda interpretativa, al eliminarse del texto del artículo la referencia a la "tenencia" de droga».

⁴² MORANT VIDAL, JESÚS.: El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar, Sedaví, Valencia, 2005, p. 87: «perfilar donde se encuentra la línea divisoria entre la posesión de drogas orientada al autoconsumo (conducta, a lo sumo, constitutiva de una infracción administrativa), y aquella otra cuya finalidad es el tráfico (punible según el art. 368 CP). Como quiera que el centro de gravedad de esta modalidad típica se sitúa en el elemento subjetivo, esto es, la intención del sujeto poseedor de la droga, en aras de la preservación del principio de seguridad jurídica».

⁴³ REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: El delito de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 35. «la cantidad de droga poseída constituye aquí un elemento de vital importancia a la hora de llevar a cabo la verificación proyectada, revelándose en estos casos como un instrumento técnico (a veces el único) para demostrar el destino a terceros del estupefaciente poseído»⁴³.

⁴⁴ JOSHI JUBERT, UJALA.: *Ibid.*, p. 206.

⁴⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO.: El tráfico de drogas y la atipicidad... *op. cit.*, p. 39. En un sentido próximo, SOTO NIETO, FRANCISCO.: El delito de tráfico ilegal de drogas... *op. cit.*, p. 193: «la jurisprudencia ha sido constante en la exigencia – para la inclusión de una conducta en el tipo del artículo 344 del Código Penal – de que se pueda captar la existencia de un ánimo tendencial integrado por la intención de destino, al ser preciso que las actividades que constituyen el núcleo del tipo delictivo, estén dirigidas a la producción o favorecimiento del consumo, quedando excluido de la previsión sancionadora legal el autoconsumo. Solo adquiere relieve penal la tenencia preordenada al tráfico».

En este aspecto, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo no ha sido uniforme, ya que en ocasiones considera el elemento cuantitativo como único criterio a tener en cuenta, mientras que en otras hace hincapié en la insuficiencia del mismo, considerando imprescindibles otros factores como: «la pureza y variedad de la droga, las modalidades de la posesión y forma de presentarse la droga, el lugar en que se encuentra la droga, la tenencia de útiles, materiales o instrumentos para la propagación, elaboración comercialización, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la ocupación de dinero en moneda fraccionada, la falta de acreditación de la previa dependencia, entendiendo como de lo más significativo la no constancia de la adicción al consumo de drogas, la forma de reaccionar ante la presencia policial, el intento disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla, e incluso se ha aludido en alguna ocasión a las circunstancias personales del acusado»⁴⁶. Con carácter general, estos indicios pueden sistematizarse del siguiente modo:

En primer lugar, las circunstancias concernientes al elemento objetivo tenidas en cuenta son: la cantidad y su grado de pureza, así como la tenencia conjunta de varios tipos de sustancias y su presentación, siendo el primero de estos criterios, la cantidad, el mayoritariamente compartido por la doctrina.

Al respecto, sentencias como la STS 286/2016, de 2 de febrero,⁴⁷ o la anterior STS 5631/2015, de 16 de diciembre⁴⁸, consideran determinante este criterio en supuestos donde la cantidad es tan mínima o, por el contrario, tan desorbitante que revela por sí misma la intención de su poseedor. Así lo avalan autores como MARTÍNEZ RODRÍGUEZ al afirmar que «existe ánimo de traficar si se trata de una cantidad que excede de la que razonablemente está destinada al autoconsumo»⁴⁹. Mientras que en otras sentencias como la STS 4572/2012, de 12 de junio, establece que: el criterio del exceso de las necesidades del autoconsumo es «meramente orientativo y muy discutible» negando que «la detención de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues

⁴⁶ STS 4572/2012, de 12 de junio, fto. jurídico 3º. En el mismo sentido la STS 3393/2013, de 25 de junio, fto. jurídico 1º.

⁴⁷ STS 286/2016, de 2 de febrero, fto jurídico 1º: «Asimismo el monto total de sustancia ocupada en el domicilio se hallaba por debajo de los módulos que fijan el consumo diario de un drogadicto en el acopio para 4 ó 5 días. Consecuentemente las sustancias incautadas debemos entender que estaban destinadas al consumo propio».

⁴⁸ STS 5631/2015, de 16 de diciembre, fto jurídico 3º: «esta Sala [...] viene aplicando esos límites, de modo que, superadas las cantidades correspondientes, no habrían de dictarse pronunciamientos absolutorios en base a la mencionada argumentación».

⁴⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO.: El tráfico de drogas y la atipicidad... *op. cit.*, p. 43: «existe ánimo de traficar si se trata de una cantidad que excede de la que razonablemente está destinada al autoconsumo y que está objetivamente ordenada al tráfico si se excede de las previsiones de consumo de una persona adicta a las drogas (STS 2 de enero 1998)»⁴⁹.

se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes», postura seguida en nuestra doctrina por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ quien entiende que: «no es posible adoptar posiciones concluyentes, sino que se trata de un problema de equilibrio judicial, pues la cantidad de droga que se ajusta a ese requisito varía en función de una serie de factores»⁵⁰.

Con respecto al grado de pureza de la droga, su conocimiento es irrelevante cuando el criterio de la cantidad basta para desvelar el propósito del poseedor. En este extremo, tampoco encontramos una postura jurisprudencial específica. Por una parte, podemos localizar sentencias como la STS 2824/1997, de 15 de abril, en la que se considera irrelevante el grado de pureza en supuestos donde la cantidad es tan pequeña que no admite fraccionamiento, o más recientemente la STS 2961/2009, de 28 de abril, en la que no se comprueba la pureza de la sustancia por considerarse cantidad insignificante⁵¹, mientras que autores como ARÁNGUEZ SÁNCHEZ defienden que: el criterio de la cantidad debería venir dado por la pureza del mismo, ya que «el objeto material del tráfico de drogas son las sustancias estupefacientes y no los excipientes con los que se adulteran [...] siendo deseable que el TS no solo aludiera a las cantidades que le parecen moderadas en el caso de estar orientadas al consumo, sino que tendría que señalar cuál es la cuantía del principio activo normal en esa cantidad»⁵². En esta línea cabe citar recientes pronunciamientos como las SSTS 192/2016, de 2 de febrero⁵³, y 2407/2015, de 22 de mayo⁵⁴.

Por lo que se refiere a la tenencia conjunta de varios tipos de sustancias, esta se considera indicio en supuestos donde la ingesta de las mismas es incompatible por el riesgo que entraña para la salud⁵⁵, comprendiendo el TS que existe en esos casos «más una necesidad de atender a la diversidad de la demanda, que a las necesidades del consumo propio»⁵⁶, también una determinada presentación de la droga, por ejemplo las papelinillas con nombres o precios, induce a la creencia de una intención de traficar, pues como comprende ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: «el traficante suele llevar la droga ya distribuida en pequeñas dosis con el fin de que la operación de compraventa pueda realizarse con la mayor celeridad posible». En este orden, la STS 192/2016 de 2 de febrero, indica que: «las mismas estaban destinadas a su distribución a terceros lo deduce el Tribunal "a quo" de la

⁵⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS.: Criterios del Tribunal Supremo... *op. cit.*, p. 3.

⁵¹ STS 2961/2009, de 28 de abril, fto. jurídico 1º.

⁵² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS.: *Ibid*... p. 5.

⁵³ SSTS 192/2016, de 2 de febrero, fto. jurídico 4º.

⁵⁴ STS 2407/2015, de 22 de mayo, fto. jurídico 14º.

⁵⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS.: *Ibid*... p. 6.

⁵⁶ En este sentido, las SSTS 4300/1997, de 31 de mayo y la 775/1997, de 31 de mayo.

variedad de sustancias ocupadas, de su forma de distribución (en paquetes dispuestos para su venta)⁵⁷; o la anterior STS 1616/2012, de 14 de marzo, donde se indica que: «se tienen en cuenta las ventas acreditadas, y la forma de presentación de la cocaína aprehendida; en un número relevante de dosis individuales aptas para la transacción inmediata, y, junto con ello, el dato relevante de guardar parte del dinero dentro de un zapato, lo que en modo alguno es usual»⁵⁸.

