

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2023/2024
Convocatoria: Julio

**Alcance del Delito de Tráfico de Drogas: Bien Jurídico Protegido,
Concepto de Droga, y Conductas Atípicas**

**Extent of the Drug Trafficking Offence: Legal Interest Protected, Concept of
Drug, and Non-criminal Behaviours**



Realizado por la alumna D. Irene María Albelo Ledesma

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal



ABSTRACT

The article 368 CP punishes a series of behaviours related to drug production and trafficking. There are doctrinal and jurisprudential discussions regarding the legal interest protected, what is considered drug and the non-criminal behaviours.

The Public Health is the protected legal interest and is understood as a level of general well-being. Moreover, toxic drugs, narcotics and psychotropics substances are the material object of the crime and are set according to the International Conventions signed by Spain.

Article 368 Cp covers a wide range of behaviours, which has led to the jurisprudential creation of a series of scenarios considered atypical, non-criminal. These include self-consumption, shared consumption, compassionate donations and the sale of insignificant quantities. These exceptions are justified by its insignificance, the lack of harm to Public Health and the absence of the intention to traffic.

Key Words: Drug Trafficking, Public Health, non-criminality, Self-consumption, Shared Consumption, Donations to consumers.

RESUMEN

El art. 368 del Código Penal castiga una serie de conductas relacionadas con la producción y tráfico de drogas. Existen discusiones tanto doctrinales como jurisprudenciales en cuanto al bien jurídico protegido, el concepto de droga y las conductas atípicas.

La Salud Pública, entendida como un nivel de bienestar general, es el bien jurídico protegido, y servirá para delimitar las conductas castigadas. Por su parte, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas son el objeto material del delito y se van configurando en función de los Convenios Internacionales firmados por España.

El art. 368 CP abarca un amplio rango de conductas, lo que ha llevado a la jurisprudencia a crear una serie de supuestos que se considerarán atípicos.

Estas incluyen el autoconsumo, el consumo compartido, las donaciones compasivas a consumidores para evitar un sufrimiento, y la venta de cantidades ínfimas. Estas excepciones se justifican en la medida en que dichas conductas no tienen transcendencia supraindividual, no afectan a la Salud Pública y en la ausencia de ánimo de traficar.

Palabras clave: Tráfico de Drogas, Salud Pública, Atipicidad, Autoconsumo, Consumo compartido, Donaciones a Consumidores.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	3
I. Evolución histórica del bien jurídico protegido.....	3
II. La salud pública	4
2. OBJETO MATERIAL DEL DELITO: CONCEPTO DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.....	9
3. EL TIPO OBJETIVO Y LA NECESIDAD DE LOS SUPUESTOS DE ATIPICIDAD	15
I. El autoconsumo	19
II. El consumo compartido	23
II.1 Compra compartida con fondo común, el servidor de la posesión	24
II.2 Invitación a sujeto determinado en el momento del consumo	28
II.3 posesión y consumo compartido entre convivientes	30
III. Donaciones altruistas o compasivas.....	31
IV. Ventas de cantidades insignificantes.....	38
CONCLUSIONES.	42
BIBLIOGRAFÍA.....	44
ANEXO 1: ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	46

INTRODUCCIÓN

El panorama actual del tráfico de drogas está marcado por intensos debates, tanto en el plano jurídico como político-social. La regulación, fiscalización y penalización de las drogas ha sido desarrollada por una política criminal internacionalizada, dictada por las Naciones Unidas en clave represiva. El delito de tráfico de drogas se encuentra recogido en el artículo 368 del Código Penal y castiga un extenso abanico de conductas relacionadas con las drogas, con pena de prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al duplo del valor de la droga objeto del delito si no causa grave daño a la salud, y pena de prisión de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo si causa grave daño a la salud. Especial importancia cobra este delito si tenemos en cuenta que, de acuerdo con los últimos datos proporcionados por el CGPJ, el 16,2 % de la Población Reclusa se encuentra cumpliendo pena por delito contra la Salud Pública, siendo la segunda tipología delictiva más presente en las cárceles, solo después de los delitos contra el Patrimonio¹.

La salud pública se configura como el núcleo central del delito y el bien jurídico que se afecta con el tráfico de drogas. Sin embargo, ni hay una definición clara de salud pública ni un consenso sobre lo que es droga. Esta ambigüedad y convivencia entre drogas legales –pero que afectan a la salud pública– y drogas ilegales –que en algunos casos producen menos daño– complica la aplicación del artículo. Además, las conductas descritas en el tipo tampoco son precisas, pues se ha optado por no penalizar el autoconsumo, pero sí prácticamente cualquier otra conducta relacionada con la droga.

Debido a la excesiva amplitud del artículo 368 CP, la jurisprudencia se ha visto obligada a delimitar una serie de conductas que, aunque con distintos fundamentos, pueden ser consideradas atípicas. Conductas que lejos de encontrarse en el marco del crimen organizado o tendentes a favorecer el tráfico, se presentan más bien como acciones individuales y concretas que no llegan a afectar a la salud pública.

¹ Estadística penitenciaria. Diciembre 2023. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/>



Sobre esta materia es posible encontrar una abundante y compleja jurisprudencia, muchas veces contradictoria. Los Tribunales han tenido que enfrentar la difícil tarea de interpretar el artículo 368 del Código Penal; sin embargo, en ocasiones se ha llegado a aplicar de manera mecánica requisitos de construcción jurisprudencial como si fueran verdaderos requisitos del tipo.

A lo largo de este trabajo analizaremos todas estas cuestiones y profundizaremos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Abordaremos en primer lugar el concepto de Salud Pública como bien jurídico protegido, seguido del concepto de droga, y por último, nos adentraremos en las conductas propiamente atípicas.



1. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido de un delito refleja el interés o intereses que el Estado pretende proteger a la hora de tipificar una acción como delictiva. Es por eso que para comprender el alcance y motivo por el que se castiga el tráfico de drogas, debemos identificar y conocer las características concretas del bien jurídico protegido. Nos adentraremos brevemente en la historia de la salud pública como bien penalmente relevante y posteriormente analizaremos las características y las cuestiones discutidas por la doctrina.

I. Evolución histórica del bien jurídico protegido

La problemática de las drogas se remonta a los principios de la historia documentada. Las tradiciones mágicas y el ocio que rodeaban el consumo de sustancias estupefacientes en España comienzan a criminalizarse con la llegada de los visigodos y el deseo católico de terminar con las costumbres paganas. En varias leyes del *Liber Judiciorum* se persigue el suministro y consumo de determinadas especies, sin embargo, eran prohibidas más por sus relaciones con ceremonias místicas que por nocivas a la salud².

En la Edad Moderna, con la llegada de nuevas drogas desde América, se pueden recopilar distintas disposiciones en relación con la salud, como la “Ley del Servicio de la Coca y Añir” de 18 de octubre de 1569 y la Ley de 11 de junio de 1573 llamada “Ordenanza de la Coca”³, y en especial, la disposición de Fernando VI dictada en Aranjuez el 30 de junio de 1757, en la que aparece de manera explícita por primera vez en España la salud pública como bien jurídico⁴. Sin embargo, hasta la Edad Contemporánea no comienzan a castigarse estos actos como contrarios a la salud pública en general, y no solo por aspectos religiosos o los efectos concretos que pudieran causar en la salud a nivel individual. Los juristas comenzaron a preocuparse por un bien hasta entonces desconocido, y FILANGERI, G., en *Scienza della*

² BELTRÁN BALLESTER, E., “Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas”, pp. 16 a 17.

³ BREAU GARCÍA, A., *El delito farmacológico y su objeto material*, p. 21.

⁴ BELTRÁN BALLESTER, E., “Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas”, p. 29.



Legislazione estructuró una nueva categoría de delito que afectaba el bienestar general en lugar de la integridad individual⁵. La Salud Pública colectiva como objeto de protección del Derecho Penal diferenciado de la propia e individual de cada sujeto surge a partir del desarrollo de una conciencia social, que valora la necesidad de disfrutar de unas condiciones mínimas de salubridad e higiene. Estas condiciones garantizan ciertos mínimos para la vida de cada persona y aumentan el grado de bienestar del colectivo humano⁶.

La sistematización de los delitos relativos a la salud pública se inició con el Plan de Código Criminal de 1787, que enumera en la Parte I del Título V los delitos contra la salud pública. Esta tendencia se conservará en el Código Penal de 1822 y en el de 1848, sirviendo de prototipo para los demás⁷.

II. La salud pública

La doctrina es pacífica al entender que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la Salud Pública, pues se encuentran ubicado en el Capítulo III del Título XVII del Código Penal bajo la rúbrica del mismo nombre, “delitos contra la salud pública”. La salud se consagra como derecho por primera vez en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948⁸, y tiene respaldo Constitucional en el art. 43.1 de la Constitución Española, que “reconoce el derecho a la protección de la salud” y encomienda a “los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”⁹.

La noción de salud –sea pública o privada–, puede entenderse desde un punto de vista negativo como la ausencia de enfermedades, y desde un punto de vista positivo como la adecuación del sujeto a su entorno y una situación de bienestar, que puede

⁵ BELTRÁN BALLESTER, E., “Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas”, p. 39.

⁶ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, p. 19.

⁷ BREAU GARCÍA, A., *El delito farmacológico y su objeto material*, p. 25.

⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A, del 10 de diciembre de 1948.

⁹ Constitución Española. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978, en su artículo 43.1.



venir referida tanto al orden físico como psíquico¹⁰. Por tanto, la salud pública se independiza de la individual como un ente abstracto que proyecta su protección sobre el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud¹¹.

A pesar del relativo consenso en torno a la consideración de la Salud Pública como bien jurídico protegido, existen ciertas discrepancias. Por un lado, debido a la regulación actual, en la que confluyen drogas que se consideran legales (alcohol, tabaco) con otras ilegales, hay autores que consideran que lo que se está protegiendo, al menos de modo parcial, es el orden moral y cultural¹². Por otro lado, también se ha sostenido que el delito de tráfico de drogas supone un ataque a la libertad del consumidor; o que el bien jurídico afectado es el derecho del Estado a intervenir en los actos de producción y tráfico, si bien eso supondría convertir un interés administrativo del Estado en un bien jurídico de carácter penal¹³. Sin embargo, las razones metajurídicas o el interés dominante por el que se ha decidido penalizar el tráfico de drogas no deben confundirse con el bien jurídico protegido. Una cosa son las razones que condujeron al prohibicionismo como opción política, y otra distinta es la selección que el legislador ha hecho del bien jurídico “Salud Pública” como criterio para delimitar el delito¹⁴.

Aunque se considere de manera general que la Salud Pública es el bien jurídico protegido, surgen problemas en cuanto a la interpretación y contenido que cada uno de los autores otorga a la misma y, en consecuencia, los supuestos en los cuales se produce su puesta en peligro o lesión¹⁵. Existen dos posturas doctrinales principales, una que considera que la salud pública es un bien autónomo y supraindividual y otra que niega esa autonomía y entiende que la salud pública es la suma de saludes individuales.

¹⁰ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, pp. 128 a 129.

¹¹ SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)*, pp. 54 a 55.

¹² DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, p. 378.

¹³ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, pp. 34 a 35.

¹⁴ MAJÓN CABEZA-OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de drogas: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, p. 100.

¹⁵ CASANUEVA SANZ, I., “El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual”, p. 4.

Entre los autores que defienden el carácter autónomo de la salud pública se encuentra MUÑOZ CONDE, F., según el cual “frente al concepto de salud individual, la noción de salud pública subraya la dimensión social del bien jurídico protegido en estos tipos, que va más allá de la mera suma de saludes individuales y se configura como un conjunto de condiciones que pueden afectar el bienestar de las personas¹⁶”. Lo que se busca no es preservar la salud individual, la cual se encuentra protegida en otros capítulos del Código Penal, sino que con la tipificación del delito de tráfico de drogas lo que se quiere evitar es la creación de riesgos añadidos que puedan afectar al nivel de salud general de un país.¹⁷

El hecho de entender la salud pública como algo ajeno e independiente de la salud individual supone que no será necesario que se produzca una afección en la salud de una persona concreta para que la acción resulte típica, y abre la posibilidad de aplicar un concurso de delitos si la acción lesiona tanto la salud individual como la pública. Por otra parte, si la conducta únicamente afecta a la salud individual, habiendo excluido ex ante cualquier riesgo para la salud pública, entonces no deberá aplicarse el delito de tráfico de drogas; a lo sumo los tipos relativos a la protección de la salud individual¹⁸. La crítica que se le realiza a esta interpretación es que al tratarse de un delito de peligro abstracto no es necesario identificar a los terceros, y la salud pública queda afectada de manera casi automática al realizar alguna de las conductas descritas en el artículo, lo que supone una extensión desmesurada del tipo¹⁹.

Otra parte de la doctrina ha planteado la protección de la salud en estos delitos tanto a nivel colectivo como individual. Entienden que la salud pública no es un ente totalmente autónomo o ficticio, sino que es la suma de saludes individuales, por eso, en opinión de MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “para decir que la salud pública ha sido afectada, es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deban

¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 663.

