

Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2014 / 2015

Convocatoria: Julio

**LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ERROR EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

THE JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVE ABOUT THE ERROR IN THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING

Realizado por el alumno D. Eduardo Mederos Ramos

Tutorizado por el Profesor D. José Ulises Hernández Plasencia

Departamento: Derecho Penal

Área de conocimiento: Derecho Penal

#### ABSTRACT

With this work we will make a study about the crime of drugs trafficking, focusing the attention on the subjective aspect of it. In particular, we will examine the cases where the subject is in a state of ignorance about the illegality of their actions, and above all the cases of ignorance about the facts, in relation to the material object and the quality and severity of the substance, that could lead, in principle, to the application of the *error de tipo*, and that the Tribunal Supremo revolved today with the doctrine of *willfull blindness*, anglo controversial and discussed figure that it has acquired much importance since the beginning of the century in our country. We analyze the evolution in the application for the crime of drugs trafficking and as has been criticized by the doctrine.

#### RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Mediante el presente trabajo realizaremos un estudio sobre el delito de tráfico de drogas centrandó la atención en el aspecto subjetivo del mismo. En concreto vamos a analizar aquellos supuestos en los que el autor se encuentra en una situación de desconocimiento respecto a la antijuricidad de su actuar, y sobre todo los casos de desconocimiento sobre las circunstancias del hecho, tanto en relación con el objeto material del delito como la calidad de las sustancias, lo que daría lugar, en principio, a la aplicación del error de tipo, y que el Tribunal Supremo español viene solucionando a día de hoy, entre otras, mediante la doctrina de la "ignorancia deliberada" (*wilful blindness*); controvertida y discutida figura anglosajona que ha adquirido gran importancia desde comienzos de siglo en nuestro país. Analizaremos su evolución jurisprudencial en la aplicación respecto del delito de tráfico de drogas y como ha sido criticada por parte de la doctrina.

## ÍNDICE

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS .....	6
III. EL ERROR EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.....	11
1. El error de tipo en el tráfico de drogas.....	15
A) El error sobre el objeto material .....	15
B) El error respecto a la cualidad de la sustancia .....	19
2. La inadmisión del error de prohibición.....	22
3. Algunos criterios jurisprudenciales respecto al error .....	24
IV. LA TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA.....	25
1) La ceguera ante los hechos de Günther Jakobs.....	27
2) La ignorancia deliberada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	29
V. CONCLUSIONES.....	34
VI. BIBLIOGRAFÍA .....	35

## I. INTRODUCCIÓN

El narcotráfico, liderado por grandes organizaciones criminales como los carteles de México o Colombia, se ha convertido por razón de la globalización, en un importante problema económico, político y social que afecta a todos los países del mundo, y sobre el que se han volcado tanto las legislaciones nacionales como la internacional para limitarlo y detenerlo.

Con el delito de tráfico de drogas se lucha contra la difusión del consumo ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes, que intenta proteger la "salud pública"<sup>1</sup>, entendida como salud colectiva, suma de la salud de todos los individuos de la comunidad. Siendo este el bien jurídico protegido por el delito, nos encontramos, como señala la doctrina mayoritaria, ante un delito de peligro abstracto y mera actividad<sup>2</sup>, ya que para el castigo de las conductas de tráfico no es necesaria la efectiva producción de un daño, pues basta sólo con la puesta en peligro de la salud pública.

El delito de tráfico de drogas, en su tipo básico, se regula en nuestro país en el Capítulo III del Título XVII del Código Penal ("Delitos contra la salud pública"), en concreto en el artículo 368, que castiga a aquellos que *ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*. El precepto atribuye mayor pena cuando estas conductas se realizan con sustancias que son consideradas como gravemente perjudiciales para la salud, debido al mayor peligro que suponen para el bien jurídico que se protege.

De los múltiples supuestos en los que puede tener lugar el delito de tráfico de drogas, ya que se penaliza el cultivo o elaboración de sustancias, la venta, la donación, y así, toda conducta facilitadora o favorecedora del consumo ilegal, los casos más

---

<sup>1</sup> El artículo 34 de la Constitución Española reconoce la salud pública como un derecho fundamental de todos los ciudadanos que le compete proteger a los poderes públicos.

<sup>2</sup> Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. JAVIER, El delito de tráfico de drogas, p. 25. Para JOSHI JUBERT, UJALA, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, pp. 44 y 45 se trata de un delito mixto, a veces de mera actividad y otras de resultado pues "el delito de tráfico de drogas describe diversas conductas, algunas de las cuales exigen, además de la conducta, un resultado material mientras que las otras agotan su tipicidad en la mera realización de la conducta".

comunes en nuestro país, y en los que nos centraremos en este trabajo, son aquellos en los que el sujeto es interceptado transportando sustancias estupefacientes.

Cuando el sujeto es detenido siendo conocedor de la sustancia que transporta no se suelen plantear problemas en el obrar doloso del autor; sin embargo, en la gran mayoría de los casos, es frecuente que los sujetos aleguen el desconocimiento de que estaban realizando un acto de tráfico, bien por error o por ignorancia, es decir, que desconocían que lo que transportaban era una droga tóxica o una sustancia estupefaciente, o incluso ignoraban que se trataba de una sustancia de las que causa grave daño a la salud; y es que, el ánimo de traficar, como voluntad interna del sujeto que integra el dolo en este delito, y que abarca el conocimiento de que se están realizando actos de tráfico con sustancias estupefacientes, debe exteriorizarse de tal modo que se revele dicho elemento subjetivo por el sujeto.

En el Derecho Penal, los supuestos en los que se actúa con desconocimiento o representación falsa se resuelven, en principio, con la aplicación de la teoría del error, ya sea de tipo o de prohibición, que el Código Penal regula en su artículo 14, y que excluye o atenúa la responsabilidad penal del sujeto dependiendo de la evitabilidad o no del mismo. Sin embargo, en los supuestos de tráfico de drogas, como veremos, es difícilmente apreciable un desconocimiento en la realización de las conductas que describe el tipo, debido principalmente a la notoriedad de la prohibición respecto a las drogas y al posible conocimiento de la conducta que se realiza. Por ello, la jurisprudencia ha seguido hasta la fecha una línea fuertemente reticente en la apreciación o aplicación del error en el tráfico de drogas, adoptando un claro automatismo en la atribución del conocimiento al sujeto, el cual se ha visto acrecentado aún más por la aparición de la *ignorancia deliberada*, una figura de reciente discusión que deriva de la doctrina anglosajona, muy criticada por parte de la doctrina por ser difícilmente compatible con las garantías constitucionales del derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad que rigen en nuestro proceso penal. Precisamente en la viabilidad jurídica del error en el delito de tráfico de drogas se centra nuestra atención en nuestro trabajo.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

La regulación del Código Penal de los delitos de tráfico de drogas es fruto de una política criminal represiva caracterizada por la imposición de sanciones elevadas, que ofrece muy pocas alternativas sociales o rehabilitadoras para la drogodependencia. La represión recae principalmente sobre las clases sociales más bajas o débiles que recurren al tráfico de drogas como una alternativa económica.

En el tratamiento legal de la tenencia de drogas tóxicas existe un criterio predominantemente prohibicionista, tanto a nivel estatal como internacional<sup>3</sup>, a lo que MUÑOZ CONDE<sup>4</sup> señala que deben utilizarse criterios distintos a los represivos en la regulación, por ejemplo, excluyendo del ámbito penal aquellas sustancias que de manera objetiva no causen más daño que las de tráfico legal, sometiéndolas a un control administrativo; además, hay que señalar que es opinión generalizada que el método represivo es un fracaso absoluto ya que su finalidad es la erradicación de la oferta y la demanda del consumo ilegal de drogas<sup>5</sup>. El carácter prohibicionista se ve reflejado en una evolución legislativa que ha mostrado un Legislador bastante preocupado no por definir de una forma adecuada las conductas típicas, sino por conseguir englobar dentro del ámbito punitivo casi cualquier comportamiento relativo al consumo ilegal de drogas tóxicas<sup>6</sup>. Por ello, la jurisprudencia “*ha establecido criterios interpretativos tendentes a limitar la excesiva amplitud con que se describe la conducta típica*” (STS 33/1997, de 22 de enero). Como ha ocurrido con las sustancias, se han interpretado restrictivamente las conductas típicas, lo que ha dado lugar a una tipología de supuestos de atipicidad; el autoconsumo (STS 670/1994, de 17 de marzo), el consumo compartido (STS 1102/2003, de 23 de julio), las entregas a familiares sin contraprestación o para deshabitación (STS 401/2003, de 15 de abril y STS 98/2005, de 22 de diciembre) y los casos de insignificancia (STS 1110/2004, de 5 de octubre).

---

<sup>3</sup> Así lo refleja FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO, Política criminal española en materia de tráfico ilícito de drogas, en Tráfico de drogas y delincuencia conexas (Dir. CATY VIDALES RODRÍGUEZ), pp. 183 y ss.

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte especial, p. 672.

<sup>5</sup> En este sentido véase Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas, Grupo de Estudios de Política Criminal, 1991, Málaga, pp. 21 y ss., que propone entre otras ideas, aplicar al cannabis y sus derivados, así como a otros estupefacientes y psicótrópos, el sistema de control administrativo de los medicamentos y el desarrollo de un sistema de dispensación sin receta como ocurre en Holanda y desde recientemente también en Uruguay.