En segundo lugar, las características subjetivas del poseedor son: la condición de drogodependiente, la situación económica, así como la ocultación de la droga a las autoridades, la falsa identidad y/o las contradicciones en las que pueda incurrir el acusado en sus manifestaciones.

En un primer momento, el TS había comprendido que la droga se dirige a su venta de no quedar probada la adicción⁵⁹. Sin embargo, este indicio ha experimentado una evolución a la que hace referencia REY HUIDOBRO cuando menciona que: «la exención de responsabilidad alcanza a todo poseedor consumidor y no sólo al que reúne la cualidad de toxicómano; como dice la STS de 15 de febrero de 1983: no sólo la posesión del drogadicto es acto impune, dado que, además de los sujetos adictos al consumo de estupefacientes en estado de dependencia, también se abastecen de tales sustancias quienes todavía no se han iniciado en su uso y desean hacerlo, así como aquellos que, aun iniciados, no han adquirido el hábito de su consumo»⁶⁰. No obstante, ello no descarta automáticamente el tráfico, pues podemos hallar supuestos en los que parte de la droga se destina al autoconsumo y parte al tráfico, como ocurre con el consumidor que trafica para financiar su propio consumo o con el traficante que consume de su propia sustancia⁶¹.

También se señala, en particular por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ que «la situación patrimonial del sujeto puede orientarnos en determinados casos sobre el destino de la droga. En esta línea los Tribunales han prestado una especial atención a la inexistencia o escasez de ingresos legales para subvenir su reconocido consumo» mientras que, la existencia de notables ingresos injustificados se entiende como indicio «para relevar la actividad de tráfico»⁶². Así, la STS 192/2016, de 2 de febrero, indica que: «nada de lo actuado avala que la acusada fuese consumidora en mayor o menor grado de las sustancias

⁵⁷ STS 192/2016, de 2 de febrero, fto. jurídico 1º.

⁵⁸ STS 1616/2012, de 14 de marzo, fto. jurídico 1º.

⁵⁹ A modo de ejemplo las SSTS 2678/1998, de 6 de abril, 625/1996, de 25 de enero y 8400/1994, de 5 de noviembre.

⁶⁰ REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: *Ibid...* p. 35.

⁶¹ A modo de ejemplo la STS 3537/1995, de 27 de abril.

⁶² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS.: *Criterios del Tribunal Supremo... op. cit.*, p. 7.

que se le ocuparon. [...] teniendo en cuenta la carencia de fuente de ingresos con la que satisfacer el hipotético consumo»⁶³. Otros pronunciamientos como la sentencia 5750/2015, de 1 de diciembre, dan importancia a que el acusado carezca de todo tipo de ingresos que puedan justificar el nivel de vida actual⁶⁴.

Por su parte, la ocultación de la droga, la falsa identidad y/o las contradicciones en que incurra el acusado se han comprendido en múltiples ocasiones como indicios, ya que suponen, en palabras de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «comportamientos del poseedor tendentes a dificultar la ocupación de la droga por las autoridades» que pueden manifestar «una indudable conciencia de culpabilidad»⁶⁵. En este sentido, podemos apreciar sentencias como la STS 158/1991, de 9 de diciembre, en la que el TS interpreta la existencia de tráfico teniendo en cuenta, como único indicio, la intención de destruir la droga ante la llegada de los agentes⁶⁶.

Por último, respecto a los indicios relativos a las circunstancias de la ocupación, cabe señalar, siguiendo el estudio realizado por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, que: «los materiales o instrumentos ocupados junto a la droga, por ejemplo tras un registro en el domicilio del poseedor de una cantidad de droga, resultan de interés para relevar el ánimo con el que se tenía tal droga. Concretamente han sido considerados como materiales o instrumentos que apuntan hacia la intención difusora: las básculas o balanzas de precisión [...], papelines, bolsitas vacías, papel celofán, [...], una navaja, cuchillo, cuchara, espátula, tijeras», si bien, matiza que «la mera [...] incautación de estos instrumentos no basta para revelar indefectiblemente cual era el destino de la droga, a no ser que quedasen restos de la droga adheridos a su superficie, o se encontraran junto a la droga en un lugar inusual (así, una balanza de precisión en un coche)»⁶⁷, tal como ocurre en la mencionada STS 192/2016, de 2 de febrero: «nada de lo actuado avala que la acusada fuese consumidora en mayor o menor grado de las sustancias que se le ocuparon. [...] la ocupación de efectos que habitualmente se poseen para realizar ventas al por menor (balanza de precisión, papel de plata, gomas y hojas de recorte)», así como las circunstancias en las que se da la propia detención, pues, por ejemplo, la «aprehensión de la droga en zonas en las que es habitual el

⁶³ STS 192/2016, de 2 de febrero, fto. jurídico 1º.

⁶⁴ STS 5750/2015, de 1 de diciembre, fto. jurídico 6º: «carecía de otro tipo de ingresos que pudieran justificar ese nivel de vida con la adquisición de los inmuebles que se han enumerado y de los demás objetos hallados en la casa».

⁶⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS.: *Criterios del Tribunal Supremo... op. cit.*, p. 8.

⁶⁶ STS 158/1991, de 9 de diciembre.

⁶⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS.: *Criterios del Tribunal Supremo... op. cit.*, p. 11.

tráfico de drogas a pequeña escala, es considerado por una reiterada jurisprudencia, como un indicio de la voluntad de traficar»⁶⁸.

III.2. Consumo compartido

Igualmente se ha declarado la atipicidad en los supuestos de consumo compartido. En este aspecto, la doctrina de nuestro TS ha establecido que si el autoconsumo de droga no constituye una conducta penalmente sancionable, tampoco lo es el consumo compartido o autoconsumo plural⁶⁹, ya que «no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado» que, por extensión lógica de dicha premisa, debe quedar igualmente excluido del radio de aplicación del artículo 368 CP⁷⁰.

Se trata aquí en particular, de supuestos en los que varias personas se distribuyen las funciones de adquisición y transporte de la droga, de modo que todos participan económicamente, pero solo una persona la adquiere en nombre de la totalidad y para su uso común⁷¹. Así, la exclusión de la tipicidad se fundamenta, como en los supuestos restantes, en la ausencia de peligro para el bien jurídico protegido «salud pública»⁷². Todo ello con motivo de comprender el TS que: al tratarse de contactos entre consumidores y darse en determinadas circunstancias⁷³, no existe riesgo ulterior de transmisión a terceros⁷⁴. No

⁶⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS.: *Ibid...* p. 13.

⁶⁹ STS 2595/2015, de 10 de junio, fto. jurídico 4º: «es doctrina reiterada de esta Sala, que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable (STS 1102/2003, de 23 de julio, 850/2013, de 4 de noviembre y 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras)».

⁷⁰ STS 3981/2015, de 7 de septiembre, fto. jurídico 2º: «el autoconsumo está excluido del radio de acción del art. 368 CP. El autoconsumo colectivo, que no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado, también lo está por extensión lógica y natural de aquella premisa». En el mismo sentido las SSTs 281/2003, de 1 de octubre, 424/2003, de 1 de septiembre y 216/2002, de 11 de mayo, citadas por ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 73: «La valoración social de esos actos de consumo compartido entre adictos [...] es la misma que la que pueden tener los actos en que esas personas pudieran consumir aisladamente. [...]. Nada valorable como antijurídico tienen los supuestos aquí examinados que no tengan los casos paralelos de consumos aislados, y si éstos son impunes también habrán de serlo aquellos».

⁷¹ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: *Ibid...* pp. 72 y 73.