¹⁷ SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)*, p. 66.

¹⁸ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, pp. 34 a 35.

¹⁹ SAYAS SIMÓN, S., *Alcance del Bien jurídico penal en el delito de tráfico de drogas: una alternativa político- criminal despenalizadora*, pp. 57 a 63.



determinarse esas personas”²⁰. Dada la abstracción del concepto de “salud pública”, si lo consideramos como algo autónomo no estaría desempeñando la función propia del bien jurídico penal, la delimitación de los contornos de la tipicidad. Por ello, entienden que el riesgo para la salud pública solo existe si se puede afirmar un potencial daño para la salud individual, si bien no tienen que ponerla en peligro de manera inmediata o directa, sí tienen que, al menos, ponerla en peligro de manera mediata²¹.

En la jurisprudencia tampoco existe una línea de pensamiento unitaria, encontrándonos con las mismas dos variantes:

Una corriente concibe al bien jurídico penal salud pública como la suma de bienestar físico y psíquico de cada uno de los individuos que integran la colectividad, de manera que la afección a la salud individual conforma la de la colectividad. Si una sustancia es incapaz de menoscabar la salud individual de un sujeto determinado no podrá poner en peligro la salud colectiva de un número indeterminado de sujetos. En este sentido, la STS 358/2003, de 16 de junio, señala 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 salud²²”. Así mismo la STS 890/2014, de 23 de diciembre, reconoce que “Es doctrina de esta Sala que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquiriente (consumidor o drogodependiente), como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, aunque no se puede dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud, conforma la de la colectividad²³”. Esta línea interpretativa entiende que, dada la amplitud del tipo penal del art. 368 del CP y la aplicación de penas tan graves, la interpretación de los términos empleados por el legislador para definir las conductas típicas ha de adecuarse

²⁰ MAJÓN-CABEZA OLMEDA A., “Venta de cantidades mínimas de drogas: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, p. 95.

²¹ SAYAS SIMÓN, S., Alcance del Bien jurídico penal en el delito de tráfico de drogas: una alternativa político- criminal despenalizadora, p. 72.

²² STS 358/2003, de 16 de junio de 2003, FJ 1.

²³ STS 890/2014 de 23 de diciembre de 2014, FJ 1.

a las exigencias de la protección del bien jurídico penal salud pública, buscando para ello interpretaciones restrictivas del tipo.

Por su parte, la otra línea jurisprudencial considera que la salud pública es autónoma y que el consumo ilegal de determinadas sustancias psicoactivas es negativo para la indemnidad de la salud pública. Acordando, sin más, su prohibición con independencia de que se ponga en peligro la salud individual. En este sentido, la STS 294/2004, de 10 de marzo de 2004, declara que “en la medida de que este delito no es un delito contra la salud individual... carece de trascendencia respecto de la tipicidad de la conducta si la dosis individual hubiera podido ser típica... se trata de un delito que reprime el tráfico de drogas y estupefacientes como tal, sin atender al posible efecto individual”²⁴. Así mismo, la STS 861/2007, de 24 de octubre, entiende que el delito quedaría consumado cuando se realice alguna de las conductas típicas establecidas por el legislador, sin que sea necesario que la sustancia estupefaciente objeto del tráfico haya llegado a poder del consumidor ni que su consumo haya ocasionado concretos resultados perjudiciales para la salud²⁵.

Estas dos líneas jurisprudenciales enfrentadas, la primera que busca restringir el tipo y la segunda que realiza una interpretación amplia de la salud pública, serán una constante a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tráfico de drogas. El bien jurídico protegido cobrará especial importancia cuando analicemos las conductas atípicas del delito de tráfico de drogas, pues ante un tipo que, como veremos, incluye un amplio abanico de supuestos, lo relevante será comprobar si dichas conductas afectan realmente a la salud pública o no. Independientemente de si la salud pública se considera un bien autónomo o la suma de saludes individuales, y de las implicaciones de asumir una postura u otra, de acuerdo con DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., para que una conducta lesione la salud pública, debe contemplar una vertiente social o “comunitaria”, es decir: un aspecto de lesividad supraindividual²⁶. Son muchas las

²⁴ STS 294/2004, de 10 de marzo de 2004, FJ. 1. Así mismo, la STS, de 24 de abril de 2006, FJ 1. determina 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 STS 861/2007, de 24 de octubre de 2007, FJ. 10.

²⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad, pp. 18 a 19.



conductas que carecen de esta dimensión supraindividual y que, por tanto, no deberían ser penalmente castigadas, pues el bien jurídico protegido es el que debe establecer los límites de las conductas que han de sancionarse.

2. OBJETO MATERIAL DEL DELITO: CONCEPTO DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.

Antes de las políticas represivas en materia de drogas, la definición admitida por la comunidad científica era la griega clásica. Droga era equivalente a *Phármakon*, que significaba remedio y tóxico. Es decir, una misma sustancia que podía actuar sobre el organismo humano como tóxico también podía hacerlo de modo terapéutico. Hay que tener presente que cualquier droga puede constituir un potencial veneno y un potencial remedio, el hecho de que sea nociva o benéfica va a depender de: (1) la dosis; (2) la ocasión para la que se emplea; (3) la pureza; y (4) de las condiciones de acceso a ese producto y pautas culturales de uso. Esta última apreciación, a pesar de ser extrafarmacológica, es la que posee más peso para calificar una sustancia como “droga” en el sentido que nos interesa²⁷.

Las “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas” son el objeto material sobre el que recae el delito de tráfico de drogas, tal y como se indica en artículo 368 CP. Sin embargo, la redacción de dicho artículo no especifica qué debemos entender por tales, y tampoco nos remite a ningún otro texto legal en el que buscar estos conceptos. Ante esta imprecisión, se hace necesario buscar una definición de droga. No es labor sencilla, pues el término “droga” es amplio y ambiguo: no existe un consenso con respecto al concepto vulgar de droga, pero tampoco en el ámbito médico o farmacéutico; y menos aún en el ámbito jurídico penal, donde la exigencia de tipicidad en aras de la seguridad jurídica aumenta las dificultades²⁸.

Desde un punto de vista vulgar o común, la droga aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española como nombre de ciertas “sustancias minerales,

²⁷ ESCOHOTADO, A., *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, pp. 24 a 25. En esas mismas páginas dicho autor también recuerda que para buscar cierta objetividad en la definición de droga, es necesario no mezclar derecho, química y ética. En este apartado nos centraremos en la definición jurídica.

²⁸ MOLINA PÉREZ, T., “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, pp. 95 a 96



vegetales o animales, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes”. Como vemos, es una definición muy genérica y extensa²⁹.

Por su parte, La Organización Mundial de la Salud define droga como “toda sustancia que introducida en un organismo puede modificar una o varias de sus funciones y es susceptible de crear dependencia y que puede, a la vez, crear tolerancia”; también define las sustancias psicoactivas como “cualquier sustancia química que altere el estado de ánimo, la percepción o el conocimiento”³⁰. Tomando esta definición de droga basada en las alteraciones fisiológicas que produce en el organismo humano, se consideraría droga sustancias como el alcohol o el tabaco. Por tanto, debemos partir de la base de que no es lo mismo “droga” que “droga ilícita” y menos aún, “droga a efectos penales” en el sentido que castiga este artículo. Nos encontramos así ante un sistema de convivencia entre drogas que, por su consideración de lícitas, aunque su tráfico pueda afectar al bien jurídico protegido, serán atípicas; frente a drogas que a pesar de ser potencialmente menos dañinas que las anteriores, tienen la consideración de ilícitas, y los actos encaminados a su tráfico van a ser castigados conforme a lo previsto en el art. 368 CP.

La existencia de drogas legales se puede explicar, por un lado, por el arraigo de determinadas drogas en nuestra cultura, lo que impide optar por la vía represiva frente a ellas; por otro lado, junto con el aspecto cultural, también concurren un conjunto de factores, fundamentalmente económicos, pero también geopolíticos y morales³¹. Si nos preguntamos la razón por la que estas drogas no están fiscalizadas, la respuesta atenderá a motivos más económicos y sociológicos que jurídicos. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la exclusión del objeto material del alcohol y el tabaco tiene una respuesta sencilla: simplemente se debe a su no inclusión en las Listas de las dos Convenciones de las Naciones Unidas, la de 1961 y la de 1971, que son derecho vigente en España³² y forman el marco legal internacional para el control de drogas.

²⁹ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, p. 60.

³⁰ DÍAZ CORTÉS, L., “Aproximación al concepto de droga ilícita a efectos penales”, p. 2.

³¹ DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, p. 377.

³² MAJÓN-CABEZA OLMEDA A., “Venta de cantidades mínimas de drogas: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, pp. 99 a 100.

Uno de los errores que se critica a la redacción del artículo 368 es la terminología utilizada para designar el objeto material –las “drogas tóxicas”, los “estupefacientes”, y las “sustancias psicotrópicas”– como si fueran tres elementos diferenciados³³. Para la doctrina jurídica mayoritaria el término “droga” es la expresión general en la que se engloban las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que especifican la manera concreta en la que actúan las drogas tóxicas³⁴.

Los estupefacientes actúan provocando adormecimiento y obnubilación. Se entienden como tales las mencionadas en las listas I; II y IV de la Convención única de 1961, modificada por el Protocolo de Ginebra del 25-3-1972³⁵. Las listas incluyen:

- Lista I: sustancias de fiscalización máxima y prohibición absoluta, entre las que se encuentra el cannabis, la cocaína, la metadona, el opio y sus derivados como la heroína y la morfina etc.
- Lista II: sustancias de utilidad terapéutica y menor riesgo de abuso, como la codeína y el dextropropoxifeno.
- Lista IV: sustancias prohibidas en terapia humana por su riesgo y dependencia; las sustancias de esta lista están incluidas en la Lista I, pero además están sujetas a medidas especiales de fiscalización. Es el caso de la heroína y el cannabis³⁶.

Por su parte, las sustancias psicotrópicas se encuentran recogidas en el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971³⁷ y ahí vienen definidas en el artículo 2 como aquellas que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central, y que tienen como resultado alucinaciones, trastornos de la

³³ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, pp. 72 a 74.

³⁴ SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)*, pp. 79-82 y MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, pp. 56 a 55.

³⁵ Convención única de 1961, sobre estupefacientes, enmendada por Protocolo de 25 de mayo de 1972. Nueva York, 8 de agosto de 1975.

³⁶ LUENGO CELADILLA, S., *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, p. 22.

³⁷ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

función motora, del juicio, del comportamiento, o del estado de ánimo. Están especificadas en las listas I, II y III anexas al Convenio³⁸:

- Lista I: dedicada a los alucinógenos o ampliadores de la conciencia, tanto naturales como sintéticos. En esta lista se encuentra el LSD, MDMA, MDA.
- Lista II: derivados de las anfetaminas, sustancias capaces de incidir de forma estimulante sobre el sistema nervioso central y que crean muy altos índices de tolerancia, pero no adicción; fenmetracina, que además de gran tolerancia es altamente adictiva; y la fenciclidina, un agresivo alucinógeno utilizado en veterinaria con un elevado índice de toxicidad.
- Lista III: derivados del ácido barbitúrico o productores de una acción depresora³⁹.

A la vista de que el Código Penal no proporciona una definición sobre el objeto material del delito y tampoco nos remite de manera expresa a ningún otro texto legal, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán: o elementos normativos, que deberán ser valorados para darle contenido al tipo; o bien elementos que requieren ser completados acudiendo a normas extrapenales, considerando entonces que el artículo 368 es una ley penal en blanco. Por consiguiente, existen dos posturas doctrinales diferenciadas con respecto a la naturaleza del artículo.

Por un lado, los que defienden su carácter de tipo penal completo entienden que será competencia de los tribunales definir qué se entiende por droga, basándose en aspectos médicos y culturales y acudiendo a los listados internacionales a modo de interpretación. Así, el Código Penal deja margen al Juez para concretar el objeto material del delito, sin despreciar el valor orientador que para el Juzgado han de tener las listas contenidas en los Convenios Internacionales. De esta manera, el Juez o Tribunal es libre de interpretar qué sustancias son drogas, siempre que reúnan las cualidades necesarias para ello y ponga en peligro a la salud pública⁴⁰.

³⁸HAMMU, R., *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, pp. 37 a 38.

³⁹ SAYAS SIMÓN, S., *Alcance del Bien jurídico penal en el delito de tráfico de drogas: una alternativa político- criminal despenalizadora*, pp. 151 a 153.

⁴⁰ MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, p. 47.

Por otra parte, si se considera que el artículo 368 del CP es una ley penal en blanco, deberemos acudir a los tratados internacionales y a la normativa estatal a nivel interno para castigar exclusivamente las drogas que en ellos se encuentren⁴¹. Los listados internacionales a los que nos referimos son el Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas y el Convenio de Viena de 1971, ratificados y publicados en el BOE, por lo que de acuerdo con el art. 96.1 CE, son ley interna para España y obliga a nuestro país a sancionar penalmente las conductas relacionadas con las drogas en él descritas. Pues de lo contrario, los Convenios a pesar de ser adoptados en España no podrían ser ejecutivos⁴².