<sup>6</sup> Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. JAVIER, El delito de tráfico de drogas, op. cit., p. 65

Antes de estudiar de modo específico el elemento subjetivo del tráfico ilícito de drogas nos vamos a detener en el análisis de la acción típica y principalmente del objeto material del delito por que tiene incidencia sobre el propio dolo con el que debe obrar el autor.

a) En primer lugar hay que tener en cuenta que los **comportamientos prohibidos** según el artículo 368 CP son los “*actos de cultivo, elaboración o tráfico*” o aquellos que “*promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal (...)*”. Con esta redacción podría entenderse que se castigan dos conductas típicas alternativas pero la acción típica debe interpretarse como una única conducta, entendiendo la promoción, el favorecimiento o la facilitación al consumo como el núcleo central de la prohibición, siendo los demás actos – los de cultivo, elaboración o tráfico – formas de realización de ese núcleo, el cual gira en torno al *consumo ilegal*<sup>7</sup>, que es la finalidad que el legislador español “*pretende erradicar, debido a la multiplicidad de intereses que resultan comprometidos y lesionados, y cuya salvaguarda es responsabilidad del Estado – desde el monopolio del ciclo de la droga, hasta la salud colectiva –*”<sup>8</sup>.

En resumen, “*lo sancionado sería siempre la realización de cualquier conducta – sea de cultivo, elaboración, tráfico, o cualquier otra – que promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal*”<sup>9</sup>. De esta manera “*el tipo está concebido en términos muy elásticos, que permiten abarcar cualquier comportamiento*”<sup>10</sup>. Esto afecta, sin duda, al *iter criminis* – o grado de ejecución del delito – ya que, la consumación del tipo básico tiene lugar cuando se produce cualquiera de las conductas que tipifica, es decir, “*desde el momento en que existe disponibilidad que permita materializar los propósitos transmisivos*”<sup>11</sup>. Aún sin haber una posesión material de la droga, el delito queda perfeccionado ya con la disponibilidad de la misma (STS 2127/1989, de 21 de marzo y STS 1047/1982, de 16 de julio), por esta razón, actos que podrían tener la consideración de preparatorios para otros delitos integran aquí la consumación, y con ello es difícil

---

<sup>7</sup> Este elemento normativo del tipo es interpretado por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria que consideran que la ilegalidad va referida a las conductas típicas y no al consumo de sustancias (véase MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup> DEL CARMEN, El delito de narcotráfico, pp. 100-101).

<sup>8</sup> MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup> DEL CARMEN, El delito de narcotráfico, p. 73.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, Derecho de las drogas y las drogodependencia, p. 115.

<sup>10</sup> ORTS BERENGUER, ENRIQUE, Derecho Penal. Parte especial, p. 606.

<sup>11</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS, Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial, p. 434.

apreciar la tentativa<sup>12</sup>. Asimismo también se consagra en el artículo 368 del Código Penal un concepto unitario de autor<sup>13</sup>, pues todo el que interviene en esas conductas es autor, no admitiéndose sino sólo excepcionalmente la participación<sup>14</sup>.

b) Concretamente la acción típica se proyecta sobre el **objeto material del delito**, es decir, la “droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica”. Esta es la terminología utilizada por el Código Penal para referirse a la droga, y la misma, puede entenderse, si atendemos a las declaraciones de la Organización Mundial de la Salud, como aquella sustancia, ya sea natural o sintética, que consumida repetidamente en diferentes dosis provoca: 1) dependencia psíquica; 2) tolerancia; 3) dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia. Se sigue pues el concepto médico tradicional, si bien, hay drogas que cumpliendo con esos tres requisitos, no se entienden como tal por cuestiones tanto sociales como económicas, por ejemplo, el alcohol, el tabaco o el café.

Pocas sentencias nos proporcionan un concepto general de “droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica” (STS 264/1996, de 18 de marzo) si bien la tendencia de los Tribunales es la de utilizar el *concepto internacional* de droga, es decir, la que se encuentra incluida en los anexos de los diferentes Convenios internacionales ratificados por España sobre esta materia (STS 9361/1992, de 24 de diciembre; STS 3623/1993, de 27 de octubre; y STS 270/1995, de 31 de enero), por ejemplo, el Convenio de Nueva York de 1961 o el Convenio de Viena de 1971. Sin embargo, aunque la sustancia no se encuentre incluida entre las que son consideradas estupefacientes o psicotrópicos, no se excluye su capacidad para ser objeto material del delito si puede considerarse “droga tóxica” por sus efectos a la salud pública.

Es conveniente desde el punto de vista del Derecho Penal, “*la elaboración de un concepto legal de droga tóxica o estupefaciente que evite el automatismo con que se*

---

<sup>12</sup> La STS 640/2014, de 8 de octubre, reconoce la posibilidad de apreciar la tentativa y los requisitos necesarios para ello en los supuestos de envío de droga desde un país extranjero. En este sentido también la STS 205/2008, de 24 de abril

<sup>13</sup> REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, p. 167 y MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup> DEL CARMEN, El delito de narcotráfico, op. cit., pp. 140-143; también STS 643/2002 de 17 de abril y STS 135/2006 de 14 de febrero.

<sup>14</sup> La jurisprudencia reduce la complicidad a los supuestos de auxilio mínimo, es decir, actos de favorecimiento del favorecedor, “*conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos*” del artículo 368 CP (STS 554/2006, de 16 de junio), por ejemplo, “*el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores, la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía, facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga*”, entre otras (STS 902/2014, de 22 de diciembre).

*considera reiteradamente que algunas sustancias tienen este carácter simplemente por su inclusión en los Convenios internacionales, sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto, ni el bien jurídico protegido en este delito”<sup>15</sup>. En unos casos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han defendido el único y exclusivo vínculo a las sustancias que se contienen en los Convenios, y en otros, han atendido de manera indicativa a las sustancias recogidas en estos, y está última postura es la que permite una mayor flexibilidad, pudiendo incluir dentro de las sustancias prohibidas las de nueva aparición o las descatalogadas y permitiendo así una mejor protección del bien jurídico protegido de salud pública.*

Además, se requiere que la sustancia sea nociva y debido a que la pena del tipo básico distingue la pena en función de la gravedad de la sustancia, para atender a la lesión del bien jurídico protegido hay que distinguir entre aquellas drogas gravemente nocivas para la salud, de las que no. *La “gran mayoría de la doctrina científica es favorable a esta distinción, aunque existen algunos autores partidarios de la equiparación entre drogas y de dar al mismo trato sancionador a todas las sustancias catalogadas como drogas ilegales”<sup>16</sup>. Los autores contrarios a la diferenciación “utilizan argumentos tales como que la distinción entre drogas duras y blandas responde a una operación de marketing que hay que desechar, porque decir que una droga es mejor que otra, es primar su consumo”<sup>17</sup>.*

Según nuestra jurisprudencia son drogas que causan grave daño a la salud, la cocaína (STS 460/2007, de 1 de junio), la heroína (STS 281/2006, de 16 de marzo), la morfina (STS 855/2005, de 27 de junio), el LSD (STS 434/1996, de 17 de mayo), la metanfetamina (STS 1015/2005, de 7 de septiembre), las anfetaminas (STS 2704/1991, de 24 de julio), el MDMA (STS 337/2006, de 23 de marzo) y el *speedball* (STS 1244/2005, de 31 de octubre). Se consideran que no causan grave daño a la salud, por ejemplo, los derivados del cannabis (STS 89/2002, de 25 de enero), las benzodiazepinas (STS 556/1998, de 27 de abril), el Transilium (STS 43/1993, de 15 de enero), el Rivotril (STS 1801/1999, de 28 de junio), el Rohipnol (STS 54/2006, de 1 de febrero) y el Tranquimazín (STS 1174/2002, de 22 de junio). Esta diferenciación jurisprudencial de

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; Derecho Penal. Parte especial, op. cit., p. 675.

<sup>16</sup> MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup> DEL CARMEN, El delito de narcotráfico, op. cit., p. 57.

<sup>17</sup> REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, op. cit., p.122.

las drogas como causantes de mayor o menor daño a la salud deriva de los Convenios internacionales.

La determinación de si una droga causa grave daño a la salud “*no puede depender exclusivamente ni siempre de los efectos que en abstracto pueda originar una sustancia, sino que deberá demostrarse en cada caso que ello es así*”<sup>18</sup>. Al respecto hay que señalar que no puede ampliarse de forma desmesurada el ámbito objetivo del tipo, hasta el punto de alcanzar sustancias que por sus características carezcan de efectos perjudiciales (STS 772/1996, de 28 de octubre). Por ello, aunque el precepto exige el daño a la salud pública como delito de peligro abstracto, debiendo tratarse de una cantidad capaz de ser difundida entre una masa indeterminada de personas, debe probarse la idoneidad de la sustancia para dañar la salud individual de los sujetos. MUÑOZ CONDE<sup>19</sup> señala que la nocividad, como elemento del tipo tiene que ser determinado con criterios médicos y farmacológicos y no únicamente por remisión a los Convenios internacionales.

Por todo lo anterior respecto al objeto material del delito, se hace necesario, como señalan algunos autores, un concepto jurídico-penal autónomo acotado y cierto de las drogas tóxicas y estupefacientes. En este sentido ARROYO ZAPATERO<sup>20</sup> exige que este concepto “*sea coherente con la actual exclusión de todo desvalor respecto de las drogas legales y que permita determinar de una manera segura, dentro de las ilegales, la diferenciación entre las sustancia que causan grave daño a la salud y los demás casos*”. Para ello bastaría con que el concepto abarque sólo las calidades y efectos que afecten a la salud pública que hacen merecedor un reproche penal, diferenciando la combinación de la dependencia física y tolerancia de los casos de mera dependencia psíquica - que produce daños menos graves y es propio de las drogas legales -, y asimismo, sugiere, debido a los multiplicidad de efectos que pueden producir las drogas graves, centrarse para la diferenciación en un elemento común de estas y no presente en las "drogas blandas": la posibilidad de causar la muerte por sobredosis en cantidades ínfimas.

---

<sup>18</sup> Véase JOSHI JUBERT, UJALA, Los delitos de tráfico ilícito de drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 CP, op. cit., p. 95. En el mismo sentido REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, op. cit., p. 126.

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte especial, op. cit., p. 674.

<sup>20</sup> ARROYO ZAPATERO, LUIS, El objeto material en el artículo 368 del CP: Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pp. 364 y ss.