⁷² ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: *Ibid...* p. 67: «estos supuestos [...] son atípicos porque no suponen un riesgo para el bien jurídico protegido “salud pública”, al ser contactos que tienen un lugar entre consumidores – o entre éstos y su entorno inmediato – y carecer de trascendencia ante la colectividad de los consumidores»; y p. 73: «se suele fundamentar la atipicidad de estos supuestos en la ausencia de peligro para el bien jurídico: como la droga no se va a destinar a su difusión sino a su consumo por parte de los que la aportan, no se atenta contra la salud pública».

⁷³ SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO.: *...op cit.*, p. 115: «en este sentido, la Sentencia de 23-10-1996 afirma que, terminológicamente la expresión “consumo compartido”, conduce al error de suponer que el elemento decisivo en la exclusión de la atipicidad, sería el compartir el consumo con otro, sin tener en cuenta otros aspectos que resultan esenciales para la exclusión de la tipicidad».

obstante, con anterioridad, los supuestos de consumo compartido siempre se concibieron como «casos típicos de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo, ya que el encargado de la bolsa común adquiriría con ella una droga que luego daba a otros»⁷⁵.

Posteriormente, se admitió de manera excepcional la tenencia de sustancias para estos supuestos⁷⁶, pues se hacía insostenible la tipicidad de estos comportamientos, con motivo de la nueva comprensión del mencionado bien jurídico.

En efecto, esta modalidad de autoconsumo se concibió unánimemente atípica por la doctrina española, en particular, podemos mencionar autores como QUINTERO OLIVARES, quien ya en 1986 reivindicó la necesidad de desvincular del precepto los supuestos de intercambio, considerando que al darse en la «comunidad cerrada de los adictos» no podía existir trascendencia para la colectividad⁷⁷. Asimismo, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ considera que «existe autoconsumo cuando la sustancia tóxica está destinada a la concurrencia de varias personas considerándose que dicha actividad carece de antijuricidad material»⁷⁸. En un sentido próximo, ÁLVAREZ GARCÍA determina que «para la salud pública no hay diferencia entre un caso de compra y autoconsumo compartido»⁷⁹.

Ahora bien, tal como se advierte en la STS 5435/2015, de 9 de diciembre⁸⁰, la consideración de este supuesto de atipicidad conlleva la concurrencia de una serie de requisitos que podemos reconducir a cuatro elementos fundamentales, siendo estos:

En primer lugar, que el consumidor sea adicto o realice el consumo habitual de la sustancia referida, debiendo quedar así probada la finalidad de autoconsumo, descartando el posible favorecimiento al consumo ilegal por terceras personas⁸¹.

⁷⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO.: El tráfico de drogas y la atipicidad...*op. cit.*, p. 43: «entiende la jurisprudencia española que existe autoconsumo cuando la sustancia tóxica está destinada a la concurrencia de varias personas y por ello se considera que en dicha actividad existe ausencia de antijuricidad material».

⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 73. En el mismo sentido, GRANADOS PÉREZ, CARLOS.: Jurisprudencia del Tribunal Supremo: ...*op. cit.*, p. 59: «se ha declarado la atipicidad en supuestos de consumo compartido. Ciertamente, se dice en las Sentencias 1102/2003, de 23 de julio y 302/2003, de 27 de febrero, que si bien en principio la adquisición de sustancias estupefacientes para entregarlas a terceros es un acto de favorecimiento del consumo ilegal de drogas y por lo tanto constituye una conducta típica, excepcionalmente deja de serlo cuando se trata de un supuesto de autoconsumo plural entre consumidores».

⁷⁶ GRANADOS PÉREZ, CARLOS.: *Ibid.*, p. 60: «la jurisprudencia de esta sala admite que la posesión de las sustancias estupefacientes es atípica en casos excepcionales como lo son el autoconsumo, consumo compartido o cuando se trata de familiares o personas allegadas [...]».

⁷⁷ MORANT VIDAL, JESÚS.: El delito de tráfico de drogas: ... *op. cit.*, p. 99.

⁷⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO.: El tráfico de drogas y la atipicidad... *op. cit.*, p. 43.

⁷⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 73.

⁸⁰ STS 5435/2015, de 9 de diciembre, fto. jurídico 1º. En el mismo sentido. las SSTS 2595/2015, de 10 de junio, fto. jurídico 4º, 4902/2015, de 5 de octubre, fto. jurídico 6º, 8742/2012, de 28 de diciembre, fto. jurídico 1º.

⁸¹ STS 5435/2015, de 9 de diciembre, fto. jurídico 1º.

En un primer momento se exigió la adicción de los implicados, no bastando la mera habitualidad. En tal sentido, podemos mencionar las SSTS 1102/2003, de 23 de julio y 326/2005, de 14 de mayo, en las que se demanda que los consumidores sean «adictos y a dicha sustancia»⁸², postura seguida en la doctrina por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ quien afirma que: «los consumidores que se agrupan han de ser adictos a las sustancias estupefacientes». En la misma línea, MONTERO LA RUBIA menciona que: «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 consumidor genera un patente riesgo de traspasar la frontera que separa el simple consumo de la drogadicción»⁸³. Sin embargo, como indicábamos, actualmente se entiende como suficiente la condición de consumidor habitual⁸⁴, incluso se comprende el consumo «durante los fines de semana en grupo, en ocasiones ligado a la celebración de conciertos de música o fiestas multitudinarias, lo que ha dado lugar a que la original doctrina del consumo compartido, limitada a casos de personas ya plenamente intoxicadas, al amoldarse a este fenómeno, se haya transformado en algo con unos contornos completamente diferentes a la teoría inicial».⁸⁵

En segundo lugar, se requiere que el consumo se realice en «lugar cerrado» o al menos «oculto», tal como indica la STS 4902/2015, de 5 de octubre. Todo ello con la finalidad, en palabras de MONTERO LA RUBIA, de garantizar la privacidad de la acción⁸⁶, evitando «la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados»⁸⁷. En este sentido, se pronuncian autores como ÁLVAREZ GARCÍA, quien alude a «que el consumo tenga lugar en un espacio físico cerrado»⁸⁸ y se tenga como referencia las dosis mínimas de consumo prefijadas.

Seguidamente, en relación a la cantidad de sustancia, se indica que esta debe ser «reducida o insignificante (STS de 28 de Noviembre de 1995) o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro»⁸⁹, pues no se aprecia en los

⁸² GRANADOS PÉREZ, CARLOS.: *Ibid...* p. 59: SSTS 1102/2003, de 23 de julio: «que los consumidores sean ya adictos a la droga, y no personas a las que se induce a ello» y 326/2005, de 14 de marzo «que los consumidores sean adictos».

⁸³ MONTERO LA RUBIA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 29.

⁸⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO.: ...*op. cit.*, p. 45.

⁸⁵ MONTERO LA RUBIA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 28.

⁸⁶ MONTERO LA RUBIA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 29. En relación, la STS 4902/2015, de 5 de octubre, fto. jurídico 6º apuntando como fin el «evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica (STS de 2 de Noviembre de 1995)».

⁸⁷ STS 5435/2015, de 9 de diciembre, fto. jurídico 1º.

⁸⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 74.

⁸⁹ STS 4902/2015, de 5 de octubre, fto. jurídico 6º.

supuestos donde «las cantidades rebasen la droga necesaria para ese consumo inmediato habitual»⁹⁰.

A su vez, «los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas»⁹¹ con la finalidad de controlar debidamente tanto su número como condición⁹². En relación a ello, otros pronunciamientos y autores citan como requisito autónomo el que se trate de un grupo reducido de personas «que nos permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de Marzo de 1995)»⁹³. Ejemplo de ello, la STS 286/2016, de 2 de febrero, cita de forma autónoma y consecutiva: «c) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes y e) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, como único medio de poder calibrar su número y condiciones personales». En este orden, autores como ÁLVAREZ GARCÍA recogen como presupuesto que: «la droga se destine sólo al círculo cerrado de los que aportaron al fondo (pues se posee solo en su nombre)»⁹⁴.