Las consecuencias en el ámbito de la tipicidad de adoptar una u otra postura son diferentes. Si se trata de una ley penal en blanco, aquellas drogas tóxicas que no se encuentren incluidas en los listados internacionales en el momento en que se lleve a cabo su elaboración o tráfico no podrán ser castigadas penalmente; mientras que si entendemos que el artículo 368 CP es un tipo completo, que una droga no haya sido expresamente incluida en el momento de su elaboración o tráfico no va a significar la impunidad de la conducta si con ella se afecta al bien jurídico protegido de la misma forma y la sustancia presenta las cualidades de droga⁴³. La interpretación normativa del concepto de droga por los tribunales permite una adaptación continua y automática del Derecho Penal a la realidad; sin embargo, dado que no existe una definición unívoca de droga esta postura presenta mayor inseguridad jurídica, pues un criterio decisorio de tal complejidad debe ser suministrado por el legislador⁴⁴.

La consideración del artículo 368 CP como ley penal en blanco parece inevitable si queremos respetar el principio de legalidad y taxatividad, consagrado en el artículo 25 de la Constitución Española de 1978, pues las leyes penales deben describir de modo preciso y estricto las conductas delictivas⁴⁵. Sin embargo, aunque los listados se van

⁴¹LUENGO CELADILLA, S., *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, pp. 14 a 16.

⁴² REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, pp. 62 a 63.

⁴³ HAMMU, R., *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, p. 47.

⁴⁴ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, p. 61,

⁴⁵ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, pp. 66 a 68.

actualizando, la remisión a la normativa extrapenal puede planear lagunas de punibilidad en relación con el descubrimiento de nuevas drogas que no se encuentren mencionadas en los convenios internacionales. Para intentar evitar esas lagunas, España puede incluir sustancias que quiera considerar droga a través de órdenes ministeriales, aunque no se encuentren recogidas en las listas internacionales⁴⁶. En este sentido, el Real Decreto 1194/2011 de 19 de agosto establece un procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional⁴⁷. Así ocurrió con la ketamina, agente anestésico que pasó a considerarse psicotrópico en 2010⁴⁸ y con el isotonitaseno en 2021⁴⁹.

En un primer momento, la jurisprudencia pretendía defender carácter completo del artículo 3678. El Tribunal supremo en la sentencia 223/1997, de 18 de marzo de 1997, afirma que “no es correcto deducir que el art. 344 CP, constituye una ley penal en blanco, pues tales convenios no definen el deber cuya infracción sanciona el art. 344 CP, sino que clasifican las sustancias alcanzadas por la definición de droga tóxicas (...) y por lo tanto, no complementan el tipo penal, sino que constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo...⁵⁰”. En la misma línea, la STS 849/1995 de 7 de julio considera que el artículo 344 del Código Penal de 1973 (que planteaba el mismo problema que el artículo 368 del Código Penal actual) se trata de un tipo completo que emplea elementos normativos⁵¹.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente entiende que este precepto penal es una ley penal en blanco. Así lo manifiesta la STS de 15 de julio de 1985, afirmando que

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 689.

⁴⁷ En cuanto a los psicotrópicos, el “El Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación” recoge las sustancias del Convenio de 1971 y se va actualizando mediante órdenes.

⁴⁸ Mediante la “Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos”.

⁴⁹ Orden SND/561/2021, de 1 de junio, por la que se modifica, para incluir la sustancia isotonitaceno, el Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional.

⁵⁰ STS 223/1997, de 18 de marzo de 1997, FJ 4.

⁵¹ STS 849/1995, de 7 de julio, FJ 4.

existe una proyección indirecta hacia el ámbito extrapenal⁵²; y más recientemente las sentencias del tribunal supremo 1020/2011 de 11 de octubre⁵³ y 713/2013 de 24 de septiembre⁵⁴, en las que se absuelven del delito contra la salud pública al entender que nuestro sistema jurídico emplea un criterio enumerativo por remisión a los convenios internacionales, utilizando un sistema de listas entre las que no se encontraba la ketamina en el momento de producirse los hechos.

Las últimas sentencias de los Tribunales en las que se discute sobre el concepto de droga tratan sobre la ayahuasca, sustancia que no se encuentra incluida en ninguno de los convenios, aunque puede contener componentes de la molécula DMT, que sí está especificada en los listados internacionales, pero no siempre es posible probar la presencia del DMT⁵⁵. La sentencia de la audiencia provincial de Málaga 86/2021 de 10 de marzo comienza admitiendo la problemática de la ausencia de un concepto jurídico de droga y analizando las distintas posturas sobre la naturaleza del artículo adoptadas por los tribunales; finalmente concluye que la conducta que analizaba no era típica, al no encontrarse la ayahuasca incluida dentro de los Convenios internacionales, tratando el artículo 368 como una ley penal en blanco⁵⁶.

3. EL TIPO OBJETIVO Y LA NECESIDAD DE LOS SUPUESTOS DE ATIPICIDAD

El art. 368 CP castiga las conductas relativas a “*actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines...*”. Los términos “cultivo”, “elaboración” o “tráfico” consisten en unos comportamientos que coinciden con las fases de un proceso productivo, desde la fabricación hasta su puesta en mercado y comercialización⁵⁷. El art. 368 incluye prácticamente cualquier conducta relacionada con el ciclo de la droga: 1) actos de producción como el cultivo o la elaboración; 2) actos principales de tráfico; y 3) actos

⁵² STS. de 15 de julio de 1985, considerando 5.

⁵³ STS 1071, de 11 de octubre de 2011, FJ 2.

⁵⁴ STS 713/2013, de 24 de septiembre, FJ 1.

⁵⁵ La SAP de Barcelona 705/2023, de 29 de septiembre, FJ 2 penan el tráfico de ayahuasca por considerar probada la presencia de DMT están

⁵⁶ SAP de Málaga 86/2021, de 10 de marzo, FJ 2.

⁵⁷ MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, pp. 74 a 75.

auxiliares de tráfico como la posesión o tenencia y el transporte si son encaminados a promover, favorecer y facilitar el consumo⁵⁸.

Como podemos observar, el artículo no nos ofrece una enumeración taxativa, sino que deja abierto un amplio abanico de conductas que giran en torno al consumo ilegal; pues si bien éste no está castigado, difícilmente cualquier actividad humana con proyección exterior podrá eludir el radio de comprensión de la norma⁵⁹. En cualquier caso, doctrina y jurisprudencia concuerdan en que son atípicas las conductas de propaganda, información sobre lugares de adquisición, puesta en contacto entre comprador y vendedor y facilitación de lugar a consumidor para guardar droga o útiles⁶⁰. La idea de promover, favorecer o facilitar el uso ilegal de drogas se debe llevar a cabo necesariamente mediante las conductas allí descritas, de tal manera que, si esa promoción no tiene lugar a través de actos de cultivo, elaboración o tráfico, o bien poseyéndola con ese último fin, habrá que considerarla atípica⁶¹.

Ante un tipo penal tan indeterminado como el del art. 368 CP, una interpretación literal del precepto conduciría a castigar toda clase de conductas relacionadas de algún modo con el consumo ilegal de drogas⁶², incluso conductas inocuas o hasta beneficiosas⁶³. La falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal del artículo, cuando una conducta no encaja en él –lo que ocurre con el

⁵⁸CASANUEVA SANZ, I., “El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual”, p. 15.

⁵⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)*, pp. 96 a 97.

⁶⁰ DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, p. 383.

⁶¹ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, pp. 50 a 51.

⁶² En su momento se cuestionó si el consumo ilegal era aquél que está penalmente prohibido, y que, por tanto, cualquier conducta que tuviera como destinatario un consumidor resultaría atípica, al ser el autoconsumo penalmente impune y la participación en un hecho impune es impune también. Sin embargo, por ilegal se entiende todo consumo que infrinja alguna norma jurídica, cualquiera que sea su naturaleza (penal, administrativa o cualquier otra). Actualmente se considera ilegal todo consumo salvo el que tiene por finalidad los usos médicos o de investigación científica. En este sentido, véase JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, pp. 103 a 106; REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, pp. 95 a 97; y la STS 670/1994, de 17 de marzo de 1994, FJ 5.

⁶³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 12.



autoconsumo—; pero también de una interpretación restrictiva, que excluya determinadas conductas pese a caber literalmente⁶⁴. La jurisprudencia ha optado por realizar una lectura restrictiva del tipo penal, basándose principalmente en los principios de subsidiariedad, ultima ratio, mínima intervención y exclusiva protección de bienes jurídicos⁶⁵. De esta manera, se ha elaborado una serie de supuestos en los que formalmente se realiza la conducta típica, pero serán considerados atípicos, bien porque no generan riesgo para la salud pública o porque el riesgo que generan es mínimo e insignificante⁶⁶.

La STS 1441/2000, de 22 de septiembre de 2000, considera que las razones de la atipicidad de estas conductas son principalmente dos:

1º Por un lado, un fundamento objetivo: la insignificancia del hecho. Es necesaria la lesión a la Salud Pública, el bien jurídico, pues los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa.

2º Por otro lado, también establece un fundamento subjetivo. Entiende el tribunal que, aunque no aparece en el texto, además del dolo necesario en toda infracción, en estos delitos se requiere un especial elemento subjetivo del injusto, consistente en la intención del autor de favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica⁶⁷.

Por su parte, MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. considera que en algunos casos —como las entregas compasivas— la atipicidad viene dada por la adecuación social de la conducta y no por la insignificancia. La insignificancia y la adecuación social no son lo mismo, porque la primera conlleva la total aprobación de la conducta, mientras que la segunda no supone la aprobación social, solo su irrelevancia⁶⁸.

⁶⁴ SALGADO GONZÁLEZ, Á., “Tipicidad y antijuricidad. Anotaciones dogmáticas”, p. 105.

⁶⁵ CASANUEVA SANZ, I., “El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual”, p. 15.

⁶⁶ SSTS 1441/2000, de 22 de septiembre de 2000, FJ 1; 1439/2001, de 18 de julio de 2001, FJ 2.

⁶⁷ STS 1441/2000, de 22 de septiembre fundamento de derecho único. Así mismo se pronuncia las SSTS 316/2021 de 27 de octubre fundamento jurídico tercero y 741/2016 de 6 de octubre fundamento jurídico tercero.

⁶⁸ MAJÓN-CABEZA OLMEDA A., “Venta de cantidades mínimas de drogas: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, pp. 76 a 77.



Aun así, el aspecto fundamental en la vertiente objetiva sigue siendo la falta de riesgo típico para el bien jurídico “salud pública”. Sin embargo, la jurisprudencia con frecuencia hace afirmaciones contradictorias, debido a que el bien jurídico “salud pública” no ha sido delimitado con precisión. Una regla de prudencia sencilla que establece DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. consiste en considerar que “solo las conductas que tienen lugar en el ámbito de la oferta y distribución criminalizada pueden ser típicas, mientras que las conductas que tienen lugar en el ámbito de los consumidores no lo son⁶⁹”.

La STS 1441/2000 de 22 de septiembre también enumera una lista de supuestos en los que la jurisprudencia del Tribunal venía pronunciando sentencias absolutorias. Estos son:

1. El suministro de drogas a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, o para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones.
2. La adquisición para un grupo de personas ya adictas en cantidades menores, con el fin del consumo compartido
3. Los casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido
4. Aquellos otros supuestos en que por la mínima cantidad o por la ínfima pureza en dosis pequeña, siempre a título gratuito y entre adictos, es de todo punto evidente que no ha existido riesgo alguno de expansión.

En este trabajo explicaremos: en primer lugar el autoconsumo, que como ya hemos adelantado no se encuentra dentro de las acciones castigadas en el tipo; en segundo lugar, el consumo compartido, en el que incluiremos la adquisición para un grupo de consumidores, los casos de convivencia y las invitaciones o donaciones de pequeñas cantidades en el momento de consumir; en tercer lugar, el suministro de drogas a una

⁶⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 17 a 18.

persona allegada con motivos compasivos o altruista; y por último, los casos de venta de cantidades mínimas.

Para esclarecer el límite entre lo típico y lo atípico se han establecido una serie de criterios para cada supuesto. No obstante, se plantea la cuestión de si tales circunstancias se deben tratar como requisitos tasados, o si por el contrario se tratan de meros indicadores⁷⁰. Un sector jurisprudencial reitera que la impunidad de los supuestos de atipicidad es “excepcional⁷¹” y tiende a requerir que se cumplan de manera estricta todos los requisitos establecidos para cada conducta atípica. A esta jurisprudencia de la excepcionalidad DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. le critica que “realiza un manejo cuestionable de la carga de la prueba, pues cuando el tribunal ha de decidir entre una hipótesis de cargo y una absolutoria, opta por la de cargo si no se demuestra con plena certeza la hipótesis de descargo” y “la estandarización de la prueba de descargo, casi a modo de prueba tasada”⁷².