### III. EL ERROR EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

El error es uno de los problemas que más se plantea respecto al aspecto subjetivo del delito de tráfico ilícito de drogas. Es frecuente en los supuestos de transporte de droga que tanto se dan en nuestro país y en los que el sujeto suele alegar el desconocimiento de la sustancia que transportaba. Asimismo, es importante destacar los problemas que pueden plantearse respecto a la gravedad de la sustancia que podría incrementar la penalidad, y dónde el error puede ser más operativo, máxime cuando se trata de drogas de nueva aparición, como ya ha sucedido, al no existir la consideración social de una sustancia como gravemente perjudicial para la salud.

En cuanto al tipo subjetivo del delito de tráfico ilícito de drogas, no estando prevista la comisión por imprudencia de este delito, sólo es posible su comisión dolosa, ya sea mediante dolo directo o dolo eventual.

Siguiendo el concepto unitario del dolo, entendido como la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, en el tipo subjetivo de este delito se requiere, el conocimiento (*elemento cognitivo*) de que el objeto material del delito es droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica (STS 1379/2004, de 27 de noviembre), junto a la conciencia de la nocividad de la sustancia, aunque se desconozca si afecta o no gravemente a la salud, así como también es preciso querer promover, favorecer o facilitar el consumo de terceras personas (*elemento volitivo*)<sup>21</sup>. Se requiere que el dolo abarque la cantidad y la pureza de la droga transportada para los tipos agravados en función de la cuantía, pero no para el tipo básico<sup>22</sup>, aunque en los últimos años el Tribunal Supremo tiende a dar relevancia al conocimiento del grado de pureza de la sustancia también en los actos de tráfico de pequeñas cantidades (véase STS 1037/2008, de 21 de diciembre).

El autoconsumo, es decir, la tenencia de droga para consumirla, es atípico. Aun así hay que establecer una serie de criterios para determinar cuándo se trata de posesión

---

<sup>21</sup> Véase sobre el conocimiento de los elementos objetivos del tipo a BOIX REIG, JAVIER, Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III, p. 319.

<sup>22</sup> En las STS 2213/1994, de 18 de julio y STS 347/1998, de 11 de marzo, se establece que el grado de pureza es relevante para la aplicación del tipo agravado de notoria importancia pero no para el tipo básico.

de sustancias para el tráfico, de la posesión para el propio uso sin ningún ánimo de traficar (ya por ejemplo, desde la STS 670/1994, de 17 de marzo).

Por lo que respecta al ánimo de traficar, pertenece a la esfera del pensamiento del sujeto y por tanto, no es perceptible por los sentidos; por ello, el Tribunal Supremo ha requerido *elementos de naturaleza objetiva* con los que pueda concluirse que la tenencia está encaminada al tráfico y no al autoconsumo. Por ejemplo, se utiliza como deducción de ello la cantidad de la sustancia poseída; así, cuando esta supera la *dosis media de un consumo de cuatro o cinco días* (25 gramos en el caso del hachís, 7,5 gramos tratándose de cocaína o 3 gramos si es heroína) puede castigarse por tráfico ilícito de drogas, pero para determinar esa cantidad no hay que atender solo al propio peso, sino también a la riqueza del “principio activo”. Es decir, hay que estar a la cantidad de droga neta, a la sustancia base una vez reducida a pureza, excluyendo los diluyentes o adulterantes, pues lo relevante es la cantidad de principio activo<sup>23</sup>. Por eso se viene hablando del *criterio de la dosis mínima psicoactiva*, establecida por el Instituto Nacional de Toxicología como la cantidad de una sustancia química, sea natural o sintética, que produce efectos en los organismos vivos afectando a sus funciones neurológicas o neuropsíquicas (50 mg de cocaína o 20 mg de MDMA). Esto es importante, pues atendiendo al principio de proporcionalidad no podría dar lugar a una condena una cantidad insignificante de droga con un principio activo irrelevante, porque no habría una afección al bien jurídico de salud pública (STS 772/1996, de 28 de octubre, STS 1889/2000, de 11 de diciembre, STS 1944/2000, de 18 de diciembre y STS 622/2004, de 10 de mayo). Las resoluciones del Tribunal Supremo más recientes mantienen pues el castigo a partir del mínimo psicoactivo y la impunidad por debajo de este.

Ahora bien, no superándose la cantidad de la sustancia para el autoconsumo existen otros criterios que, analizados en conjunto, permiten inferir la preordenación al tráfico<sup>24</sup>, entre ellos no ser consumidor de la sustancia o drogodependiente (STS 639/2007, de 6 de julio y STS 853/2007, de 26 de octubre), la disposición de la droga en papelines (STS 947/2007, de 12 de noviembre y STS 1106/2008, de 28 de abril), la posesión de balanzas o instrumentos de pesaje (STS 1099/2007, de 27 de diciembre y

<sup>23</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. JAVIER, El delito de tráfico de drogas, op. cit., p. 151.

<sup>24</sup> No hay que probar que han tenido lugar actos de tráfico sino la intención de hacerlo (STS 1013/2005, de 16 de septiembre).

STS 182/2008, de 21 de abril) y cantidades de dinero fraccionadas en billetes (STS 706/2006, de 14 de junio), etcétera.

En consecuencia, el ánimo de traficar, debe deducirse – por prueba indiciaria - de esos elementos de carácter objetivo que hemos señalado, y es que, si se carece de prueba directa, mediante la prueba indiciaria el Tribunal deducirá la preordenación al tráfico como juicio de intenciones o de inferencia (STS 1511/2005, de 27 de diciembre) que deberá fundamentarse en la sentencia exponiéndose todos los indicios deducidos con inferencias lógicas y racionales (STS 1719/2003, de 17 de diciembre). En este sentido la STS 638/2007, de 4 de julio, establece que: *“tratándose de la aprehensión de un elemento subjetivo, como es el conocimiento de lo que transportaba, para llegar a la certeza de este dato, fuera de la improbable aceptación de este hecho por el transportista, habrá que acudir a la valoración enlazada de una serie de indicios o datos que nos permitan llegar, a través de un juicio de inferencia explicitado a la conclusión a la que se quiere llegar. En definitiva, los elementos del dolo tanto en relación al conocimiento como a la voluntad, suelen ser aprehendidos por vía de inferencia más que verificados por vía empírica dada su naturaleza de hechos subjetivos”*<sup>25</sup>. En definitiva, la tenencia de droga sólo es punible si concurre el ánimo de traficar, que deberá probarse, y es que, *“admitir un régimen de presunciones basado en la modalidad iuris tantum comportaría, consecuentemente una inversión de la carga de la prueba, lo que sería inadmisibles en un proceso penal y contrario al principio de presunción de inocencia”*<sup>26</sup> del artículo 24.2 CE.

En lo que nos interesa en este trabajo, hay que señalar que el dolo puede verse excluido, y por tanto la responsabilidad penal del sujeto, quedando la conducta impune. El dolo contiene un elemento cognoscitivo que supone para el sujeto el conocimiento de la acción que ejecuta, pero además debe conocer también que tal acción es antijurídica. Ello implica que si hay desconocimiento o el conocimiento es falso o equivocado nos encontraríamos ante un supuesto de error, que podría tener importantes consecuencias para la tipicidad o para la culpabilidad. Así ha puesto de manifiesto SAINZ CANTERO-CAPARROS que *“dada la complejidad conceptual del objeto material (...) y la tremenda amplitud de la conducta típica que dificulta la precisión de los límites de lo prohibido, los supuestos de error de tipo o de prohibición (carácter prohibido de la*

<sup>25</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. JAVIER, El delito de tráfico de drogas, op. cit., p. 36.

<sup>26</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO, El tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico, p. 94.

*sustancia o ilegalidad de su posesión, elaboración o tráfico) pueden ser frecuentes, si bien, el TS es reacio en su jurisprudencia a reconocer tales supuestos de error, y sobre todo a concederles relevancia que pueda afectar a la incriminación*<sup>27</sup>.

Así, por un lado en la comisión de un delito, el autor debe conocer los elementos del tipo objetivo, por lo que el desconocimiento de los mismos excluiría el dolo por *error de tipo*, puesto que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, es decir, afecta a un elemento que integra la infracción penal. Podríamos señalar como ejemplo en el tráfico ilícito de drogas el desconocimiento por el acusado del objeto material del delito, al creer que la sustancia que se le ha incautado era un medicamento ordinario de lícito comercio y no una droga tóxica o estupefaciente.

El error de tipo, afectando al elemento intelectual del dolo, recae sobre cualquiera de los elementos objetivos que integran el tipo. Respecto de estos, basta que el sujeto tenga una *valoración paralela en la esfera del profano* para poder imputarle el conocimiento de los elementos y por tanto excluir el error<sup>28</sup>.

El error de tipo viene recogido en el artículo 14 del Código Penal, en sus apartados 1 y 2: “1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.* 2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación*”.

El precepto establece que cuando el error de tipo sea invencible, es decir, cuando el autor no hubiera podido superarlo ni empleando gran diligencia, se excluye la responsabilidad penal, quedando la conducta impune; sin embargo, si el error fuera vencible será castigado por imprudencia, siempre que aparezca legalmente recogida esta forma de comisión. Y en nuestro caso, en el delito de tráfico de drogas, no hay comisión por imprudencia. Por tanto, en ambos casos, siendo el error vencible o invencible, la conducta sería impune. Respecto al tipo agravado, si recae el error sobre circunstancias de agravación, no podrán apreciarse las mismas, castigándose por el tipo básico.

---

<sup>27</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, JOSÉ E., Sistema de derecho penal español. Parte especial, p. 828.

<sup>28</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte general, op. cit., p. 275.