Además de los expuestos, podemos hallar otras SSTS como la STS 286/2016, de 2 de febrero⁹⁵, o las anteriores 1472/2002, de 18 de septiembre y 888/2012, de 22 de noviembre⁹⁶, que requieren los mismos criterios, pero aparecen desglosados. Así, por ejemplo, la STS 2595/2015, de 10 de junio, recoge como presupuesto independiente el «consumo inmediato (STS de 3 de Febrero de 1999)»⁹⁷ o «en término inmediato», tal como añade ÁLVAREZ GARCÍA⁹⁸. Ello con el fin de evitar un posible almacenamiento de la sustancia y posterior transmisión a terceros. Requisito que mencionan otros

⁹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 74.

⁹¹ STS 286/2016, de 2 de febrero, fto. jurídico 1º. En el mismo sentido, la STS 3981/2015, de 18 de diciembre, fto. jurídico 9º: «ser éstos identificables y determinados».

⁹² STS 5435/2015, de 9 de diciembre, fto. jurídico 1º: «las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales (STS de 31 de Marzo de 1998)».

⁹³ STS 5435/2015, de 9 de diciembre, fto. jurídico 6º: «d) la comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de Marzo de 1995)». En el mismo sentido la STS 8742/2012, de 18 de diciembre, fto. jurídico 1º: «e) las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de Marzo de 1998)».

⁹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 74.

⁹⁵ STS 286/2016, de 2 de febrero, fto. jurídico 1º.

⁹⁶ STS 4902/2015, de 5 de octubre, fto. jurídico 6º.

⁹⁷ STS 2595/2015, de 10 de junio, fto. jurídico 4º. En este sentido, la STS 286/2016, de 2 de febrero, fto. jurídico 1º: «f) debe tratarse de consumo inmediato de las sustancias adquiridas, como garantía de que las sustancias prohibidas no lleguen en algún momento a manos de terceros ajenos a los conciliados para el compartido consumo».

⁹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 74: «que sea consumida de modo conjunto e “Inmediato” o “en tiempo próximo” (término este último que, por su indefinición, ofrece algunas dificultades)».

pronunciamientos junto al de la cantidad de sustancia, como hemos hecho nosotros al referirnos a la misma y como es el caso de la STS 326/2005, de 15 de marzo que cita: «d) que la cantidad de droga sea pequeña, y capaz de ser consumida en el acto, evitando todo riesgo de almacenamiento que exceda del propio consumo compartido»⁹⁹.

Al mismo tiempo y para finalizar, otras como la STS 5435/2015, de 9 de diciembre, añaden, como último requerimiento, la inexistencia de una contraprestación¹⁰⁰ que indique, por su cuantía, un lucro para el que la adquiere y distribuye, tal como lo comprende ÁLVAREZ GARCÍA¹⁰¹.

Considerando lo expuesto, se trata por tanto de conductas que se producen entre individuos ya consumidores, en un lugar cerrado, de forma esporádica e inmediata, y de pequeñas cantidades de droga, siendo, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, una conducta sin riesgo de lesión para el mismo, en tanto en cuanto no existe una promoción o facilitación del consumo ilegal de drogas hacia terceras personas.

III.3. Transmisión a título gratuito entre familiares o allegados

En tercer lugar, es también generalmente admitida por la doctrina del Tribunal Supremo la atipicidad en aquellos supuestos que ha denominado «entregas compasivas»¹⁰². En este aspecto, se pronuncia el mismo cuando declara que: «ciertamente esta Sala (véase Sentencia 401/2003, de 15 de abril) ha considerado carentes de antijuridicidad y atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o allegados de cantidades mínimas de drogas tóxicas con finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias»¹⁰³. En la misma línea lo hace la doctrina, en particular REY HUIDOBRO o SEQUEROS SAZATORNIL defienden de un lado que «la incriminación penal en estos supuestos, se presentaría como injusta y no justificada legalmente»¹⁰⁴, y de otro que

⁹⁹ STS 326/2005, de 15 de marzo, cit. por GRANADOS PÉREZ, CARLOS.: ...*op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁰ STS 5435/2015, de 6 de diciembre, fto. jurídico 1º: «un factor de identificación de lo que es consumo compartido para diferenciarlo de lo que es una acción de facilitación del consumo ajeno puede estribar precisamente en la exigencia de una contraprestación económica que vaya más allá del coste y que redunde en beneficio de quien aporta la droga para la ingesta conjunta. Será claro indicador de que su conducta excede del estricto autoconsumo compartido. Comercia y eso acredita la alteridad. Ya no es un grupo reducido que conjuntamente compra y consume».

¹⁰¹ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 74: «que no exista contraprestación».

¹⁰² Ejemplo de ello ATS 1152/2015, de 23 de julio, fto. jurídico 1º.

¹⁰³ STS 4522/2004, de 28 de junio, fto. jurídico 1º.

¹⁰⁴ SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO.: ...*op. cit.*, p. 115.

«dichas conductas deben extraerse del campo punitivo, en la medida en que para que pueda entenderse cometido el delito es menester que el peligro como riesgo de lesión del bien jurídico protegido se encuentre realmente en la acción»¹⁰⁵, entendiéndose no haber en este supuesto riesgo alguno de transmisión de la sustancia.

Nos encontramos nuevamente frente a una conducta de creación jurisprudencial. No obstante, no siempre la presente conducta se comprendió como atípica, pudiendo así distinguir dos líneas de interpretación.

En un primer momento, el TS decretó la tipicidad de dicha conducta, declarando en sentencias como la STS 21051/1994, de 14 de octubre, que: «la entrega de sustancias psicotrópicas [...] a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso la de ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal definido en el precepto citado más arriba al demostrar una conducta favorecedora del consumo, ya que no auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción, aunque sean previos al síndrome de abstinencia, de la forma con que procedió la encartada, sino con el correspondiente tratamiento médico, a que se la debe someter, pues facilitar más droga en tales casos propicia el mantenimiento en dependencia y, lo que puede ser peor, el abandono curativo que se siga o incluso la ruina completa de la persona que se pretende auxiliar»¹⁰⁶.

Posteriormente, pasó a comprenderse la atipicidad de dicha práctica, consolidándose esta corriente jurisprudencial como línea mayoritaria. De modo que, en sentencias como la STS 4841/1996, de 18 de septiembre, advertimos como el TS comienza a declarar que: «los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no pueden suponer delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 del Código»¹⁰⁷.

En cuanto a la conducta que nos ocupa, tanto doctrina como jurisprudencia presentan unanimidad respecto de su atipicidad y de la serie de circunstancias a las que se condiciona la apreciación de la misma, siendo estas analizadas en sentencias como la STS

¹⁰⁵ REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: El delito de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁶ STS 21051/1994, de 14 de octubre, fto. jurídico 1º. En los mismos términos las SSTs 13742/1994, de 14 de octubre, fto. jurídico 1º y 6554/1994, de 14 de octubre, fto. jurídico 1º.

¹⁰⁷ STS 4841/1996, de 18 de septiembre, fto. jurídico 3º.

3446/2015, de 6 de julio¹⁰⁸, y reproducidas por autores como MARTÍNEZ RODRÍGUEZ¹⁰⁹ O REY HUIDOBRO¹¹⁰ en sus obras.

En primer lugar, se requiere que la cantidad de sustancia no sea «en absoluto elevada», pues se trata de justificar su destino «al consumo del destinatario»¹¹¹. Así se pronuncia la STS 4090/2014, de 16 de octubre, al matizar que: «si bien es cierto que esta misma Sala [...] 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 (105 grs.), lo que no puede en modo alguno aceptarse, en el caso que nos ocupa, ya que ello supone facilitar el mantenimiento de la situación de consumidor del destinatario, existiendo, como existen, otras opciones o 3 alternativas terapéuticas tendentes, a medio o largo plazo, a la superación del trastorno por consumo abusivo de sustancias tóxicas de ilícito tráfico que el hijo de Antonio sufría»¹¹².