Con la aplicación de los supuestos de atipicidad se evita la criminalización de conductas que, aunque relacionadas con las drogas, no se encuentran dentro de la oferta criminalizada y no ponen en peligro a la salud colectiva. Sin embargo, la doctrina está preocupada por la aplicación mecánica de criterios objetivos, lo cual lleva inevitablemente a una inversión de la carga de la prueba, debiendo probar el acusado que su conducta no estaba dirigida al tráfico mediante la prueba de todos los requisitos que viene exigiendo el Tribunal Supremo.

I. El autoconsumo

Como se deduce del tenor literal del art. 368 CP, el consumo ilegal no es, por sí mismo, delictivo; son las conductas que tiendan a promoverlo, favorecerlo o facilitarlas las que se castigan. En consecuencia, la posesión de drogas para el consumo personal es una conducta atípica, ya que el legislador así lo ha decidido.

⁷⁰ SAYAS SIMÓN, S., *Alcance del Bien jurídico penal en el delito de tráfico de drogas: una alternativa político- criminal despenalizadora*, p. 226.

⁷¹ SSTS 1222/2004, de 27 de octubre de 2004, FJ 2; 873/2005, de 1 de julio de 2005, FJ 4; 718/2006, de 30 de junio de 2006, FJ 4.

⁷² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, pp. 22 a 23.



La impunidad del consumo abarca la tenencia y todos los actos preparatorios como el cultivo y la elaboración cuando se realizan con tal fin. Los argumentos utilizados para defender tal actitud hacia el consumidor mencionan, además de que el autoconsumo no repercute en la salud pública y que falta un evidente ánimo de traficar, la protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad y de la intimidad personal⁷³. En opinión de REY HUIDOBRO, L. F., “el legislador ha sabido apreciar que el usuario de la droga es la víctima en la que se materializa el riesgo para la salud, que es la ratio de punición de este delito, no pudiendo ser autor y víctima al mismo tiempo⁷⁴”. Sin embargo, la figura del consumidor traficante o revendedor adicto será típica en la medida en que, aun siendo consumidor habitual, va más allá de la satisfacción inmediata de sus necesidades y pone en marcha un verdadero negocio; pues ese exceso de acumulación y potencial venta de droga no puede venir justificada por la adicción, aunque podrá influir en la culpabilidad⁷⁵.

Es positivo que el CP no penalice la posesión encaminada al autoconsumo, y que no exija ninguna condición de índole cuantitativa o temporal, pues eso llevaría a la creación de un sistema de presunciones sin atender a la intención real del sujeto. Los principales problemas entorno a la tenencia de drogas y su delimitación con el autoconsumo se centran en la prueba de la finalidad de tráfico o difusión de la droga. Es decir, en torno a la prueba del elemento subjetivo de “ánimo de traficar”. En la práctica, es difícil probar la intención de los sujetos, lo que nos obliga necesariamente a utilizar la prueba indiciaria⁷⁶.

La condición de consumidor suele ser un indicio de peso para delimitar si la tenencia o cultivo de droga estaba destinada al tráfico o al autoconsumo. El Tribunal supremo suele afirmar que la cuestión del destino de la sustancia poseída solo puede ser objeto de controversia si el tenedor es consumidor⁷⁷. No obstante, la condición de

⁷³ DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, p. 383.

⁷⁴ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, pp. 142.

⁷⁵ SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)*, pp. 110 a 111.

⁷⁶ HAMMU, R., *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, p.109.

⁷⁷ STS 1003/2002, de 1 junio de 2002, FJ 2; ATS 236/2023, de 16 de febrero FJ 1;

consumidor no excluye de manera absoluta el destino al tráfico, sino que en ese caso se deben valorar el resto de circunstancias concurrentes⁷⁸.

La Sala suele tener muy en cuenta el consumo medio diario de cada clase droga y el número mínimo de días de provisión cubiertos habitualmente por el consumidor; de forma que, si la cantidad incautada supera la misma, tendrá la consideración de tráfico⁷⁹. Los baremos se han establecido en base a criterios de experiencia y a los datos facilitados por el Instituto Nacional de Toxicología, recogidas en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, siendo el último cuadro vigente la tabla de 1 de diciembre de 2009 (revisado el 1 de agosto de 2021), a la que hace referencia en numerosas sentencias⁸⁰.

Estas son las cantidades que establece el Instituto Nacional de Toxicología:

Tabla 1: dosis habitual, consumo diario y previsión de 3 a 5 días

	Dosis habitual más baja	Dosis habitual más alta	Dosis media	Consumo diario estimado máximo	Previsión (3 a 5 días de consumo)
Heroína	0,05 g	0,15 g	0,10 g	0,60 g	3 g
Morfina	0,01 g	0,08 g	-	2 g	10 g ^{*1}
LSD	0,019 mg	0,30 mg	0,132mg	0,60 mg	3 mg
MDA/MDMA	0,02 g	0,150 g	0,08 g	0,48 g	2,4 g
Cocaína	0,10 g	0,25 g	-	1,5 g	7,5 g
Anfetaminas	0,03 g	0,006	-	0,18 g	0,90 g
Marihuana	1,5 g	2 g	-	15-20 g	100 g
Hachís	0,30 g	0,50 g	-	5 g	25 g

^{*1} Este dato no está en el informe del Instituto Nacional de Toxicología, pero es la cantidad que recoge el TS.

⁷⁸ STS84/2005. de 11 de marzo de 2005, FJ 4; STS 484/2012, de 12 de junio 2012, FJ 3; STS 741/2016, de 6 de octubre 2016, FJ 3; entre muchas otras.

⁷⁹ MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, pp. 113 a 114.

⁸⁰ Las STS 425/2011, de 23 de mayo de 2011, FJ 1; 183/2019, de 2 de abril de 2019, FJ 1; y 391/2022, de 21 de abril, de 2022, FJ 1 mencionan el informe del Instituto Nacional de Toxicología, disponible en:

https://pnsd.sanidad.gob.es/ciudadanos/legislacion/delitos/pdf/20210730_INTF_dosis_minimas_psicoactivas_trafico_de_drogas.pdf

Generalmente se atiende al grado de pureza de la droga, pues el objeto material del delito son las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y no las sustancias con las que éstas son adulteradas. El Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones que a partir de ciertas cantidades de droga cabe inferir que la tenencia tiene la finalidad de tráfico, aunque no conste la pureza, dado que lo decisivo en esos casos es el número de dosis que es posible conformar con la droga poseída⁸¹. Sin embargo, a excepción del hachís⁸², en la mayoría de casos se suele tener en cuenta el grado de pureza.

El criterio de la dosis de consumo habitual debe ser entendido como un indicio y evitar un uso excesivamente mecánico de datos objetivos⁸³. A modo de ejemplo tenemos la STS 390/2003, de 18 de marzo⁸⁴, en la que dos acusados portaban 100 pastillas de MDMA, 50 para cada uno, pero a pesar de que puede parecer una cantidad elevada, el Tribunal afirma “el fin de tráfico (es) un elemento del tipo que debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede el propio consumo inmediato”. La pureza de la droga era del 26%, es decir, 2.39 gramos de droga pura para cada uno, que, si bien supera la dosis diaria, no supera la dosis destinada a cinco días (2.40 g). La Sentencia le da valor a las declaraciones y explicaciones de los acusados justificativas de la tenencia concreta y entiende también probado que los acusados son consumidores habituales.

En la STS 107/2012 de 28 de febrero⁸⁵ el sujeto también poseía una cantidad de droga que la sala reconoció que no era excesiva: 17 gramos de cocaína con una pureza

⁸¹ STS 453/1997, de 15 de abril de 1997, FJ 3.

⁸² La STS 535/2012, de 26 de junio de 2012, FJ 6, declaró que: “tratándose de hachís no es exigible la determinación cualitativa de su pureza, más allá de la constancia de la presencia relevante del principio activo THC, pues tanto el hachís, como la grifa o marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en los que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta -sin necesidad de proceso químico- de cuya composición forman parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la que la proporción de sustancia activa o tetrahidrocanabinol oscila en función de aquellas variables entre un 2% y 10%”

⁸³ DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, p. 384.

⁸⁴ STS 390/2003, de 18 de marzo de 2004, FJ 4.

⁸⁵ STS 107/2012, de 28 de febrero de 2012, FJ 1.



del 22.3%, es decir, 3,97 gramos –siendo la dosis diaria habitual entre 3 y 4 gramos–. Sin embargo, dichas sustancia se hallaba preparada en papelinhas o monodosis plastificadas, y el sujeto portaba una balanza de precisión, lo cual fue prueba suficiente para considerar que había ánimo de traficar.

La tenencia de una pluralidad de sustancias diferentes también suele ser considerada como indicio del ánimo de traficar⁸⁶, pues a pesar de que en numerosas sentencias se reconoce el autoconsumo de adictos a varias sustancias, se suele considerar que hay ánimo de traficar cuando las sustancias no son compatibles entre sí⁸⁷ o cuando la variedad es muy amplia.

Con respecto al cultivo para el posterior consumo, hay una serie de aspectos a considerar. No solo es relevante la cantidad de plantas, pues también hay que tener en cuenta que determinadas partes de la planta no contienen principio activo alguno que sea nocivo para la salud pública⁸⁸. La plantación, no solo en macetas, sino en el terreno, también son datos indiciarios sobre que está destinado a terceros⁸⁹.

II. El consumo compartido

Bajo la denominación de “consumo compartido” se agrupan diversas conductas que suelen ser consideradas atípicas. Las cuales abarcan: la compra compartida o con “fondo común” para la adquisición de una sustancia que luego se consume conjuntamente; las donaciones recíprocas entre adictos para el consumo colectivo o invitaciones socialmente aceptadas en el momento de consumir;⁹⁰ y supuestos en los que las adquisiciones y consumo de la droga en un pequeño círculo de persona se realiza en cierto régimen de comunidad, como es el caso de las parejas de consumidores o compañeros de piso⁹¹.

⁸⁶ STS 775/1997, de 31 de mayo, FJ 1 “la diversidad de drogas, que está haciendo pensar en la necesidad de atender a la diversificación de la demanda, más bien que a las necesidades de consumo propio”.

⁸⁷ STS 955/1997, de 1 julio 1987, FJ 1.

⁸⁸ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, p. 36.

⁸⁹ MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, p. 80.

⁹⁰ LUENGO CELADILLA, S., *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, pp. 67 a 68.

⁹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, pp. 25.



La particularidad de este tipo de conductas frente al resto de supuestos de atipicidad radica en la equiparación entre el consumo compartido con el autoconsumo, excluido desde un primer momento del alcance del tipo⁹². Es por eso que muchas veces la doctrina se refiere a estas conductas como “autoconsumo compartido”⁹³.

El fundamento de la exclusión de estas conductas deriva, desde un punto de vista subjetivo, de la ausencia de ánimo de traficar; la utilización de drogas en grupo forma parte del contexto de socialización de los consumidores habituales⁹⁴, y ninguno de los intervinientes promueve en otro el consumo, ni él mismo es iniciado o incitado al consumo por razón de la actuación de otros⁹⁵. Desde un punto de vista objetivo, la atipicidad viene justificada por la insignificancia penal que poseen estas conductas y el escaso riesgo de difusión de la droga, lo que excluye la existencia de peligro para la salud pública⁹⁶.

Sin embargo, a pesar de partir de una base común y de compartir muchos requisitos, cada una de las modalidades de consumo compartido antes mencionadas requiere un estudio individualizado.

II.1 Compra compartida con fondo común, el servidor de la posesión

Estos supuestos de consumo compartido son los más habituales en la jurisprudencia. Consiste en que varias personas aportan dinero a un fondo común a fin de comprar droga para su consumo, y uno de ellos es el que se encarga de conseguirla y facilitársela a los demás⁹⁷.

El Tribunal Supremo venía considerando tradicionalmente tales conductas como actos de tráfico⁹⁸. Sin embargo, a partir de la década de los 80 empezaron a aparecer

⁹² MARAVER GÓMEZ, M., “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, pp. 47 a 48

⁹³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 26.

⁹⁴ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, p. 28.

⁹⁵ STS 1254/2009, de 14 de diciembre de 2009, FJ 2.

⁹⁶ SSTS 467/1995, de 28 de marzo de 1995, FJ 9 y 401/2002, de 15 de abril de 2002, FJ 1.

⁹⁷ CASANUEVA SANZ, I., “El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual”, p. 18.

⁹⁸ SSTS de 6 de abril de 1981 y de 15 de marzo de 1985.



sentencias con un punto de vista más flexible. La STS de 25 de mayo de 1981 conoció de un caso en que 16 personas pusieron dinero en una bolsa común para comprar hachís, y declaró que “la tenencia de la droga para el acusado en el momento de su detención por la policía no era ostentada sólo en propio nombre, sino en nombre y al servicio de los demás⁹⁹”. A raíz de esa sentencia se fue consolidando la tesis de la “posesión en nombre y al servicio de los demás”¹⁰⁰. De esta manera, solo se tendrá en cuenta a efectos de si se considera autoconsumo o no la cantidad que el poseedor porte en su propio nombre¹⁰¹.