Por otro lado, el *error de prohibición* supone para el sujeto la creencia de que está actuando lícitamente. Se refiere a la existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho (error de prohibición directo) o a la existencia de una causa de justificación que autoriza la acción (error de prohibición indirecto), es decir, cuando el sujeto desconoce si existe una norma que prohíbe su conducta o cuando sabe que está prohibida pero cree por error que está amparado por que se da una causa de justificación<sup>29</sup>. Un ejemplo respecto al tráfico ilícito de drogas sería el sujeto extranjero al que se la ha incautado una sustancia ilegal cuyo tráfico creía que estaba permitido, pues en su país de origen esa conducta es lícita.

Al error de prohibición se refiere el Art. 14 CP en su apartado 3, que establece: “3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicara la pena inferior en uno o dos grados*”. Así, y al igual que ocurre con el error de tipo, si el error fuera invencible la conducta quedaría impune por exclusión de la responsabilidad penal, sin embargo, tratándose un error vencible se rebajaría la pena en uno o dos grados.

## **1. El error de tipo en el tráfico de drogas**

### **A) El error sobre el objeto material**

Cuando el sujeto no sabe que está realizando un acto que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas, o si desconoce que el objeto material del tráfico es una droga, en principio, - atendiendo al artículo 14.1 del Código Penal - la vía a seguir es la exención de la responsabilidad penal mediante error de tipo, que en ambos casos supondría la impunidad del sujeto, ya sea el error vencible o no, como ya explicamos, pues en el delito de tráfico de drogas no cabe la comisión imprudente. Sin embargo, como también ya hemos señalado, la jurisprudencia es reticente a apreciar el error en este delito, constatando el dolo eventual, en ocasiones, como veremos, mediante indicios o por ignorancia deliberada.

---

<sup>29</sup> RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> ÁNGELES / URRUELA MORA, ASIER, Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito (Coords. CARLOS MATARÍA ROMEO CASABONA, ESTEBAN SOLA RECHE y MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR), p. 277.

Una primera clase de error sobre el tipo se proyecta sobre la conciencia o no del objeto material del delito en la conducta que realiza el autor. Desconocido el objeto material por el autor ya no se obraría dolosamente. Sin embargo, la jurisprudencia como veremos a continuación difícilmente aprecia esta clase de error.

La STS 426/1998, de 25 de marzo es un claro ejemplo de la tendencia general, y en ella se establece que el error de tipo *“no podrá, empero, tenerse en cuenta cuando quien alega haber padecido el error no lo prueba o cuando el error recaiga sobre aspectos fácticos de los que la generalidad de las gentes tienen un conocimiento en razón de elementalidad de comprensión<sup>30</sup>. El recurrente conocía la ilicitud del tráfico de cocaína en el que participó, pues no cabría en modo alguno imaginar aceptar el método de transporte clandestino y antinatural consistente en ocultar dentro de su cuerpo cápsulas que contenían cocaína si creyera que transportaba una sustancia de lícito comercio, pero además, por el número y volumen de las que iba a transportar era de importante entidad con lo cual se patentiza que no sufrió error sobre este aspecto relevante de su acción y, por tanto, no cabe admitir que no procediera estimarse la específica agravante de notoria importancia”*. Si bien, es posible que la alegación por el autor de que desconocía las circunstancias de hecho sea capaz de crear la incertidumbre suficiente en el juzgador para asentar la absolución, es decir, puede darse el caso de que se pruebe que el sujeto desconocía la tenencia de las sustancias estupefacientes.

Excepcionalmente, en la SAP de Ceuta 27/1999, de 9 de febrero, se absolvió al acusado por un delito de tráfico de drogas por aplicación del error de tipo. El sujeto fue interceptado por miembros del cuerpo de la Guardia Civil en la Estación Marítima de Ceuta cuando iba a embarcar en el transbordador con destino a Algeciras, conduciendo su propio vehículo, en el que se encontraban ocultos en el sistema de calefacción 12.222,5 gramos de hachís con un 9% THC valorados en 3.150.187 pesetas; sin embargo, el sujeto desconocía la existencia de la droga en su automóvil tal como quedó acreditado en la prueba del juicio oral. En este supuesto operó el error de tipo porque la versión de la defensa constituyó una explicación coherente y lógica.

---

<sup>30</sup> Se trata del llamado *conocimiento paralelo en la esfera del profano* al que ya nos hemos referido al abordar la inadmisión del error de prohibición en el tráfico de drogas.

En la STS 379/2012, de 21 de mayo, no obstante, no se aplicó el error de tipo cuando el sujeto alegó el desconocimiento de que transportaba sustancias estupefacientes. El sujeto fue interceptado por la policía en un peaje mientras conducía un vehículo en el que se encontró en la banqueta trasera un paquete que contenía 912,2 gramos de heroína con una pureza del 20,7% con un valor de 39.925 euros, y asimismo se le incautaron 450 euros en efectivo. El Tribunal asentó la condena al acusado a través de la prueba indiciaria, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las personales del autor, infiriendo con ello que el sujeto actuaba en este caso con pleno conocimiento. De igual forma en el caso de la STS 3419/1992, de 24 de abril - donde se alegó error en las circunstancias de hecho -, se le intervino al acusado la droga en su domicilio, así como también balanzas de precisión, dinero y joyas, doscientas cuarenta y ocho papelinas de heroína y cocaína. Teniendo en cuenta todo ello, las declaraciones del acusado, las de la policía y el análisis de las sustancias la Sala concluye que se refleja así *“la existencia de unos indicios, debidamente acreditados en los autos, de los que no es irracional, ni por tanto arbitrario deducir que el acusado estaba directamente implicado en el tráfico de drogas, con pleno conocimiento”*, y es que como se extrae de la STS 805/2000, de 9 de mayo y de la STS 998/2005, de 12 de julio, con la prueba indiciaria el Tribunal Supremo desvirtúa la presunción de inocencia en este delito, atribuyendo así el conocimiento de los elementos del tipo y por tanto rechazando el error. Se requiere para ello, como se aprecia en su jurisprudencia (SSTS 15 de octubre de 1990 (RJ 7263/1990), de 5 de febrero de 1991 (RJ 624/1991) y 819/1996, de 31 de octubre), varios requisitos: a) Una pluralidad de indicios, salvo que tratándose de uno sólo sea de importante significación; b) Que los hechos indiciarios estén acreditados mediante prueba directa; c) Debe existir una correlación entre esa pluralidad de indicios y la conclusión a la que se llega mediante las reglas del criterio humano; y d) Debe explicarse en la propia sentencia el juicio de inferencia realizado por el Juzgador para llegar a la conclusión (también vistos en la STS 1568/2005, de 26 de octubre).

La razón de que los Tribunales no le den relevancia al error en el tráfico de drogas es precisamente porque aunque el sujeto tenga la duda respecto a la realización del tipo, si sabe - o puede saberlo - que el objeto transportado es algo prohibido, no hay

error de tipo, sino dolo eventual<sup>31</sup>, que basta para la imputación del delito (STS 1151/1993, de 5 de abril). El dolo eventual tiene lugar *“cuando el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no lo quiere producir, sigue actuando, admitiendo su eventual realización”*<sup>32</sup> y para deducirlo en este delito es suficiente con *“que el autor conozca que el objeto de la acción es una sustancia ilegal, ejecutando su parte del plan, bien porque acepta que así sea, o bien porque le resulta indiferente”* (STS 1379/2004, de 24 de noviembre).

Un ejemplo ilustrador de lo anterior tiene lugar en el supuesto de la STS 1583/2000, de 16 de octubre. La policía interceptó en el puerto un contenedor que transportaba mercancía de madera en la que se hallaban ocultas cuatrocientas veinte bolsas de un kilogramo de cocaína cada una, con una pureza del 80,38%. El sujeto conocía que transportaba droga pero no cuál era la clase. La Sala establece que *“la aceptación de la colaboración que se le pide sea cual fuese el tipo de droga que se trata de introducir, pues le es indiferente en la medida que asiente en su colaboración y se mantiene en ello haciendo lo que se le solicita, y lo hace a cambio de los beneficios económicos que ello le repercute”*. El mismo sujeto dijo que sabía *“había algo más que madera”* reconociendo saber *“que algo raro había”* puesto que se le pagaba la cantidad de un millón de pesetas por el transporte sin aún haber realizado un trabajo para la empresa. La indiferencia se fundamenta en que *“el agente, si bien desconoce en todos sus detalles el acto ilícito penal en el que se encuentra involucrado, lo asume en la medida que asume todas las consecuencias de su ilícito actuar”*.

Asimismo, igual que en el caso anterior, en la STS 1379/2004, de 24 de noviembre, con los indicios de aceptación del transporte de droga a cambio de una alta retribución y las medidas de precaución para ocultar la mercancía se revela que el autor aceptaba el transporte de cualquier sustancia u objeto prohibido (*“aceptaba el transporte de cualquier sustancia u objeto prohibido cuyas características y cantidad fuera posible introducir en la maleta”*) y además, el sujeto no realizó actuación alguna para comprobar de que se trataba, pudiendo hacerlo. Se concluye así que *“el autor solo tiene duda, pero no obra por error o ignorancia, pues, de todos modos, sabe que los hechos pueden ser diversos y, sin embargo, nada hizo para despejar tal duda”* (similar

<sup>31</sup> LAMARCA PÉREZ, CARMEN, Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal, p. 635.

<sup>32</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte especial, op. cit., p. 151.

pronunciamiento en las STS 177/1999, de 19 de febrero y STS 1095/2001, de 16 de julio). Es decir, no es necesario que el sujeto conozca que se trata de una sustancia ilegal para deducir el dolo eventual, basta con el conocimiento, o con la probabilidad de conocer de qué se trataba del transporte de algo prohibido.

En el supuesto de la STS 2800/1993, de 23 de julio, al sujeto se le intercepta una maleta que debía introducir clandestinamente con la creencia de que su contenido se trataba únicamente de cámaras de video, la cual estaba embebida en aguarrás. El Tribunal Supremo rechaza su error estableciendo que *“es indudablemente explicable que cámaras de video deban ser protegidas contra el descubrimiento de olor. Si el procesado en conocimiento de tales circunstancias no tomó ninguna medida para limitar el alcance de su acción a la introducción clandestina de cámaras de video, es obvio que el contenido de la bolsa le era indiferente y que estaba dispuesto a realizar la acción aun cuando se tratara de cualquier otro objeto”* (véase la STS 990/2004, de 15 de septiembre en el mismo sentido).