En segundo lugar, se atiende a la «finalidad de perseguir el alivio de la necesidad de consumo de quien recibe la droga». Así por ejemplo, el ATS 1152/2015, de 23 de julio, menciona: «la facilitación de la sustancia tóxica debe responder al propósito de aliviar el síndrome de abstinencia que sufre el donatario a causa de su adicción a la droga proporcionada»¹¹³, requisito al que otras sentencias se refieren como «finalidad altruista o compasiva»¹¹⁴. Con base en esta condición, se hace evidente que se requiera la inexistencia de contraprestación o remuneración al respecto. En este sentido, la STS 3654/2011, de 8 de junio, establece como condición la «gratuidad o ausencia de contraprestación», pues, como matiza, «se actúa en interés del toxicómano»¹¹⁵.

Seguidamente, la sentencia citada precisa «la vinculación de parentesco próximo entre donante y donatario». En este sentido, la STS 3654/2011, de 8 de junio, se refiere al «sujeto activo» como «familiar o allegado»¹¹⁶.

¹⁰⁸ STS 3446/2015, de 6 de julio, fto. jurídico 1º

¹⁰⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO.: El tráfico de drogas y la atipicidad... *op. cit.*, p. 49.

¹¹⁰ REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: El delito de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 85.

¹¹¹ STS 3446/2015, de 6 de julio, fto. jurídico 1º.

¹¹² STS 3446/2015, de 6 de julio, fto. jurídico 1º.

¹¹³ ATS 1152/2015, de 23 de Julio, fto. jurídico 1º.

¹¹⁴ STS 3654/2011, de 8 de junio, fto. jurídico 8º.

¹¹⁵ STS 3654/2011, de 8 de junio, fto. jurídico 8º.

¹¹⁶ STS 3654/2011, de 8 de junio, fto. jurídico 8º.

Para finalizar, el consumo debe realizarse «en exclusiva, por el propio receptor», evitando cualquier «riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada»¹¹⁷, suponiendo ello, según las mencionadas SSTs 4522/2004, de 28 de junio¹¹⁸ y 4841/1996, de 18 de septiembre¹¹⁹, que el consumo tenga lugar de manera inmediata.

III.4. Venta de cantidad insignificante

En cuarto lugar, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha venido comprendiendo que tampoco se incluye «en el tipo delictivo la acción de tráfico de drogas cuando por la mínima cantidad del estupefaciente transmitido, atendida la cantidad o la pureza no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública»¹²⁰. En este sentido, se expresa la STS 9361/2000, de 18 de diciembre, al recordar que: «esta Sala viene declarando que las cantidades insignificantes de droga, incapaces de producir efecto nocivo alguno para la salud carecen de antijuridicidad material por falta de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo»¹²¹.

No obstante, cabe advertir que la jurisprudencia se ha mostrado en ocasiones contradictoria¹²². En este sentido, avanza MONTERO LA RUBIA, que se observan dos tendencias contrapuestas¹²³:

De un lado, el TS ha emitido un conjunto de resoluciones cuya absolución se fundamenta en el «principio de insignificancia», decretando así «la atipicidad de las conductas de tráfico de cantidades mínimas de droga "cuando por dicha absoluta nimiedad

¹¹⁷ STS 4522/2004, de 28 de junio, fto. jurídico 1º. En los mismos términos el ATS 1152/2015 de TS, de 23 de julio, fto. jurídico 1º.

¹¹⁸ STS 4522/2004, de 28 de junio, fto. jurídico 1º: «en la Sentencia de esta Sala 84/1997, de 22 de enero se declara que el consumo se cierra en la persona del interno al que va destinada la papelina, que sería inmediato, sin que pueda afirmarse, por consiguiente, que exista peligro abstracto para la salud de indeterminados consumidores, no resultando afectada la salud pública, que es el bien especialmente protegido por esta figura delictiva».

¹¹⁹ STS 4841/1996, de 18 de septiembre, fto. jurídico 3º.

¹²⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO.: El tráfico de drogas y la atipicidad...*op. cit.*, p. 52.

¹²¹ STS 9361/2000, de 18 de diciembre, fto. jurídico 2º. En los mismos términos la STS 9063/2000, de 11 de diciembre, fto. jurídico 2º: «en este caso la cantidad de droga vendida -0'02 grs. de crack- es tan pequeña que en caso de ingesta carece de incidencia alguna para la salud de quien la toma, por lo que la acción aun siendo típica y por tanto formalmente antijurídica, carece de antijuridicidad material por inocua para poner en riesgo el bien jurídico de la salud humana»; y STS 1885/2002, de 15 de marzo, fto. jurídico 2º.

¹²² Ello debido, en particular, a la falta de concreción en cuanto a «qué drogas han de ser calificadas como drogas que causan grave daño a la salud y cuáles no», como señala MONTERO LA RUBIA, FRANCISCO JAVIER.: Delitos contra la salud pública...*op. cit.*, p. 21.

¹²³ MONTERO LA RUBIA, FRANCISCO JAVIER.: Delitos contra la salud pública...*op. cit.*, p. 19.

la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo (entre otras muchas cabe citar las Sentencias 527/98, de 15 de abril; 985/98, de 20 de julio; 789/99, de 14 de mayo; 1453/2001, de 16 de julio; 1081/2003, de 21 de julio; 14/2005, de 12 de enero; y 16/2007, de 16 de enero)¹²⁴. Siguiendo esta línea, resulta interesante destacar la STS 1128/2004, de 20 de febrero, que recaba una relación de sustancias y cantidades a las que ha aludido en ocasiones el TS para decretar dicha atipicidad. De este modo, «se pueden citar las SSTS siguientes (siempre referidas a cantidades netas de droga):

-12 de Septiembre de 1994: dos papelinas de 0'05 gramos de heroína y otra de 0'04.

-28 de Octubre de 1996: 0'06 gramos de heroína.

-22 de Enero de 1997: 0'02 gramos de heroína.

-11 de Diciembre de 2000: 0'02 gramos de crak.

-nº 1441/2000 de 22 de Septiembre: 0'03 gramos de heroína, más 0'1 de cocaína.

-nº 1889/2000 de 11 de Diciembre: 0'02 gramos de cocaína.

-9 de Julio 2001: 0'02 gramos de cocaína. -216/2002 de 11 de Mayo: 0'036 gramos de heroína.

-1572/2002 de 30 de Septiembre: 0'020 gramos de cocaína.

-1829/2002 de 31 de Octubre: 214 pastillas que contienen "trazos" de MDMA.

-nº 943/2003 de 25 de Junio: 0'06 gramos de heroína»¹²⁵.

No obstante, como expresa MAJÓN-CABEZA OLMEDA de conformidad con la STS 4162/2003, de 16 de junio, podrían darse circunstancias que generen «el peligro para la salud pública exigido en el delito»¹²⁶. En este sentido, la STS 2174/2009, de 16 de abril, matiza que: «esta Sala [...] no impide que a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos, se pueda inferir razonadamente que se sobrepasó los límites del principio de insignificancia. En tal sentido SSTS de 30 de junio de 2005, 10 de julio de 2002, 280/2007 de 27 de marzo ó 687/2007 de 17 de julio»¹²⁷. Asimismo, la STS 4162/2003, de 16 de junio, establece que: «el peligro para la salud que encierra el delito de tráfico de drogas se halla en función de la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de consumidores, y también en función de que tal sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud», entendiéndose que: «esta potencialidad dañina desaparece en

¹²⁴ STS 2174/2009, de 16 de abril, fto. jurídico 2º.

¹²⁵ STS 1128/2004, de 20 de febrero, fto. jurídico 2º.

¹²⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI.: Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces, ADPCP. VOL. LVI, 2003, p. 53.