Los Tribunales han ido estableciendo de manera relativamente pacífica una serie de requisitos para considerar el consumo compartido como atípico. La STS 380/2020, de 8 de julio de 2020¹⁰² recopila las cuatro circunstancias o requisitos para aplicar la atipicidad:

- (1) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por tercero.
- (2) El consumo de la misma debe llevarse a cabo "en lugar cerrado". La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.
- (3) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados¹⁰³. (Si la droga fuese adquirida para más personas de las que aportaron dinero, no estaríamos ante un caso propio de compra compartida, si bien podría considerarse una invitación a terceros, dependiendo del caso)¹⁰⁴.

⁹⁹ STS 25 de mayo de 1981 RJ 1981/2277, considerando.

¹⁰⁰ Se vio respaldada posteriormente por: STS 2750/1992, de 18 de diciembre de 1992, FJ 2; STS 216/1993, de 4 de febrero de 1993, FJ 2; STS 323/1995, de 3 de marzo de 1995, FJ 2.

¹⁰¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 23.

¹⁰² STS 380/2020, de 8 de julio de 2020, FJ 5.

¹⁰³ STS 704/2020, de 17 de diciembre de 2020, FJ 5.

¹⁰⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 24.

(4) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario¹⁰⁵.

Estos requisitos otorgan cierta seguridad jurídica, sin embargo, se critica un uso excesivamente mecánico. La Jurisprudencia más razonable interpreta estas circunstancias de lugar –en local cerrado–, características de los consumidores –adictos, en número determinado e identificables–, y modo de consumo –de manera íntima e inmediato– como meros indicios del destino que se le va a dar a las drogas. Según se expresa en la STS 1014/2013, de 12 de diciembre de 2013, alguna de estas exigencias pueden ser matizadas, o incluso excluidas en supuestos específicos, pues cuando un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo¹⁰⁶. Sin embargo, en ocasiones son interpretados de manera estricta, como auténticas condiciones de la atipicidad¹⁰⁷. La impunidad del consumo colectivo deriva simplemente de la impunidad del consumo individual, por lo que esos requisitos deben ser utilizados a fin de constatar si el sujeto ha creado el riesgo típico para la salud pública; pero en su lugar, parece que los tribunales han querido delimitar las condiciones bajo las cuales el consumo compartido es

¹⁰⁵ En este mismo sentido se pronuncia la STS 765/2007, de 21 de septiembre de 2007 FJ 3; y STS 632/2006, de 8 de junio de 2006, FJ 1. La STS 380/2020, de 8 de julio de 2020, FJ 5, añade que en sentido amplio, la jurisprudencia viene aplicando seis requisitos, “que en realidad son los mismos requisitos ya mencionados, aunque algunos se desdobra: 1.- En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud. 2.- El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica. 3.- La cantidad ha de ser reducida o insignificante o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro. 4.- 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, 5.- 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. 6.- Debe tratarse de un consumo inmediato”.

¹⁰⁶ STS 1014/2013, de 12 de diciembre de 2013, FJ 18.

¹⁰⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 32.



jurídicamente admisible. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J critica esta concepción de las exigencias jurisprudenciales como si se tratasen de “*requisitos de un permiso administrativo*”, pues se favorece resoluciones que fundamentan la condena en que “fue posible”¹⁰⁸ que la droga llegase a terceros ajenos al grupo de cotizantes. Es decir, no se condena porque dolosamente se hubiese destinado la droga a esos terceros, sino porque “cupó” esa posibilidad, de manera que el delito de tráfico de drogas pasa de ser un delito de peligro a un tipo de peligro remoto en el que no se exige que el dolo abarque el riesgo típico¹⁰⁹.

Las sentencias más estrictas y las más flexibles difieren a la hora de precisar qué es un lugar cerrado o de acceso restringido. Si bien Sentencias como la 1429/2002 de 24 de julio¹¹⁰ y 761/2013 de 15 de octubre¹¹¹ declaran que las discotecas son “lógicamente, un lugar cerrado”; Sentencias más actuales reiteran que lo relevante es que el consumo se haya realizado fuera del alcance de terceros, llegando incluso a aplicar la atipicidad en un caso de consumo compartido en un descampado en la parte posterior de una discoteca¹¹².

La jurisprudencia más reciente¹¹³ también tiende a flexibilizar el requisito de que los consumidores sean adictos, pues como bien razona la STS 704/2020¹¹⁴ “la exigencia de que todos los miembros del grupo sean consumidores habituales o adictos resulta extraña al sistema, al fundamento de la atipicidad proclamada, en la medida en que, evidentemente, la tenencia, personal o individual, para el consumo propio, no requiere, para ser atípica, que el poseedor de la droga fuera ya previamente adicto o consumidor habitual de la misma”. Pues parece que la razón original de esta exigencia estaba más vinculada a la necesidad de asegurar que las personas que iban a consumir

¹⁰⁸ STS 632/2006, de 8 de junio de 2006, FJ 2: “El relato histórico no contiene datos que permitan admitir que estaba plenamente asegurada la exclusión de personas ajenas al grupo en el consumo de drogas”. STS 559/2005, de 27 de abril fundamento jurídico segundo “Lo excepcional en esos casos ha de ser la atipicidad, requiriéndose para la misma una exclusión radical de todo peligro para el bien jurídico protegido”

¹⁰⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 32 a 35.

¹¹⁰ STS 1429/2002, de 24 de julio de 2002, FJ 4.

¹¹¹ STS 761/2013, de 15 de octubre de 2013, FJ 1.

¹¹² STS 816/2021, de 27 de octubre de 2021, FJ 3.

¹¹³ STS 704/2020, de 17 de diciembre de 2020, FJ 5; STS 382/2022, de 20 de abril de 2022, FJ 1.

¹¹⁴ STS 704/2020, de 17 de diciembre de 2020, FJ 5.

fueran solo las que han *decidido* llevar a cabo el acto de consumo, y no terceras personas indeterminadas¹¹⁵.

Estas últimas sentencias, además de aportar un criterio más flexible, también admiten las críticas recibidas por parte de la doctrina, tanto por exigir a los acusados una suerte de prueba plena que vaya más allá de la duda razonable, como por las exigencias de requisitos sin tener en cuenta si realmente se ha puesto en peligro el bien jurídico.

II.2 Invitación a sujeto determinado en el momento del consumo

La Jurisprudencia interpreta el término tráfico como todo desplazamiento, ya sea oneroso o gratuito, por lo que las donaciones se encuentran dentro de las conductas típicas del art. 368 CP¹¹⁶. De cualquier modo, es necesario comprobar si la cesión gratuita va encaminada a promover, favorecer o facilitar la expansión del producto, o si, por el contrario, las conductas no inciden en la Salud Pública. La jurisprudencia distingue dos tipos de donaciones atípicas: las donaciones a personas determinadas en el momento de consumir, entendida como una modalidad de autoconsumo compartido; y las donaciones compasivas a drogodependientes por familiares o allegados –supuesto que analizaremos más adelante–¹¹⁷.

En este caso estamos hablando de donaciones o invitaciones ocasionales “por solidaridad o cortesía”, que se suelen dar de manera habitual en el contexto social y de ocio de las personas consumidoras. Esta conducta ha sido aceptada socialmente y se considera que no afecta a la salud pública, porque la droga no se difunde ni se distribuye indiscriminadamente a terceros, sino que se consume junto con otra persona concreta a la que se invita¹¹⁸. Sin embargo, para MARAVER GÓMEZ, M. el fundamento

¹¹⁵ MARAVER GÓMEZ, M., “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, p. 21.

¹¹⁶ DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, p. 382.

¹¹⁷ HAMMU, R., *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, pp. 217 a 218

¹¹⁸ CASANUEVA SANZ, I., “El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual”, p. 20.

no se encuentra en el menor riesgo para el bien jurídico, sino en la equiparación con una conducta que el legislador ha decidido dejar fuera del tipo, el autoconsumo¹¹⁹.

De cualquier modo, ya en la STS 715/1993 de 25 de marzo, el tribunal declara que “una cosa es la donación como acto de difusión de la droga, con el ánimo de promocionar, favorecer o facilitar su consumo (...) 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”¹²⁰.

La jurisprudencia, si bien reconocen que estas donaciones por “cortesía” no pueden equipararse a la donación como acto de difusión de la droga, someten a la atipicidad a una serie de requisitos:

- (1) Que la cantidad sea mínima
- (2) Que tenga un carácter esporádico, pues si fuese constante en el tiempo nos hallaríamos ante un caso de suministro estable de droga y no de una invitación ocasional, a menos que hablemos del supuesto de posesión y consumo compartido entre convivientes.
- (3) Que el invitado sea determinado, pues así ni existe difusión de la droga ni riesgo o peligro para la salud.
- (4) Que el invitado sea adicto a dicha droga, para asegurar que no ha habido un favorecimiento al consumo. Sobre este punto surgen las mismas críticas ya mencionadas en el epígrafe anterior.
- (5) La gratuidad de la transmisión, con el fin de que no se encuentra integrado en una red de distribución
- (6) Generalmente también se exige que la consumición se haya hecho en presencia del que invita. Esta característica serviría de indicio de que la conducta se desarrolla en el ámbito de los consumidores y no de la oferta criminalizada¹²¹.

¹¹⁹ MARAVER GÓMEZ, M., “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, pp 47 a 48.

¹²⁰ STS 715/1993, de 25 de marzo de 1993, FJ 2.

¹²¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, pp. 62 a 64.

(7) El carácter autónomo, unilateral y espontáneo de estos casos permite, ya no solo descartar la posibilidad de su difusión a terceras personas, sino también restar relevancia al acto de favorecimiento o de facilitación de quien ofrece la droga, pues se puede interpretar como un acto de carácter neutral o socialmente adecuado¹²². En la STS 1439/2001 de 18 de julio un acusado de 23 años con oligofrenia comparte una mezcla de metadona –a la que estaba sometido como tratamiento– con su amigo de 15 años, después de que este le rogara que le dejara probarla. A pesar de que esta acción tuvo como resultado la muerte del menor, el Tribunal Supremo entendió que esa conducta ocasional no encajaba en ninguno de los casos tipificados como delito en el art. 368, pues nada tenía que ver con el fomento del consumo ilegal de drogas¹²³.

Atendiendo al requisito de que los supuestos de invitación sean en el momento de consumo común, surge la pregunta de si sigue siendo atípica la invitación cuando el que invita no consume. De acuerdo con la opinión de DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “se trata de supuestos que no deben considerarse típicos, por carecer de la más mínima trascendencia social (y, por ello, de lesividad para la salud pública), y que, además con frecuencia tienen lugar en la intimidad de una relación personal. Los consumidores de drogas -y su entorno- se organizan de muy diversas maneras en la gestión de su consumo propio, y todas ellas han de reputarse atípicas”¹²⁴.

II.3 posesión y consumo compartido entre convivientes

La posesión y consumo compartido en el ámbito de personas convivientes, ya sean pareja, familiares o amigos, es un caso de atipicidad que sigue la misma lógica ya expuesta, aunque con mayor flexibilidad. A diferencia de lo que ocurre con la invitación a consumir, en la que una de sus notas características era el carácter esporádico, en estos casos se entiende que la invitación se realiza de una manera más

¹²² MARAVER GÓMEZ, M., “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, p. 50.

¹²³ STS 1439/2001, de 18 de julio de 2001, FJ 2.

¹²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 65.

reiterada¹²⁵. Se trata de un acto más de la convivencia común entre esas personas, en la que no existe riesgo de difusión¹²⁶.

La STS 1709/1993 de 2 de julio en su fundamento jurídico único declara que “Cuando en el domicilio o ámbito de convivencia de dos personas se encuentra depositada o guardada droga en cuantía que no excede de los niveles de un normal consumo, de la cual hacen uso uno de los convivientes, por ser consumidor habitual, y, esporádicamente, su consorte, ejercen una posesión compartida de la droga, en la que es muy difícil apreciar una conducta de facilitación o menos aún de disposición por parte del introductor de la droga, y estas razones (...) suben de punto cuando se advierte que no existe en tal comportamiento peligro común y general para el bien jurídico colectivo de la salud pública, ya que se realiza por los cónyuges como un acto más de su ordinaria convivencia en el domicilio común”.

A pesar de que en esta sentencia la relación que se trata es de pareja, lo relevante es la relación de convivencia como hecho que explica la asiduidad de la invitación. Estas conductas se desarrollan en un ámbito de intimidad mucho más protegido, por lo que desaparece cualquier indicio de relevancia supraindividual, y con ello la posibilidad de afectación a la salud pública¹²⁷.