## **B) El error respecto a la cualidad de la sustancia**

El artículo 368 del Código Penal sanciona con mayor pena cuando la conducta típica tenga lugar con sustancias o productos que causen grave daño a la salud. Tratándose la nocividad de un elemento objetivo del tipo, el sujeto debe conocer tal circunstancia, como ya hemos señalado; de lo contrario habría que aplicar el tipo penal más benévolo. Al respecto, como señala la STS 1141/1997, de 14 de noviembre, el error sobre la nocividad de la droga, cuando está justificado plenamente provoca la aplicación del tipo básico<sup>33</sup>. Sin embargo, la tendencia jurisprudencial es la de no admitir el error sobre la naturaleza de la sustancia, porque se trata de un hecho notorio la distinción entre drogas blandas y duras para aquellas personas iniciadas en el mundo de la droga (STS 2704/1991, de 24 de julio) y porque el autor tiene cierto conocimiento de la antijuricidad de su actuar, o al menos la sospecha de que se trata de una acción contraria

---

<sup>33</sup> A este respecto la STS 302/2003, de 27 de febrero, establece que *“cuando se trata de delitos contra la salud pública por posesión de sustancias ilícitas con destino al tráfico, el hecho que el autor debe conocer es el consistente en la posesión de una determinada sustancia, junto con su potencial lesividad para la salud; (no se aplicará la agravación si creyendo poseer hachís poseía en realidad cocaína, cuando no sea posible la extensión del dolo a la posesión de cualquier otra sustancia). La cuestión relativa a que la sustancia sea de las que causan grave daño a la salud o no lo sea, es algo que depende de una pericia y de la valoración jurídica que se otorgue a su resultado, y por lo tanto es un aspecto que no es preciso que el autor conozca.”*

a Derecho (STS 2/1997, de 29 de noviembre) lo que permite constatar el conocimiento del sujeto por dolo eventual – obsérvese no obstante que para la jurisprudencia el conocimiento de la antijuricidad afecta al dolo -.

En la STS 1784/1994, de 9 de diciembre, sí se le concedió relevancia al error sobre la nocividad. En este caso se trataba de la sustancia de MDMA - que en ese momento estaba comenzando a extenderse su uso - y se fundamenta en la sentencia que, dada la experiencia de los acusados, que eran consumidores de la misma desde hacía aproximadamente un año, y que no presentaban otros efectos que la “*simple y temporal euforia*”, unido a la circunstancia de que en ese momento no existía un “*criterio decidido y perfectamente caracterizado sobre la nocividad de dicho psicotrópico*”, hay base suficiente para apreciar el error sobre la agravante<sup>34</sup>. Sin embargo, esta decisión tuvo una importante trascendencia pues fue criticada en posteriores sentencias, por ejemplo, en la STS 558/1996, de 11 de septiembre, se establece que “*en el mundo de la droga lo que sí es de notorio conocimiento es que las determinadas drogas blandas son fundamentalmente el hachís y todos los derivados del cáñamo índico. Respecto de las otras sustancias la cuestión podría ser discutible, y ello nos introduce directamente en el campo del dolo eventual*”<sup>35</sup>.

En el supuesto anterior la citada sentencia establece, para fundamentar el dolo eventual de los acusados, que la jurisprudencia ya reconocía el éxtasis como una sustancia que producía grave daño en la salud, que en el mismo sentido la Audiencia de Palma que condenó a los acusados ya venía reconociendo como tal a la mencionada sustancia y que además, en Ibiza, dónde tuvieron lugar los hechos y que era lugar frecuentado por los acusados los efectos de la sustancia eran socialmente conocidos. Por todo lo anterior la Junta General de la Sala Penal del Tribunal Supremo acordó el 7 de junio de 1999 mantener el carácter de droga dura - o que causa grave daño a la salud - a

---

<sup>34</sup> En la STS 3054/1994, de 7 de julio también se aplicó el error respecto a la gravedad de la sustancia. El tribunal *ad quo* consideró que el error sobre esta circunstancia es “*accidental*” y que por tanto “*no produce efecto alguno*”. El Tribunal Supremo rebatió tal planteamiento y estableció que se trataba de un error relevante puesto que recaía sobre un elemento del tipo que agrava la pena.

<sup>35</sup> En la STS 1583/2000, de 16 de octubre, ya citada anteriormente, el sujeto era consciente de que a través de su cargo como administrador de una sociedad serviría para la introducción de droga en alguna ocasión, alegando el desconocimiento del tipo de sustancia de que se trataba. El tribunal *ad quo* apreció el error sobre esta circunstancia pero el Tribunal Supremo en el recurso de casación planteado por el Ministerio Fiscal estimó el conocimiento por parte del sujeto en base al dolo eventual.

la sustancia "éxtasis".

Es una consideración socialmente generalizada que las "drogas blandas" son aquellas que no producen graves efectos en la salud de las personas, y que, teniendo en cuenta la difusión que de las drogas se hace a través de los medios de comunicación, es de sobra conocido que sustancias como la heroína, la cocaína, las anfetaminas o los psicótopos producen efectos nocivos en el organismo (STS 1951/1994, de 27 de junio de 1994 y STS 23/1999, de 27 de enero).

No es necesario que el sujeto tenga unos conocimientos particulares sobre las sustancias, sólo se requiere el conocimiento de la ilicitud de su conducta (STS 486/2000, de 24 de marzo). En este sentido se pronunció la STS 1134/2000, de 27 de junio que rechazó el error sobre la gravedad de la sustancia incautada (éxtasis) argumentando que *"no es necesario conocer que hay una norma penal que sanciona una conducta. Basta con saber que lo que se sanciona es algo ilícito, es decir, algo prohibido por el derecho"*, concluyendo que el error sobre la posible calificación de la conducta es un error de subsunción no encuadrable en el error sobre un hecho que cualifica la infracción (artículo 14.2 CP) ni constituye un error de prohibición (artículo 14.3 CP). Semejante pronunciamiento se contiene en la reciente STS 379/2012, de 21 de mayo, que establece que el desconocimiento de que la sustancia es susceptible de provocar grave daño a la salud es un error de subsunción penalmente irrelevante. Este tipo de error *"no afecta a la responsabilidad criminal pues ésta no requiere el conocimiento de una subsunción técnico-jurídica correcta"* (véase también las STS 76/1999, de 29 de enero y STS 1017/1998, de 29 de enero).

En relación a lo anterior consideramos que a pesar de que hoy en día la alegación respecto al desconocimiento de la gravedad de la sustancia se considera un error de subsunción, no tendría que ignorarse este desconocimiento en los supuestos de nuevas sustancias, como también opina SÁNCHEZ TOMÁS<sup>36</sup>, y es que en el caso de la aparición de una nueva droga tóxica o sustancia estupefaciente sobre la que se desconocen los efectos negativos o perjudiciales que en concreto podrían producir en la salud de las personas, resulta contradictorio negar relevancia al desconocimiento de esta

---

<sup>36</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, JOSE MIGUEL, Derecho de las drogas y las drogodependencias, p. 117.

circunstancia por el sujeto, y es que, de esa forma estaríamos aplicando una pena más grave atendiendo a una supuesta consideración de que todas las drogas que no sean reconocidas socialmente como "blandas" causan grave daño a la salud, independientemente de que sus efectos reales sean conocidos.

Por lo anterior, entendemos que no se aprecie el error, - como señala la conocida STS 1784/1994, de 9 de diciembre -, cuando las sustancias tengan una nocividad acreditada por la experiencia clínica y asimismo tengan tal consideración en las sentencias de los Tribunales con notoriedad en el ámbito social. Sin embargo, de no ser así, de no conocerse la nocividad o los efectos perjudiciales que en concreto podría provocar la sustancia, habría que tener en cuenta las condiciones psicológicas y culturales del agente, la posibilidad de instrucción y asesoramiento que le permitan conocer las consecuencias de su acción (STS 1171/1997, de 29 de septiembre), es decir, en nuestra opinión hay que atribuir el conocimiento de la nocividad de la sustancia cuando el sujeto tenga posibilidad de conocer, pues podría apreciarse dolo eventual como ya hemos expuesto.

## **2. La inadmisión del error de prohibición**

El autor de un delito debe tener conocimiento de la antijuricidad de su actuar y como señala la STS 1141/1997, de 14 de noviembre, ese conocimiento es necesario para que una conducta merezca reproche penal. La duda, la jurisprudencia la estima incompatible con la creencia errónea. El error ha de ser firme y hay suficiente conciencia de antijuricidad cuando hay duda y pese a ello el sujeto sigue realizando la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto, se identificaría con un concepto paralelo al de dolo eventual. Basta con que el sujeto tenga motivos para saber que el hecho que realiza está prohibido por normas jurídicas y es contrario a las normas elementales de la convivencia. En este sentido, la STS 1155/1995, de 21 de noviembre señala que *“para que no haya error de prohibición basta que el sujeto conozca que lo que hace u omite es un comportamiento ilícito, es decir, contrario al ordenamiento jurídico, sin que sea preciso ningún otro conocimiento más concreto”* (en el mismo sentido STS 1141/1997, de 14 de noviembre)

Teniendo en cuenta la problemática del tráfico ilícito de drogas en nuestro país y

la difusión a través de los medios de comunicación de la comisión de hechos delictivos relacionados con las drogas, parece difícil pensar que una persona no conoce tal prohibición, pues se trata de un hecho notorio con gran relevancia social. Es más, según los datos del Ministerio del Interior, en 2014 se cometieron en total 10.453 delitos de tráfico ilícito de drogas, lo que demuestra la incidencia y notoriedad de este delito en nuestro país. También puede verse con los datos que arroja el balance de 2013, año que concluyó con 26.701 kg de cocaína incautados, 319.257 de hachís, 291 de heroína, 154.732 de MDMA-Éxtasis, 506.986 de anfetaminas, y un total de 22.878 detenidos, 401.289 denuncias por posesión o consumo de drogas y 437.444 decomisos<sup>37</sup>. Aunque es preciso hacer notar que el delito de tráfico de drogas se comete clandestinamente, no siendo perceptible por todos los ciudadanos la trascendencia o ilicitud de los distintos comportamientos respecto a las drogas, así como tampoco llega a conocimiento ciudadano la variabilidad de las distintas drogas y las nuevas que aparecen.