¹²⁷ STS 2174/2009, de 16 de abril, fto. jurídico 2º.

los supuestos de cantidad insignificante, por lo que en tales casos la sustancia transmitida no debe considerarse droga tóxica y psicotrópica, ni cabe apreciar riesgo para la salud, sea el receptor adicto o consumidor nuevo, y debe estimarse que no concurre el tipo delictivo, y ello con independencia de que la sustancia se transmita gratuitamente o mediante precio»¹²⁸.

De otro lado, podemos hallar resoluciones en las que el acusado es condenado por transmitir cantidades mínimas de droga. De esta manera, la STS 4335/2003, de 21 de junio, establece que: «en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de lege ferenda, un "principio de insignificancia" que podría excluir la tipicidad [...]. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención»¹²⁹. En la misma línea, la STS 4/2004, de 2 de enero, declara que el bien jurídico protegido se ve suficientemente afectado en aquellos supuestos en los que la droga causa grave daño a la salud y, «es que si se dejase impune esta clase de actividades de venta al menudeo, sería tanto como dejar abierto el "grifo" a través del cual se decanta, en último término, la mayor parte del tráfico de estupefacientes. Entenderlo así (y así lo ha entendido cierta parte de la doctrina) supondría desnaturalizar una de las características esenciales de este tipo delictivo, cual es la existencia de un peligro abstracto en la actividad de tráfico»¹³⁰. Otras sentencias, como la STS 8364/2003, de 22 de diciembre, establecen requisitos para la absolución, siendo estos: «que la transmisión sea a título gratuito y no por precio u otra contraprestación, que el receptor sea una persona adicta, y que se garantice la exclusión de todo riesgo de difusión que pudiera propiciar que la droga pueda llegar a ser consumida por personas que, por sus especiales circunstancias de edad, enfermedad psíquica o somática, etc., pudieran resultar gravemente dañados en su salud, máxime teniendo en cuenta los efectos especialmente devastadores que la heroína provoca, siendo así que en el supuesto examinado no concurre ninguno de ellos. Por último, conviene advertir que la invocación del principio de insignificancia por sí mismo resulta inoperativo mientras no se determine científicamente la dosis mínima psicoactiva de un determinado estupefaciente»¹³¹

¹²⁸ STS 4162/2003, de 16 de junio, fto. jurídico único.

¹²⁹ STS 4335/2003, de 21 de junio, fto. jurídico 2º.

¹³⁰ STS 4/2004, de 2 de enero, fto. jurídico 3º.

¹³¹ STS 8364/2003, de 22 de diciembre, fto. jurídico 1º.

Ante tal controversia, el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Enero de 2003 decidió solicitar informe al Instituto Nacional de Toxicología «en orden a precisar la cuantía mínima de droga con valor de principio activo para armonizar, en su caso, la respuesta a dar en los casos de transmisión de mínimas cantidades de droga. En respuesta al escrito de esta Sala, el Instituto Nacional de Toxicología remitió informe [...], en concreto el 22 de Diciembre de 2003 determinando, con relación a las distintas drogas, la dosis mínima psicoactiva»¹³². No obstante, el informe no fue estimado en Sala General y se entregó a los Magistrados un resumen elaborado el Gabinete Técnico con el título: «cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas». Los datos en el expuestos tienen «el valor de simple referencia, susceptible de cuantas matizaciones pueda aconsejar el caso concreto [...] en el informe se establecen las siguientes dosis mínimas:

- heroína 0,66 miligramos
- cocaína 50 miligramos
- hachís 10 miligramos
- MDMA 20 miligramos»¹³³.

III.5. Donaciones o cesiones gratuitas

En quinto y último lugar, «el Tribunal Supremo ha aceptado en algunas ocasiones la idea de que la simple donación o invitación entre consumidores, “por solidaridad o cortesía”, sea atípica»¹³⁴. De este modo, se pronuncia la STS 6764/2003, de 31 de octubre, al mencionar que: «se excluyen del tipo determinados supuestos de donación a familiares o compañeros sentimentales drogadictos y casos de donación entre drogodependientes»¹³⁵. En este sentido, parte de la doctrina, en particular los autores MOLINA PÉREZ, ÁLVAREZ GARCÍA y DEL RÍO FERNÁNDEZ han optado por tratar la «donación» como supuesto de atipicidad independiente de los anteriormente expuestos. Por su parte, MOLINA PÉREZ defiende que: la donación supone a priori «una conducta sancionada en el artículo 368 del

¹³² STS 1128/2004, de 20 de febrero, fto. jurídico 2º.

¹³³ STS 1663/2003, de 5 de diciembre, cit. por MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI.: Venta de cantidades mínimas de droga: ... *op. cit.*, p. 63.

¹³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, p. 86.

¹³⁵ STS 6764/2003, de 31 de octubre, fto. jurídico único. En los mismos términos, la STS 6605/2003, de 27 de octubre, fto. jurídico único.

Código Penal [...], puesto que supone la traslación de la propiedad de la droga a un tercero. Ahora bien, [...] habría que distinguir, atendiendo a razones sociales y humanitarias, los distintos tipos de donaciones que existen en el campo del derecho y, por otro lado, la diversa relevancia jurídico penal entre la entrega de droga [...] para consumo colectivo, y las donaciones de pequeñas cantidades que se realizan entre consumidores habituales unidos por la amistad, y que se realizan o bien para evitar crisis de abstinencia o bien para lograr un futuro suministro ante el supuesto de que el donante carezca de la droga», concluyendo que «si el consumo es conducta impune en nuestro ordenamiento jurídico, por el principio de accesoriadad, la donación también debería ser impune, puesto que lo es el hecho principal». De modo que, siguiendo su razonamiento, únicamente «cuando la donación tenga lugar por otras razones [...] nos encontraríamos ante un ilícito penal»¹³⁶. En esta línea, menciona ÁLVAREZ GARCÍA que «muchos de los casos en que la jurisprudencia ha condenado las invitaciones, [...] nos encontrábamos ante ventas mal probadas, suministro de droga a menores (donde la *ratio* de la sanción es otra) o supuestos en los que la invitación es un medio para el abuso sexual del receptor de la invitación»¹³⁷, considerando que, en todo caso, la donación como tal es una conducta «socialmente adecuada por su evidente falta de lesividad a la salud pública»¹³⁸. Asimismo, DEL RÍO FERNÁNDEZ esclarece que: «se vienen extrayendo del campo penal la entrega de drogas en cantidades reducidas, que no sobrepasan los niveles exigidos por un consumo inmediato bien de forma compartida o en el marco de una relación interpersonal o de ordinaria convivencia, siempre que falte constancia de contraprestación remuneratoria», ya que «en estos casos queda descartada la posibilidad de una difusión de la droga o de peligro para un número indeterminado de personas, y desde la perspectiva de la antijuridicidad no aparece elemento tendencial o finalista, ni están presentes la nota de culpabilidad y el reproche social que la transmisión de drogas, como todo acto de fomento, merece»¹³⁹.

¹³⁶ MOLINA PÉREZ, TERESA.: “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, Anuario jurídico y económico Escorialense, XXXVIII, Madrid, 2005, p. 105. En este sentido, se pronuncia el TS en su STS 4125/2003, de 13 de junio, fto. jurídico 1º: «las donaciones constituyen, en principio, una conducta típicamente prevista en el artículo 368 C.P., y por ello la falta de punibilidad de la misma tiene que referirse a supuestos mínimos y aplicarse de forma excepcional y restrictiva, justificándose cuando se pretende únicamente mitigar momentáneamente los sufrimientos propios del estado referido mediante la entrega de cantidades mínimas de droga, para su consumo inmediato y sin riesgo de difusión».

¹³⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, pp. 89 y 90.

¹³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: *Ibid.*, p. 86. En los mismos términos, REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: El delito de tráfico de drogas... *op. cit.*, p. 93.