III. Donaciones altruistas o compasivas

A pesar de que las donaciones son consideradas como una forma de tráfico, la jurisprudencia ha exceptuado -además de los supuestos ya estudiados- las entregas compasivas y gratuitas de cantidades mínimas a drogodependientes por familiares o allegados.

En un primer momento, Sentencias del Tribunal Supremo como la 1306/1994, de 23 de junio y la 1782/1994 de 14 de octubre se mostraban contrarias a declarar la atipicidad de las donaciones compasivas, afirmaban que “la entrega a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso la de ayudar a calmar

¹²⁵ CASANUEVA SANZ, I., “El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual”, p. 20.

¹²⁶ STS 1090/1994, de 27 de mayo de 1994, FJ 1.

¹²⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 68.

su estado de carencia... denota una conducta favorecedora del consumo¹²⁸” y que “no se auxilia a quien vive un momento de anormalidad por drogadicción haciéndole entrega de la droga, sino sometiéndola al correspondiente tratamiento médico¹²⁹”. En otras sentencias, a pesar de afirmar la tipicidad de la conducta, el Tribunal proponía un indulto¹³⁰ o apreciaban un error de prohibición¹³¹

No obstante, pronto se abandona ese pensamiento; incluso en el mismo año de esas sentencias¹³² es posible encontrar resoluciones del Tribunal Supremo absolutorias, y finalmente la línea mayoritaria de tolerancia y atipicidad de estas conductas se acabó imponiendo. Como reconoció la STS 789/1999, de 14 de mayo de 1999 “La Sala Segunda ha evolucionado en esta cuestión por la obligación legal que a la casación corresponde para perfeccionar conceptos, amoldándolos a la evolución de la doctrina y a las ideas que el sentido lógico y la Justicia más eficaz y efectiva impone¹³³”.

Las finalidades altruistas perseguidas por la donación pueden ser varias. El fin más mencionado es la evitación de los padecimientos originados por el síndrome de abstinencia; otra de las finalidades es la de procurar la deshabitación del adicto mediante el suministro controlado de dosis decrecientes¹³⁴; las sentencias más flexibles¹³⁵ admiten también la finalidad de “evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad” y añaden además una cláusula abierta referida a “otros supuesto similares”, que permite incluir situaciones que no encajen exactamente en ninguno de los casos citados, siendo el requisito central que se trate de evitar al sujeto un mal que padecería en el caso de no suministrarle la droga¹³⁶.

¹²⁸ STS 1782/1994, de 14 de octubre de 1994, FJ 1.

¹²⁹ STS 1306/1994, de 23 de junio de 1994, FJ 1.

¹³⁰ SSTS 171/1994, de 7 de febrero de 1994, FJ 2 y 1453/2001, de 16 de julio de 2001, FJ 3.

¹³¹ SSTS 2158/1993, de 6 de octubre de 1993, FJ 2.

¹³² Véase las SSTS 1799/1993, de 15 de julio de 1993, FJ 2 y 2015/1993, de 16 de septiembre de 1993, FJ 2.

¹³³ STS 789/1999, de 14 de mayo de 1999, FJ 3.

¹³⁴ SSTS 1236/1993, de 29 de mayo de 1993, FJ 1 y 1799/1993, de 15 de julio de 1993, FJ 2.

¹³⁵ SSTS 1441/2000, de 22 de septiembre, FJ 1 y 390/2005, de 3 de marzo de 2005, FJ 1.

¹³⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, pp. 98 a 99.

No obstante, también son muchas las sentencias -especialmente en el ámbito penitenciario¹³⁷- que admiten como única finalidad altruista la evitación del síndrome de abstinencia, llegando a exigir que quede absolutamente probado¹³⁸. Debemos tener presente que cuando hablamos de personas que padecen una grave adicción, especialmente a drogas como la heroína, el síndrome de abstinencia es prácticamente una certeza. Exigir que la atipicidad de la conducta dependa de que los familiares o allegados de un recluso toxicómano sepan decir con la antelación necesaria cuándo tendrá lugar el síndrome de abstinencia desvirtúa los fundamentos de la atipicidad, e impone una carga irrazonable sobre ellos¹³⁹. Es más razonable la interpretación realizada por la STS 423/2004 de 5 de abril de 2004¹⁴⁰, que admite como indicio suficiente la prueba de que el sujeto sea toxicómano activo de sustancias altamente adictivas, pues en ese caso cabe racionalmente presumir que tendrá un síndrome de abstinencia.

En cuanto al resto de requisitos, en las entregas compasivas está claro que el que recibe la droga es dependiente de la sustancia, pues la propia naturaleza de este supuesto de atipicidad apela a una adicción que requiere de asistencia. Pero esto, en opinión de MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. no es un requisito de atipicidad deducible de la interpretación del tipo, sino una circunstancia intrínseca del supuesto, pues sólo se podrá deshabituarse o sólo padecerá el síndrome de abstinencia el sujeto dependiente¹⁴¹. También, al igual que es exigido en los demás supuestos de atipicidad, es necesario que no se produzca la difusión de la droga a terceros ajenos y que sea para un consumo más o menos inmediato, para eliminar cualquier sospecha de tráfico¹⁴²

¹³⁷ Estas conductas se persiguen principalmente en el ámbito penitenciario, pues los funcionarios de prisiones tienen deber de denunciar cuando ven que se intenta introducir droga en el centro penitenciario.

¹³⁸ Véase, por ejemplo: STS 1981/2002, de 20 de enero de 2002, FJ 6, que declara que “no consta que, ni el día de los hechos ni en días anteriores, el destinatario hubiese sufrido síndrome de abstinencia alguno, por lo que la droga podía estar destinada, al menos en parte, a su comercialización en la prisión”. Y SSTs. 1490/2004, de 22 de diciembre de 2004, FJ 3 y 1704/2002, de 21 de octubre de 2002, FJ 1.

¹³⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, pp. 83.

¹⁴⁰ STS 423/2004, de 5 de abril de 2004, FJ 4.

¹⁴¹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA A., “Venta de cantidades mínimas de drogas: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, p. 50.

¹⁴² MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, p.91.



Un requisito en el que si es unánime la jurisprudencia es en la gratuidad, es decir, la ausencia de contraprestación¹⁴³, puesto que el que realiza la conducta busca actuar en interés del toxicómano, y son actuaciones que tienen lugar en el ámbito de los consumidores y no de la oferta criminalizada. Sin embargo, este requisito sigue cumpliendo una función indiciaria, pues el precio no es un elemento objetivo del tipo¹⁴⁴.

Por otra parte, la exigencia de que se trate de una cantidad escasa de droga es un requisito que sirve también para argumentar que se trata de una donación compasiva, pues una cantidad excesiva de droga puede suponer que parte de la misma se pretende destinar al tráfico. También en este punto se enfrenta una línea jurisprudencia más aperturista con otra más punitiva. La línea más razonable entiende que la donación compasiva debe utilizar como baremo la dosis media diaria de consumo por parte de un adicto¹⁴⁵, aceptando incluso dosis superiores o contabilizadas para un par de días, evitando establecer “reglas rígidas de topes cuantitativos que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos”¹⁴⁶. Por el contrario, la línea más represiva limita la donación compasiva, no solo a una dosis de consumo, sino a la llamada “dosis terapéutica”.

La dosis terapéutica resulta más baja que la dosis individual de abuso. Sería la prescrita por un médico con finalidad paliativa o curativa, y suele ser entre cuarenta y sesenta veces más bajas que las que consumen los adictos¹⁴⁷. La SSTS 605/1996 de 20 de septiembre y 1342/1997 de 3 de noviembre¹⁴⁸ marcaron la dosis terapéutica de heroína en 0.01 gramos, siendo la de consumo moderado 0.100 gramos y el alto de 0.400 gramos. Las SSTS 401/2002, de 15 de abril, y 1704/2002, de 21 de octubre¹⁴⁹ hace referencia también a la dosis terapéutica, si bien utilizan un baremo de dosis de

¹⁴³ SSTS 1152/2015, de 23 de julio de 2015, FJ 1.

¹⁴⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 79.

¹⁴⁵ Las SSTS 1441/2000, de 22 de septiembre de 2000, FJ 1 y 423/2004, de 5 de abril de 2004, FJ 3, admiten la posibilidad de que la donación atípica abarque varias dosis.

¹⁴⁶ STS 1657/1998, de 22 de diciembre de 1998, FJ 1.

¹⁴⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p 89.

¹⁴⁸ La SSTS 605/1996, de 20 de septiembre de 1996, FJ 2 y 1342/1997, de 3 de noviembre de 1997, FJ 3.

¹⁴⁹ SSTS 401/2002, de 15 de abril 2002, FJ 1 y 1704/2002, de 21 de octubre de 2002, FJ 1.

consumo habitual, marcándola en 0.150 gramos. Si bien estas últimas sentencias manejan un módulo de medición más amplio, ambas condenan al donante porque la droga transmitida superaba la cantidad de una sola dosis –siendo la cantidad de la primera sentencia suficiente para tres tomas y de la segunda suficiente para cinco tomas–.

El problema es que aquí no estamos hablando de un tratamiento terapéutico aplicado por un profesional de la medicina, sino de personas que carecen de conocimientos médicos y que se ven empujadas a adquirir drogas para evitar el sufrimiento de un familiar o allegado que padece una adicción¹⁵⁰.

Nuevamente debemos hacer referencia a la STS 423/2004 de 5 de abril, que realiza una interpretación flexible sobre la cantidad mínima, estableciendo que “si el consumo medio diario estimado de heroína puede llegar a los 600 miligramos de sustancia pura; y en el caso del hachís ese límite se sitúa en torno a 5 gramos, lo que aquí se toma en consideración daría para dos días, en un caso, y tres para el otro. Por lo que, en contra de lo que concluye el Tribunal en este aspecto, sí serían cantidades perfectamente compatibles con la finalidad de mitigar un posible síndrome de abstinencia o, en cualquier caso, un malestar sin duda relevante en el destinatario de las mismas¹⁵¹”:

En cuanto a el sujeto activo –la persona que realiza la donación compasiva–, se despiertan preguntas sobre si las donaciones compasivas son propiamente una conducta atípica; o si por el contrario es típica, pero se justifica o exculpa en función del sujeto. En un primer momento la jurisprudencia se limitaba a considerar como sujetos activos a los “familiares cercanos¹⁵²”, también encontramos menciones familiares y convivientes¹⁵³, si bien en la actualidad el ámbito se ha ampliado a los “allegados”¹⁵⁴.

¹⁵⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 88.

¹⁵¹ STS 423/2004, de 5 de abril de 2004, FJ 4.

¹⁵² STS 1032/1997, de 14 de julio de 1997, FJ y ATS 1422/1999, de 9 de junio de 1999, FJ 1.

¹⁵³ SSTS 1032/1997, de 14 de julio de 1997, FJ 1 y 1653/1998, de 22 de diciembre de 1998, FJ 2.

¹⁵⁴ SSTS 1657/1998, de 22 de diciembre de 1998, FJ 1; 1490/2004, de 22 de diciembre de 2004, FJ 3 (interpreta el término allegado muy estricto, excluyendo el mero conocido o amigo); y 857/2004, de 28 de junio de 2004, FJ 1.

El Tribunal Supremo ha venido afirmando de manera pacífica que estos supuestos son casos de atipicidad por ausencia de lesividad¹⁵⁵ y de peligro para el bien jurídico, aunque como hemos visto, también se suele justificar la atipicidad en que el delito de tráfico de drogas exige, además del dolo necesario, un elemento subjetivo del injusto adicional, el ánimo de favorecer o expandir el consumo ilícito de la sustancia tóxica¹⁵⁶. La STS 1580/1994 de 12 de septiembre no solo declara que este tipo de conductas es atípico al no haber riesgo de lesión para el bien jurídico, también añade que “no merece el reproche social, que es uno de los elementos justificativos de la pena”¹⁵⁷. Para MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., las entregas compasivas de drogas son casos de adecuación social, pues están encaminados a mejorar o preservar la salud individual¹⁵⁸. En opinión de DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, es evidente que nos hallamos ante una conducta sin repercusión supraindividual y que debe ser tratada como una modalidad de la transmisión atípica del “servidor de la posesión” –un allegado de un adicto le sustituye en el acto de adquisición de la droga porque este no es capaz de adquirirla por sí solo o le resulta más difícil¹⁵⁹–.

Sin embargo, las características particulares de este tipo de conductas, en las que se hace referencia a sujetos activos y actitudes concretas, podrían entenderse más como causas de justificación y exculpación que como una conducta atípica.

Por un lado, las donaciones compasivas de drogas parecen seguir la estructura del estado de necesidad: se realiza una conducta ilícita que pondría en peligro la salud pública para evitar un mal mayor, los padecimientos de una persona concreta¹⁶⁰. Es cierto que hay sentencias que exigen necesario que el mal que amenaza al adicto no se pudiese evitar por otras vías menos lesivas, y condenan a parientes porque en vez de transmitirle una dosis de droga, podrían haber optado por otras alternativas

¹⁵⁵ STS 784/2007, de 2 de octubre de 2007, FJ 3; STS 396/2012, de 25 de mayo de 2012, FJ 3; entre otras muchas

¹⁵⁶ SSTS 1441/2000, de 22 de septiembre de 2000, FJ 1.