El desconocimiento sobre lo que constituye un hecho punible no puede quedar al arbitrio del autor; por ello, lo que importa no es si el sujeto conocía o no la prohibición, sino si era capaz de conocerla. Para la jurisprudencia es suficiente con el “*conocimiento potencial*” que tiene el sujeto, es decir, con su posibilidad de conocer (ya desde la STS 1673/1994, de 2 de junio). Al respecto la STS 163/2005, de 10 de febrero, establece que “*cuando la información*” - sobre la prohibición de la conducta – “*se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia*”. Además, para sancionar un acto delictivo, “*el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza*” (STS 411/2006, de 18 de abril). Es decir, no se necesita un conocimiento jurídico-técnico sobre la ilicitud de un hecho, es suficiente con conocer - o poder conocer - la prohibición según el estándar de la cultura a la que pertenece el autor. De este modo, también señala que

---

<sup>37</sup> Datos obtenidos de la página oficial del Ministerio del Interior con los datos aportados por el Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Policías autonómicas y el Departamento de Aduanas.

*“cualquier persona medianamente capaz sabe que el tráfico de drogas está prohibido, pues los medios de comunicación y los demás medios de formación de la opinión están de modo continuado remarcando esta ilicitud.”*

No puede invocarse el error de prohibición, como establece la STS 142/2000, de 28 de enero, *“cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todo el mundo consta que están prohibidas (...) para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno”* (así también desde la STS 3440/1994, de 29 de noviembre y STS 1249/1995, de 17 de abril).

Como ha quedado expuesto, la tendencia generalizada del Tribunal Supremo es la inadmisión del error de prohibición que excluya la responsabilidad penal (error de prohibición invencible) en el delito de tráfico de drogas, pues cualquier alegación conforme al artículo 14.3 del Código Penal respecto al desconocimiento de la ilicitud del hecho carece de verosimilitud por la notoriedad de la prohibición. Sin embargo, sí hay algún supuesto excepcional en los que ha tenido lugar la aplicación del error de prohibición vencible, que implicaría la rebaja de la pena en uno o dos grados. Por ejemplo, en la STS 1426/2004, de 13 de diciembre, el acusado vendió "Chupa-Chups" a niños de siete y catorce años en un mercadillo navideño que contenían una escasísima cantidad de THC (0,12 miligramos). Según se desprende de los hechos probados el sujeto no desconocía la composición de las golosinas pero *“ignoraba la ilegalidad de la venta de golosinas de la concreta composición de las ofertadas, sin embargo, no realizó gestión o averiguación alguna para comprobar la ilicitud de dichas mercancías”*, es decir, el sujeto hubiera podido salir de su error, por ello, es de aplicación en este caso el error de prohibición vencible.

### **3. Algunos criterios jurisprudenciales respecto al error**

Antes de estudiar la figura de la ignorancia deliberada en el siguiente epígrafe, podemos establecer resumidamente, teniendo en cuenta lo expuesto respecto al error en

el tráfico ilícito de drogas y siguiendo a MOLINA MANSILLA<sup>38</sup>, los siguientes criterios de nuestra jurisprudencia:

1. Para aplicar el error, tanto de tipo como de prohibición, debe quedar suficientemente acreditado (STS 1090/1994 de 28 de marzo). Habrá que tener en cuenta las circunstancias de hecho y las personales del autor, su posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta (STS 1673/1994, de 2 de junio y STS 163/2005, de 10 de febrero).

2. El error sobre la gravedad de la sustancia es inadmitido generalmente por la conocida nocividad de las drogas duras (STS 1951/1994, de 27 de junio y STS 558/1996, de 11 de septiembre), si bien, es admisible excepcionalmente en los supuestos de aparición de nuevas sustancias (STS 1784/1994, de 9 de diciembre).

3. No es posible la admisión de error de prohibición invencible por que la ilicitud respecto a las drogas es notoria y generalizada socialmente (STS 142/2000, de 27 de enero y STS 1249/1995, de 17 de abril), si bien, podría aplicarse excepcionalmente el error de prohibición vencible (STS 1426/2004, de 13 de diciembre).

4. La duda no excluye el error, ya que no se elimina el dolo eventual del sujeto (STS 1151/1995, de 5 de abril) que puede ser acreditado por la indiferencia del autor (STS 990/2004, de 13 de septiembre y STS 1379/2004, de 24 de noviembre) o por mantenerse en una situación de ignorancia deliberada (STS 1637/1999, de 10 de enero, STS 941/2002, de 22 de mayo y STS 463/2008, de 2 de julio) como veremos.

5. Para inadmitir el error puede acudir también a la prueba indiciaria (STS 805/2000, de 9 de mayo y STS 998/2005, de 12 de julio) reveladora del conocimiento del sujeto respecto a la ilicitud de su actuar.

#### **IV. LA TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA.**

Como hemos visto anteriormente, al referirnos al elemento subjetivo con que obra

---

<sup>38</sup> MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup> DEL CARMEN, El delito de narcotráfico, op. cit., pp. 156-157.

el autor, puede verse que el Tribunal Supremo utiliza las expresiones “*le resulta indiferente*” o “*le era indiferente*” y de ello se extrae que acude fundamentalmente al *principio de indiferencia* para acreditar el elemento volitivo, criterio que ha sido reiteradamente considerado por la jurisprudencia como un elemento decisivo para apreciar el dolo eventual. Sin embargo, simultáneamente a estos pronunciamientos, en otras sentencias se alude al *principio de ignorancia deliberada* para acreditar la existencia del dolo eventual.

El Tribunal Supremo, a partir de la STS 1637/1999, de 10 de enero y hasta la fecha, comienza a utilizar el principio de ignorancia deliberada para acreditar el dolo eventual en delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales mayoritariamente. Esta figura es definida como “*no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto, debe responder de sus consecuencias*” (STS 941/2002, de 22 de mayo, STS 463/2008, de 2 de julio, 30 de septiembre de 2009) o, lo que es lo mismo, “*quien no quiere saber, aquello que puede y debe conocer, y sin embargo, trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna, y debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar*” (STS 1583/2000, de 16 de octubre y STS 941/2002 de 22 de mayo).

Como ya hemos señalado, los supuestos de error en el tráfico ilícito de drogas se resuelven en su mayoría por el dolo eventual del autor, en concreto y actualmente, a través de la *ignorancia deliberada*, una figura reciente que el Tribunal Supremo ha construido a partir de este. Por ello, antes de entrar a analizar su aplicación y trascendencia en los supuestos de desconocimiento en el delito que venimos estudiando, conviene hacer una exposición de sus orígenes.

La ignorancia deliberada es una categoría de imputación subjetiva que puede definirse como una “*ceguera consciente frente a los hechos constitutivos de la infracción penal*”<sup>39</sup>, es decir, se alude con ella a aquellos supuestos en los que el sujeto activo se sitúa intencionadamente en una posición de ceguera frente a sus propios hechos.

---

<sup>39</sup> Así lo hace OXMAN, NICOLÁS, Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas, en Tráfico de drogas (Dir. VIDALES RODRÍGUEZ, CATY), Tráfico de drogas y delincuencia conexas, p. 386.

Esta figura que en la doctrina angloamericana se denomina *wilful blindness*<sup>40</sup>, que significaría algo así como *ceguera deliberada o consciente*, a pesar de ser novedosa o de reciente discusión en nuestro país, en Estados Unidos y en el resto de países del *Common Law* viene discutiéndose desde hace más de cien años. Si no ha sido centro de discusión en nuestro sistema es por la existencia de la figura del *dolo eventual*, con la que pueden resolverse ya la mayoría de casos en los que el sujeto actúa renunciando de manera voluntaria al conocimiento de los elementos del tipo penal.

La ignorancia deliberada es utilizada por el Tribunal Supremo, en sus comienzos, como una forma de dolo eventual, sin embargo, en la jurisprudencia americana se trata de una categoría autónoma de imputación subjetiva, más próxima al *dolo indirecto o de consecuencias necesarias*, o sea, cuando el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende. La ignorancia deliberada se sitúa en la frontera entre la *indiferencia consciente sobre las consecuencias futuras del riesgo (recklessness)* y la *conciencia cierta de los riesgos que conlleva la acción (knowingly)*<sup>41</sup>; así podría afirmarse en aquellos supuestos en los que el sujeto actúa con conocimiento de la probable existencia de un riesgo, absteniéndose de comprobar su presencia.

### 1) La ceguera ante los hechos de Günther Jakobs

El jurista alemán GÜNTHER JAKOBS se ha centrado en los últimos años en los supuestos de desconocimiento respecto a los elementos del tipo, partiendo de la legislación alemana, por una posible laguna legal en el tratamiento diverso que existe entre el dolo y el conocimiento de la antijuricidad.<sup>42</sup>

En la ley penal alemana (*Strafgesetzbuch*) el dolo es definido en sentido negativo; así, según el artículo 16.1 - que regula el error sobre las circunstancias de hecho o error de tipo - quien actúa con desconocimiento, no actúa dolosamente, es decir, se excluye el

---

<sup>40</sup> Sobre el origen y desarrollo de la *wilful blindness* véase RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, La ignorancia deliberada en el Derecho penal, capítulo 2.

<sup>41</sup> OXMAN, NICOLÁS, Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas, op. cit., p. 387.