¹³⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO.: El tráfico de drogas y la atipicidad... *op. cit.*, p. 163.

En cuanto a la posición jurisprudencial, «la línea más represiva, [...] reitera empecinadamente que “la invitación gratuita al consumo sigue siendo delictiva” salvo en los específicos casos de donación compasiva, autoconsumo compartido, etc»¹⁴⁰. En esta línea, podemos señalar la STS 3199/1990, de 9 de abril, en la que el TS cita que: «la donación constituye una actividad de tráfico incardinable en el artículo 344 del Código Penal, aún después de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio»¹⁴¹. En los mismos términos, la STS 9993/1990, de 9 de abril: «tanto antes como después de la reforma del Código operada en 1983, se vino estimando que la «donación» se hallaba incluida en las previsiones del tipo penal»¹⁴².

En otro sentido, encontramos «supuestos de donación en los que según la Sala Segunda del TS no se cumple la adecuación al tipo penal»¹⁴³. Ejemplo de ello es la STS 15688/1993, de 25 de marzo, en la que se defiende que: «una cosa es que la donación como acto de difusión de la droga, con el ánimo de promocionar, favorecer o facilitar su consumo, constituya una acción subsumible en el tipo del art. 344 y otro que el drogadicto que posee o adquiere una pequeña cantidad de droga para su propio uso haga partícipe de ella o la comparta de un modo ocasional y en el momento de su consumo, ya por solidaridad ya por cortesía, con otros consumidores como él, pertenecientes a un reducido círculo íntimo o marginal. No hay en tal comportamiento un verdadero ánimo de promocionar o favorecer el consumo, y sólo en una estricta interpretación literal, desconectada del telos de la Ley, puede hablarse de "facilitación»¹⁴⁴. Asimismo, la STS 4121/1994, 27 de mayo, menciona: «fundamento de estas sentencias ha sido, expresado de una u otra manera, que cuando la entrega de la droga no supera la de una dosis que se consume por otro en el momento, dentro de un lugar cerrado, sin que el autor tenga en su poder mayor cantidad de droga, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido por el art. 344 CP. Importante es destacar que los precedentes citados no se han llegado a pronunciar sobre si estos hechos deben quedar totalmente impunes, pues en relación a ellos, de todos modos, cabría todavía discutir, si el peligro generado para la salud individual podría ser considerado como un delito de lesiones»¹⁴⁵. En el mismo sentido, la

¹⁴⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op, cit.*, p. 89.

¹⁴¹ STS 3199/1990, de 9 de abril, fto. jurídico 3º.

¹⁴² STS 9993/1990, de 9 de abril, fto. jurídico 7º. En los mismos términos, la STS 14986/1990, de 9 de abril, fto. jurídico 7º.

¹⁴³ REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: El delito de tráfico de drogas... *op, cit.*, p. 93.

¹⁴⁴ STS 15688/1993, de 25 de marzo, fto. jurídico 3º.

¹⁴⁵ STS 4121/1994, de 27 de mayo, fto. jurídico único.

STS 9654/1994, de 27 de mayo: «se deduce que se debe excluir la no tipicidad en aquellos casos en los que no exista el peligro que caracteriza la acción de estos delitos por lo que faltará el sustrato de antijuricidad del acto, y ello es lo que ocurre cuando se demuestra no existir posibilidad de facilitación o promoción del consumo por personas indeterminadas, y la entrega de drogas se realiza sólo a una persona concreta que ya es consumidora inveterada de las mismas y con un propósito de evitarle los sufrimientos y angustiosa situación generados por el síndrome de abstinencia, lo que excluye también de la conducta del agente el necesario elemento de culpabilidad para su sanción, siempre que como ya viene exigiendo la doctrina de esta Sala, para descartar cualquier posibilidad de difusión pública de la droga, se constate que la entrega se hace sin exigir contraprestación alguna y el consumidor la tome voluntariamente en presencia del suministrador y de forma inmediata (Sentencias de 2 de noviembre y 18 de diciembre de 1992, 22 de febrero, 25 de marzo. 3 y 7 de junio y 2 de julio de 1993)»¹⁴⁶.

En definitiva, podemos advertir la inexistencia de un criterio uniforme dada la variedad de razonamientos esgrimidos en los diversos pronunciamientos. No obstante, podemos señalar sentencias como la STS 4712/1994, de 17 de junio, que trata de establecer requisitos para el supuesto presente. Siguiendo la misma, sería «atípica la acción en la que se den las siguientes circunstancias:

a) Que esté descartada la difusión de la droga entre el público, lo que ocurrirá si la acción se realiza en un recinto cerrado.

b) Inexistencia de contraprestación.

c) Consumo a [sic] presencia de quien, a la vez que es consumidor, la entrega. En tales condiciones, al descartarse la posibilidad del peligro abstracto ínsita en el tipo contra la salud pública, desaparece la tipicidad de la acción»¹⁴⁷, o autores como ÁLVAREZ GARCÍA quien publica una relación más detallada: «las sentencias citadas someten la atipicidad de estos supuestos a los siguientes requisitos:

- cantidad mínima: se trata de una invitación a un acto de consumo.
- carácter esporádico (si fuese constante en el tiempo, nos hallaríamos ante un caso de suministro establece de droga [...]).
- que el invitado sea determinado (pues así, “ni existe difusión de la droga en estrictos términos penales ni, en consecuencia, riesgo o peligro para la salud”).

¹⁴⁶ STS 9654/1994, de 27 de mayo, fto. jurídico único.

¹⁴⁷ STS 4712/1994, de 17 de junio, fto. jurídico 2º. En este sentido la STS 305/1997, de 22 de enero, fto. jurídico 2º: «la donación a un drogadicto para su solo consumo y dentro de un círculo cerrado no conlleva atentado al bien jurídico protegido -la salud pública- y es por lo tanto atípica».

- que el invitado sea adicto a dicha droga (o consumidor de ella).
- la gratuidad de la transmisión. Con este requisito, la Jurisprudencia busca acreditar que no nos hallemos ante un suministrador integrado en una red de distribución (con otras palabras: el precio sería un indicio de que la conducta no tiene lugar entre consumidores sino en una relación entre distribuidor y consumidor).
- se quiere también que se trate de un acto de consumo común; esto significa no sólo que el consumo haya sido a [sic] presencia del que realiza la invitación, sino que, siendo el donante “a la vez consumidor”, ello dota al acto de un significado socialmente aceptado (“ofrecer” al consumir) que lo distingue con claridad de un acto de tráfico»¹⁴⁸.

¹⁴⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: ...*op. cit.*, pp. 87 y 88.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, el estudio de los supuestos de atipicidad relativos al delito de tráfico de drogas, previo análisis del bien jurídico protegido por la regulación del mismo, nos permite concluir que, con independencia de las particularidades expuestas para cada una, las conductas analizadas coinciden en que se desarrollan mayoritariamente entre consumidores, siendo siempre el destinatario final de la acción una persona ya iniciada o determinada al consumo.

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido «salud pública», esto opera como factor determinante, puesto que se considera que dichas conductas no conllevan riesgo de lesión para el bien. Ello se debe a que, la persona que recibe la droga es, en la mayor parte de los casos, un consumidor, por lo que no se aprecia la existencia de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas hacia terceras personas¹⁴⁹. No obstante, la jurisprudencia nos advierte de que la atipicidad debe ser apreciada con suma cautela, atendiendo a las circunstancias específicas de cada supuesto¹⁵⁰.

El interés principal de nuestro trabajo ha sido la elaboración de un pequeño estudio de todas aquellas condiciones cuya concurrencia se exige para la apreciación de cada uno de estos supuestos de atipicidad - autoconsumo, consumo compartido, transmisiones a título gratuito entre familiares o allegados, ventas de cantidad insignificante y donaciones o cesiones gratuitas -, así como de la «salud pública». En esta línea, el propósito ha sido obtener, de tal estudio, el conocimiento suficiente que nos permita concluir si la existencia de dichos supuestos es coherente con la protección que se reivindica de «la salud pública».