¹⁵⁷ STS 1580/1994, de 12 de septiembre de 1994, FJ 1.

¹⁵⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA A., “Venta de cantidades mínimas de drogas: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, pp. 76 a 77.

¹⁵⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 74

¹⁶⁰ SAYAS SIMÓN, S., *Alcance del Bien jurídico penal en el delito de tráfico de drogas: una alternativa político- criminal despenalizadora*, p. 263 y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p 71.



terapéuticas disponibles¹⁶¹, lo cual es un requisito de estado de necesidad y no de atipicidad. Sin embargo, el TS ha señalado que el estado de necesidad es inaplicable en los delitos contra la salud pública, teniendo en cuenta la extraordinaria gravedad potencial de las consecuencias, y que el estado de necesidad solo se justifica ante un peligro grave e inminente¹⁶². Sin embargo, es posible encontrar sentencias en las que, a pesar de no aplicar el estado de necesidad –ni siquiera como eximente incompleta–, se aplica un atenuante analógico por entender que la conducta tenía una finalidad humanitaria¹⁶³.

Algo distinto es el tratamiento desde la perspectiva de las llamadas causas de exculpación en favor de tercero, que determina la impunidad de la conducta sólo al círculo de allegados más cercanos apelando a que, en las concretas circunstancias del caso, no le es exigible cumplir con una determinada norma general. Esta restricción es la que parece plasmarse en la exigencia de que el que suministre la droga sea familiar o allegado del drogadicto donatario¹⁶⁴.

Sin embargo, suponer que se trata de una causa de justificación implica aceptar la tipicidad de la conducta. ¿Acaso si se admite la atipicidad del servidor de la posesión y de las donaciones esporádicas a consumir, podemos considerar que es delictivo una donación de droga compasiva? Como ya ha quedado explicado, no se puede decir que la conducta ponga en peligro la Salud Pública ni que exista ánimo de traficar, por tanto, no deben considerarse como ilícitos penales. La STS 2015/1993 lo deja claro: “no es que concurra un especial estado de necesidad que obligue a esa entrega gratuita. Es

¹⁶¹ La STS 665/2014, de 16 de octubre de 2014, FJ 1 declara que “existen otras alternativas terapéuticas” y la STS 53/2009, de 26 de enero de 2009, FJ 3 que “el hermano del acusado estaba siguiendo un tratamiento de deshabituación en el centro penitenciario donde se encontraba, en el que, en todo caso contaba con la asistencia médica correspondiente, ninguna justificación podría tener la entrega de la droga que les fue intervenida”.

¹⁶² SSTS 2349/1992, de 6 de noviembre de 1992, FJ 2 y 1412/2002, de 19 de julio de 2002, FJ 3.

¹⁶³ En este sentido, la STS 1121/1997, de 18 de septiembre de 1997, FJ 2 afirma: “No existen los datos precisos para apreciar, siquiera en grado de incompleta, la eximente de estado de necesidad, mas no cabe duda que la actuación de la acusada tuvo una motivación humanitaria dirigiendo su acción -en su sentir y pensar- hacia la evitación de un mal ajeno que si bien podía ser paliado de otros modos, para la inculpada se ofreció éste como más expeditivo, aun a costa de lesionar un bien jurídico digno de apreciación. Es de apreciar la atenuante analógica”

¹⁶⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, p. 76.



algo más. Es que no hay lesión de bien jurídico alguno” y afirma contundentemente “no hay tráfico ilegal¹⁶⁵”.

Es cierto que, si una conducta es atípica, lo debe ser independientemente de quién sea el sujeto activo, y que limitar únicamente la legalidad a los familiares y allegados es más propio de una causa de exculpación. Sin embargo, una actuación compasiva o altruista solo es verosímil en el contexto de una relación familiar o de afecto. Esta relación cercana sería indiciaria de que la intención no es el tráfico, sino el bienestar del receptor. Cuando la donación es realizada por un desconocido, las donaciones no son “compasivas” ni “altruistas”, y es más probable que se trate de un acto de tráfico ilícito¹⁶⁶. Por lo tanto, la diferencia no vendría tanto por la relación del sujeto activo para con la víctima, sino porque en estas conductas no cabe afirmar que exista el elemento subjetivo adicional de “ánimo de traficar” ni favorecimiento del tráfico, y entre desconocidos sí, aunque se podría dar otro supuesto de atipicidad dependiendo del caso.

IV. Ventas de cantidades insignificantes.

El art. 368 del Código Penal no establece cuantía mínima en la cantidad de droga, lo que implicaría, en principio, que todo acto encaminado al tráfico sería delictivo, sea cual fuere la cantidad. Sin embargo, como ya hemos visto, es necesario que haya peligro para el bien jurídico, la salud pública¹⁶⁷. En muchas ocasiones el Tribunal Supremo fundamenta las conductas atípicas ya estudiadas, como el consumo compartido o las donaciones de pequeñas cantidades, en la insignificancia del acto y a la escasa cantidad de la droga¹⁶⁸. Sin embargo, a continuación, vamos a analizar actos de tráfico en los que no está presente ni el ánimo de evitar el síndrome de abstinencia,

¹⁶⁵ STS 2015/1993, de 16 de septiembre de 1993, FJ 2.

¹⁶⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, pp. 79 a 80.

¹⁶⁷ STS 901/2006, de 27 de septiembre de 2006, FJ 6 “deben de quedar excluidas de la punición por este delito de aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido”.

¹⁶⁸ MAJÓN-CABEZA OLMEDA A., “Venta de cantidades mínimas de drogas: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, p. 50.

ni se dan las circunstancias del consumo compartido o de la invitación a un consumidor, y en los que, además, hay un ánimo de lucro.

La atipicidad de las ventas de cantidades muy pequeñas se basa en el “principio de insignificancia”, entendiendo 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... potencialidad dañina que desaparece en los supuestos de cantidades insignificante”¹⁶⁹. Por tanto, el principio de insignificancia supone aplicar un sistema de mínimos, dejando fuera de la norma penal aquellas conductas donde el legislador ha decidido no intervenir¹⁷⁰.

En un primer momento la jurisprudencia era bastante contradictoria sobre la posibilidad de aplicar este principio de insignificancia y sobre las cantidades que se debían considerar como mínimas. Así, a favor podemos encontrar SSTS 1889/2000 de 11 de diciembre¹⁷¹ (venta de 0,02 gramos de cocaína), 557/2002 de 15 de marzo¹⁷² (venta de 0.025g de cocaína mezclado con heroína, sin concretar pureza), 1746/2002 de 23 de octubre¹⁷³ (venta de 0.07 gramos de cocaína cuya pureza se desconoce) 358/2003 de 16 de junio¹⁷⁴ (venta de 0.023 mg de heroína en pureza); mientras que en contra también encontramos sentencias como la STS 901/2003, de 21 de junio¹⁷⁵, que a pesar de que se vendían cantidades mínimas similares a las otras sentencias (0.227 gramos de cocaína con una pureza del 8,4%, 0.019 gramos en pureza) afirma que en los delitos graves, como lo es el delito de tráfico de drogas, no es posible invocar un principio de insignificancia.

Ante tal incertidumbre, la Sala II TS acuerda en el Pleno no jurisdiccional, de 24 de enero de 2003, solicitar un informe al Instituto nacional de Toxicología donde se determinó la llamada “dosis mínima psicoactiva”. Si bien en la STS 272/2004 de 5 de

¹⁶⁹ STS 358/2003, de 16 de junio de 2003, FJ 1.

¹⁷⁰ MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, p. 84.

¹⁷¹ STS 1889/2000, de 11 de diciembre de 2000, FJ 4.

¹⁷² STS 557/2002, de 15 de marzo de 2002, FJ 2.

¹⁷³ STS 1746/2002, de 23 de octubre de 2002, FJ 2.

¹⁷⁴ STS 358/2003, de 16 de junio de 2003, FJ 1.

¹⁷⁵ STS 901/2003, de 21 de junio de 2003, FJ 2.

marzo¹⁷⁶ se afirmó que la atipicidad de estas conductas no parte del principio de psicoactividad, sino del principio de insignificancia, este acuerdo se plasmó jurisprudencialmente en las SSTS 1982/2002 de 28 de enero de 2004¹⁷⁷, 1517/2004 de 28 de diciembre de 2004¹⁷⁸, y en el Pleno de la Sala Segunda de 3 de febrero de 2005 se ratificó el acuerdo anterior, decidiendo mantener el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas¹⁷⁹.

Por “dosis mínima psicoactiva” se entiende a la dosis mínima para poder provocar en el sujeto alguna alteración apreciable sobre el cuerpo humano, y según el Instituto Nacional Toxicológico, esta viene fijada en las siguientes cantidades:

Tabla 2 Instituto Nacional de Toxicología dosis mínimas psicoactivas

	Dosis habitual más baja	Dosis habitual más alta	Dosis media	Dosis mínima psicoactiva
Heroína	0,05 g	0,15 g	0,10 g	0,66 mg o 0,00066 g
Morfina	0,01 g	0,08 g	-	2 mg o 0,002g
LSD	0,019 mg	0,30 mg	0,132mg	0,02-0,025 mg
MDA/MDMA	0,02 g	0,150 g	0,08 g	0,02-0,05 g
Cocaína	0,10 g	0,25 g	-	50 mg o 0,05g
Anfetaminas	0,03 g	0,006	-	10 mg o 0,01 g
Marihuana	1,5 g	2 g	-	10 mg (vía oral), 5 mg/m ² de superficie
Hachís	0,30 g	0,50 g	-	10 mg (vía oral), 5 mg/m ² de superficie

La venta de cantidades inferiores a la tenida como dosis mínima psicoactiva es atípica por falta de objeto material, porque no hay droga, lo que supone que no es posible ninguna afectación a la salud individual ni tampoco a la salud colectiva, cuando

¹⁷⁶ STS 272/2004, de 5 de marzo de 2004, FJ 1.

¹⁷⁷ STS 1982/2002, de 28 de enero de 2002, FJ 3.

¹⁷⁸ STS 1517/2004, de 28 de diciembre de 2004, FJ 1.

¹⁷⁹ MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, p. 85.



la cantidad es superior a la mínima psicoactiva, entonces habrá que probar en cada caso el peligro para la Salud Pública.

Concreta la STS 199/2020 de 15 de mayo que debe limitarse a supuestos de “absoluta insignificancia que determinan la atipicidad por falta de objeto, en supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que esta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal¹⁸⁰”. Así mismo, solo tiene consideración de droga, desde el punto de vista delictivo, la sustancia que es apta para producir los efectos que le son propios, por lo tanto, necesita ser analizada la sustancia para saber si realmente produce efectos dañinos¹⁸¹.

Con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio se añadió un atenuante al art. 368 CP ,que permite rebajar la pena en un grado “en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”, lo cual, supone la posibilidad de atenuar las penas de aquellas drogas en las que no se superan los umbrales de la dosis mínima psicoactiva¹⁸². Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo sigue aplicando el concepto de dosis mínima psicoactiva y entendiendo que no hay objeto material en los casos de cantidades inferiores a la dosis mínima, por lo que se sigue manteniendo la atipicidad.

¹⁸⁰ STS 199/2020, de 20 de mayo de 2020, FJ 2.

¹⁸¹ STS 119/2006, de 13 de febrero de 2006, FJ 1.

¹⁸² SAYAS SIMÓN, S., *Alcance del Bien jurídico penal en el delito de tráfico de drogas: una alternativa político- criminal despenalizadora*, p. 263 y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, pp. 297 a 298.



CONCLUSIONES.

Es innegable que el consumo de drogas, ya sean legales o ilegales, es un problema creciente de nuestra sociedad. A pesar de que la cuestión del bien jurídico no es pacífica, no cabe duda de que el Estado, en su deber de salvaguardar los intereses de los ciudadanos, debe proteger la Salud Pública y garantizar unos estándares mínimos de bienestar general. Pero la Salud Pública no explica en modo alguno la distinción entre drogas legales e ilegales, pues el alcohol es la sustancia psicoactiva más consumida, y el tabaco una causa de muerte mayor que los accidentes de tráfico y el consumo de drogas ilegales juntos. Por tanto, el objeto material del delito queda establecido, no por el peligro que esas drogas generen a la Salud Pública, sino por su inclusión o no dentro de los convenios internacionales de los que España es parte.

El autoconsumo de drogas se encuentra fuera del alcance del artículo 368 CP dado que no incide de ninguna forma en la colectividad. Al igual que no se castiga el suicidio o las autolesiones, el derecho no puede –o no debe– inferir en la libertad que atañe a la estricta esfera privada de cada individuo. No obstante, si se decide no prohibir –al menos penalmente– el autoconsumo, se debe mantener una cierta coherencia. El artículo 368 CP ha querido abarcar cualquier otra conducta que de algún modo esté encaminada al consumo, y han sido los Tribunales quienes, ante un legislador excesivamente preocupado en prohibir y castigar, han delimitado la ratio punitiva del artículo.