<sup>42</sup> RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes ([www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)), 2013, nº 13, p. 25.

dolo cuando hay desconocimiento de los elementos del tipo, independientemente de la evitabilidad de ese desconocimiento, aplicándose en tal caso la imprudencia, lo que supone una atenuación obligatoria. Asimismo, el artículo 17, que regula el error de prohibición, establece que si el error sobre las circunstancias de hecho es inevitable la conducta queda impune, pero si es evitable la pena se atenúa. O sea, *“mientras en todos los casos de desconocimiento de los elementos del tipo la respuesta ha de ser forzosamente la impunidad o, cuando menos, una importante atenuación, pueden existir situaciones de desconocimiento de la antijuricidad que, sin embargo, merezcan la misma pena que los supuestos de auténtico conocimiento”*<sup>43</sup>. Es esto lo que critica JAKOBS, le resulta contradictorio<sup>44</sup> el tratamiento tan benigno que puede recibir el desconocimiento provocado, lo que él denomina "ceguera ante los hechos", y que debería castigarse en ocasiones como un supuesto de pleno conocimiento.

Para visualizar su planteamiento JAKOBS propone el siguiente ejemplo: *“si un conductor embriagado dirige su vehículo a toda velocidad hacia el policía que cierra el paso en mitad de la calzada, para abrirse camino, sólo concurrirá dolo de homicidio si el autor al menos piensa que quizá el policía se apartará demasiado tarde; si la vida de un policía no le parece algo digno de consideración, concurrirá a lo sumo imprudencia”*<sup>45</sup>. Por ello ve el tratamiento de este desconocimiento como un beneficio que *“no se puede justificar axiológicamente en el caso concreto, es decir, en el caso de ceguera ante los hechos, sino que sólo se puede justificar en general por el interés del legislador por la seguridad jurídica en el trazado del límite entre una forma de dirigir la acción que ha de valorarse como grave y otra como leve.”*<sup>46</sup>

JAKOBS más que de desconocimiento provocado habla de "imprudencia dirigida a un fin"<sup>47</sup>, es decir, el autor no se centra en los casos en que el sujeto intencionadamente se mantiene en un estado de desconocimiento, que actúa no queriendo saber aquello que puede y debe saber (principio de ignorancia deliberada), - como lo plantea la doctrina angloamericana - sino que parte de los supuestos en los que el estado de desconocimiento en el que se encuentra el sujeto se debe a su desinterés o indiferencia

<sup>43</sup> RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, La ignorancia deliberada en el Derecho penal, op. cit., p. 123.

<sup>44</sup> RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada, op. cit., p. 26.

<sup>45</sup> JAKOBS, GÜNTHER, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación, p. 313.

<sup>46</sup> JAKOBS, GÜNTHER, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación, op. cit., p. 314.

<sup>47</sup> RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada, op. cit., p. 25.

(principio de indiferencia).

La propuesta del autor para solucionar el tratamiento benigno a la "ceguera deliberada" es la sustitución de la actual regulación del error de tipo por un modelo semejante al del error de prohibición, es decir, el reproche de ciertos desconocimientos como en los supuestos de pleno conocimiento, y es este el efecto que se quiere con la teoría de la ignorancia deliberada, precisamente evitar esa descarga o rebaja de pena castigando el desconocimiento consciente o provocado como un supuesto de conocimiento<sup>48</sup>.

## 2) La ignorancia deliberada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Desde principios de este siglo el Tribunal Supremo ha dictado diversas sentencias acogiendo a la ignorancia deliberada para resolver los supuestos de desconocimiento, sobre todo en el delito de tráfico de drogas - en los supuestos de transporte o tenencia de estupefacientes - y de blanqueo de capitales.

Como señalamos anteriormente, en la STS 1637/1999, de 10 de enero tiene lugar el primer pronunciamiento sobre el controvertido *principio de ignorancia deliberada*. En el supuesto que se enjuicia se había condenado al sujeto por transportar una importante cantidad de dinero en efectivo, que procedía del tráfico ilícito de drogas, circunstancia que el recurrente alegó desconocer.

El Tribunal Supremo rechazó los argumentos del recurrente descartando la aplicación del error de tipo al determinar el dolo eventual del autor. Para constatar el *elemento cognitivo* del dolo eventual - la representación por el sujeto de la posibilidad

---

<sup>48</sup> Siguiendo a RAGUÉS I VALLÈS, La ignorancia deliberada en el Derecho Penal, op. cit., p. 156 y ss., los autores HUSAK y CALLENDER realizan una construcción del concepto jurídico penal de ignorancia de liberada para que un supuesto de desconocimiento provocado sea equiparado a uno de pleno conocimiento. Así requieren una serie de elementos, que se centran, no tanto en la circunstancia de *no querer saber* - en la que se basa la jurisprudencia del Tribunal Supremo - sino más bien en la motivación para mantenerse en el estado de desconocimiento o ignorancia, y son: a) la "ausencia de representación suficiente" en el sujeto en el momento en que se realiza la acción, es decir, que el sujeto no tenga los conocimientos que le permitan afirmar que actúa con el grado de representación que exige el dolo del tipo; b) "capacidad de obtener la información ignorada", la cual debe mantenerse durante toda la fase de ejecución del tipo; c) "un deber de obtener la información ignorada" porque en base al principio de culpabilidad, solo se puede atribuir responsabilidad por la falta de conocimiento si hay un deber de conocer lo que se ignora, pero aquí no tiene que ser un deber específico, basta con la inobservancia del deber general de advertir aquellos riesgos derivados de comportamientos que pueden lesionar intereses ajenos; y d) la "decisión de no conocer" que es el núcleo esencial del desconocimiento provocado para estos autores. Es decir, el estado en el que se encuentra el sujeto de falta de representación debe ser ocasionado por su propia y voluntaria decisión, y lo interpretan como una motivación del sujeto para encontrar una defensa o excusa en caso de ser descubierto, elemento que se aleja de la indiferencia.

de que el origen del dinero es el tráfico de drogas -, se acude a dos indicios: la elevada cantidad de droga y la naturaleza clandestina de las operaciones. Respecto al *elemento volitivo* (el asumir o aceptar el origen ilícito el dinero), se deduce del indicio de que el sujeto se coloca en situación de ignorancia deliberada y además se beneficia de tal situación. Es aquí donde se establece el concepto de ignorancia deliberada argumentando “*no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias*”<sup>49</sup>. El mismo argumento se extiende también para el cooperador necesario si “*podía y debía conocer la naturaleza del acto de colaboración que se le pide y se mantuvo en situación de no querer saber, se hace acreedor de las consecuencias penales de su ilícito actuar*” (STS 463/2008, de 2 de julio).

Lo que se extrae de los argumentos de la Sala es que el sujeto tenía sospechas sobre el posible origen del dinero y se deduce la asunción o aceptación de ello por el hecho de que no quiso profundizar o confirmar sus dudas. Es decir, hay una ausencia de representación en el sujeto teniendo capacidad para abandonar dicho estado en caso de querer hacerlo y el deber de obtener dicho conocimiento, y además el sujeto se beneficia de encontrarse en esa situación de ignorancia provocada por sí mismo. Estos parecen ser los elementos que integran el concepto de ignorancia deliberada que adoptó el Tribunal Supremo en sus primeros pronunciamientos, pues en la STS 1583/2000, de 16 de octubre, respecto a un supuesto de tráfico ilícito de drogas por la cantidad de notoria importancia se pronuncia de forma similar al anterior.

Continuando con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la STS 941/2002, de 22 de mayo, se aleja de sus primeros pronunciamientos. En este caso el sujeto alegó el desconocimiento respecto a la cantidad de droga transportada, pero aquí, la ignorancia deliberada es utilizada por la Sala no como un indicio de la aceptación o asunción por el sujeto de la posibilidad de estar traficando con una cantidad de notoria importancia, sino que se emplea como un dato que permite evitar la necesidad de obtener indicios para acreditar el *elemento cognitivo*, es decir, parece que se extiende el dolo respecto a ciertos elementos del tipo sin necesidad de probar su representación por el sujeto.

---

<sup>49</sup> En la STS 6891/2006 de 20 de julio se crítica la contradicción del término “ignorancia deliberada” o “ignorancia consciente” puesto que “*tales expresiones no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe.*”

Además, el elemento del beneficio de estar en situación de ignorancia deliberada que tenía una naturaleza más bien objetiva en el primer pronunciamiento se subjetiviza convirtiéndose en el motivo de la provocación de la situación de ignorancia.

La ignorancia deliberada es doctrina consolidada en los supuestos de tráfico de drogas cuando el sujeto alega el desconocimiento de lo que transporta<sup>50</sup>. Ello se asienta en la *teoría del asentimiento* que es la esencia del dolo eventual. La Sala constata la representación de la posibilidad (elemento cognitivo) mediante indicios recurriendo a la existencia de un acto de provocación de desconocimiento para acreditar el elemento volitivo. A partir de aquí empieza a apreciarse la aplicación de la ignorancia deliberada como sustitutivo del conocimiento. Esta equiparación entre el conocimiento y el desconocimiento provocado aparece ya claramente reflejada en alguna resolución del Tribunal Supremo<sup>51</sup>. Frente a ello, se hace notar al principio de ignorancia deliberada como un recurso expeditivo con el que descartar fácilmente determinados supuestos de desconocimiento, o dicho de otro modo, *“la concurrencia de la ignorancia deliberada permite sin más a la Sala descartar cualquier alegación de desconocimiento en caso de tráfico de drogas”*<sup>52</sup>.