De este modo, tras el análisis de los documentos recopilados, podemos advertir la inseguridad jurídica que rodea y caracteriza al delito de tráfico de drogas en sí mismo. Tanto la falta de unanimidad por parte de la doctrina, en cuanto a los requisitos a exigir para cada supuesto, como la no vinculación de dichos parámetros expuestos por el TS en sus pronunciamientos, genera finalmente que cada caso sea remitido a la última palabra del Tribunal, ofreciéndose como única solución que «el legislador regulase estos supuestos o

¹⁴⁹ STS 2329/2014, de 10 de junio, fto. Jurídico 1º: «Este Tribunal [...] en ocasiones ha afirmado que deben quedar excluidas de la punición por este delito contra la salud pública aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice el comportamiento típico, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido».

¹⁵⁰ GRANADOS PÉREZ, CARLOS.: ...*op. cit.*, pp. 61 y 65.

el reconocimiento del principio de oportunidad reglada en todo los casos de atipicidad que estudiábamos»¹⁵¹.

¹⁵¹ MONTERO LA RUBIA, FRANCISCO JAVIER.: Delitos contra la salud pública...*op. cit.*, p. 24.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER.: *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, CRISTINA ANA.: *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO.: *Las drogas y su legislación en España*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, País Vasco, 1973.
- BOIX REIG, JAVIER.: *Derecho penal. Parte especial, Vol III*, Iustel, Madrid, 2012.
- DOVAL PAIS; ANTONIO.: *Delitos de fraude alimentario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- GRANADOS PÉREZ, CARLOS.: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas*, La Ley, Madrid, 2007.
- HERRERO ÁLVAREZ, SERGIO.: *Tratamiento legal de la mdma y otras drogas psicoestimulantes en el nuevo código penal español de 1995, capítulo del libro extasis (mdma): un abordaje comprehensivo*, Obra colectiva, Masson, Barcelona, 2015.
- JOSHI JUBERT, UJALA.: *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999.
- MAGRO SERVENT, VICENTE.: *Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública. Especial referencia a los delitos al tráfico de drogas y su casuística. Todas las dudas y respuestas*, La Ley, Madrid, 2004.
- MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA.: *Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas*, La Ley nº 4624/1998, Madrid, 1998.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI.: “*Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)proporción de menores e incapaces*”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, 2003,

- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI.: *Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces*, ADPCP. VOL. LVI, Madrid, 2003.
- MOLINA PÉREZ, TERESA.: “*El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas*”, Anuario jurídico y económico Escorialense, XXXVIII, Madrid, 2005.
- MORANT VIDAL, JESÚS.: *El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar*, Sedaví, Valencia, 2005.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2002.
- NUÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL/ GUILLÉN LÓPEZ, GERMÁN.: “*Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal*”, Revista penal Nº 22, Madrid, 2008.
- PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO.: *Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación: análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*, Praxis, Barcelona, 1991.
- REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: *El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [Arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]*, en Comentarios a la legislación penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (Tráfico ilegal de drogas), Revista de derecho privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.
- REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO.: *El delito de tráfico de estupefacientes: su inserción en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, 1987.
- RÍO FERNÁNDEZ, LORENZO JESÚS DEL.: “*Tráfico de drogas y adecuación social: supuestos de atipicidad en el artículo 344 del Código Penal*”, Revista general de derecho, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS.: *Fraudes alimenticios contrarios a la salud pública. Temas de derecho penal*, Madrid, 1977.

ROMERAL MORALEDA, ANTONIO.: *Tráfico y consumo de drogas: aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993.

SOTO NIETO, FRANCISCO.: *El delito de tráfico ilegal de drogas: su relación con el delito de contrabando*, Trivium, Madrid, 1989.

VI. JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo

Año 1973.

STS 1171/1973, de 25 de junio.

Año 1977.

STS 1232/1977, de 15 de marzo.

Año 1990.

STS 3199/1990, de 9 de abril.

STS 9993/1990, de 9 de abril.

STS 14986/1990, de 9 de abril.

Año 1991.

STS 158/1991, de 9 de diciembre.

Año 1993.

STS 1863/1993, de 29 de mayo.

STS 3498/1993, de 29 de mayo.

STS 3499/1993, de 29 de mayo.

STS 12171/1993, de 29 de mayo.

STS 15688/1993, de 25 de marzo.

STS 16459/1993, de 29 de mayo.

Año 1994.

STS 759/1994, de 11 de febrero.

STS 4121/1994, 27 de mayo.

STS 4712/1994, de 17 de junio.

STS 6554/1994, de 14 de octubre.

STS 8400/1994, de 5 de noviembre.

STS 9654/1994, de 27 de mayo.

STS 10694/1994, de 11 de febrero.
STS 13742/1994, de 14 de octubre.
STS 21051/1994, de 14 de octubre.
STS 21917/1994, de 11 de febrero.

Año 1995.

STS 3537/1995, de 27 de abril.

Año 1996.

STS 4841/1996, de 18 de septiembre.
STS 625/1996, de 25 de enero.

Año 1997.

STS 305/1997, de 22 de enero.
STS 775/1997, de 31 de mayo.
STS 1232/1977, de 15 de marzo.
STS 4300/1997, de 31 de mayo.

Año 1998.

STS 2678/1998, de 6 de abril.

Año 1999.

STS 6731/1999, de 27 de octubre.

Año 2000.

STS 9063/2000, de 11 de diciembre.

Año 2003.

STS 1102/2003, de 23 de julio.
STS 1663/2003, de 5 de diciembre.
STS 4125/2003, de 13 de junio.
STS 4162/2003, de 16 de junio.
STS 4335/2003, de 21 de junio.
STS 6605/2003, de 27 de octubre.

STS 6764/2003, de 31 de octubre.
STS 8364/2003, de 22 de diciembre.

Año 2004.

STS 4/2004, de 2 de enero.
STS 1128/2004, de 20 de febrero.
STS 3127/2004, de 10 de mayo.
STS 3843/2004, de 3 de junio.
STS 4522/2004, de 28 de junio.

Año 2005.

STS 326/2005, de 14 de marzo.
STS 326/2005, de 15 de marzo.

Año 2008.

STS 6795/2008, de 16 de diciembre.

Año 2009.

STS 2174/2009, de 16 de abril.

Año 2011.

STS 2164/2011, de 20 de abril.
STS 3654/2011, de 8 de junio.

Año 2012.

STS 396/2012, de 25 de mayo.
STS 1625/2012, de 14 de marzo.
STS 3746/2012, de 25 mayo.
STS 4572/2012, de 12 de junio.
STS 8742/2012, de 28 de diciembre.
STS 8742/2012, de 18 de diciembre.

Año 2013.

STS 2250/2013, de 26 de marzo.

STS 3393/2013, de 25 de junio.
STS 5455/2013, de 4 de noviembre.

Año 2014.

STS 2329/2014, de 10 de junio.
STS 2367/2014, de 3 de junio.
STS 5529/2014, de 23 de diciembre.

Año 2015.

STS 2595/2015, de 10 de junio.
STS 3446/2015, de 6 de julio.
STS 3981/2015, de 7 de septiembre.
STS 3981/2015, de 18 de diciembre.
STS 4053/2015, de 30 de septiembre.
STS 4902/2015, de 5 de octubre.
STS 5435/2015, de 6 de diciembre.
STS 5435/2015, de 9 de diciembre.
STS 5435/2015, de 9 de diciembre.
STS 5631/2015, de 16 de diciembre.
STS 5750/2015, 1 de diciembre.

Año 2016

STS 192/2016, de 2 de febrero.
STS 286/2016, de 2 de febrero.

- Audiencia Provincial

SAP Z 1880/2015, de 22 de septiembre.
SAP Z 2182/2015, de 6 de noviembre.