Los supuestos de atipicidad creados jurisprudencialmente cumplen la función fundamental de acotar la tipicidad del delito de Tráfico de Drogas; ya sea por la insignificancia del acto, por no afectar al bien jurídico, por la ausencia de ánimo de traficar o por su equiparación con el autoconsumo. Los supuestos de atipicidad estudiados en este trabajo carecen de transcendencia supraindividual, siendo los destinatarios personas ya iniciadas en las drogas y determinada a consumir. Son casos de consumidores que en un contexto de socialización invitan a un amigo a consumir con ellos, que se organizan para comprar la droga juntos o madres preocupadas por sus hijos adictos que en un acto de desesperación deciden proporcionarles una dosis para paliar su sufrimiento.



Sin embargo, preocupa la contradicción y la aplicación de criterios de construcción jurisprudencial de manera mecánica, como si se trataran de verdaderos elementos del tipo. Por eso, la crítica en torno a los requisitos que la “jurisprudencia de la excepcionalidad” ha venido implementando de manera estricta. Por otra parte, es alentador que las últimas sentencias del Tribunal Supremo hayan mostrado una tendencia a flexibilizar los requisitos, llegando incluso a reconocer la problemática y hacer autocrítica. Hablar de despenalización o proponer una redacción alternativa del artículo implica profundizar en muchas otras cuestiones, tanto jurídicas como metajurídicas, que no han sido abordadas en este trabajo. Sin embargo, es importante estar abiertos a un debate sobre políticas más humanas y eficientes.

BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN BALLESTER, E., “Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas”, lección magistral leída en la apertura del curso 1990-91, Fundación Universitaria San Pablo Ceu, Valencia, 1990. Disponible en: <https://repositorioinstitucional.ceu.es/jspui/handle/10637/2894>
- BREAU GARCÍA, A., *El delito farmacológico y su objeto material* (tesis doctoral). Universidad de Valencia, Valencia, 2023. Disponible en: <https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/49359f8b-1a9a-4dc8-b858-f47e47bbab8f/content>.
- CASANUEVA SANZ, I., “El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual”, en *Derecho & Sociedad* n°56, 2021, pp. 1 a 34. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8024634>
- DÍAZ CORTÉS, L., “Aproximación al concepto de droga ilícita a efectos penales”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 134, 2018, pp. 1 a 14.
- DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales: Evolución reciente”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 40, 1987, pp. 347 a 4000. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46306>
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas*, 1º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ESCOHOTADO, A., *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, Titivillus [editor digital], ePub base r1.2, 2005.
- FRIEYRO ELICEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- HAMMU, R., *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas* (tesis doctoral). Universidad de Granada, Granada, 2015. Disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/47476/26513092.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Librería Bosch, S.L, Zaragoza, 1999.

- LUENGO CELADILLA, S., *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, Universidad de León
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI.: “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 56, 2003, pp. 45- 112. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217109>
- MARAVER GÓMEZ, M., “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, nº2, 2024, pp. 1 a 58. Disponible en: <https://indret.com/la-doctrina-del-consumo-compartido-en-el-delito-de-trafico-de-drogas/>
- MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2008.
- MOLINA PÉREZ, T.: “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, en *Anuario jurídico y económico Escorialense*, nº 18, 2005, pp. 93 a 116. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1143004>
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1987.
- Salgado González, Á., “Tipicidad y antijuricidad. Anotaciones dogmáticas”, en *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, nº 23, 2020, pp. 101 a 112. Disponible en: <https://repositorio.unicartagena.edu.co/handle/11227/10257>
- SAYAS SIMÓN, S., *Alcance del Bien jurídico penal en el delito de tráfico de drogas: una alternativa político- criminal despenalizadora* (tesis doctoral). Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2015. Disponible en:
https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/18010/4/0726209_00000_0000.pdf
- SEQUEROS SAZATORNIL, F. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2000.

ANEXO 1: ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Tribunal supremo

Año 1981

- Sentencia del Tribunal Supremo de 06 de abril de 1981 (Sala de lo penal, Sección 1ª). Recurso de casación. Ponente: Juan Latour Brotons.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1981 (Sala de lo penal, Sección 1ª). Recurso de casación. Ponente: Manuel García Miguel.

Año 1985

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1985 (Sala de lo penal, Sección 1ª). Recurso de casación. Ponente: Benjamín Gil Sáez.
- Sentencia del tribunal Supremo de 15 de julio de 1985 (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: José Augusto de Vega Ruiz.

Año 1992

- Sentencia del Tribunal Supremo 2349/1992 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de noviembre de 1992 (recurso 5916/1990).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2750/1992 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de diciembre 1992 (recurso 4863/1990).

Año 1993

- Sentencia del Tribunal Supremo 216/1993 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 4 de febrero de 1993 (recurso 2406/1991).
- Sentencia del Tribunal Supremo 715/1993 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 25 de marzo de 1993 (recurso 5322/1990).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1236/1993 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 29 de mayo de 1993 (recurso 1471/1991).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1799/1993 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 15 de julio de 1993 (recurso 1455/1992).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2015/1993 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de septiembre de 1993 (recurso 3832/1991).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2158/1993 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de octubre de 1993 (recurso 1067/1992).



Año 1994

- Sentencia del Tribunal Supremo 171/1994 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 7 de febrero de 1994 (recurso 2749/1992).
- Sentencia del Tribunal Supremo 670/1994 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 17 de marzo de 1994 (recurso 3344/1992).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1090/1994 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de mayo de 1994 (recurso 447/1993).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1306/1994 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de junio de 1994 (recurso 134/1994).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1580/1994 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 12 de septiembre de 1994 (recurso 721/1994)
- Sentencia del Tribunal Supremo 1782/1994 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de octubre de 1994 (recurso 3729/1993).

Año 1995

- Sentencia del Tribunal Supremo 323/1995 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de marzo de 1995 (recurso 1071/1994).
- Sentencia del Tribunal Supremo 467/1995 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 de marzo de 1995 (recurso 2628/1994).
- Sentencia del Tribunal Supremo 849/1995 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 7 de julio de 1995 (recurso 3054/1994).

Año 1996

- Sentencia del Tribunal Supremo 605/1996 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 20 de septiembre de 1996 (recurso 3576/1995).

Año 1997

- Sentencia del Tribunal Supremo 12/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 17 de enero de 1997 (recurso 3541/1995)
- Sentencia del Tribunal Supremo 223/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de marzo de 1997 (recurso 2457/1995).
- Sentencia del Tribunal Supremo 453/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 15 de abril de 1997 (recurso 397/1996).



- Sentencia del Tribunal Supremo 775/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 31 de mayo de 1997 (recurso 3557/1995).
- Sentencia del Tribunal Supremo 955/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de julio de 1997 (recurso 1134/1996).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1032/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de julio de 1997 (recurso 3054/1996).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1121/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de septiembre de 1997 (recurso 238/1997).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1342/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de noviembre de 1997 (recurso 919/1997).

Año 1998

- Sentencia del Tribunal Supremo 1653/1998 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 de diciembre de 1998 (recurso 1928/1998).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1657/1998 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 de diciembre de 1998 (recurso 1017/1997).

Año 1999

- Sentencia del Tribunal Supremo 789/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de mayo de 1999 (recurso 123/1998).
- Auto del Tribunal Supremo 1422/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 de junio de 1999 (recurso 2639/1998).

Año 2000

- Sentencia del Tribunal Supremo 1441/2000 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2000 (recurso 1832/2000).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1889/2000 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de diciembre de 2000 (recurso 3751/1998).

Año 2001

- Sentencia del Tribunal Supremo 1453/2001 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de julio de 2001 (recurso 4585/1999).
- Sentencia del tribunal Supremo 1438/2001 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de julio de 2001 (recurso 3584/1999).



Año 2002

- Sentencia del Tribunal Supremo 1981/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 20 de enero de 2002 (recurso 1811/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1982/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 de enero de 2002 (recurso 3011/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo 557/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 15 de marzo de 2002 (recurso 3178/2000).
- Sentencia del Tribunal Supremo 401/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 15 de abril de 2002 (recurso 2408/2000).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1003/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de junio de 2002 (recurso 41/2002).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1412/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de julio de 2002 (recurso 1068/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1429/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 24 de julio 2002 (recurso 882/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1704/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de octubre de 2002 (recurso 1086/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1746/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de octubre de 2002 (recurso 443/2001).

Año 2003

- Sentencia del Tribunal Supremo 390/2003 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de marzo de 2003 (recurso 748/2002).
- Sentencia del Tribunal Supremo 358/2003 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de junio de 2003 (recurso 701/2002).
- Sentencia del Tribunal Supremo 901/2003 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de junio de 2003 (recurso 423/2002).

Año 2004

- Sentencia del Tribunal Supremo 272/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de marzo de 2004 (recurso 423/2002).



- Sentencia del Tribunal Supremo 294/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 10 de marzo de 2004 (recurso 51/2003).
- Sentencia del Tribunal Supremo 423/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de abril de 2004 (recurso 2913/2002).
- Sentencia del Tribunal Supremo 857/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 de junio de 2004 (recurso 1097/2003).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1222/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de octubre de 2004 (recurso 1925/2003).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1490/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 de diciembre de 2004 (recurso 2451/2003).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1517/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 de diciembre de 2004 (recurso 179/2004).

Año 2005

- Sentencia del Tribunal Supremo 390/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de marzo de 2005 (recurso 559/2004)
- Sentencia del Tribunal Supremo 559/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de abril de 2005 (recurso 233/2004).
- Sentencia del Tribunal Supremo 873/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de julio de 2005 (recurso 673/2004).

Año 2006

- Sentencia del Tribunal Supremo 119/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 13 de febrero de 2006 (recurso 1508/2004).
- Sentencia del Tribunal Supremo 456/2006 (sala de lo Penal, Sección 1ª), de 24 de abril de 2006 (recurso 649/2005).
- Sentencia del Tribunal Supremo 632/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 8 de junio de 2006 (recurso 1921/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo 718/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 30 de junio (recurso 486/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo 901/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de septiembre de 2006 (recurso 1864/2005).



Año 2007

- Sentencia del Tribunal Supremo 765/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de septiembre de 2007 (recurso 533/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo 784/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 2 de octubre de 2007 (recurso 569/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo 861/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 24 de octubre de 2007 (recurso 10852/2006).

Año 2009

- Sentencia del Tribunal Supremo 53/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de enero de 2009 (recurso 2268/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1254/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de diciembre de 2009 (recurso 487/2009).

Año 2011

- Sentencia del Tribunal Supremo 425/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de mayo 2011 (recurso 2412/2010).

Año 2012

- Sentencia del Tribunal Supremo 107/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 de febrero de 2012 (recurso 1197/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo 396/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 25 de mayo de 2012 (recurso 1296/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo 484/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 12 de junio de 2012 (recurso 2042/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo 553/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 de junio de 2012 (recurso 2169/2011).

Año 2013

- Sentencia del Tribunal Supremo 713/2013 (Sala de lo penal, Sección 1ª), de 24 de septiembre de 2013 (recurso 2206/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo 761/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 15 de octubre de 2013 (recurso 236/2013).



Año 2014

- Sentencia del Tribunal Supremo 665/2014 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de octubre de 2014 (recurso 782/2014).
- Sentencia del Tribunal Supremo 890/2014 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de diciembre de 2014 (recurso 1337/2014).

Año 2015

- Sentencia del Tribunal Supremo 1152/2015 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de julio de 2015 (recurso 911/2015).

Año 2016

- Sentencia del Tribunal Supremo 741/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de octubre 2016 (recurso 242/2016).

Año 2019

- Sentencia del Tribunal Supremo 183/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 2 de abril de 2019 (recurso 339/2018).

Año 2020

- Sentencia del Tribunal Supremo 199/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 20 de mayo de 2020 (recurso 3224/2018).
- Sentencia del Tribunal Supremo 380/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 8 de julio de 2020 (recurso 4006/2018).
- Sentencia del Tribunal Supremo 704/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 17 de diciembre de 2020 (recurso 718/2019).

Año 2021

- Sentencia del Tribunal Supremo 816/2021 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de octubre de 2021 (recurso 4679/2019).

Año 2022

- Sentencia del Tribunal Supremo 382/2022 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 20 de abril de 2022 (recurso 2739/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo 391/2022 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de abril de 2022 (recurso 4733/2020).



Año 2023

- Auto del Tribunal Supremo 263/2023 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de febrero de 2023 (recurso 4334/2022).

Audiencias Provinciales

2021

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 86/2021, (Sección 1ª), de 10 de marzo de 2021 (recurso 47/2019).

2023

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 705/2023, (Sección 8ª), de 29 de septiembre de 2023 (recurso 547/2023).