Lo anterior se aprecia en posteriores sentencias, por ejemplo, en la STS 420/2003, de 20 de marzo, el Tribunal Supremo se refiere a la ignorancia deliberada como una situación diferente al conocimiento pero equiparable, y en el mismo sentido se pronuncia en la STS 628/2003, de 30 de abril, que es bastante llamativa pues se expone que el desconocimiento en el tráfico de drogas es equivalente a un conocimiento actual. En este caso al recurrente le fue incautada en el momento de su detención una cantidad de sustancia estupefaciente que estaba transportando, pero alegó que desconocía que se tratara de droga tóxica pues creía que era dinero objeto de blanqueo y no una sustancia. El Tribunal Supremo rechazó el error estableciendo que concurría la ignorancia deliberada, sin rebatir siquiera el desconocimiento que alega el sujeto, manteniendo directamente que aun habiendo desconocimiento este es fruto de la indiferencia del autor, y por tanto no se excluye el dolo. Así, el Tribunal Supremo equipara el desconocimiento por indiferencia y el desconocimiento provocado o ignorancia

---

<sup>50</sup> Así el Auto de 4 de julio de 2002.

<sup>51</sup> Véase el Auto de 22 de julio de 2002 que establece que la alegación de desconocimiento de la sustancia en supuestos como los expuestos, - cuando el sujeto alega que desconoce el contenido de una maleta que contenía estupefacientes - es irrelevante y exterioriza el principio de ignorancia deliberada

<sup>52</sup> RAGUÉS I VALLEÈS, RAMÓN, La ignorancia deliberada en el Derecho penal, op. cit., p. 32.

deliberada, como también ocurre en la STS 1410/2005, de 30 de noviembre.

El pronunciamiento de esta última sentencia no se asienta tanto en términos de asentimiento o aceptación sino en la indiferencia del autor, principio al que atendía principalmente JAKOBS en su aportación sobre "la ceguera ante los hechos". Aquí se conjugan tanto la indiferencia como la ignorancia deliberada, tal como se observa en los argumentos de la Sala: *"en general, ya se opere con la teoría de la ignorancia deliberada que no exime de responsabilidad a quien pudiendo y debiendo conocer algo, no lo conoce y sin embargo presta su colaboración o bien por la teoría de la indiferencia en la que al agente le resulta indiferente cual sea el resultado de la acción continuando también en su actividad."* El dolo eventual queda acreditado - y por tanto excluido el error de tipo - ya sea por la indiferencia del autor o por ignorancia deliberada. Asimismo se constata que ya no se exige el aprovechamiento por el sujeto de un beneficio por encontrarse en esa situación, como sí ocurría en los primeros pronunciamientos, basta con *"no querer saber"* y mantenerse en esa situación.

Hasta ahora queda acreditado que la ignorancia deliberada, que comenzó en nuestro país como un indicio del elemento volitivo que integra el dolo eventual, está apuntando actualmente a compensar la ausencia del elemento cognitivo del dolo, lo que critica MARTINEZ-BUJÁN<sup>53</sup>, quien señala que la teoría ha evolucionado hasta tal punto que ha llegado a suplir el elemento cognitivo del dolo, configurándose de tal manera que no es necesario probarlo para imponer una condena por delito doloso. Sobre este punto la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la ignorancia deliberada corre riesgos por su utilización para *"evitar la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual"* señalando además que *no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo"* (STS 68/2011 de 15 de febrero, STS 987/2012 de 3 de diciembre y STS 6564/2013 de 19 de diciembre).

La ignorancia deliberada está concebida a día de hoy como un nuevo título de imputación subjetiva que, a efectos punitivos, se equipara al dolo, lo que critican algunos autores, pues supone la introducción de un conocimiento potencial de los elementos que integran el tipo objetivo en vez de un conocimiento real y actual. En este

---

<sup>53</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, p. 398.

sentido OXMAN señala que debería renunciarse a la construcción de una naturaleza de lo mental por que como sólo podemos conocer la voluntad exteriorizada hay que realizar una valoración de los hechos externos desde la perspectiva de una tercera persona (*ex ante*), porque *“el dolo debe exteriorizar el conocimiento de los hechos objeto de la acción, o bien, una indiferencia que pueda ser objetivamente entendida como exteriorización del conocimiento”*<sup>54</sup>.

Para el citado autor, la genérica idea de *“no querer saber o no querer conocer”* que es el núcleo de la teoría de la ignorancia deliberada del Tribunal Supremo, no realiza una objetivización del dolo atendiendo a la valoración de los hechos externos, sino que atiende a describir un estado mental interno del sujeto. OXMAN destaca que la doctrina anglosajona se centra en el conocimiento actual sobre los hechos en el momento de la realización de la acción, lo contrario a la previsión de unas consecuencias futuras, que es lo que ocurre con nuestro dolo eventual, y es que según su criterio *“introducir criterios relativos al resultado o a la previsibilidad del riesgo implica una valoración sobre su relevancia ex post, cuando en realidad únicamente deberían importar los riesgos que estaban presentes en el momento de la realización de la acción, los que podían ser inferidos por el autor, aquellos que decidió asumir e incluso los que se abstuvo de ponderar o averiguar”*.<sup>55</sup> Por todo ello propone, siguiendo la *wilful blindness*, reinterpretar la ignorancia deliberada *“como una indiferencia consciente frente a una acción que objetivamente considerada puede ser interpretada como un hecho respecto del cual resultaba previsible ex ante la producción de un riesgo relevante o la infracción de una norma personal de conducta”*<sup>56</sup>.

En definitiva, parece que desde la doctrina y el tribunal supremo ha recular en el ámbito de aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada.

<sup>54</sup> OXMAN, NICOLÁS, Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas, op. cit., p. 389.

<sup>55</sup> OXMAN, NICOLÁS, Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas, op. cit., p. 399.

<sup>56</sup> OXMAN, NICOLÁS, Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas, op. cit., p. 400. De este modo señala la tesis de CHANG que establece exigencias más precisas permitiendo una mayor objetivización del dolo, pues requiere un conocimiento como indiferencia del autor frente a los hechos que permita constatar que el autor tenía en el momento justamente anterior a la realización de la acción (*ex ante*) una sospecha sobre lo que ocurre, la oportunidad y los medios para cerciorarse o determinar los hechos verdaderos y una motivación para no hacerlo.

## V. CONCLUSIONES.

1. El delito de tráfico de drogas se aplica partiendo del concepto internacional de droga, con base a las listas de los convenios internacionales. Sin embargo, se hace necesario en nuestro Derecho un concepto autónomo del objeto material del delito ya que posibilitaría diferenciarlo de las “drogas legales” y, a su vez, permitiría clasificar las drogas por su gravedad en función de la potencialidad para afectar a la vida – muerte por sobredosis con cantidad ínfimas -.

2. No parece razonable la línea argumental del Tribunal Supremo, para considerar la existencia de dolo eventual y no aplicar el error de tipo, cuando establece que si el sujeto conoce que “*algo raro había*”, es decir, que sospechaba que su conducta era ilegal o que podría estar realizando algo prohibido, obra dolosamente en el delito de tráfico de drogas, pues el dolo de este delito no debe confundirse con que corresponde a la realización de otras conductas prohibidas –tráfico de armas, blanqueo de capitales, etcétera-.

3. Respecto de la nocividad de la sustancia, que puede afectar al dolo del autor y agravar su responsabilidad penal, parece prudente considerar admisible la atribución del conocimiento de la nocividad si se prueba que el sujeto tuvo posibilidad de conocerla, pero no cuando no esté acreditada como una droga nociva por la experiencia clínica al desconocerse sus efectos perjudiciales y tampoco por el simple hecho de que socialmente no sea considerada como una “droga blanda”.

4. El Tribunal Supremo ha utilizado frecuentemente la teoría anglosajona de la “ignorancia deliberada” para afirmar la existencia de dolo en los casos en que no pueda acreditarse en el sujeto el conocimiento del objeto material del delito, *imponiéndole* el deber de preocuparse por conocerlo, que parece oportuno, pero resulta dudoso que la *infracción de ese deber* se corresponda automáticamente con la existencia de dolo, es decir, que se equipare a un supuesto de pleno conocimiento.

5. El principal riesgo de operar con la ignorancia deliberada sin probar el elemento subjetivo, como también advierte el propio Tribunal Supremo, es que pueda imputarse mediante una presunción un delito de distinta naturaleza al posiblemente cometido.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÉ SÁNCHEZ, MARÍA, Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ÁLVAREZ GARCÍA, JAVIER, El delito de tráfico de drogas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS, El objeto material en el artículo 368 del CP: Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000.
- BOIX REIG, JAVIER, Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III, 1ª Ed, Iustel, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO, Política criminal en materia de tráfico ilícito de drogas, en Tráfico de drogas y delincuencia conexa (Dir. CATY VIDALES RODRÍGUEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- JAKOBS GÜNTHER, Derecho Penal: Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª Ed, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JOSHI JUBERT, UJALA, Los delitos de tráfico ilícito de drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 CP, J.M. BOSCH, Barcelona, 1999.
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN, Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal, 2ª Ed, Colex, Madrid, 2013
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI, Derecho Penal. Parte Especial (II), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- MOLINA MANSILLA, Mª DEL CARMEN, El delito de narcotráfico, Bosch, Barcelona, 2008.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte especial, 19ª Ed., Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE, Derecho Penal. Parte especial, 3ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- OXMAN, NICOLÁS, Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas, en Tráfico de drogas y delincuencia conexa (Dir. CATY VIDALES RODRÍGUEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, La ignorancia deliberada en Derecho Penal, Atelier, Barcelona, 2007.

- RAGUÉS Y VALLÈS, RAMÓN, Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes ([www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)), nº 13, 2013.
- REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> ÁNGELES / URRUELA MORA, ASIER, Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito (Coords. CARLOS MATARÍA ROMEO CASABONA, ESTEBAN SOLA RECHE y MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR), Comares, Granada, 2013.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, JOSÉ E., Sistema de derecho penal español. Parte especial, Dykinson S.L., Madrid, 2011.
- SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, Derecho de las drogas y las drogodependencia, FAD, Madrid, 2002.
- SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO, El tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico, La-Ley, Madrid, 2000.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS, Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial, 6<sup>a</sup> Ed, Thomson Reuters. Civitas, Navarra, 2011.